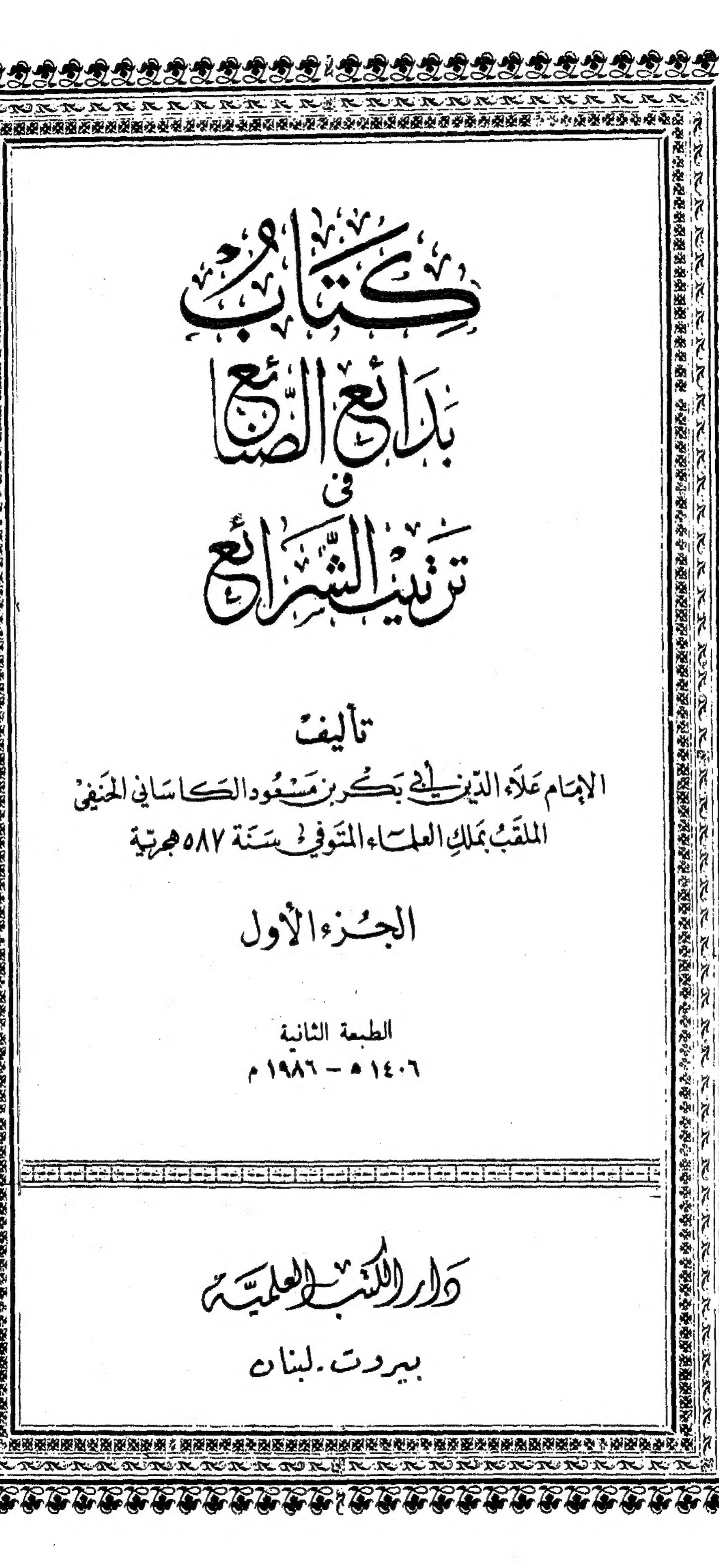


كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الأول

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

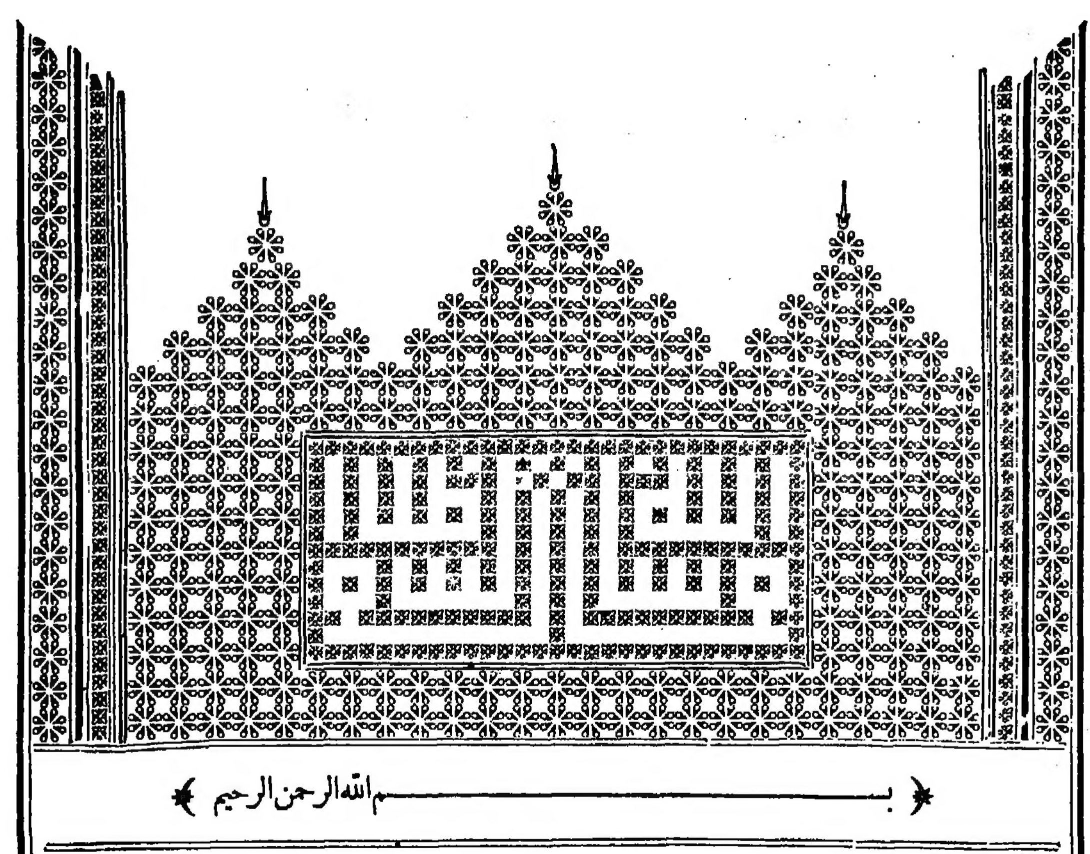
تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الأول

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

الحمد لله العلي القادر القوي القاهر الرحيم الغافر الكريم الساتر ذي السلطان الظاهر والبرهان الباهر خالق كل شيء ومالك كل ميت وحي خلق فأحسن وصنع فأتقن وقدر فغفر وأبصر فستر وكرم فعفى وحكم فأخفى عم فضله واحسانه وتمت حجته وبرهانه وظهر أمره وسلطانه فسبحانه ما أعظم شانه والصلاة والسلام على المبعوث بشيرا ونذيرا وداعيا الى الله باذنه وسراجا منيرا فأوضح الدلاله وأزاح الجهاله وفل السفه وثل الشبه محمد سيد المرسلين وامام المتقين وعلى آله الأبرار وأصحابه المصطفين الأخيار

﴿ وبعد ﴾ فانه لا علم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه وهو المسمى بعلم الحلال والحرام وعلم الشرائع والأحكام له بعث الرسل وأنزل الكتب اذ لا سبيل الى معرفته بالعقل المحض دون معونة السمع وقال الله تعالى يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيرا كثيرا قيل في بعض وجوه التأويل هو علم الفقه وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما عبد الله بشيء أفضل من فقه في دين ولفقيه واحد أشد على الشيطان من ألف عابد وروي أن رجلا قدم من الشام الى عمر رضي الله عنه فقال ما أقدمك قال قدمت لأتعلم التشهد فبكى عمر حتى ابتلت لحيته ثم قال والله اني لأرجو من الله أن لا يعذبك أبدا والأخبار والآثار في الحض على هذا النوع من العلم أكثر من أن تحصى وقد كثر تصانيف مشايخنا في هذا الفن قديما وحديثا وكلهم أفادوا وأجادوا غير انهم لم يصرفوا العناية الى الترتيب في ذلك سوى أستاذي وارث السنة ومورثها الشيخ الامام الزاهد علاء الدين رئيس أهل السنة محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي رحمه الله تعالى فاقتديت به فاهتديت اذ الغرض الأصلي والمقصود الكلي من التصنيف في كل فن من فنون العلم هو تيسير سبيل الوصول الى المطلوب على الطالبين وتقريبه الى افهام المقتبسين ولا يلتئم هذا المراد الا بترتيب تقتضيه الصناعة وتوجبه الحكمة وهو التصفح عن أقسام المسائل وفصولها وتخريجها على قواعدها وأصولها ليكون أسرع فهما وأسهل ضبطا وأيسر حفظا فتكثر الفائدة وتتوفر العائدة فصرفت العناية الى ذلك وجمعت في كتابي

هذا

هذا جلا من الفقه مرتبة بالترتيب الصناعى والتأليف الحكمى الذى ترتضيه أرباب الصنعة وتخضع له أهل الحكمة مع ايراد الدلائل الجلية والنكت القوية بعبارات محكمة المبانى مؤدية المعانى وسميته ﴿بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع﴾ اذ هى صنعة بديعة وترتيب عجيب وترصيف غريب لتكون التسمية موافقة للمسمى والصورة مطابقة للمعنى وافق شن طبقه وافقه فاعتنقه فأستوفق الله تعالى لاتمام هذا الكتاب الذى هو غاية المراد والزاد للرتاد ومنتهى الطلب ۞ وعينه تشفى الجرب ۞ والمأمول من فضله وكرمه أن يجعله وارثا فى الغابرين ولسان صدق فى الآخرين وذكرا فى الدنيا وذخرا فى العقبى وهو خير مأمول وأكرم مسؤل

﴿كتاب الطهارة﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الأصل فى موضعين أحدهما فى تفسير الطهارة والثانى فى بيان أنواعها (أما) تفسيرها فالطهارة لغة وشرعا هى النظافة والتطهير التنظيف وهو اثبات النظافة فى المحل وانها صفة تحدث ساعة فساعة وانما يمتنع حدوثها بوجود ضدها وهو القذر فاذا زال القذر وامتنع حدوثه بازالة العين القذرة تحدث النظافة فكان زوال القذر من باب زوال المانع من حدوث الطهارة لأن يكون طهارة وانما سمى طهارة توسعا لحدوث الطهارة عند زواله

﴿فصل﴾ وأما بيان أنواعها فالطهارة فى الأصل نوعان طهارة عن الحدث وتسمى طهارة حكمية وطهارة عن الخبث وتسمى طهارة حقيقية (أما) الطهارة عن الحدث فثلاثة أنواع الوضوء والغسل والتيمم (أما) الوضوء فالكلام فى الوضوء فى مواضع فى تفسيره وفى بيان أركانه وفى بيان شرائط الأركان وفى بيان سننه وفى بيان آدابه وفى بيان ما ينقضه (أما) الأول فالوضوء اسم للغسل والمسح لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين أمر بغسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس فلا بد من معرفة معنى الغسل والمسح فالغسل هو اسالة المائع على المحل والمسح هو الاصابة حتى لو غسل أعضاء وضوئه ولم يسل الماء بأن استعمله مثل الدهن لم يجز فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يجوز وعلى هذا قالوا لو توضأ بالثلج ولم يقطر منه شئ لا يجوز ولو قطر قطرتان أو ثلاث جاز لوجود الاسالة وسئل الفقيه أبو جعفر الهندوانى عن التوضى بالثلج فقال ذلك مسح وليس بغسل فان عالجه حتى يسيل يجوز وعن خلف بن أيوب انه قال ينبغى للمتوضى فى الشتاء أن يبل أعضاءه شبه الدهن ثم يسيل الماء عليها لان الماء يتجافى عن الأعضا فى الشتاء (وأما) أركان الوضوء فأربعة (أحدها) غسل الوجه مرة واحدة لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والأمر المطلق لا يقتضى التكرار ولم يذكر فى ظاهر الرواية حد الوجه وذكر فى غير رواية الاصول انه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذنين وهذا تحديد صحيح لانه تحديد الشئ بما ينبئ عنه اللفظ لغة لان الوجه اسم لما يواجه الانسان أو ما يواجه اليه فى العادة والمواجهة تقع بهذا المحدود فوجب غسله قبل نبات الشعر فاذا نبت الشعر يسقط غسل ما تحته عند عامة العلماء وقال أبو عبد الله البلخى انه لا يسقط غسله وقال الشافعى ان كان الشعر كثيفا يسقط وان كان خفيفا لا يسقط وجه قول أبى عبد الله ان ما تحت الشعر بقى داخلا تحت الحد بعد نبات الشعر فلا يسقط غسله وجه قول الشافعى ان السقوط لمكان الحرج والحرج فى الكثيف لا فى الخفيف (ولنا) ان الواجب غسل الوجه ولما نبت الشعر خرج ما تحته من أن يكون وجها لانه لا يواجه اليه فلا يجب غسله وخرج الجواب عما قاله أبو عبد الله وعما قاله الشافعى أيضا لان السقوط فى الكثيف ليس لمكان الحرج بل لخروجه من أن يكون وجها لاستتاره بالشعر وقد وجد ذلك فى الخفيف وعلى هذا الخلاف غسل ما تحت الشارب والحاجبين وأما الشعر الذى يلاقى الخدين وظاهر الذقن فقد روى ابن شجاع عن الحسن عن أبى حنيفة وزفر انه اذا مسح من لحيته ثلثا أو ربعا جاز وان مسح أقل من ذلك لم يجز وقال أبو يوسف ان لم

مطلب غسل الوجه

يمسح شيأ منها جاز وهذه الروايات مرجوع عنها والصحيح انه يجب غسله لان البشرة خرجت من أن تكون
وجها لعدم معنى المواجهة لاستتارها بالشعر فصار ظاهر الشعر الملاقى لها هو الوجه لان المواجهة تقع اليه والى
هذا أشار أبو حنيفة فقال وانما مواضع الوضوء ما ظهر منها والظاهر هو الشعر لا البشرة فيجب غسله ولا يجب
غسل ما استرسل من اللحية عندنا وعند الشافعى يجب (له) ان المسترسل تابع لما اتصل والتبع حكمه حكم الأصل
(ولنا) انه انما يواجه الى المتصل عادة لا الى المسترسل فلم يكن المسترسل وجها فلا يجب غسله و يجب غسل
البياض الذى بين العذار والاذن فى قول أبى حنيفة ومحمد وروى عن أبى يوسف انه لا يجب لأبى يوسف ان
ما تحت العذار لا يجب غسله مع انه أقرب الى الوجه فلأن لا يجب غسل البياض أولى ولهما ان البياض داخل
فى حد الوجه ولم يستتر بالشعر فبقى واجب الغسل كما كان بخلاف العذار وادخال الماء فى داخل العينين ليس بواجب
لان داخل العين ليس بوجه لانه لا يواجه اليه ولان فيه حرجا وقيل ان من تكلف لذلك من الصحابة كف بصره
كابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم (والثانى) غسل اليدين مرة واحدة لقوله تعالى وأيديكم ومطلق الأمر
لا يقتضى التكرار والمرفقان يدخلان فى الغسل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يدخلان ولو قطعت يده من
المرفق يجب عليه غسل موضع القطع عندنا خلافا له وجه قوله ان الله تعالى جعل المرفق غاية فلا يدخل تحت
ما جعلت له الغاية كما لا يدخل الليل تحت الأمر بالصوم فى قوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل ولنا ان الأمر
تعلق بغسل اليد واليد اسم لهذه الجارحة من رؤس الأصابع الى الابط ولولا ذكر المرفق لوجب غسل اليد كلها
فكان ذكر المرفق لاسقاط الحكم عما وراءه لا لمد الحكم اليه لدخوله تحت مطلق اسم اليد فيكون عملا باللفظ بالقدر
الممكن و به تبين ان المرفق لا يصلح غاية لحكم ثبت فى اليد لكونه بعض اليد بخلاف الليل فى باب الصوم الا ترى
انه لولا ذكر الليل لما اقتضى الأمر الا وجوب صوم ساعة فكان ذكر الليل لمد الحكم اليه على أن الغايات منقسمة
منها ما لا يدخل تحت ما ضربت له الغاية ومنها ما يدخل كمن قال رأيت فلانا من رأسه الى قدمه وأكلت السمكة
من رأسها الى ذنبها دخل القدم والذنب فان كانت هذه الغاية من القسم الأول لا يجب غسلهما وان كانت
من القسم الثانى يجب فيحمل على الثانى احتياطا على أنه اذا احتمل دخول المرافق فى الامر بالغسل واحتمل
خروجها عنه صار مجملا مفتقرا الى البيان وقد روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بلغ المرفقين
فى الوضوء أدار الماء عليهما فكان فعله بيانا لمجمل الكتاب والمجمل اذا التحق به البيان يصير مفسرا من الأصل
(والثالث) مسح الرأس مرة واحدة لقوله تعالى وامسحوا برؤسكم والأمر المطلق بالفعل لا يوجب التكرار
واختلف فى المقدار المفروض مسحه ذكر فى الأصل وقدره بثلاث أصابع اليد وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه
قدره بالربع وهو قول زفر وذكر الكرخى والطحاوى عن أصحابنا مقدار الناصية وقال مالك لا يجوز حتى يمسح
جميع الرأس أو أكثره وقال الشافعى اذا مسح ما يسمى مسحا يجوز وان كان ثلاث شعرات وجه قول مالك
أن الله تعالى ذكر الرأس والرأس اسم للجملة فيقتضى وجوب مسح جميع الرأس وحرف الباء لا يقتضى التبعيض
لغة بل هو حرف الصاق فيقتضى الصاق الفعل بالمفعول وهو المسح بالرأس والرأس اسم لكله فيجب مسح كله الا
أنه اذا مسح الاكثر جاز لقيام الاكثر مقام الكل وجه قول الشافعى ان الأمر تعلق بالمسح بالرأس والمسح بالشئ
لا يقتضى استيعابه فى العرف يقال مسحت يدى بالمنديل وان لم يمسح بكله و يقال كتبت بالقلم وضربت بالسيف
وان لم يكتب بكل القلم ولم يضرب بكل السيف فيتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم ولنا ان الأمر بالمسح يقتضى آلة
اذ المسح لا يكون الا بآلة وآلة المسح هى أصابع اليد عادة وثلاث أصابع اليد أكثر الأصابع وللأكثر حكم الكل
فصار كأنه نص على الثلاث وقال وامسحوا برؤسكم بثلاث أصابع أيديكم وأما وجه التقدير بالناصية فلأن
مسح جميع الرأس ليس بمراد من الآية بالاجماع ألا ترى انه عند مالك ان مسح جميع الرأس الا قليلا منه جائز
فلا يمكن حمل الآية على جميع الرأس ولا على بعض مطلق وهو أدنى ما ينطلق عليه الاسم كما قاله الشافعى لان ماسح

مطلب غسل اليدين

مطلب مسح الرأس

شعرة أو ثلاث شعرات لا يسمى ماسحا في العرف فلا بد من الحمل على مقدار يسمى الماسح عليه ماسحا في المتعارف
وذلك غير معلوم وقد روى المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه بال وتوضأ ومسح على ناصيته فصار
فعله عليه الصلاة والسلام بيانا لمجمل الكتاب اذ البيان يكون بالقول تارة وبالفعل أخرى كفعله في هيئة الصلاة
وعدد ركعاتها وفعله في مناسك الحج وغير ذلك فكان المراد من المسح بالرأس مقدار الناصية ببيان النبي صلى الله
عليه وسلم ووجه التقدير بالربع انه قد ظهر اعتبار الربع في كثير من الاحكام كما في حلق ربع الرأس انه يحل به
المحرم ولا يحل بدونه ويجب الدم اذا فعله في احرامه ولا يجب بدونه وكما في انكشاف الربع من العورة في باب
الصلاة انه يمنع جواز الصلاة ومادونه لا يمنع كذا ههنا ولو وضع ثلاث أصابع وضعا ولم يمدها جاز على قياس رواية
الأصل وهي التقدير بثلاث أصابع لانه أتى بالقدر المفروض وعلى قياس رواية الناصية والربع لا يجوز لانه
ما استوفى ذلك القدر ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لم يجز لانه لم يأت بالقدر المفروض
ولو مدها حتى بلغ القدر المفروض لم يجز عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز وعلى هذا الخلاف اذا مسح بأصبع
أو بأصبعين ومدهما حتى بلغ مقدار الفرض وجه قول زفر ان الماء لا يصير مستعملا حالة المسح كما لا يصير
مستعملا حالة الغسل فاذا مد فقد مسح بماء غير مستعمل فجاز والدليل عليه ان سنة الاستيعاب تحصل بالمد ولو
كان مستعملا بالمد لما حصلت لانها لا تحصل بالماء المستعمل (ولنا) ان الأصل ان يصير الماء مستعملا بأول
ملاقاته العضو لوجود زوال الحدث أو قصد القربة الا ان في باب الغسل لم يظهر حكم الاستعمال في تلك الحالة
للضرورة وهي انه لو أعطى له حكم الاستعمال لاحتاج الى أن يأخذ لكل جزء من العضو ماء جديدا وفيه من
الحرج مالا يخفى فلم يظهر حكم الاستعمال لهذه الضرورة ولا ضرورة في المسح لانه يمكنه أن يمسح دفعة واحدة فلا
ضرورة الى المد لاقامة الفرض فظهر حكم الاستعمال فيه وبه حاجة الى اقامة سنة الاستيعاب فلم يظهر حكم
الاستعمال فيه كما في الغسل ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأعادها الى الماء في كل مرة جاز هكذا روى ابن
رستم عن محمد في النوادر لان المفروض هو المسح قدر ثلاث أصابع وقد وجد وان لم يكن بثلاث أصابع
ألا ترى انه لو أصاب رأسه هذا القدر من ماء المطر سقط عنه فرض المسح وان لم يوجد منه فعل المسح رأسا ولو
مسح بأصبع واحدة ببطنها وبظهرها وبجانبيها لم يذكر في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فقال بعضهم لا يجوز
وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان ذلك في معنى المسح بثلاث أصابع وايصال الماء الى أصول الشعر ليس
بفرض لان فيه حرجا فأقيم المسح على الشعر مقام المسح على أصوله ولو مسح على شعره وكان شعره طويلا فان
مسح على ما تحت أذنه لم يجز وان مسح على ما فوقها جاز لان المسح على الشعر كالمسح على ما تحته وما تحت
الأذن عنق وما فوقه رأس ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة لانهما يمنعان اصابة الماء الشعر ولا يجوز
مسح المرأة على خمارها لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها أدخلت يدها تحت الخمار ومسحت برأسها
وقالت بهذا أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اذا كان الخمار رقيقا ينفذ الماء الى شعرها فيجوز لوجود
الاصابة ولو أصاب رأسه المطر مقدار المفروض أجزأه مسحه بيده أو لم يمسحه لان الفعل ليس بمقصود في

مطلب غسل الرجلين

المسح وانما المقصود هو وصول الماء الى ظاهر الشعر وقد وجد والله الموفق (والرابع) غسل الرجلين
مرة واحدة لقوله تعالى وأرجلكم الى الكعبين بنصب اللام من الأرجل معطوفا على قوله تعالى فاغسلوا
وجوهكم وأيديكم الى المرافق كأنه قال فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وأرجلكم الى الكعبين وامسحوا
برؤسكم والأمر المطلق لا يقتضي التكرار وقالت الرافضة الفرض هو المسح لا غير وقال الحسن البصري
بالتخيير بين المسح والغسل وقال بعض المتأخرين بالجمع بينهما وأصل هذا الاختلاف ان الآية قرئت بقراءتين
بالنصب والخفض فمن قال بالمسح أخذ بقراءة الخفض فانها تقتضي كون الأرجل ممسوحة لا مغسولة لانها
تكون معطوفة على الرأس والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الحكم ثم وظيفة الرأس المسح فكذا وظيفة

الرجل ومصداق هذه القراءة انه اجتمع فى الكلام عاملان أحدهما قوله فاغسلوا والثانى حرف الجر وهو الباء فى قوله برؤسكم والباء أقرب فكان الخفض أولى ومن قال بالتخيير يقول ان القراءتين قد ثبت كون كل واحدة منهما قرآنا وتعذر الجمع بين موجبيهما وهو وجوب المسح والغسل اذ لا قائل به فى السلف فيخير المكلف ان شاء عمل بقراءة النصب فغسل وان شاء بقراءة الخفض فمسح وأيهما فعل يكون اتيانا بالمفروض كما فى الأمر بأحد الأشياء الثلاثة ومن قال بالجمع يقول القراءتان فى آية واحدة بمنزلة آيتين فيجب العمل بهما جميعا ما أمكن وأمكن ههنا لعدم التنافى اذ لا تنافى بين الغسل والمسح فى محل واحد فيجب الجمع بينهما (ولنا) قراءة النصب وانها تقتضى كون وظيفة الأرجل الغسل لانها تكون معطوفة على المغسولات وهى الوجه واليدان والمعطوف على المغسول يكون مغسولا تحقيقا لمقتضى العطف ووجه هذه القراءة وجوه أحدها ما قاله بعض مشايخنا ان قراءة النصب محكمة فى الدلالة على كون الأرجل معطوفة على المغسولات وقراءة الخفض محتملة لانه يحتمل انها معطوفة على الرؤس حقيقة ومحلها من الاعراب الخفض ويحتمل أنها معطوفة على الوجه واليدين حقيقة ومحلها من الاعراب النصب الا أن خفضها للمجاورة واعطاء الاعراب بالمجاورة طريقة شائعة فى اللغة بغير حائل وبحائل اما بغير الحائل فكقولهم جحر ضب خرب وماء شن بارد والخرب نعت الجحر لا نعت الضب والبرودة نعت الماء لا نعت الشن ثم خفض لمكان المجاورة وأما مع الحائل فكما قال تعالى يطوف عليهم ولدان مخلدون بأكواب وأباريق الى قوله وحور عين لانهن لا يطاف بهن وكما قال الفرزدق

فهل أنت ان ماتت أتانك راكب * الى آل بسطام بن قيس فخاطب

فثبت ان قراءة الخفض محتملة وقراءة النصب محكمة فكان العمل بقراءة النصب أولى الا أن فى هذا اشكالا وهو أن هذا الكلام فى حد التعارض لأن قراءة النصب محتملة أيضا فى الدلالة على كون الأرجل معطوفة على اليدين والرجلين لانه يحتمل انها معطوفة على الرأس والمراد بها المسح حقيقة لكنها نصبت على المعنى لا على اللفظ لان الممسوح به مفعول به فصار كأنه قال تعالى وامسحوا برؤسكم والاعراب قد يتبع اللفظ وقد يتبع المعنى كما قال الشاعر

معاوى اننا بشر فاسجح * فلسنا بالجبال ولا الحديدا

نصب الحديد عطفا على الجبال بالمعنى لا باللفظ معناه فلسنا الجبال ولا الحديد فكانت كل واحدة من القراءتين محتملة فى الدلالة من الوجه الذى ذكرنا فوقع التعارض فيطلب الترجيح من جانب آخر وذلك من وجوه أحدها ان الله تعالى مد الحكم فى الارجل الى الكعبين ووجوب المسح لا يمتد اليهما والثانى أن الغسل يتضمن المسح اذ الغسل اسالة والمسح اصابة وفى الاسالة اصابة وزيادة فكان ما قلناه عملا بالقراءتين معا فكان أولى والثالث أنه قد روى جابر وأبو هريرة وعائشة وعبد الله بن عمر وغيرهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى قوما تلوح أعقابهم لم يصبها الماء فقال ويل للاعقاب من النار اسبغوا الوضوء وروى أنه توضأ مرة مرة وغسل رجليه وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به ومعلوم أن قوله ويل للاعقاب من النار وعيد لا يستحق الا بترك المفروض وكذا نفى قبول صلاة من لا يغسل رجليه فى وضوئه فدل ان غسل الرجلين من فرائض الوضوء وقد ثبت بالتواتر أن النبى صلى الله عليه وسلم غسل رجليه فى الوضوء لا يجحده مسلم فكان قوله وفعله بيان المراد بالآية فثبت بالدلائل المتصلة والمنفصلة أن الارجل فى الآية معطوفة على المغسول لا على الممسوح فكان وظيفتها الغسل لا المسح على أنه ان وقع التعارض بين القراءتين فالحكم فى تعارض القراءتين كالحكم فى تعارض الآيتين وهو انه ان أمكن العمل بهما مطلقا يعمل وان لم يمكن للتنافى يعمل بهما بالقدر الممكن وههنا لا يمكن الجمع بين الغسل والمسح فى عضو واحد فى حالة واحدة لانه لم يقل به أحد من السلف ولانه يؤدى الى تكرار المسح لما ذكرنا أن الغسل يتضمن المسح والأمر المطلق لا يقتضى التكرار فيعمل بهما فى الحالتين فتحمل قراءة النصب على ما اذا كانت الرجلان باديتين وتحمل قراءة الخفض على ما اذا كانتا مستورتين بالخفين توفيقا بين القراءتين وعملا بهما

بالقدر الممكن وبه تبين أن القول بالتخيير باطل عند امكان العمل بهما في الجملة وعند عدم الامكان أصلا ورأسا لا يخير أيضا بل يتوقف على ما عرف في أصول الفقه ثم الكعبان يدخلان في الغسل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يدخلان والكلام في الكعبين على نحو الكلام في المرفقين وقد ذكرناه والكعبان هما العظمان الناتئان في أسفل الساق بلا خلاف بين الأصحاب كذا ذكره القدوري لان الكعب في اللغة اسم لما علا وارتفع ومنه سميت الكعبة كعبة وأصله من كعب القناة وهو أنبوبها سمي به لارتفاعه وتسمى الجارية الناهدة الثديين كاعبا لارتفاع ثديها وكذا في العرف يفهم منه الناتئ يقال ضرب كعب فلان وفي الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تسوية الصفوف في الصلاة الصقوا الكعاب بالكعاب ولم يتحقق معنى الالصاق الا في الناتئ وما روى هشام عن محمد أنه المفصل الذي عند معقد الشراك على ظهر القدم فغير صحيح وانما قال محمد في مسئلة المحرم اذا لم يجد نعلين انه يقطع الخف أسفل الكعب فقال ان الكعب ههنا الذي في مفصل القدم فنقل هشام ذلك الى الطهارة والله أعلم وهذا الذي ذكرنا من وجوب غسل الرجلين اذا كانتا باديتين لا عذر بهما فاما اذا كانتا مستورتين بالخف أو كان بهما عذر من كسر أو جرح أو قرح فوظيفتهما المسح فيقع الكلام في الأصل في موضعين أحدهما في المسح على الخفين والثاني في المسح على الجبائر

مطلب المسح على الخفين

﴿ فصل ﴾ اما المسح على الخفين فالكلام فيه في مواضع في بيان جوازه وفي بيان مدته وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان مقداره وفي بيان ما ينقضه وفي بيان حكمه اذا انتقض (أما) الأول فالمسح على الخفين جائز عند عامة الفقهاء وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا شيأ قليلا روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه لا يجوز وهو قول الرافضة وقال مالك يجوز للمسافر ولا يجوز للمقيم واحتج من أنكر المسح بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين فقراءة النصب تقتضي وجوب غسل الرجلين مطلقا عن الأحوال لانه جعل الأرجل معطوفة على الوجه واليدين وهي مغسولة فكذا الأرجل وقراءة الخفض تقتضي وجوب المسح على الرجلين لا على الخفين وروى أنه سئل ابن عباس هل مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين فقال والله ما مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة ولأن أمسح على ظهر عير في الفلاة أحب الي من أن أمسح على الخفين وفي رواية قال لأن أمسح على جلد حمار أحب الي من أن أمسح على الخفين (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يمسح المقيم على الخفين يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وهذا حديث مشهور رواه جماعة من الصحابة مثل عمر وعلي وخزيمة بن ثابت وأبي سعيد الخدري وصفوان بن عسال وعوف بن مالك وأبي عمارة وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم حتى قال أبو يوسف خبر مسح الخفين يجوز نسخ القرآن بمثله وروى انه قال انما يجوز نسخ القرآن بالسنة اذا وردت كورود المسح على الخفين وكذا الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على جواز المسح قولا وفعلا حتى روى عن الحسن البصري أنه قال أدركت سبعين بدريا من الصحابة كلهم كانوا يرون المسح على الخفين ولهذا رآه أبو حنيفة من شرائط السنة والجماعة فقال فيها ان تفضل الشيخين وتحب الختنين وان ترى المسح على الخفين وأن لا تحرم نبيذ التمر يعني المثلث وروى عنه أنه قال ماقلت بالمسح حتى جاءني فيه مثل ضوء النهار فكان الجحود ردا على كبار الصحابة ونسبة اياهم الى الخطأ فكان بدعة فلهذا قال الكرخي أخاف الكفر على من لا يرى المسح على الخفين وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال لولا ان المسح لا خلف فيه ما مسحنا ودل قوله هذا على ان خلاف ابن عباس لا يكاد يصح ولأن الامة لم تختلف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح وانما اختلفوا أنه مسح قبل نزول المائدة أو بعدها ولنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة حتى قال الحسن البصري حدثني سبعون رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم رأوه يمسح على الخفين وروى عن عائشة والبراء بن عازب رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه

وسلم مسح بعد المائدة وروى عن جرير بن عبد الله البجلي انه توضأ ومسح على الخفين فقيل له في ذلك فقال
رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح على الخفين فقيل له أكان ذلك بعد نزول المائدة فقال وهل
أسلمت الا بعد نزول المائدة واما الآية فقد قرئت بقراءتين فنعمل بهما في حالين فنقول وظيفتهما الغسل اذا كانتا
باديتين والمسح اذا كانتا مستورتين بالخف عملا بالقراءتين بقدر الامكان ويجوز أن يقال لمن مسح على خفه
انه مسح على رجله كما يجوز أن يقال ضرب على رجله وان ضرب على خفه والرواية عن ابن عباس لم تصح لما
روينا عن أبي حنيفة ولان مداره على عكرمة وروى انه لما بلغت روايته عطاء قال كذب عكرمة وروى عنه
عطاء والضحاك انه مسح على خفيه فهذا يدل على ان خلاف ابن عباس لم يثبت وروى عن عطاء انه قال كان
ابن عباس يخالف الناس في المسح على الخفين فلم يمت حتى تابعهم وأما الكلام مع مالك فوجه قوله ان المسح
شرع ترفها ودفعا للمشقة فيختص شرعيته بمكان المشقة وهو السفر ولنا ما روينا من الحديث المشهور وهو
قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم على الخفين يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وما ذكر من الاعتبار غير
سديد لان المقيم يحتاج الى الترفه ودفع المشقة الا أن حاجة المسافر الى ذلك أشد فزيدت مدته لزيادة الترفيه والله
الموفق * وأما بيان مدة المسح فقد اختلف العلماء في أن المسح على الخفين هل هو مقدر بمدة قال عامتهم انه مقدر
بمدة في حق المقيم يوما وليلة وفي حق المسافر ثلاثة أيام ولياليها وقال مالك انه غير مقدر وله أن يمسح كم شاء والمسئلة
مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعد بن أبي وقاص
وجابر بن سمرة وأبي موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم انه موقت وعن أبي الدرداء وزيد بن ثابت
وسعيد رضى الله عنهم انه غير موقت واحتج مالك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه بلغ بالمسح سبعا
وروى أن عمر رضى الله عنه سأل عقبة بن عامر وقد قدم من الشام متى عهدك بالمسح قال سبعا فقال عمر رضى
الله عنه أصبت السنة ولنا الحديث المشهور وما روى انه مسح وبلغ بالمسح سبعا فهو غريب فلا يترك به
المشهور مع ان الرواية المتفق عليها انه بلغ بالمسح ثلاثا ثم تأويله انه احتاج الى المسح سبعا في مدة المسح وأما
الحديث الآخر فقد روى جابر الجعفي عن عمر أنه قال للمسافر ثلاثة أيام وللمقيم يوم وليلة وهو موافق للخبر المشهور
فكان الاخذ به أولى ثم يحتمل أن يكون المراد من قوله متى عهدك بلبس الخف ابتداء اللبس أي متى عهدك
بابتداء اللبس وان كان تخلل بين ذلك نزع الخف ثم اختلف في اعتبار مدة المسح انه من أي وقت يعتبر فقال عامة
العلماء يعتبر من وقت الحدث بعد اللبس فيمسح من وقت الحدث الى وقت الحدث وقال بعضهم يعتبر من وقت
اللبس فيمسح من وقت اللبس الى وقت اللبس وقال بعضهم يعتبر من وقت المسح فيمسح من وقت المسح الى
وقت المسح حتى لو توضأ بعد ما انفجر الصبح ولبس خفيه وصلى الفجر ثم أحدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ
ومسح على خفيه بعد زوال الشمس فعلى قول العامة يمسح الى ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني ان كان مقيما
وان كان مسافرا يمسح الى ما بعد طلوع الشمس من اليوم الرابع وعلى قول من اعتبر وقت اللبس يمسح الى ما بعد
انفجار الصبح من اليوم الثاني ان كان مقيما وان كان مسافرا الى ما بعد انفجار الصبح من اليوم الرابع وعلى
قول من اعتبر وقت المسح يمسح الى ما بعد زوال الشمس من اليوم الثاني ان كان مقيما وان كان مسافرا يمسح
الى ما بعد زوال الشمس من اليوم الرابع والصحيح اعتبار وقت الحدث بعد اللبس لان الخف جعل مانعا من
سراية الحدث الى القدم ومعنى المنع انما يتحقق عند الحدث فيعتبر ابتداء المدة من هذا الوقت لان هذه المدة
ضربت توسعة وتيسيرا لتعذر نزع الخفين في كل زمان والحاجة الى التوسعة عند الحدث لان الحاجة الى النزع
عنده ولو توضأ ولبس خفيه وهو مقيم ثم سافر فان سافر بعد استكمال مدة الاقامة لا تتحول مدته الى مدة مسح
السفر لان مدة الاقامة لما تمت سرى الحدث السابق الى القدمين فلو جوزنا المسح صار الخف رافعا للحدث
لا مانعا وليس هذا عمل الخف في الشرع وان سافر قبل أن يستكمل مدة الاقامة فان سافر قبل الحدث أو بعد

مطلب بيان مدة

الحدث قبل المسح تحولت مدته الى مدة السفر من وقت الحدث بالاجماع وان سافر بعد المسح فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يتحول ولكنه يمسح تمام مدة الاقامة وينزع خفيه ويغسل رجليه ثم يبتدئ مدة السفر واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة ولم يفصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وهذا مسافر ولا حجة له في صدر الحديث لانه يتناول المقيم وقد بطلت الاقامة بالسفر هذا اذا كان مقيما فسافر وأما اذا كان مسافرا فاقام فان أقام بعد استكمال مدة السفر نزع خفيه وغسل رجليه لما ذكرنا وان أقام قبل أن يستكمل مدة السفر فان أقام بعد تمام يوم وليلة أو أكثر فكذلك ينزع خفيه ويغسل رجليه لانه لو مسح لمسح وهو مقيم أكثر من يوم وليلة وهذا لا يجوز وان أقام قبل تمام يوم وليلة أتم يوما وليلة لان أكثر ما في الباب انه مقيم فيتم مدة المقيم ثم ماذكرنا من تقدير مدة المسح بيوم وليلة في حق المقيم وبثلاثة أيام ولياليها في حق المسافر في حق الأصحاء فاما في حق أصحاب الاعذار كصاحب الجرح السائل والاستحاضة ومن بمثل حالهما فكذلك الجواب عند زفر وأما عند أصحابنا الثلاثة فيختلف الجواب الا في حالة واحدة وبيان ذلك أن صاحب العذر اذا توضأ ولبس خفيه فهذا على أربعة أوجه اما ان كان الدم منقطعا وقت الوضوء واللبس واما ان كان سائلا في الحالين جميعا واما ان كان منقطعا وقت الوضوء سائلا وقت اللبس واما ان كان سائلا وقت الوضوء منقطعا وقت اللبس فان كان منقطعا في الحالين فحكمه حكم الاصحاء لان السيلان وجد عقيب اللبس فكان اللبس على طهارة كاملة فمنع الخف سراية الحدث الى القدمين مادامت المدة باقية وأما في الفصول الثلاثة فانه يمسح مادام الوقت باقيا فاذا خرج الوقت نزع خفيه وغسل رجليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يستكمل مدة المسح كالصحيح وجه قوله ان طهارة صاحب العذر طهارة معتبرة شرعا لان السيلان ملحق بالعدم الا ترى أنه يجوز أداء الصلاة بها فحصل اللبس على طهارة كاملة فالتحقت بطهارة الاصحاء ولنا أن السيلان ملحق بالعدم في الوقت بدليل أن طهارته تنتقض بالاجماع اذا خرج الوقت وان لم يوجد الحدث فاذا مضى الوقت صار محدثا من وقت السيلان والسيلان كان سابقا على لبس الخف ومقارناله فتبين ان اللبس حصل لا على الطهارة بخلاف الفصل الاول لان السيلان ثمة وجد عقيب اللبس فكان اللبس حاصلا عن طهارة كاملة وأما شرائط جواز المسح فانواع بعضها يرجع الى الماسح وبعضها يرجع الى الممسوح أما الذي يرجع الى الماسح أنواع أحدها أن يكون لابس الخفين على طهارة كاملة عند الحدث بعد اللبس ولا يشترط أن يكون على طهارة كاملة وقت اللبس ولا أن يكون على طهارة كاملة أصلا ورأسا وهذا مذهب أصحابنا وعند الشافعي يشترط أن يكون على طهارة كاملة وقت اللبس وبيان ذلك ان المحدث اذا غسل رجليه أولا ولبس خفيه ثم أتم الوضوء قبل أن يحدث ثم أحدث جاز له أن يمسح على الخفين عندنا لوجود الشرط وهو لبس الخفين على طهارة كاملة وقت الحدث بعد اللبس وعند الشافعي لا يجوز لعدم الطهارة وقت اللبس لان الترتيب عنده شرط فكان غسل الرجلين مقدما على الاعضاء الأخر ملحقا بالعدم فلم توجد الطهارة وقت اللبس وكذلك لو توضأ فرتب لكنه غسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الاخرى ولبس الخف قبل لا يجوز عنده وان وجد الترتيب في هذه الصورة لكنه لم يوجد لبس الخفين على طهارة كاملة وقت لبسهما حتى لو نزع الخف الاول ثم لبسه جاز المسح لحصول اللبس على طهارة كاملة ولنا أن المسح شرع لمكان الحاجة والحاجة الى المسح انما تتحقق وقت الحدث بعد اللبس فاما عند الحدث قبل اللبس فلا حاجة لانه يمكنه الغسل وكذا لا حاجة بعد اللبس قبل الحدث لانه طاهر فكان الشرط كمال الطهارة وقت الحدث بعد اللبس وقد وجد ولو لبس خفيه وهو محدث ثم توضأ وخاض الماء حتى أصاب الماء رجليه في داخل الخف ثم أحدث جاز له المسح عندنا لوجود الشرط وهو كمال الطهارة عند الحدث بعد اللبس ولا يجوز عنده لعدم الشرط وهو كمال الطهارة عند اللبس ولو لبس خفيه وهو محدث ثم أحدث قبل أن يتم الوضوء ثم أتم لا يجوز المسح بالاجماع اما عندنا فلانعدام الطهارة وقت الحدث بعد اللبس وأما عنده فلانعدامها عند اللبس ولو أراد

الظاهر أن يبول فلبس خفيه ثم بال جازله المسح لانه على طهارة كاملة وقت الحدث بعد اللبس وسئل أبو حنيفة عن هذا فقال لا يفعله الا فقيه ولو لبس خفيه على طهارة التيمم ثم وجد الماء نزع خفيه لانه صار محدثا بالحدث السابق على التيمم اذ رؤية الماء لا تعقل حدثا لا انه امتنع ظهور حكمه الى وقت وجود الماء فعند وجوده ظهر حكمه في القدمين فلوجوزنا المسح لجعلنا الخف رافعا للحدث وهذا لا يجوز ولو لبس خفيه على طهارة نبيذ التمر ثم أحدث فان لم يجد ماء مطلقا توضأ بنبيذ التمر ومسح على خفيه لانه طهور مطلق حال عدم الماء عند أبي حنيفة وان وجد ماء مطلقا نزع خفيه وتوضأ وغسل قدميه لانه لبس بطهور وعند وجود الماء المطلق وكذلك لو توضأ بسؤر الحمار وتيمم ولبس خفيه ثم أحدث ولو توضأ بسؤر الحمار ولبس خفيه ولم يتيمم حتى أحدث جازله أن يتوضأ بسؤر الحمار ويمسح على خفيه ثم يتيمم ويصلي لان سؤر الحمار ان كان طهورا فالتيمم فضل وان كان الطهور هو التراب فالقدم لا حظ لها من التيمم ولو توضأ ومسح على جبائر قدميه ولبس خفيه ثم أحدث أو كانت احدى رجليه صحيحة فغسلها ومسح على جبائر الاخرى ولبس خفيه ثم أحدث فان لم يكن برأ الجرح مسح على الخفين لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها فحصل لبس الخفين على طهارة كاملة كالو أدخلهما مغسولتين حقيقة في الخف وان كان برأ الجرح نزع خفيه لانه صار محدثا بالحدث السابق فظهر أن اللبس حصل لا على طهارة وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ومنها أن يكون الحدث خفيفا فان كان غليظا وهو الجنابة فلا يجوز فيها المسح لما روى عن صفوان بن عسال المرادي انه قال كان يأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنا سفرا ان لا تنزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها لا عن جنابة لكن من غائط أو بول أو نوم ولان الجواز في الحدث الخفيف لدفع الحرج لانه يتكرر ويغلب وجوده فيلحقه الحرج والمشقة في نزع الخف والجنابة لا يغلب وجودها فلا يلحقه الحرج في النزع وأما الذي يرجع الى الممسوح فمنها أن يكون خفا يستر الكعبين لان الشرع ورد بالمسح على الخفين وما يستر الكعبين ينطلق عليه اسم الخف وكذا ما يستر الكعبين من الجلد مما سوى الخف كالمكعب الكبير والميثم لانه في معنى الخف * وأما المسح على الجوربين فان كانا مجلدين أو منعلين يجزيه بلا خلاف عند أصحابنا وان لم يكونا مجلدين ولا منعلين فان كانا رقيقين يشفان الماء لا يجوز المسح عليهما بالاجماع وان كانا ثخينين لا يجوز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز وروى عن أبي حنيفة انه رجع الى قولهما في آخر عمره وذلك أنه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت أمنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه وعند الشافعي لا يجوز المسح على الجوارب وان كانت منعلة الا اذا كانت مجلدة الى الكعبين احتج أبو يوسف ومحمد بحديث المغيرة بن شعبة ان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح على الجوربين ولان الجواز في الخف لدفع الحرج لما يلحقه من المشقة بالنزع وهذا المعنى موجود في الجورب بخلاف اللفافة والمكعب لانه لا مشقة في نزعهما ولابي حنيفة ان جواز المسح على الخفين ثبت نصا بخلاف القياس فكل ما كان في معنى الخف في ادمان المشي عليه وامكان قطع السفر به يلحق به ومالا فلا ومعلوم أن غير المجلد والمنعل من الجوارب لا يشارك الخف في هذا المعنى فتعذر الالحاق على ان شرع المسح ان ثبت للترفيه لكن الحاجة الى الترفيه فيما يغلب لبسه ولبس الجوارب مما لا يغلب فلا حاجة فيها الى الترفيه فبقي أصل الواجب بالكتاب وهو غسل الرجلين (وأما) الحديث فيحتمل انهما كانا مجلدين أو منعلين وبه نقول ولا عموم له لانه حكاية حال الا يرى انه لم يتناول الرقيق من الجوارب وأما الخف المتخذ من اللبد فلم يذكره في ظاهر الرواية وقيل انه على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا وقيل ان كان يطيق السفر جاز المسح عليه والا فلا وهذا هو الأصح * (وأما) المسح على الجرموقين من الجلد فان لبسهما فوق الخفين جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز وان لبس الجرموق وحده قيل انه على هذا الخلاف والصحيح أنه يجوز المسح عليه بالاجماع وجه قوله ان المسح على الخف بدل عن الغسل فلوجوزنا المسح على الجرموقين لجعلنا للبدل بدلا وهذا لا يجوز (ولنا) ماروى عن عمر رضي الله عنه انه قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين

مطلب المسح على الجوارب

مطلب المسح على الجرموقين

ولان الجرموق يشارك الخف فى امكان قطع السفر به فيشاركه فى جواز المسح عليه ولهذا شاركه فى حالة الانفراد ولان الجرموق فوق الخف بمنزلة خف ذى طاقين وذا يجوز المسح عليه فكذا هذا وقوله المسح عليه بدل عن المسح على الخف ممنوع بل كل واحد منهما بدل عن الغسل قائم مقامه الا انه اذا نزع الجرموق لا يجب غسل الرجلين لوجود شئ آخر هو بدل عن الغسل قائم مقامه وهو الخف ثم انما يجوز المسح على الجرموقين عندنا اذا لبسهما على الخفين قبل أن يحدث فان أحدث ثم لبس الجرموقين لا يجوز المسح عليهما سواء مسح على الخفين أولا اما اذا مسح فلان حكم المسح استقر على الخف فلا يتحول الى غيره واما اذا لم يمسح فلان ابتداء مدة المسح من وقت الحدث وقد انعقد فى الخف فلا يتحول الى الجرموق بعد ذلك ولان جواز المسح على الجرموق لمكان الحاجة لتعذر النزع وهنا لا حاجة لانه لا يتعذر عليه المسح على الخفين ثم لبس الجرموق فلم يجز ولهذا لم يجز المسح على الخفين اذا لبسهما على الحدث كذا هذا ولو مسح على الجرموقين ثم نزع أحدهما مسح على الخف البادى وأعاد المسح على الجرموق الباقى فى ظاهر الرواية وقال الحسن بن زياد وزفر يمسح على الخف البادى ولا يعيد المسح على الجرموق الباقى وروى عن أبى يوسف أنه ينزع الجرموق الباقى و يمسح على الخفين أبو يوسف اعتبر الجرموق بالخف ولو نزع أحد الخفين ينزع الآخر و يغسل القدمين كذا هذا وجه قول الحسن وزفر أنه يجوز الجمع بين المسح على الجرموق و بين المسح على الخف ابتداء بأن كان على أحد الخفين جرموق دون الآخر فكذا بقاء واذا بقى المسح على الجرموق الباقى فلا معنى للاعادة وجه ظاهر الرواية ان الرجلين فى حكم الطهارة بمنزلة عضو واحد لا يحتمل التجزى فاذا انتقضت الطهارة فى احداهما بنزع الجرموق تنتقض فى الأخرى ضرورة كما اذا نزع أحد الخفين ولا يجوز المسح على القفازين وهما لباسا الكفين لانه شرع دفعا للحرج لتعذر النزع ولا حرج فى نزع القفازين (ومنها) أن لا يكون بالخف خرق كثير فاما اليسير فلا يمنع المسح وهذا قول أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن يمنع قليله وكثيره وهو قول زفر والشافعى وقال مالك وسفيان الثورى الخرق لا يمنع جواز المسح قل أو كثر بعد ان كان ينطلق عليه اسم الخف وجه قولهما ان الشرع ورد بالمسح على الخفين فادام اسم الخف له باقيا يجوز المسح عليه وجه القياس انه لما ظهر شئ من القدم وان قل وجب غسله لحلول الحدث به لعدم الاستتار بالخف والرجل فى حق الغسل غير متجزئة فاذا وجب غسل بعضها وجب غسل كلها وجه الاستحسان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه رضى الله عنهم بالمسح مع علمه بان خفافهم لا تخلو عن قليل الخروق فكان هذا منه بيانا ان القليل من الخروق لا يمنع المسح ولان المسح أقيم مقام الغسل ترفها فلو منع قليل الانكشاف لم يحصل الترفيه لوجوده فى أغلب الخفاف والحد الفاصل بين القليل والكثير هو قدر ثلاث أصابع فان كان الخرق قدر ثلاث أصابع منع والا فلا ثم المعتبر أصابع اليد او أصابع الرجل ذكر محمد فى الزيادات قدر ثلاث أصابع من أصغر أصابع الرجل وروى الحسن عن أبى حنيفة ثلاث أصابع من أصابع اليد وانما قدر بالثلاث لوجهين أحدهما أن هذا القدر اذا انكشف منع من قطع الاسفار والثانى أن الثلاث أصابع أكثر الأصابع وللاكثر حكم الكل ثم الخرق المانع أن يكون منفتحا بحيث يظهر ما تحته من القدم مقدار ثلاث أصابع أو يكون منضما لكنه ينفرج عند المشى فاما اذا كان منضما لا ينفرج عند المشى فانه لا يمنع وان كان أكثر من ثلاث أصابع كذا روى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وانما كان كذلك لانه اذا كان منفتحا أو ينفتح عند المشى لا يمكن قطع السفر به واذا لم يمكن يمنع وسواء كان الخرق فى ظاهر الخف أو فى باطنه أو من ناحية العقب بعد ان كان أسفل من الكعبين لما قلنا ولو بدا ثلاث من أناملها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يمنع وقال بعضهم يمنع وهو الصحيح ولو انكشفت الظهارة وفى داخله بطانة من جلد ولم يظهر القدم يجوز المسح عليه هذا اذا كان الخرق فى موضع واحد فان كان فى مواضع متفرقة ينظر ان كان فى خف واحد يجمع بعضها الى بعض فان بلغ قدر ثلاث أصابع يمنع والا فلا وان كان فى خفين لا يجمع وقالوا فى النجاسة ان كانت على الخفين انه يجمع بعضها الى بعض فاذا زادت على قدر الدرهم منعت جواز

الصلاة والفرق ان الخرق انما يمنع جواز المسح لظهور مقدار فرض المسح فاذا كان متفرقا فلم يظهر مقدار فرض المسح من كل واحد منهما والمانع من جواز الصلاة فى النجاسة هو كونه حاملا للنجاسة ومعنى الحمل متحقق سواء كان فى خف واحد أو فى خفين (ومنها) أن يمسح على ظاهر الخف حتى لو مسح على باطنه لا يجوز وهو قول عمر وعلى وأنس رضى الله عنهم وهو ظاهر مذهب الشافعى وعنه انه لو اقتصر على الباطن لا يجوز والمستحب عندنا الجمع بين الظاهر والباطن فى المسح الا اذا كان على باطنه نجاسة وحكى ابراهيم بن جابر فى كتاب الاختلاف الاجماع على ان الاقتصار على أسفل الخف لا يجوز وكذا لو مسح على العقب أو على جانبى الخف أو على الساق لا يجوز والأصل فيه ماروى عن عمر رضى الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالمسح على ظاهر الخفين وعن علىّ رضى الله عنه أنه قال لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره ولكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه دون باطنهما ولان باطن الخف لا يخلو عن لوث عادة فالمسح عليه يكون تلويثا لليد ولان فيه بعض الحرج وما شرع المسح الا لدفع الحرج ولا تشترط النية فى المسح على الخفين كما لا تشترط فى مسح الرأس والجامع ان كل واحد منهما ليس ببدل عن الغسل بدليل أنه يجوز مع القدرة على الغسل بخلاف التيمم وكذا فعل المسح ليس بشرط لجوازه بدونه أيضا بل الشرط اصابة الماء حتى لو خاض الماء أو أصابه المطر جاز عن المسح ولو مر بحشيش مبتل فأصاب البلل ظاهر خفيه ان كان بلل الماء أو المطر جاز وان كان بلل الطل قيل لا يجوز لان الطل ليس بماء

مطلب مقدار المسح

﴿ فصل ﴾ وأما مقدار المسح فالمقدار المفروض هو مقدار ثلاث أصابع طولا وعرضا ممدودا أو موضوعا وعند الشافعى المفروض هو أدنى ما ينطلق عليه اسم المسح كما قال فى مسح الرأس ولو مسح باصبع أو أصبعين ومدهما حتى بلغ مقدار ثلاث أصابع لا يجوز عندنا خلافا لزفر كما فى مسح الرأس ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأعادها فى كل مرة الى الماء يجوز كما فى مسح الرأس ثم الكرخى اعتبر التقدير فيه بأصابع الرجل فانه ذكر فى مختصره اذا مسح مقدار ثلاث أصابع من أصابع الرجل اجزأه فاعتبر الممسوح لأن المسح يقع عليه وذكر ابن رستم عن محمد أنه لو وضع ثلاثة أصابع وضعا اجزأه وهذا يدل على أن التقدير فيه بأصابع اليد وهو الصحيح لما روى فى حديث علىّ رضى الله عنه أنه قال فى آخره لكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه خطوطا بالاصابع وهذا خرج مخرج التفسير للمسح أنه الخطوط بالأصابع والأصابع اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فكان هذا تقديرا للمسح بثلاث أصابع اليد ولأن الفرض يتأدى به بيقين لأنه ظاهر محسوس فاما أصابع الرجل فمستترة بالخف فلا يعلم مقدارها الا بالحزر والظن فكان التقدير بأصابع اليد أولى

مطلب نواقض المسح

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما ينقض المسح وبيان حكمه اذا انتقض فالمسح ينتقض بأشياء (منها) انقضاء مدة المسح وهى يوم وليلة فى حق المقيم وفى حق المسافر ثلاثة أيام ولياليها لأن الحكم الموقت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية فاذا انقضت المدة يتوضأ ويصلى ان كان محدثا وان لم يكن محدثا يغسل قدميه لا غير ويصلى (ومنها) نزع الخفين لأنه اذا نزعهما فقد سرى الحدث السابق الى القدمين ثم ان كان محدثا يتوضأ بكماله ويصلى وان لم يكن محدثا يغسل قدميه لا غير ولا يستقبل الوضوء وللشافعى قولان فى قول مثل قولنا وفى قول يستقبل الوضوء وجهه ان الحدث قد حل ببعض اعضائه والحدث لا يتجزأ فيتعدى الى الباقى (ولنا) ان الحدث السابق هو الذى حل بقدميه وقد غسل بعده سائر الأعضاء وبقيت القدمان فقط فلا يجب عليه الا غسلهما وهو مذهب عبد الله بن عمر وكذلك اذا نزع أحدهما أنه ينتقض مسحه فى الخفين وعليه نزع الباقى وغسلهما لا غير ان لم يكن محدثا والوضوء بكماله ان كان محدثا وعن ابراهيم النخعى فيه ثلاثة أقوال فى قول مثل قولنا وفى قول لا شئ عليه اذ لا يعقل حدثا وفى قول يستقبل الوضوء وجه هذا القول ان الحدث لا يتجزأ حلوله بالبعض كحلوله

مطلب المسح على الجبائر

مطلب شرط جواز المسح

بالكل وجه القول الآخر ان الطهارة اذا تمت لا تنتقض الا بالحدث ونزع الخف لا يعقل حدثا (ولنا) ان المانع من سراية الحدث الى القدم استتارها بالخف وقد زال بالنزع فسرى الحدث السابق الى القدمين جميعا لانهما في حكم الطهارة كعضو واحد فاذا وجب غسل احداهما وجب الأخرى ولو أخرج القدم الى الساق انتقض مسحه لأن اخراج القدم الى الساق اخراج لها من الخف ولو أخرج بعض قدمه أو خرج بغير صنعه روى الحسن عن أبي حنيفة أنه ان أخرج أكثر العقب من الخف انتقض مسحه والا فلا وروى عن أبي يوسف انه ان أخرج أكثر القدم من الخف انتقض والا فلا وروى عن محمد انه ان بقي في الخف مقدار ما يجوز عليه المسح بقي المسح والا انتقض وقال بعض مشايخنا انه يمشي فان أمكنه المشي المعتاد بقي المسح والا فينتقض وهذا موافق لقول أبي يوسف وهو اعتبار أكثر القدم لأن المشي يتعذر بخروج أكثر القدم ولا بأس بالاعتماد عليه لأن المقصود من لبس الخف هو المشي فاذا تعذر المشي انعدم اللبس فيما قصد له ولأن للأكثر حكم الكل *(وأما) المسح على الجبائر فالكلام فيه في مواضع في بيان جوازه وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان صفة هذا المسح أنه واجب أم لا وفي بيان ما ينقضه وفي بيان حكمه اذا انتقض وفي بيان ما يفارق فيه المسح على الخفين المسح على الجبائر (أما) الأول فالمسح على الجبائر جائز والأصل في جوازه ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال كسر زندي يوم أحد فسقط اللواء من يدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقلت يا رسول الله ما أصنع بالجبائر فقال امسح عليها شرع المسح على الجبائر عند كسر الزند فيلحق به ما كان في معناه من الجرح والقرح وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما شج في وجهه يوم أحد داواه بعظم بال وعصب عليه وكان يمسح على العصابة ولنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم اسوة حسنة ولأن الحاجة تدعو الى المسح على الجبائر لان في نزعها حرجا وضررا * (وأما) شرائط جوازه فهو أن يكون الغسل مما يضر بالعضو المنكسر والجرح والقرح أو لا يضره الغسل لكنه يخاف الضرر من جهة أخرى بنزع الجبائر فان كان لا يضره ولا يخاف لا يجوز ولا يسقط الغسل لان المسح لمكان العذر ولا عذر ثم اذا مسح على الجبائر والخرق التي فوق الجراحة جاز لما قلنا فأما اذا مسح على الخرقة الزائدة عن رأس الجراحة ولم يغسل ما تحتها فهل يجوز لم يذكره هذا في ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد أنه ينظر ان كان حل الخرقة وغسل ما تحتها من حوالي الجراحة مما يضر بالجرح يجوز المسح على الخرقة الزائدة ويقوم المسح عليها مقام غسل ما تحتها كالمسح على الخرقة التي تلاصق الجراحة وان كان ذلك لا يضر بالجرح عليه أن يحل ويغسل حوالي الجراحة ولا يجوز المسح عليها لأن الجواز لمكان الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة ومن شرط جواز المسح على الجبيرة أيضا أن يكون المسح على عين الجراحة مما يضر بها فان كان لا يضر بها لا يجوز المسح الا على نفس الجراحة ولا يجوز على الجبيرة كذا ذكره الحسن بن زياد لأن الجواز على الجبيرة للعذر ولا عذر ولو كانت الجراحة على رأسه وبعضه صحيح فان كان الصحيح قدر ما يجوز عليه المسح وهو قدر ثلاث أصابع لا يجوز الا أن يمسح عليه لأن المفروض من مسح الرأس هو هذا القدر وهذا القدر من الرأس صحيح فلا حاجة الى المسح على الجبائر وعبارة مشايخ العراق في مثل هذا ان ذهب عير فعير في الرباط وان كان أقل من ذلك لم يمسح عليه لأن وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ويمسح على الجبائر (وأما) بيان ان المسح على الجبائر هل هو واجب أم لا فقد ذكر محمد في كتاب الصلاة عن أبي حنيفة أنه اذا ترك المسح على الجبائر وذلك يضره اجزأه وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان ذلك لا يضره لم يجز فخرج جواب أبي حنيفة في صورة وخرج جوابهما في صورة أخرى فلم يتبين الخلاف ولا خلاف في انه اذا كان المسح على الجبائر يضره انه يسقط عنه المسح لأن الغسل يسقط بالعذر فالمسح أولى وأما اذا كان لا يضره فقد حقق بعض مشايخنا الاختلاف فقال على قول أبي حنيفة المسح على الجبائر مستحب وليس بواجب وهكذا ذكر قول أبي حنيفة في اختلاف زفر و يعقوب وعندهما واجب وحجتهما ما روينا عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر عليا

رضى الله عنه بالمسح على الجبائر بقوله امسح عليها ومطلق الامر للوجوب ولأبى حنيفة ان الفرضية لا تثبت الا بدليل مقطوع به وحديث على رضى الله عنه من أخبار الآحاد فلا تثبت الفرضية به وقال بعض مشايخنا اذا كان المسح لا يضره يجب بلا خلاف و يمكن التوفيق بين حكاية القولين وهو ان من قال ان المسح على الجبائر ليس بواجب عند أبى حنيفة عنى به انه ليس بفرض عنده لما ذكرنا ان المفروض اسم لما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به ووجوب المسح على الجبائر ثبت بحديث على رضى الله عنه وانه من الآحاد فيوجب العمل دون العلم ومن قال ان المسح على الجبائر واجب عندهما فانما عنى به وجوب العمل لا الفرضية وعلى هذا لا يتحقق الخلاف لأنهما لا يقولان بفرضية المسح على الجبائر لانعدام دليل الفرضية بل بوجوبه من حيث العمل لأن مطلق الأمر يحمل على الوجوب فى حق العمل وانما الفرضية تثبت بدليل زائد وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول بوجوبه فى حق العمل والجواز وعدم الجواز يكون مبنيا على الوجوب وعدم الوجوب فى حق العمل ولو ترك المسح على بعض الجبائر ومسح على البعض لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وعن الحسن بن زياد أنه قال ان مسح على الأكثر جاز والا فلا بخلاف مسح الرأس والمسح على الخفين أنه لا يشترط فيهما الأكثر لان هناك ورد الشرع بالتقدير فلا تشترط الزيادة على المقدر وههنا لا تقدير من الشرع بل ورد بالمسح على الجبائر فظاهره يقتضى الاستيعاب الا ان ذلك لا يخلو عن ضرب حرج فاقيم الأكثر مقام الجميع والله أعلم

مطلب نواقض المسح على الجبائر

* (وأما) بيان ما ينقض المسح على الجبائر و بيان حكمه اذا انتقض فسقوط الجبائر عن برء ينقض المسح وجملة الكلام فيه ان الجبائر اذا سقطت فاما ان تسقط لا عن برء أو عن برء وكل ذلك لا يخلو من أن يكون فى الصلاة أو خارج الصلاة فان سقطت لا عن برء فى الصلاة مضى عليها ولا يستقبل وان كان خارج الصلاة يعيد الجبائر الى موضعها ولا يجب عليه اعادة المسح وكذلك اذا شدها بجبائر أخرى غير الأولى بخلاف المسح على الخفين اذا سقط الخف فى حال الصلاة انه يستقبل وان سقط خارج الصلاة يجب عليه الغسل والفرق ان هناك سقوط الغسل لمكان الحرج كما فى النزع فاذا سقط فقد زال الحرج وههنا السقوط بسبب العذر وانه قائم فكان الغسل ساقطا وانما وجب المسح والمسح قائم وانما زال الممسوح كما اذا مسح على رأسه ثم حلق الشعر انه لا يجب اعادة المسح وان زال الممسوح كذلك ههنا وان سقطت عن برء فان كان خارج الصلاة وهو محدث فاذا أراد أن يصلى توضأ وغسل موضع الجبائر ان كانت الجراحة على أعضاء الوضوء وان لم يكن محدثا غسل موضع الجبائر لا غير لانه قدر على الأصل فبطل حكم البدل فيه فوجب غسله لا غير لان حكم الغسل وهو الطهارة فى سائر الأعضاء قائم لانعدام ما يرفعها وهو الحدث فلا يجب غسلها وان كان فى حال الصلاة يستقبل لقدرته على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ولو مسح على الجبائر وصلى أياما ثم برأت جراحته لا يجب عليه اعادة ما صلى بالمسح وهذا قول أصحابنا وقال الشافعى ان كان الجبر على الجرح والقرح يعيد قولا واحدا وان كان على الكسر فله فيه قولان وجه قوله ان هذا عذر نادر فلا يمنع وجوب القضاء عند زواله كالمحبوس فى السجن اذا لم يجد الماء ووجد ترابا نظيفا انه يصلى بالتيمم ثم يعيد اذا خرج من السجن كذلك ههنا (ولنا) ما روينا من حديث على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم أمره بالمسح على الجبائر ولم يأمره باعادة الصلاة مع حاجته الى البيان (وأما) بيان ما يفارق فيه المسح على الجبائر المسح على الخفين (فمنها) ان المسح على الجبائر غير موقت بالأيام بل هو موقت بالبرء والمسح على الخفين موقت بالأيام للمقيم يوم وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها لان التوقيت بالشرع والشرع وقت هناك بقوله يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام بلياليها ولم يوقت ههنا بل أطلق بقوله امسح عليها (ومنها) أنه لا تشترط الطهارة لوضع الجبائر حتى لو وضعها وهو محدث ثم توضأ جاز له أن يمسح عليها وتشترط الطهارة للبس الخفين حتى لو لبسهما وهو محدث ثم توضأ لا يجوز له المسح على الخفين لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها فاذا مسح عليها فكأنه غسل ما تحتها لقيامه مقام الغسل والخف جعل مانعا من نزول الحدث بالقدمين لا رافعا له

ولا يتحقق ذلك الا وان يكون لابس الخف على طهارة وقت الحدث بعد اللبس (ومنها) انه اذا سقطت الجبائر لا عن برء لا ينتقض المسح وسقوط الخفين أو سقوط أحدهما يوجب انتقاض المسح لما بينا

مطلب شرائط أركان الوضوء

﴿فصل﴾ وأما شرائط أركان الوضوء (فمنها) أن يكون الوضوء بالماء حتى لا يجوز التوضؤ بما سوى الماء من المائعات كالخل والعصير واللبن ونحو ذلك لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين والمراد منه الغسل بالماء لانه تعالى قال في آخر الآية وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا نقل الحكم الى التراب عند عدم الماء فدل على أن المنقول منه هو الغسل بالماء وكذا الغسل المطلق ينصرف الى الغسل المعتاد وهو الغسل بالماء (ومنها) أن يكون بالماء المطلق لان مطلق اسم الماء ينصرف الى الماء المطلق فلا يجوز التوضؤ بالماء المقيد والماء المطلق هو الذي تتسارع افهام الناس اليه عند اطلاق اسم الماء كماء الأنهار والعيون والآبار وماء السماء وماء الغدران والحياض والبحار فيجوز الوضوء بذلك كله سواء كان في معدنه أو في الأواني لان نقله من مكان الى مكان لا يسلب اطلاق اسم الماء عنه وسواء كان عذبا أو ملحا لان الماء الملح يسمى ماء على الاطلاق وقال النبي صلى الله عليه وسلم خلق الماء طهورا لا ينجسه شيء الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه والطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره وقال الله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا وقال الله تعالى وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته وروى أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن المياه التي تكون في الفلوات وما ينوبها من الدواب والسباع فقال لها ما أخذت في بطونها وما أبقت فهو لنا شراب وطهور وكان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ من آبار المدينة

مطلب الماء المقيد

* (وأما) المقيد فهو ما لا تتسارع اليه الأفهام عند اطلاق اسم الماء وهو الماء الذي يستخرج من الاشياء بالعلاج كماء الأشجار والثمار وماء الورد ونحو ذلك ولا يجوز التوضؤ بشيء من ذلك وكذلك الماء المطلق اذا خالطه شيء من المائعات الطاهرة كاللبن والخل ونقيع الزبيب ونحو ذلك على وجه زال عنه اسم الماء بان صار مغلوبا به فهو بمعنى الماء المقيد ثم ينظر ان كان الذي خالطه مما يخالف لونه لون الماء كاللبن وماء العصفر والزعفران ونحو ذلك تعتبر الغلبة في اللون وان كان لا يخالف الماء في اللون ويخالفه في الطعم كعصير العنب الأبيض وخله تعتبر الغلبة في الطعم وان كان لا يخالفه فيهما تعتبر الغلبة في الأجزاء فان استويا في الأجزاء لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وقالوا حكمه حكم الماء المغلوب احتياطا هذا اذا لم يكن الذي خالطه مما يقصد منه زيادة نظافة فان كان مما يقصد منه ذلك ويطبخ به أو يخالط به كماء الصابون والأشنان يجوز التوضؤ به وان تغير لون الماء أو طعمه أو ريحه لان اسم الماء باق وازداد معناه وهو التطهير وكذلك جرت السنة في غسل الميت بالماء المغلي بالسدر والحرض فيجوز الوضوء به الا اذا صار غليظا كالسويق المخلوط لانه حينئذ يزول عنه اسم الماء ومعناه أيضا ولو تغير الماء المطلق بالطين أو بالتراب أو بالجص أو بالنورة أو بوقوع الأوراق أو الثمار فيه أو بطول المكث يجوز التوضؤ به لانه لم يزل عنه اسم الماء وبقي معناه أيضا مع ما فيه من الضرورة الظاهرة لتعذر صون الماء عن ذلك وقياس ما ذكرنا أنه لا يجوز الوضوء بنبيذ التمر لتغير طعم الماء وصيرورته مغلوبا بطعم التمر فكان في معنى الماء المقيد وبالقياس أخذ أبو يوسف وقال لا يجوز التوضؤ به الا ان أبا حنيفة ترك القياس بالنص وهو حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فجوز التوضؤ به وذكر في الجامع الصغير أن المسافر اذا لم يجد الماء ووجد نبيذ التمر توضأ به ولم يتيمم وذكر في كتاب الصلاة يتوضأ به وان تيمم معه أحب الي وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يجمع بينهما لا محالة وهو قول محمد وروى نوح في الجامع المروزي عن أبي حنيفة انه رجع عن ذلك وقال لا يتوضأ به ولكنه يتيمم وهو الذي استقر عليه قوله كذا قال نوح وبه أخذ أبو يوسف ومالك والشافعي واحتج هؤلاء بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا نقل الحكم من الماء المطلق الى التراب فمن نقله الى النبيذ ثم من

النبيذ الى التراب فقد خالف الكتاب وهؤلاء طعنوا فى حديث عبد الله بن مسعود من وجوه (أحدها) انهم قالوا رواه أبو فزارة عن أبى زيد عن ابن مسعود وأبو فزارة هذا كان نباذا بالكوفة وأبو زيد مجهول (ومنها) انه قيل لعبد الله بن مسعود هل كنت مع النبى صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال ليتنى كنت وسئل تلميذه علقمة هل كان صاحبكم مع النبى صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال وددنا انه كان (ومنها) انه من أخبار الآحاد ورد على مخالفة الكتاب ومن شرط ثبوت خبر الواحد أن لا يخالف الكتاب فاذا خالف لم يثبت أو ثبت لكنه نسخ به لان ليلة الجن كانت بمكة وهذه الآية نزلت بالمدينة * وجه رواية الحسن وهو قول محمد انه قام ههنا دليلان أحدهما انه يقتضى وجوب الوضوء بنبيذ التمر وهو حديث ابن مسعود رضى الله عنه والآخر يقتضى وجوب التيمم وهو قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والعمل بالدليلين واجب اذا أمكن العمل بهما وههنا أمكن اذ لا تنافى بين وجوب الوضوء والتيمم فيجمع بينهما كما فى سؤر الحمار ولأبى حنيفة ماروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جلوسا فى بيت فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليقم منكم من ليس فى قلبه مثقال ذرة من كبر فقمت وفى رواية فلم يقم منا أحد فأشار الى بالقيام فقمت ودخلت البيت فتزودت باداوة من نبيذ فخرجت معه فخط لى خطا وقال ان خرجت من هذا لم ترنى الى يوم القيامة فقمت قائما حتى انفجر الصبح فاذا أنا برسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عرق جبينه كانه حارب جنا فقال لى يا ابن مسعود هل معك ماء أتوضأ به فقلت لا الا نبيذ تمر فى اداوة فقال ثمرة طيبة وماء طهور فأخذ ذلك وتوضأ به وصلى الفجر وكذا جماعة من الصحابة منهم على وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم كانوا يجوزون التوضؤ بنبيذ التمر وروى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال نبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال توضؤا بنبيذ التمر ولا تتوضؤا باللبن وروى عن أبى العالية الرياحى انه قال كنت فى جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفينة فى البحر فحضرت الصلاة ففنى ماؤهم ومعهم نبيذ التمر فتوضأ بعضهم بنبيذ التمر وكره التوضؤ بماء البحر وتوضأ بعضهم بماء البحر وكره التوضؤ بنبيذ التمر وهذا حكاية الاجماع فان من كان يتوضأ بماء البحر كان يعتقد جواز التوضؤ بماء البحر فلم يتوضأ بنبيذ التمر لكونه واجدا الماء المطلق ومن كان يتوضأ بالنبيذ كان لا يرى ماء البحر طهورا أو كان يقول هو ماء سخطة ونقمة كأنه لم يبلغه قوله صلى الله عليه وسلم فى صفة البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته فتوضأ بنبيذ التمر لكونه عادما الماء الطاهر وبه تبين أن الحديث ورد مورد الشهرة والاستفاضة حيث عمل به الصحابة رضى الله عنهم وتلقوه بالقبول فصار موجبا علما استدلاليا كخبر المعراج والقدر خيره وشره من الله وأخبار الرؤية والشفاعة وغير ذلك مما كان الراوى فى الأصل واحدا ثم اشتهر وتلقته العلماء بالقبول ومثله مما ينسخ به الكتاب مع ما انه لا حجة لهم فى الكتاب لان عدم نبيذ التمر فى الأسفار يسبق عدم الماء عادة لانه أعسر وجودا وأعز اصابة من الماء فكان تعليق جواز التيمم بعدم الماء تعليقا بعدم النبيذ دلالة فكأنه قال فلم تجدوا ماء ولا نبيذ تمر فتيمموا الا أنه لم ينص عليه لثبوته عادة يؤيد هذا ماذكرنا من فتاوى نجباء الصحابة رضى الله عنهم فى زمان انسد فيه باب الوحى مع أنهم كانوا أعرف الناس بالناسخ والمنسوخ فبطل دعوى النسخ وماذكروا من الطعن فى الراوى أما أبو فزارة فقد ذكره مسلم فى الصحيح فلا مطعن لأحد فيه وأما أبو زيد فقد قال صاعد وهو من زهاد التابعين وأما أبو زيد فهو مولى عمرو بن حريث فكان معروفا فى نفسه وبولائه فالجهل بعدالته لا يقدح فى روايته على أنه قد روى هذا الحديث من طرق أخر غير هذا الطريق لا يتطرق اليها طعن وقولهم ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن دعوى باطلة لما روينا أنه تركه فى الخط وكذا روى كونه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خبر آخر أجمع الفقهاء على العمل به وهو انه طلب منه أحجار الاستنجاء فأتاه بحجرين وروثة فالقى الروثة وقال انها

رجس أو ركس والدليل عليه أنه روى انه لما رأى أقواما من الزط بالعراق قال ما أشبه هؤلاء بالجن ليلة الجن وفى رواية أنه مر بقوم يلعبون بالكوفة فقال ما رأيت أحدا أشبه بهؤلاء من الجن الذين رأيتهم مع النبى صلى الله عليه وسلم ليلة الجن وما روى أنه قال ليتنى كنت معه وان علقمة قال وددنا أن يكون معه فمحمول على الحال التى خاطب فيها الجن اى ليتنى كنت معه وقت خطابه الجن ووددنا أن يكون معه وقت ما خاطب الجن واختلف المشايخ فى جواز الاغتسال بنبيذ التمر على أصل أبى حنيفة فقال بعضهم لا يجوز لان الجواز عرف بالنص وأنه ورد فى الوضوء دون الاغتسال فيقتصر على مورد النص وقال بعضهم يجوز لاستوائهما فى المعنى ثم لا بد من معرفة تفسير نبيذ التمر الذى فيه الخلاف وهو أن يلقى شئ من التمر فى الماء فتخرج حلاوته الى الماء وهكذا ذكر ابن مسعود رضى الله عنه فى تفسير نبيذ التمر الذى توضأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال تميرات ألقيتها فى الماء لان من عادة العرب انها تطرح التمر فى الماء الملح ليحلو فما دام حلوا رقيقا أو قارصا يتوضأ به عند أبى حنيفة وان كان غليظا كالرب لا يجوز التوضؤ به بلا خلاف وكذا ان كان رقيقا لكنه غلا واشتد وقذف بالزبد لانه صار مسكرا والمسكر حرام فلا يجوز التوضؤ به ولان النبيذ الذى توضأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم كان رقيقا حلوا فلا يلحق به الغليظ والمر هذا اذا كان نيأ فان كان مطبوخا أدنى طبخة فما دام حلوا أو قارصا فهو على الاختلاف وان غلا واشتد وقذف بالزبد ذكر القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى الاختلاف فيه بين الكرخى وأبى طاهر الدباس على قول الكرخى يجوز وعلى قول أبى طاهر لا يجوز وجه قول الكرخى ان اسم النبيذ كما يقع على النيء منه يقع على المطبوخ فيدخل تحت النص ولان الماء المطلق اذا اختلط به المائعات الطاهرة يجوز التوضؤ به بلا خلاف بين أصحابنا اذا كان الماء غالبا وههنا أجزاء الماء غالبة على اجزاء التمر فيجوز التوضؤ به وجه قول أبى طاهر أن الجواز عرف بالحديث والحديث ورد فى النيء فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه سئل عن ذلك النبيذ فقال تميرات ألقيتها فى الماء وأما قوله ان المائع الطاهر اذا اختلط بالماء لا يمنع التوضؤ به فنعم اذا لم يغلب على الماء أصلا فاما اذا غلب عليه بوجه من الوجوه فلا وههنا غلب عليه من حيث الطعم واللون وان لم يغلب من حيث الاجزاء فلا يجوز التوضؤ به وهذا أقرب القولين الى الصواب وذكر القاضى الاسبيجابى فى شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف فى شربه فقال على قول ابى حنيفة يجوز التوضؤ به كما يجوز شربه وعند محمد لا يجوز كما لا يجوز شربه وأبو يوسف فرق بين الوضوء والشرب فقال يجوز شربه ولا يجوز الوضوء به لانه لا يرى التوضؤ بالنيء الحلو منه فبالمطبوخ المر أولى وأما نبيذ الزبيب وسائر الأنبذة فلا يجوز التوضؤ بها عند عامة العلماء وقال الاوزاعى يجوز التوضؤ بالأنبذة كلها نيأ كان النبيذ أو مطبوخا حلوا كان أو مرا قياسا على نبيذ التمر (ولنا) أن الجواز فى نبيذ التمر ثبت معدولا به عن القياس لان القياس يأبى الجواز الا بالماء المطلق وهذا ليس بماء مطلق بدليل أنه لا يجوز التوضؤ به مع القدرة على الماء المطلق الا أنا عرفنا الجواز بالنص والنص ورد فى نبيذ التمر خاصة فيبقى ما عداه على أصل القياس (ومنها) أن يكون الماء طاهرا فلا يجوز التوضؤ بالماء النجس لان النبى صلى الله عليه وسلم سمى الوضوء طهورا وطهارة بقوله لا صلاة الا بطهور وقوله لا صلاة الا بطهارة ويستحيل حصول الطهارة بالماء النجس والماء النجس ما خالطه النجاسة وسنذكر بيان القدر الذى يخالط الماء من النجاسة فينجسه فى موضعه ان شاء الله (ومنها) أن يكون طهورا لقول النبى صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه فيغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح رأسه ثم يغسل رجليه والطهور اسم للطاهر فى ذاته المطهر لغيره فلا يجوز التوضؤ بالماء المستعمل لأنه نجس عند بعض أصحابنا وعند بعضهم طاهر غير طهور على ما نذكر ويجوز بالماء المكروه لأنه ليس بنجس الا أن الأولى أن لا يتوضأ به اذا وجد غيره ولا يجوز بسؤر الحمار وحده لانه مشكول فى طهوريته عند الاكثرين وعند بعضهم فى طهارته وسنفسره ونستوفى الكلام فيه اذا انتهينا الى بيان حكم الاسآر عند بيان أنواع الأنجاس ان شاء الله تعالى (وأما) النية فليست من الشرائط وكذلك الترتيب فيجوز الوضوء

بدون النية ومراعاة الترتيب عندنا وعند الشافعى من الشرائط لا يجوز بدونهما وكذلك إيمان المتوضئ ليس بشرط لصحة وضوئه عندنا فيجوز وضوء الكافر عندنا وعنده شرط فلا يجوز وضوء الكافر وكذلك الموالاة ليست بشرط عند عامة المشايخ وعند مالك شرط وسنذكر هذه المسائل عند بيان سنن الوضوء لأنها من السنن عندنا لا من الفرائض فكان الحاقها بفصل السنن أولى

*(فصل) وأما سنن الوضوء فكثيرة بعضها قبل الوضوء وبعضها فى ابتدائه وبعضها فى اثنائه (أما) الذى هو قبل الوضوء (فمنها) الاستنجاء بالاحجار أو ما يقوم مقامها وسمى الكرخى الاستنجاء استجمارا اذ هو طلب الجمرة وهى الحجر الصغير والطحاوى سماه استطابة وهى طلب الطيب وهو الطهارة والاستنجاء هو طلب طهارة القبل والدبر من النجو وهو ما يخرج من البطن أو ما يعلو ويرتفع من النجوة وهى المكان المرتفع (والكلام فى الاستنجاء) فى مواضع فى بيان صفة الاستنجاء وفى بيان ما يستنجى به وفى بيان ما يستنجى منه أما الأول فالاستنجاء سنة عندنا وعند الشافعى فرض حتى لو ترك الاستنجاء أصلا جازت صلاته عندنا ولكن مع الكراهة وعنده لا يجوز والكلام فيه راجع الى أصل نذكره ان شاء الله تعالى وهو أن قليل النجاسة الحقيقية فى الثوب والبدن عفو فى حق جواز الصلاة عندنا وعنده ليس بعفو ثم ناقض فى الاستنجاء فقال اذا استنجى بالأحجار ولم يغسل موضع الاستنجاء جازت صلاته وان تيقنا ببقاء شئ من النجاسة اذ الحجر لا يستأصل النجاسة وانما يقللها وهذا تناقض ظاهر ثم ابتداء الدليل على ان الاستنجاء ليس بفرض ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج والاستدلال به من وجهين أحدهما انه نفى الحرج فى تركه ولو كان فرضا لكان فى تركه حرج والثانى انه قال من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج ومثل هذا لا يقال فى المفروض وانما يقال فى المندوب اليه والمستحب الا انه اذا ترك الاستنجاء أصلا وصلى يكره لأن قليل النجاسة جعل عفوا فى حق جواز الصلاة دون الكراهة واذا استنجى زالت الكراهة لان الاستنجاء بالاحجار أقيم مقام الغسل بالماء شرعا للضرورة اذ الانسان قد لا يجد سترة أو مكانا خاليا للغسل وكشف العورة حرام فاقيم الاستنجاء مقام الغسل فتزول به الكراهة كما تزول بالغسل وقد روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يستنجى بالأحجار ولا يظن به اداء الصلاة مع الكراهة (وأما) بيان ما يستنجى به فالسنة هو الاستنجاء بالأشياء الطاهرة من الأحجار والأمدار والتراب والخرق البوالى ويكره بالروث وغيره من الأنجاس لان النبى صلى الله عليه وسلم لما سأل عبد الله بن مسعود عن أحجار الاستنجاء أتاه بحجرين وروثة فأخذ الحجرين ورمى بالروثة وعلل بكونها نجسا فقال انها رجس أو ركس أى نجس ويكره بالعظم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء بالروث والرمة وقال من استنجى بروث أو رمة فهو برئ مما أنزل على محمد وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا تستنجوا بالعظم ولا بالروث فان العظم زاد اخوانكم الجن والروث علف دوابهم فان فعل ذلك يعتد به عندنا فيكون مقيما سنة ومرتكبا كراهة ويجوز أن يكون لفعل واحد جهتان مختلفتان فيكون بجهة كذا وبجهة كذا وعند الشافعى لا يعتد به حتى لا تجوز صلاته اذا لم يستنج بالأحجار بعد ذلك وجه قوله ان النص ورد بالأحجار فيراعى عين المنصوص عليه ولان الروث نجس فى نفسه والنجس كيف يزيل النجاسة (ولنا) أن النص معلول بمعنى الطهارة وقد حصلت بهذه الأشياء كما تحصل بالأحجار الا انه كره بالروث لما فيه من استعمال النجس وافساد علف دواب الجن وكره بالعظم لما فيه من افساد زادهم على ما نطق به الحديث فكان النهى عن الاستنجاء به لمعنى فى غيره لا فى عينه فلا يمنع الاعتداد به وقوله الروث نجس فى نفسه مسلم لكنه يابس لا ينفصل منه شئ الى البدن فيحصل باستعماله نوع طهارة بتقليل النجاسة ويكره الاستنجاء بخرقة الديباج ومطعوم الآدمى من الحنطة والشعير لما فيه من أفساد المال من غير ضرورة وكذا بعلف البهائم وهو الحشيش لانه تنجيس للطاهر من غير ضرورة

مطلب الكلام فى الاستنجاء من وجوه

والمعتبر فى اقامة هذه السنة عندنا هو الانقاء دون العدد فان حصل بحجر واحد كفاه وان لم يحصل بالثلاث زاد عليه وعند الشافعى العدد مع الانقاء شرط حتى لو حصل الانقاء بما دون الثلاث كمل الثلاث ولو ترك لم يجزه واحتج الشافعى بما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من استجمر فليوتر أمر بالايتار ومطلق الأمر للوجوب (ولنا) ما روينا من حديث ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم سأله أحجار الاستنجاء فأتاه بحجرين وروثة فرمى الروثة ولم يسأله حجرا ثالثا ولو كان العدد فيه شرطا لسأله اذ لا يظن به ترك الواجب ولان الغرض منه هو التطهير وقد حصل بالواحد ولا يجوز تنجيس الطاهر من غير ضرورة (وأما) الحديث فحجة عليه لأن أقل الايتار مرة واحدة على ان الأمر بالايتار ليس لعينه بل لحصول الطهارة فاذا حصلت بما دون الثلاث فقد حصل المقصود فينتهى حكم الأمر وكذا لو استنجى بحجر واحد له ثلاثة أحرف لانه بمنزلة ثلاثة أحجار فى تحصيل معنى الطهارة ويستنجى بيساره لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل بيمينه ويستجمر بيساره وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل بيمينه ويستنجى بيساره ولان اليسار للاقذار وهذا اذا كانت النجاسة التى على المخرج قدر الدرهم أو أقل منه فان كانت أكثر من قدر الدرهم لم يذكر فى ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يزول الا بالغسل وقال بعضهم يزول بالاحجار وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الصحيح لان الشرع ورد بالاستنجاء بالاحجار مطلقا من غير فصل وهذا كله اذا لم يتعد النجس المخرج فان تعداه ينظر ان كان المتعدى أكثر من قدر الدرهم يجب غسله بالاجماع وان كان أقل من قدر الدرهم لا يجب غسله عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يجب وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى ان النجاسة اذا تجاوزت مخرجها وجب غسلها ولم يذكر خلاف أصحابنا لمحمد ان الكثير من النجاسة ليس بعفو وهذا كثير ولهما ان القدر الذى على المخرج قليل وانما يصير كثيرا بضم المتعدى اليه وهما نجاستان مختلفتان فى الحكم فلا يجتمعان الا يرى أن احداهما تزول بالأحجار والاخرى لا تزول الا بالماء واذا اختلفتا فى الحكم يعطى لكل واحدة منهما حكم نفسها وهى فى نفسها قليلة فكانت عفوا (واما) بيان ما يستنجى منه فالاستنجاء مسنون من كل نجس يخرج من السبيلين له عين مرئية كالغائط والبول والمنى والودى والمذى والدم لان الاستنجاء للتطهير بتقليل النجاسة واذا كان النجس الخارج من السبيلين عينا مرئية تقع الحاجة الى التطهير بالتقليل ولا استنجاء فى الريح لانها ليست بعين مرئية (ومنها) السواك لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لولا ان أشق على أمتى لامرتهم بالسواك عند كل صلاة وفى رواية عند كل وضوء ولانه مطهرة للفم على ما نطق به الحديث السواك مطهرة للفم ومرضاة للرب عز وجل وروى عنه أنه قال مازال جبريل يوصينى بالسواك حتى خشيت ان يدردنى وروى أنه قال طهروا مسالك القرآن بالسواك وله ان يستاك بأى سواك كان رطبا أو يابسا مبلولا أو غير مبلول صائما كان أو غير صائم قبل الزوال أو بعده لان نصوص السواك مطلقة وعند الشافعى يكره السواك بعد الزوال للصائم لما نذكر فى كتاب الصوم (وأما) الذى هو فى ابتداء الوضوء (فنها) النية عندنا وعند الشافعى هى فريضة والكلام فى النية راجع الى أصل وهو أن معنى القربة والعبادة غير لازم فى الوضوء عندنا وعنده لازم ولهذا صح من الكافر عندنا خلافا له واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الوضوء شطر الايمان والايمان عبادة فكذا شطره ولهذا كان التيمم عبادة حتى لا يصح بدون النية وأنه خلف عن الوضوء والخلف لا يخالف الاصل (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين أمر بالغسل والمسح مطلقا عن شرط النية ولا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا نهى الجنب عن قربان الصلاة اذا لم يكن عابر سبيل الى غاية الاغتسال مطلقا عن شرط النية فيقتضى انتهاء حكم النهى عند الاغتسال المطلق وعنده لا ينتهى الا عند

مطلب فى السواك

مطلب فى النية فى الوضوء

اغتسال مقرون بالنية وهذا خلاف الكتاب ولان الامر بالوضوء لحصول الطهارة لقوله تعالى فى آخر آية الوضوء ولكن يريد ليطهركم وحصول الطهارة لا يقف على النية بل على استعمال المطهر فى محل قابل للطهارة والماء مطهر لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال خلق الماء طهورا لا ينجسه شئ الا ما غير طعمه أو ريحه أو لونه وقال الله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا والطهور اسم للطاهر فى نفسه المطهر لغيره والمحل قابل على ما عرف وبه تبين ان الطهارة عمل الماء خلقة وفعل اللسان فضل فى الباب حتى لو سال عليه المطر أجزأه عن الوضوء والغسل فلا يشترط لهما النية اذ اشتراطها لاعتبار الفعل الاختيارى وبه تبين أن اللازم للوضوء معنى الطهارة ومعنى العبادة فيه من الزوائد فان اتصلت به النية يقع عبادة وان لم تتصل به لا يقع عبادة لكنه يقع وسيلة الى اقامة الصلاة لحصول الطهارة كالسعى الى الجمعة (وأما) الحديث فتأويله انه شطر الصلاة لاجماعنا على انه ليس بشرط الايمان لصحة الايمان بدونه ولا شطره لان الايمان هو التصديق والوضوء ليس من التصديق فى شئ فكان المراد منه انه شطر الصلاة لان الايمان يذكر على ارادة الصلاة لان قبولها من لوازم الايمان قال الله تعالى وما كان الله ليضيع ايمانكم أى صلاتكم الى بيت المقدس وهكذا نقول فى التيمم انه ليس بعبادة ايضا الا انه اذا لم تتصل به النية لا يجوز أداء الصلاة به لا لانه عبادة بل لانعدام حصول الطهارة لانه طهارة ضرورية جعلت طهارة عند مباشرة فعل لا صحة له بدون الطهارة فاذا عرى عن النية لم يقع طهارة بخلاف الوضوء لانه طهارة حقيقية فلا يقف على النية (ومنها) التسمية وقال مالك انها فرض الا اذا كان ناسيا فتقام التسمية بالقلب مقام التسمية باللسان دفعا للحرج واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وضوء لمن لم يسم (ولنا) ان آية الوضوء مطلقة عن شرط التسمية فلا تقيد الا بدليل صالح للتقييد ولان المطلوب من التوضئ هو الطهارة وترك التسمية لا يقدح فيها لان الماء خلق طهورا فى الاصل فلا تقف طهوريته على صنع العبد والدليل عليه ماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من توضأ وذكر اسم الله عليه كان طهورا لجميع بدنه ومن توضأ ولم يذكر اسم الله كان طهورا لما أصاب الماء من بدنه والحديث من جملة الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد ثم هو محمول على نفى الكمال وهو معنى السنة كقول النبى صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد وبه نقول انه سنة لمواظبة النبى صلى الله عليه وسلم عليها عند افتتاح الوضوء وذلك دليل السنية وقال عليه الصلاة والسلام كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه بذكر الله فهو أبتر واختلف المشايخ فى أن التسمية يؤتى بها قبل الاستنجاء أو بعده قال بعضهم قبله لانها سنة افتتاح الوضوء وقال بعضهم بعده لان حال الاستنجاء حال كشف العورة فلا يكون ذكر اسم الله تعالى فى تلك الحالة من باب التعظيم (ومنها) غسل اليدين الى الرسغين قبل ادخالهما فى الاناء للمستيقظ من منامه وقال قوم انه فرض ثم اختلفوا فيما بينهم منهم من قال انه فرض من نوم الليل والنهار ومنهم من قال انه فرض من نوم الليل خاصة واحتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده فى الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدرى أين باتت يده والنهى عن الغمس يدل على كون الغسل فرضا (ولنا) ان الغسل لو وجب لا يخلو اما أن يجب من الحدث أو من النجس لا سبيل الى الاول لانه لا يجب الغسل من الحدث الا مرة واحدة فلو أوجبنا عليه غسل العضو عند استيقاظه من منامه مرة ومرة عند الوضوء لأوجبنا عليه الغسل عند الحدث مرتين ولا سبيل الى الثانى لان النجس غير معلوم بل هو موهوم واليه أشار فى الحديث حيث قال فانه لا يدرى اين باتت يده وهذا اشارة الى توهم النجاسة واحتمالها فيناسبه الندب الى الغسل واستحبابه لا الايجاب لأن الأصل هو الطهارة فلا تثبت النجاسة بالشك والاحتمال فكان الحديث محمولا على نهى التنزيه لا التحريم واختلف المشايخ فى وقت غسل اليدين انه قبل الاستنجاء بالماء أو بعده على ثلاثة أقوال قال بعضهم قبله وقال بعضهم بعده وقال بعضهم قبله وبعده تكميلا للتطهير (ومنها)

مطلب فى التسمية فى الوضوء

مطلب فى غسل اليدين

الاستنجاء

الاستنجاء بالماء لما روى عن جماعة من الصحابة منهم علي ومعاوية وابن عمر وحذيفة بن اليمان رضى الله عنهم انهم كانوا يستنجون بالماء بعد الاستنجاء بالأحجار حتى قال ابن عمر فعلناه فوجدناه دواء وطهورا وعن الحسن البصري انه كان يأمر الناس بالاستنجاء بالماء بعد الاستنجاء بالأحجار ويقول ان من كان قبلكم كان يبعر بعرا وأنتم تثلطون ثلطا فاتبعوا الحجارة الماء وهو كان من الآداب في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ وغسل مقعده بالماء ثلاثا ولما نزل قوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المتطهرين في أهل قبا سألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنهم فقالوا انا نتبع الحجارة الماء ثم صار بعد عصره من السنن باجماع الصحابة كالتراويح والسنة فيه أن يغسل بيساره لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اليمين للوجه واليسار للمقعد ثم العدد في الاستنجاء بالماء ليس بلازم وانما المعتبر هو الانقاء فان لم يكفه الغسل ثلاثا يزيد عليه وان كان الرجل موسوسا فلا ينبغي أن يزيد على السبع لان قطع الوسوسة واجب والسبع هو نهاية العدد الذى ورد الشرع به في الغسل في الجملة كما في حديث ولوغ الكلب (وأما) كيفية الاستنجاء فينبغي أن يرخى نفسه ارخاء تكميلا للتطهير وينبغي أن يبتدئ بأصبع ثم بأصبعين ثم بثلاث أصابع لان الضرورة تندفع به ولا يجوز تنجيس الطاهر من غير ضرورة وينبغي أن يستنجى ببطون الأصابع لا برؤسها كيلا يشبه ادخال الأصبع في العورة وهذا في حق الرجل وأما المرأة فقال بعضهم تفعل مثل ما يفعل الرجل وقال بعضهم ينبغي أن تستنجى برؤس الأصابع لان تطهير الفرج الخارج في باب الحيض والنفاس والجنابة واجب وفي باب الوضوء سنة ولا يحصل ذلك الا برؤس الأصابع (وأما) الذى هو في أثناء الوضوء (فنها) المضمضة والاستنشاق وقال أصحاب الحديث منهم أحمد بن حنبل هما فرضان في الوضوء والغسل جميعا وقال الشافعي سنتان فيهما جميعا فأصحاب الحديث احتجوا بمواظبته صلى الله عليه وسلم عليهما في الوضوء والشافعي يقول الأمر بالغسل عن الجنابة يتعلق بالظاهر دون الباطن وداخل الأنف والفم من البواطن فلا يجب غسله (ولنا) ان الواجب في باب الوضوء غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس وداخل الأنف والفم ليس من جملتها اما ما سوى الوجه فظاهر وكذا الوجه لانه اسم لما يواجه اليه عادة وداخل الأنف والفم لا يواجه اليه بكل حال فلا يجب غسله بخلاف باب الجنابة لان الواجب هناك تطهير البدن بقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا أى طهروا أبدانكم فيجب غسل ما يمكن غسله من غير حرج ظاهرا كان أو باطنا ومواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليهما في الوضوء دليل السنية دون الفرضية فانه كان يواظب على سنن العبادات (ومنها) الترتيب في المضمضة والاستنشاق وهو تقديم المضمضة على الاستنشاق لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يواظب على التقديم (ومنها) افراد كل واحد منهما بماء على حدة عندنا وعند الشافعي السنة الجمع بينهما بماء واحد بأن يأخذ الماء بكفه فيتمضمض ببعضه ويستنشق ببعضه واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تمضمض واستنشق بكف واحد (ولنا) ان الذين حكوا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ الكل واحد منهما ماء جديدا ولأنهما عضوان منفردان فيفرد كل واحد منهما بماء على حدة كسائر الأعضاء وما رواه محتمل يحتمل انه تمضمض واستنشق بكف واحد بماء واحد ويحتمل انه فعل ذلك بماء على حدة فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يرد المحتمل الى المحكم وهو ما ذكرنا توفيقا بين الدليلين (ومنها) المضمضة والاستنشاق باليمين وقال بعضهم المضمضة باليمين والاستنشاق باليسار لان الفم مطهرة والانف مقذرة واليمين للاطهار واليسار للاقذار (ولنا) ما روى عن الحسن بن على رضى الله عنه انه استنثر بيمينه فقال له معاوية جهلت السنة فقال الحسن رضى الله عنه كيف أجهل والسنة خرجت من بيوتنا اما علمت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اليمين للوجه واليسار للمقعد (ومنها) المبالغة في المضمضة والاستنشاق الا في حال الصوم فيرفق لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للقيط بن صبرة بالغ في المضمضة والاستنشاق الا أن تكون صائما فارفق ولان المبالغة فيهما من باب التكميل في التطهير فكانت مسنونة الا في حال الصوم لما فيهما من تعريض الصوم للفساد (ومنها) الترتيب

مطلب في كيفية الاستنجاء

مطلب في الترتيب في الوضوء

في الوضوء لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه ومواظبته عليه دليل السنة وهذا عندنا وعند الشافعي هو فرض وجه قوله ان الأمر ورد مطلقا بالغسل والمسح في آية الوضوء بحرف الواو وانها للجمع المطلق لكن الجمع المطلق يحتمل الترتيب فيحمل على الترتيب بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث غسل مرتبا فكان فعله بيانا لأحد المحتملين (ولنا) ان حرف الواو للجمع المطلق والجمع بصفة الترتيب جمع مقيد ولا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يمكن أن يحمل على موافقة الكتاب وهو انه انما فعل ذلك لدخوله تحت الجمع المطلق لكن من حيث انه جمع بل من حيث انه مرتب وعلى هذا الوجه يكون عملا بموافقة الكتاب كمن أعتق رقبة مؤمنة في كفارة اليمين أو الظهار انه يجوز بالاجماع وذا لا ينفي أن تكون الرقبة المطلقة مرادة من النص لان جواز المؤمنة من حيث هي رقبة لا من حيث هي مؤمنة كذا ههنا ولأن الأمر بالوضوء للتطهير لما ذكرنا في المسائل المتقدمة والتطهير لا يقف على الترتيب لما مر (ومنها) الموالاة وهي أن لا يشتغل المتوضئ بين أفعال الوضوء بعمل ليس منه لأن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا كان يفعل وقيل في تفسير الموالاة أن لا يمكث في أثناء الوضوء مقدار ما يجف فيه العضو المغسول فان مكث تنقطع الموالاة وعند مالك هي فرض وقيل انه أحد قولي الشافعي والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في الترتيب فافهم (ومنها) التثليث في الغسل وهو أن يغسل أعضاء الوضوء ثلاثا ثلاثا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم وفي رواية فمن زاد أو نقص فهو من المعتدين واختلف في تأويله قال بعضهم زاد على مواضع الوضوء ونقص عن مواضعه وقال بعضهم زاد على ثلاث مرات ولم ينو ابتداء الوضوء ونقص عن الواحدة والصحيح انه محمول على الاعتقاد دون نفس الفعل معناه فمن زاد على الثلاث أو نقص عن الثلاث بأن لم ير الثلاث سنة لان من لم ير سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة فقد ابتدع فيلحقه الوعيد حتى لو زاد على الثلاث أو نقص ورأى الثلاث سنة لا يلحقه هذا الوعيد لان الزيادة على الثلاث من باب الوضوء على الوضوء اذا نوى به وانه نور على نور على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الوضوء مرتين سببا لتضعيف الثواب فكان المراد منه الاعتقاد لا نفس الزيادة والنقصان (ومنها) البداءة باليمين في اليدين والرجلين لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يواظب على ذلك وهي سنة في الوضوء وفي غيره من الأعمال لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شئ حتى التنعل والترجل (ومنها) البداءة فيه من رؤس الأصابع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك (ومنها) تخليل الأصابع بعد ايصال الماء الى ما بينها لقول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل أن تتخللها نار جهنم وفي رواية خللوا أصابعكم لا تخللها نار جهنم ولان التخليل من باب اكمال الفريضة فكان مسنونا ولو كان في أصبعه خاتم فان كان واسعا فلا حاجة الى التحريك وان كان ضيقا فلا بد من التحريك ليصل الماء الى ما تحته (ومنها) الاستيعاب في مسح الرأس وهو أن يمسح كله لما روى عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح رأسه بيديه كلتيهما أقبل بهما وأدبر وعند مالك فرض وقد مر الكلام فيه (ومنها) البداءة بالمسح من مقدم الرأس وقال الحسن البصري السنة البداءة من الهامة فيضع يديه عليها فيمدهما الى مقدم الرأس ثم يعيدهما الى القفا وهكذا روى هشام عن محمد والصحيح قول العامة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبتدئ بالمسح من مقدم رأسه ولأن السنة في المغسولات البداءة بالغسل من أول العضو فكذا في الممسوحات (ومنها) أن يمسح رأسه مرة واحدة والتثليث مكروه وهذا عندنا وقال الشافعي السنة هي التثليث وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يمسح ثلاث مرات بماء واحد احتج الشافعي بما روي أن عثمان بن عفان وعليا رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلاثا ومسحا بالرأس ثلاثا ولان هذا ركن أصلي في الوضوء فيسن فيه التثليث قياسا على الركن الآخر وهو الغسل بخلاف المسح على الخفين لانه ليس

مطلب الموالاة في الوضوء

مطلب التثليث في الغسل

مطلب البداءة باليمين

مطلب الاستيعاب في مسح الرأس

بركن أصلي بل ثبت رخصة ومبنى الرخصة على الخفة (ولنا) ماروى عن معاذ رضي الله عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة ورأيته توضأ مرتين مرتين ورأيته توضأ ثلاثا ثلاثا وما رأيته مسح على رأسه الا مرة واحدة وكذا روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه علم الناس وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ومسح مرة واحدة (وأما) حكاية عثمان وعلي رضي الله عنهما فالمشهور عنهما انهما مسحا مرة واحدة كذا ذكر أبو داود في سننه أن الصحيح من حديث عثمان رضي الله عنه أنه مسح رأسه وأذنيه مرة واحدة وكذا روى عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه توضأ في رحبة الكوفة بعد صلاة الفجر ومسح رأسه مرة واحدة ثم قال من سره أن ينظر الى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فلينظر الى وضوئي هذا ولو ثبت ما رواه الشافعي فهو محمول على انه فعله بماء واحد وذلك سنة عندنا في رواية الحسن عن أبي حنيفة ولأن التثليث بالمياه الجديدة تقريب الى الغسل فكان مخلا باسم المسح واعتباره بالغسل فاسد من وجهين أحدهما أن المسح بني على التخفيف والتكرار من باب التغليظ فلا يليق بالمسح بخلاف الغسل والثاني أن التكرار في الغسل مفيد لحصول زيادة نظافة ووضاءة لا تحصل بالمرة الواحدة ولا يحصل ذلك بتكرار المسح فبطل القياس (ومنها) أن يمسح الأذنين ظاهرهما وباطنهما بماء الرأس وقال الشافعي السنة أن يأخذ لكل واحد منهما ماء جديدا وجه قوله انهما عضوان منفردان وليسا من الرأس حقيقة وحكما أما الحقيقة فان الرأس منبت الشعر ولا شعر عليهما وأما الحكم فلان المسح عليهما لا ينوب عن مسح الرأس ولو كانا في حكم الرأس لناب المسح عليهما عن مسح الرأس كسائر أجزاء الرأس (ولنا) ماروى عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح أذنيه بماء مسح به رأسه وروى عن أنس ابن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الأذنان من الرأس ومعلوم أنه ما أراد به بيان الخلقة بل بيان الحكم الا أنه لا ينوب المسح عليهما عن مسح الرأس لان وجوب مسح الرأس ثبت بدليل مقطوع به وكون الاذنين من الرأس ثبت بخبر الواحد وانه يوجب العمل دون العلم فلو ناب المسح عليهما عن مسح الرأس لجعلناهما من الرأس قطعا وهذا لا يجوز وصار هذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم الحطيم من البيت فالحديث يفيد كون الحطيم من البيت حتى يطاف به كما يطاف بالبيت ثم لا يجوز اداء الصلاة اليه لأن وجوب الصلاة الى الكعبة ثبت بدليل مقطوع به وكون الحطيم من البيت ثبت بخبر الواحد والعمل بخبر الواحد انما يجب اذا لم يتضمن ابطال العمل بدليل مقطوع به أما اذا تضمن فلا كذلك ههنا (وأما) تخليل اللحية فعند أبي حنيفة ومحمد من الآداب وعند أبي يوسف سنة هكذا ذكر محمد في كتاب الآثار لأبي يوسف ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ وشبك أصابعه في لحيته كأنها اسنان المشط ولهما أن الذين حكوا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ما خللوا لحاهم وما رواه أبو يوسف فهو حكاية فعله صلى الله عليه وسلم ذلك اتفاقا لا بطريق المواظبة وهذا لا يدل على السنة (وأما) مسح الرقبة فقد اختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاعمش انه سنة وقال أبو بكر الاسكاف انه أدب

مطلب مسح الاذنين

مطلب مسح الرقبة

﴿فصل﴾ وأما آداب الوضوء (فمنها) أن لا يستعين المتوضئ على وضوئه بأحد لما روى عن أبي الجنوب أنه قال رأيت عليا يستقي ماء لوضوئه فبادرت استقي له فقال مه يا أبا الجنوب فاني رأيت عمر يستقي ماء لوضوئه فبادرت أستقي له فقال مه يا أبا الحسن فاني رأيت رسول صلى الله عليه وسلم يستقي ماء لوضوئه فبادرت استقي له فقال مه يا عمر انى لا أريد أن يعينني على صلاتي أحد (ومنها) أن لا يسرف في الوضوء ولا يقتر والأدب فيما بين الاسراف والتقتير اذ الحق بين الغلو والتقصير قال النبي صلى الله عليه وسلم خير الأمور أوسطها (ومنها) دلك اعضاء الوضوء خصوصا في الشتاء لان الماء يتجافى عن الاعضاء (ومنها) أن يدعو عند كل فعل من أفعال الوضوء بالدعوات المأثورة المعروفة وان يشرب فضل وضوئه قائما اذا لم يكن صائما ثم يستقبل القبلة ويقول أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ويملأ الآنية عدة لوضوء آخر ويصلي ركعتين لان كل ذلك مما ورد في الاخبار انه فعله صلى

الله عليه وسلم ولكن لم يواظب عليه وهذا هو الفرق بين السنة والادب ان السنة ما واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتركه الا مرة أو مرتين لمعنى من المعانى والأدب ما فعله مرة أو مرتين ولم يواظب عليه

﴿فصل﴾ وأما بيان ما ينقض الوضوء فالذى ينقضه الحدث والكلام فى الحدث فى الاصل فى موضعين أحدهما فى بيان ماهيته والثانى فى بيان حكمه أما الاول فالحدث نوعان حقيقى وحكمى أما الحقيقى فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة هو خروج النجس من الآدمى الحى سواء كان من السبيلين الدبر والذكر وفرج المرأة أو من غير السبيلين الجرح والقرح والأنف من الدم والقيح والرعاف والقئ وسواء كان الخارج من السبيلين معتادا كالبول والغائط والمنى والمذى والودى ودم الحيض والنفاس أو غير معتاد كدم الاستحاضة وقال زفر ظهور النجس من الآدمى الحى وقال مالك فى قول هو خروج النجس المعتاد من السبيل المعتاد فلم يجعل دم الاستحاضة حدثا لكونه غير معتاد وقال الشافعى هو خروج شئ من السبيلين فليس بحدث وهو أحد قولى مالك أما قول مالك فمخالف للسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وقوله للمستحاضة توضئى وصلى وان قطر الدم على الحصير قطرا وقوله توضئى فانه دم عرق انفجر ولأن المعنى الذى يقتضى كون الخروج من السبيلين حدثا لا يوجب الفصل بين المعتاد وغير المعتاد لما نذكر فالفصل يكون تحكما على الدليل وأما الكلام مع الشافعى فهو احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قاء فغسل فمه فقيل له الا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال هكذا الوضوء من القئ وعن عمر رضى الله عنه انه حين طعن كان يصلى والدم يسيل منه ولأن خروج النجس من البدن زوال النجس عن البدن وزوال النجس عن البدن كيف يوجب تنجيس البدن مع انه لا نجس على أعضاء الوضوء حقيقة وهذا هو القياس فى السبيلين الا ان الحكم هناك عرف بالنص غير معقول فيقتصر على مورد النص (ولنا) ما روى عن أبى امامة الباهلى رضى الله عنه انه قال دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فغرفت له غرفة فأكلها فجاء المؤذن فقلت الوضوء يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم انما علينا الوضوء مما يخرج ليس مما يدخل علق الحكم بكل ما يخرج أو بمطلق الخارج من غير اعتبار المخرج الا ان خروج الطاهر ليس بمراد فبقى خروج النجس مرادا وروى عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم والحديث حجة على الشافعى فى فصلين فى وجوب الوضوء بخروج النجس من غير السبيلين وفى جواز البناء عند سبق الحدث فى الصلاة وروى أنه قال لفاطمة بنت حبيش توضئى فانه دم عرق انفجر أمرها بالوضوء وعلل بانفجار دم العرق لا بالمرور على المخرج وعن تميم الدارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الوضوء من كل دم سائل والأخبار فى هذا الباب وردت مورد الاستفاضة حتى روى عن عشرة من الصحابة انهم قالوا مثل مذهبنا وهم عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وثوبان وأبو الدرداء وقيل فى التاسع والعاشر انهما زيد بن ثابت وأبو موسى الاشعرى وهؤلاء فقهاء الصحابة متبع لهم فى فتواهم فيجب تقليدهم وقيل انه مذهب العشرة المبشرين بالجنة ولان الخروج من السبيلين انما كان حدثا لانه يوجب تنجيس ظاهر البدن لضرورة تنجس موضع الاصابة فتزول الطهارة ضرورة اذ النجاسة والطهارة ضدان فلا يجتمعان فى محل واحد فى زمان واحد ومتى زالت الطهارة عن ظاهر البدن خرج من أن يكون أهلا للصلاة التى هى مناجاة مع الله تعالى فيجب تطهيره بالماء ليصير أهلا لها وما رواه الشافعى يحتمل انه قاء أقل من ملء الفم وكذا اسم الوضوء يحتمل غسل الفم فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمله على ما قلنا توفيقا بين الدلائل وأما حديث عمر فليس فيه انه كان يصلى بعد الطعن من غير تجديد الوضوء بل يحتمل انه توضأ بعد الطعن مع سيلان الدم وصلى وبه نقول كما فى المستحاضة وقوله ان خروج النجس عن البدن زوال النجس عن البدن فكيف يوجب تنجسه مسلم انه يزول به شئ من نجاسة الباطن لكن يتنجس به الظاهر لان القدر الذى زال اليه أوجب زوال الطهارة عنه والبدن فى حكم الطهارة والنجاسة لا يتجزأ والعزيمة هى غسل كل البدن الا أنه أقيم غسل أعضاء الوضوء مقام غسل كل

البدن

البدن رخصة وتيسيرا ودفعا للحرج وبه تبين أن الحكم في الأصل معقول فيتعدى الى الفرع وقوله لا نجاسة على أعضاء الوضوء حقيقية ممنوع بل عليها نجاسة حقيقية معنوية وان كان الحس لا يدركها وهي نجاسة الحدث على ماعرف في الخلافيات واذا عرفنا ماهية الحدث نخرج عليه المسائل (فنقول) اذا ظهر شئ من البول والغائط على رأس المخرج انتقضت الطهارة لوجود الحدث وهو خروج النجس وهو انتقاله من الباطن الى الظاهر لان رأس المخرج عضو ظاهر وانما انتقلت النجاسة اليه من موضع آخر فان موضع البول المثانة وموضع الغائط موضع في البطن يقال له قولون وسواء كان الخارج قليلا أو كثيرا سال عن رأس المخرج أو لم يسل لما قلنا وكذا المني والمذي والودي ودم الحيض والنفاس ودم الاستحاضة لانها كلها أنجاس لما نذكر في بيان أنواع الانجاس وقد انتقلت من الباطن الى الظاهر فوجد خروج النجس من الآدمي الحي فيكون حدثا الا أن بعضها يوجب الغسل وهو المني ودم الحيض والنفاس وبعضها يوجب الوضوء وهو المذي والودي ودم الاستحاضة لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذلك خروج الولد والدودة والحصا واللحم وعود الحقنة بعد غيبوبتها لان هذه الاشياء وان كانت طاهرة في أنفسها لكنها لا تخلو عن قليل نجس يخرج معها والقليل من السبيلين خارج لما بينا وكذا الريح الخارجة من الدبر لان الريح وان كانت جسما طاهرا في نفسه لكنه لا يخلو عن قليل نجس يقوم به لانبعاثه من محل الانجاس وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وضوء الا من صوت أو ريح وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الشيطان يأتي أحدكم فينفخ بين اليتيه فيقول أحدثت أحدثت فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا (وأما) الريح الخارجة من قبل المرأة أو ذكر الرجل فلم يذكر حكمها في ظاهر الرواية وروي عن محمد أنه قال فيها الوضوء وذكر الكرخي أنه لا وضوء فيها الا أن تكون المرأة مفضاة فيخرج منها ريح منتنة فيستحب لها الوضوء وجه رواية محمد أن كل واحد منهما مسلك النجاسة كالدبر فكانت الريح الخارجة منهما كالخارجة من الدبر فيكون حدثا وجه ماذكره الكرخي أن الريح ليست بحدث في نفسها لانها طاهرة وخروج الطاهر لا يوجب انتقاض الطهارة وانما انتقاض الطهارة بما يخرج بخروجها من أجزاء النجس وموضع الوطء من فرج المرأة ليس بمسلك البول فالخارج منه من الريح لا يجاوره النجس واذا كانت مفضاة فقد صار مسلك البول ومسلك الوطء مسلكا واحدا فيحتمل أن الريح خرجت من مسلك البول فيستحب لها الوضوء ولا يجب لان الطهارة الثابتة بيقين لا يحكم بزوالها بالشك وقيل ان خروج الريح من الذكر لا يتصور وانما هو اختلاج بطنه الانسان ريحا هذا حكم السبيلين فاما حكم غير السبيلين من الجرح والقرح فان سال الدم والقيح والصديد عن رأس الجرح والقرح ينتقض الوضوء عندنا لوجود الحدث وهو خروج النجس وهو انتقال النجس من الباطن الى الظاهر وعند الشافعي لا ينتقض لانعدام الخروج من السبيلين وعند زفر ينتقض سواء سال أو لم يسل بناء ماذكر فلو ظهر الدم على رأس الجرح ولم يسل لم يكن حدثا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون حدثا سال أو لم يسل بناء على ماذكرنا أن الحدث الحقيقي عنده هو ظهور النجس من الآدمي الحي وقد ظهر وجه قوله ان ظهور النجس اعتبر حدثا في السبيلين سال عن رأس المخرج أو لم يسل فكذا في غير السبيلين (ولنا) أن الظهور ما اعتبر حدثا في موضع ما وانما انتقضت الطهارة في السبيلين اذا ظهر النجس على رأس المخرج لا بالظهور بل بالخروج وهو الانتقال من الباطن الى الظاهر على مابينا كذا ههنا وهذا لان الدم اذا لم يسل كان في محله لان البدن محل الدم والرطوبات الا انه كان مستترا بالجلدة وانشقاقها يوجب زوال السترة لا زوال الدم عن محله ولا حكم للنجس مادام في محله الا ترى انه تجوز الصلاة مع ما في البطن من الانجاس فاذا سال عن رأس الجرح فقد انتقل عن محله فيعطى له حكم النجاسة وفي السبيلين وجد الانتقال لماذكرنا وعلى هذا خروج القيء ملء الفم انه يكون حدثا وان كان أقل من ملء الفم لا يكون حدثا وعند زفر يكون حدثا قل أو كثر ووجه البناء على هذا الاصل أن الفم له حكم الظاهر عنده بدليل أن الصائم اذا تمضمض لا يفسد صومه فاذا وصل القيء اليه فقد

ظهر النجس من الآدمي الحي فيكون حدثا وانا نقول له مع الظاهر حكم الظاهر كما ذكره زفر وله مع الباطن حكم الباطن بدليل أن الصائم اذا ابتلع ريقه لا يفسد صومه فلا يكون الخروج الى الفم حدثا لأنه انتقال من بعض الباطن الى بعض وانما الحدث هو الخروج من الفم لانه انتقال من الباطن الى الظاهر. والخروج لا يتحقق في القليل لانه يمكن رده وامساكه فلا يخرج بقوة نفسه بل بالاخراج فلا يوجد السيلان ويتحقق في الكثير لانه لا يمكن رده وامساكه فكان خارجا بقوة نفسه لا بالاخراج فيوجد السيلان ثم نتكلم في المسئلة ابتداء فحجة زفر ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال القلس حدث من غير فصل بين القليل والكثير ولان الحدث اسم لخروج النجس وقد وجد لأن القليل خارج نجس كالكثير فيستوي فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين (ولنا) ماروى عن على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عد الاحداث جملة وقال فيها أو دسعة تملأ الفم ولو كان القليل حدثا لعده عند عد الأحداث كلها (واما) الحديث فالمراد منه القيء ملء الفم لأن المطلق ينصرف الى المتعارف وهو القيء ملء الفم أو يحمل على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وقوله وجد خروج النجس في القليل قلنا ان سلمنا ذلك ففي قليل القيء ضرورة لان الانسان لا يخلو منه خصوصا حال الامتلاء ومن صاحب السعال ولو جعل حدثا لوقع الناس في الحرج والله تعالى ما جعل علينا في الدين من حرج ولا ضرورة في القليل من السبيلين ولا فرق بين أن يكون القيء مرة صفراء أو سوداء وبين أن يكون طعاما أو ماء صافيا لان الحدث اسم لخروج النجس والطعام أو الماء صار نجسا لاختلاطه بنجاسات المعدة ولم يذكر في ظاهر الرواية تفسير ملء الفم وقال أبو على الدقاق هو أن يمنعه من الكلام وعن الحسن بن زياد هو ان يعجز عن امساكه ورده وعليه اعتمد الشيخ أبو منصور وهو الصحيح لان ما قدر على امساكه ورده فخروجه لا يكون بقوة نفسه بل بالاخراج فلا يكون سائلا وما عجز عن امساكه ورده فخروجه يكون بقوة نفسه فيكون سائلا والحكم متعلق بالسيلان ولو قاء أقل من ملء الفم مرارا هل يجمع ويعتبر حدثا لم يذكر في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ان كان في مجلس واحد يجمع والا فلا وروى عن محمد انه ان كان بسبب غثيان واحد يجمع والا فلا وقال أبو على الدقاق يجمع كيفما كان وجه قول أبي يوسف أن المجلس جعل في الشرع جامعا لاشياء متفرقة كما في باب البيع وسجدة التلاوة ونحو ذلك وقول محمد أظهر لان اعتبار المجلس اعتبار المكان واعتبار الغثيان اعتبار السبب والوجود يضاف الى السبب لا الى المكان ولو سال الدم الى ما لان من الانف أو الى صماخ الاذن يكون حدثا لوجود خروج النجس وهو انتقال الدم من الباطن الى الظاهر وروى عن محمد في رجل أقلف خرج البول أو المذي من ذكره حتى صار في قلفته فعليه الوضوء وصار بمنزلة المرأة اذا خرج المذي أو البول من فرجها ولم يظهر ولو حشا الرجل احليله بقطنة فابتل الجانب الداخل منها لم ينتقض وضوؤه لعدم الخروج وان تعدت البلة الى الجانب الخارج ينظر ان كانت القطنة عالية أو محاذية لرأس الاحليل ينتقض وضوؤه لتحقق الخروج وان كانت متسفلة لم ينتقض لان الخروج لم يتحقق ولو حشت المرأة فرجها بقطنة فان وضعتها في الفرج الخارج فابتل الجانب الداخل من القطنة كان حدثا وان لم ينفذ الى الجانب الخارج لا يكون حدثا لان الفرج الخارج منها بمنزلة الاليتين من الدبر فوجد الخروج وان وضعتها في الفرج الداخل فابتل الجانب الداخل من القطنة لم يكن حدثا لعدم الخروج وان تعدت البلة الى الجانب الخارج فان كانت القطنة عالية أو محاذية لجانب الفرج كان حدثا لوجود الخروج وان كانت متسفلة لم يكن حدثا لعدم الخروج وهذا كله اذا لم تسقط القطنة فان سقطت القطنة فهو حدث وحيض في المرأة سواء ابتل الجانب الخارج أو الداخل لوجود الخروج ولو كان في أنفه قرح فسال الدم عن رأس القرح يكون حدثا وان لم يخرج من المنخر لوجود السيلان عن محله ولو بزق فخرج معه الدم ان كانت الغلبة للبزاق لا يكون حدثا لانه ما خرج بقوة نفسه وان كانت الغلبة للدم يكون حدثا لان الغالب اذا كان هو البزاق لم يكن خارجا بقوة نفسه فلم يكن سائلا وان كان الغالب هو الدم كان خروجه بقوة نفسه فكان سائلا وان كانا سواء

فالقياس

فالقياس أن لا يكون حدثا وفى الاستحسان يكون حدثا وجه القياس انهما اذا استويا احتمل ان الدم خرج بقوة نفسه واحتمل انه خرج بقوة البزاق فلا يجعل حدثا بالشك وللاستحسان وجهان أحدهما انهما اذا استويا تعارضا فلا يمكن ان يجعل أحدهما تبعا للآخر فيعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيعتبر خارجا بنفسه فيكون سائلا والثانى أن الأخذ بالاحتياط عند الاشتباه واجب وذلك فيما قلنا ولو ظهر الدم على رأس الجرح فمسحه مرارا فان كان بحال لو تركه لسال يكون حدثا والا فلا لان الحكم متعلق بالسيلان ولو ألقى عليه الرماد أو التراب فتشرب فيه أو ربط عليه رباطا فابتل الرباط ونفذ قالوا يكون حدثا لانه سائل وكذا لو كان الرباط ذا طاقين فنفذ الى أحدهما لما قلنا ولو سقطت الدودة أو اللحم من القرح لم يكن حدثا ولو سقطت من السبيلين يكون حدثا والفرق أن الدودة الخارجة من السبيل نجسة فى نفسها لتولدها من الأنجاس وقد خرجت بنفسها وخروج النجس بنفسه حدث بخلاف الخارجة من القرح لأنها طاهرة نفسها لانها تتولد من اللحم واللحم طاهر وانما النجس ما عليها من الرطوبات وتلك الرطوبات خرجت بالدابة لا بنفسها فلم يوجد خروج النجس فلا يكون حدثا ولو خلل أسنانه فظهر الدم على رأس الخلال لا يكون حدثا لأنه ما خرج بنفسه وكذا لو عض على شئ فظهر الدم على أسنانه لما قلنا ولو سعط فى أنفه ووصل السعوط الى رأسه ثم رجع الى الأنف أو الى الأذن لا يكون حدثا لان الرأس ليس موضع الانجاس ولو عاد الى الفم ذكر الكرخى انه لا يكون حدثا لما قلنا وروى على بن الجعد عن أبى يوسف ان حكمه حكم القئ لان ما وصل الى الرأس لا يخرج من الفم الا بعد نزوله فى الجوف ولو قاء بلغما لم يكن حدثا فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يكون حدثا فمن مشايخنا من قال لا خلاف فى المسئلة لأن جواب أبى يوسف فى الصاعد من المعدة وهو حدث عند الكل وجوابهما فى المنحدر من الرأس وهو ليس بحدث عند الكل ومنهم من قال فى المنحدر من الرأس اتفاق انه ليس بحدث وفى الصاعد من المعدة اختلاف وجه قول أبى يوسف انه نجس لاختلاطه بالانجاس لان المعدة معدن الانجاس فيكون حدثا كما لو قاء طعاما أو ماء ولهما انه شئ صقيل لا يلتصق به شئ من الانجاس فكان طاهرا على أن الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتادوا أخذ البلغم باطراف أرديتهم وأكمامهم من غير نكير فكان اجماعا منهم على طهارته وذكر أبو منصور انه لا خلاف فى المسئلة فى الحقيقة لان جواب أبى يوسف فى الصاعد من المعدة وانه حدث بالاجماع لانه نجس وجوابهما فى الصاعد من حواشى الحلق واطراف الرئة وأنه ليس بحدث بالاجماع لانه ظاهر فينظر ان كان صافيا غير مخلوط بشئ من الطعام وغيره تبين انه لم يصعد من المعدة فلا يكون نجسا فلا يكون حدثا وان كان مخلوطا بشئ من ذلك تبين أنه صعد منها فكان نجسا فيكون حدثا وهذا هو الاصح وأما اذا قاء دما فلم يذكر فى ظاهر الرواية نصا وذكر المعلى عن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يكون حدثا قليلا كان أو كثيرا جامدا كان أو مائعا وروى عن الحسن بن زياد عنهما انه ان كان مائعا ينقض قل أو كثر وان كان جامدا لا ينقض ما لم يملأ الفم وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يكون حدثا ما لم يملأ الفم كيفما كان وبعض مشايخنا صححوا رواية محمد وحملوا رواية الحسن والمعلى فى القليل من المائع على الرجوع وعليه اعتمد شيخنا لانه الموافق لاصول اصحابنا فى اعتبار خروج النجس لان الحدث اسم له والقليل ليس بخارج لما مر واليه أشار فى الجامع الصغير من غير خلاف فانه قال واذا قلس أقل من ملء الفم لم ينتقض الوضوء من غير فصل بين الدم وغيره وعامة مشايخنا حققوا الاختلاف وصححوا قولهما لان القياس فى القليل من سائر أنواع القئ أن يكون حدثا لوجود الخروج حقيقة وهو الانتقال من الباطن الى الظاهر لان الفم له حكم الظاهر على الاطلاق وانما سقط اعتبار القليل لاجل الحرج لانه يكثر وجوده ولا حرج فى اعتبار القليل من الدم لانه لا يغلب وجوده بل يندر فبقى على أصل القياس والله أعلم هذا الذى ذكرنا حكم الاصحاء (وأما) أصحاب الاعذار كالمستحاضة وصاحب الجرح السائل والمبطون ومن به سلس البول ومن به رعاف دائم أو ريح ونحو ذلك ممن لا يمضى عليه وقت

صلاة الا و يوجد ما ابتلى به من الحدث فيه نخروج النجس من هؤلاء لايكون حدثا فى الحال مادام وقت الصلاة قائما حتى ان المستحاضة لو توضأت فى أول الوقت فلها ان تصلى ماشاءت من الفرائض والنوافل مالم يخرج الوقت وان دام السيلان وهذا عندنا وقال الشافعى ان كان العذر من أحد السبيلين كالاستحاضة وسلس البول وخروج الريح يتوضأ لكل فرض و يصلى ماشاء من النوافل وقال مالك فى أحد قوليه يتوضأ لكل صلاة واحتجا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال المستحاضة تتوضأ لكل صلاة فمالك عمل بمطلق اسم الصلاة والشافعى قيده بالفرض لانه الصلاة المعهودة ولان طهارة المستحاضة طهارة ضرورية لانه قارنها ماينافيها أوطرأ عليها والشئ لايوجد ولايبقى مع المنافى الاانه لم يظهر حكم المنافى لضرورة الحاجة الى الاداء والضرورة الى أداء فرض الوقت فاذا فرغ من الاداء ارتفعت الضرورة فظهر حكم المنافى والنوافل اتباع الفرائض لانها شرعت لتكميل الفرائض جبرا للنقصان المتمكن فيها فكانت ملحقة باجزائها والطهارة الواقعة لصلاة واقعة لها بجميع أجزائها بخلاف فرض آخر لانه ليس بتبع بل هو أصل بنفسه (ولنا) ماروى ابو حنيفة باسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهذا نص فى الباب ولان العزيمة شغل جميع الوقت بالاداء شكرا للنعمة بالقدر الممكن واحراز الثواب على الكمال الاانه جوز ترك شغل بعض الوقت بالاداء رخصة وتيسيرا فضلا من الله و رحمة تمكينا من استدراك الفائت بالقضاء والقيام بمصالح القوام وجعل ذلك شغلا لجميع الوقت حكما فصار وقت الاداء شرعا بمنزلة وقت الاداء فعلا ثم قيام الاداء مبق للطهارة فكذلك الوقت القائم مقامه ومارواه الشافعى فهو حجة عليه لان مطلق الصلاة ينصرف الى الصلاة المعهودة والمطلق ينصرف الى المعهود المتعارف كما فى قوله صلى الله عليه وسلم الصلاة عماد الدين وماروى انه صلى الله عليه وسلم صلى صلوات بوضوء واحد ونحو ذلك والصلاة المعهودة هى الصلوات الخمس فى اليوم والليلة فكانه قال المستحاضة تتوضأ فى اليوم والليلة خمس مرات فلو أوجبنا عليها الوضوء لكل صلاة أو لكل فرض تقضى لزاد على الخمس بكثير وهذا خلاف النص ولأن الصلاة تذكر على ارادة وقتها قال النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث التيمم أينما أدركتنى الصلاة تيممت وصليت والمدرك هو الوقت دون الصلاة التى هى فعله وقال صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولا وآخرا أى لوقت الصلاة و يقال آتيك لصلاة الظهر أى لوقتها فجاز ان تذكر الصلاة و يراد بها وقتها ولايجوز أن يذكر الوقت و يراد به الصلاة فيحمل المحتمل على المحكم توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض وانما تبقى طهارة صاحب العذر فى الوقت اذا لم يحدث حدثا آخر اما اذا أحدث حدثا آخر فلا تبقى لان الضرورة فى الدم السائل لا فى غيره فكان هو فى غيره كالصحيح قبل الوضوء وكذلك اذا توضأ للحدث أولا ثم سال الدم فعليه الوضوء لان ذلك الوضوء لم يقع لدم العذر فكان عدما فى حقه وكذا اذا سال الدم من أحد منخريه فتوضأ ثم سال من المنخر الآخر فعليه الوضوء لان هذا حدث جديد لم يكن موجودا وقت الطهارة فلم تقع الطهارة له فكان هو والبول والغائط سواء فاما اذا سال منهما جميعا فتوضأ ثم انقطع أحدهما فهو على وضوء مابقى الوقت لان طهارته حصلت لهما جميعا والطهارة متى وقعت لعذر لا يضرها السيلان مابقى الوقت فبقى هو صاحب عذر بالمنخر الآخر وعلى هذا حكم صاحب القروح اذا كان البعض سائلا ثم سال الآخر أو كان الكل سائلا فانقطع السيلان عن البعض ثم اختلف أصحابنا فى طهارة المستحاضة انها تنتقض عند خروج الوقت أم عند دخوله أم عند أيهما كان قال أبو حنيفة ومحمد تنتقض عند خروج الوقت لاغير وقال زفر عند دخول الوقت لاغير وقال أبو يوسف عند أيهما كان وثمرة هذا الاختلاف لاتظهر الا فى موضعين أحدهما ان يوجد الخروج بلا دخول كما اذا توضأت فى وقت الفجر ثم طلعت الشمس فان طهارتها تنتقض عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد لوجود الخروج وعند زفر لاتنتقض لعدم الدخول والثانى أن يوجد الدخول بلا خروج كما اذا توضأت قبل الزوال ثم زالت الشمس فان

طهارتها لا تنتقض عند أبي حنيفة ومحمد لعدم الخروج وعند أبي يوسف وزفر تنتقض لوجود الدخول وجه
قول زفر ان سقوط اعتبار المنافي لمكان الضرورة ولا ضرورة قبل دخول الوقت فلا يسقط وبه يحتج
أبو يوسف في جانب الدخول وفي جانب الخروج يقول كما لا ضرورة الى اسقاط اعتبار المنافي قبل الدخول
لا ضرورة اليه بعد الخروج فيظهر حكم المنافي ولأبي حنيفة ومحمد ماذكرنا أن وقت الاداء شرعا أقيم مقام
وقت الاداء فعلا لما بينا من المعنى ثم لا بد من تقديم وقت الطهارة على وقت الاداء حقيقة فكذا لا بد من
تقديمها على وقت الاداء شرعا حتى يمكنه شغل جميع الوقت بالاداء وهذه الحالة انعدمت بخروج الوقت
فظهر حكم الحدث ومشايخنا أداروا الخلاف على الدخول والخروج فقالوا تنتقض طهارتها بخروج الوقت
أو بدخوله لتيسير الحفظ على المتعلمين لا لان للخروج أو الدخول تأثيرا في انتقاض الطهارة وانما المدار
على ماذكرنا ولو توضأ صاحب العذر بعد طلوع الشمس لصلاة العيد أو لصلاة الضحى وصلى هل يجوز
له ان يصلي الظهر بتلك الطهارة اما على قول أبي يوسف وزفر فلا يشكل انه لا يجوز لوجود الدخول وأما
على قول أبي حنيفة ومحمد فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لأن هذه طهارة وقعت لصلاة مقصودة
فتنتقض بخروج وقتها وقال بعضهم يجوز لأن هذه الطهارة انما صحت للظهر لحاجته الى تقديم الطهارة على وقت
الظهر على ما مر فيصح بها اداء صلاة العيد والضحى والنفل كما اذا توضأ للظهر قبل الوقت ثم دخل الوقت أنه يجوز
له أن يؤدي بها الظهر وصلاة أخرى في الوقت كذا هذا ولو توضأ لصلاة الظهر وصلى ثم توضأ وضوأ آخر في وقت
الظهر للعصر ودخل وقت العصر هل يجوز له أن يصلي العصر بتلك الطهارة على قولهما اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم لا يجوز لان طهارته قد صحت لجميع وقت الظهر فتبقى ما بقي الوقت فلا تصح الطهارة الثانية مع قيام الاولى
بل كانت تكرارا للاولى فالتحقت الثانية بالعدم فتنتقض الأولى بخروج الوقت وقال بعضهم يجوز لانه يحتاج الى
تقديم الطهارة على وقت العصر حتى يشتغل جميع الوقت بالاداء والطهارة الواقعة لصلاة الظهر عدم في حق صلاة
العصر وانما تنتقض بخروج وقت الظهر طهارة الظهر لا طهارة العصر ولو توضأت مستحاضة ودمها سائل أو سال
بعد الوضوء قبل خروج الوقت ثم خرج الوقت وهي في الصلاة فعليها أن تستقبل لأن طهارتها تنتقض بخروج
الوقت لما بينا فاذا خرج الوقت قبل فراغها من الصلاة انتقضت طهارتها فتنتقض صلاتها ولا تبني لانها صارت
محدثة عند خروج الوقت من حين درور الدم كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة ولو توضأت والدم منقطع
وخرج الوقت وهي في خلال الصلاة قبل سيلان الدم ثم سال الدم توضأت وبنت لأن هذا حدث لاحق وليس بسابق
لأن الطهارة كانت صحيحة لانعدام ما ينافيها وقت حصولها وقد حصل الحدث للحال مقتصرا غير موجب
ارتفاع الطهارة من الاصل ولو توضأت والدم سائل ثم انقطع ثم صلت وهو منقطع حتى خرج الوقت ودخل وقت
صلاة أخرى ثم سال الدم أعادت الصلاة الأولى لان الدم لما انقطع ولم يسل حتى خرج الوقت لم تكن تلك الطهارة
طهارة عذر في حقها لانعدام العذر فتبين أنها صلت بلا طهارة وأصل هذه المسائل في الجامع الكبير هذا الذي ذكرناه
حكم صاحب العذر وأما حكم نجاسة ثوبه فنقول اذا أصاب ثوبه من ذلك أكثر من قدر الدرهم يجب غسله اذا
كان الغسل مفيدا بان كان لا يصيبه مرة بعد أخرى حتى لو لم يغسل وصلى لا يجوز وان لم يكن مفيدا لا يجب ما دام
العذر قائما وهو اختيار مشايخنا وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول يجب غسله في وقت كل صلاة قياسا على الوضوء
والصحيح قول مشايخنا لان حكم الحدث عرفناه بالنص ونجاسة الثوب ليس في معناه الا ترى أن القليل منها عفو
فلا يلحق به (وأما) الحدث الحكمي فنوعان أيضا أحدهما أن يوجد أمر يكون سببا لخروج النجس
الحقيقي غالبا فيقام السبب مقام المسبب احتياطا والثاني أن لا يوجد شئ من ذلك لكنه جعل حدثا شرعا تعبدا
محضا أما الاول فانواع منها المباشرة الفاحشة وهو أن يباشر الرجل المرأة بشهوة وينتشر لها وليس بينهما ثوب
ولم ير بللا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون حدثا استحسانا والقياس أن لا يكون حدثا وهو قول محمد وهل

تشترط ملاقاة الفرجين وهى مماستهما على قولهما لا يشترط ذلك فى ظاهر الرواية عنهما وشرطه فى النوادر وذكر الكرخى ملاقاة الفرجين أيضا وجه القياس أن السبب انما يقام مقام المسبب فى موضع لا يمكن الوقوف على المسبب من غير حرج والوقوف على المسبب ههنا ممكن بلا حرج لان الحال حال يقظة فيمكن الوقوف على الحقيقة فلا حاجة الى اقامة السبب مقامها وجه الاستحسان ما روى أن أبا اليسر بائع العسل سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أصبت من امرأتى كل شئ الا الجماع فقال صلى الله عليه وسلم توضأ وصل ركعتين ولان المباشرة على الصفة التى ذكرنا لا تخلو عن خروج المذى عادة الا أنه يحتمل أنه جف لحرارة البدن فلم يقف عليه أو غفل عن نفسه لغلبة الشبق فكانت سببا مفضيا الى الخروج واقامة السبب مقام المسبب طريقة معهودة فى الشرع خصوصا فى أمر يحتاط فيه كما يقام المس مقام الوطء فى حق ثبوت حرمة المصاهرة بل يقام نفس النكاح مقامه ويقام نوم المضطجع مقام الحدث ونحو ذلك كذا ههنا ولو لمس امرأته بشهوة أو غير شهوة فرجها أو سائر أعضائها من غير حائل ولم ينتشر لها لا ينتقض وضوءه عند عامة العلماء وقال مالك ان كان المس بشهوة يكون حدثا وان كان بغير شهوة بان كانت صغيرة أو كانت ذا رحم محرم منه لا يكون حدثا وهو أحد قولى الشافعى وفى قول يكون حدثا كيفما كان بشهوة أو بغير شهوة وهل تنتقض طهارة الملموسة لا شك أنها لا تنتقض عندنا وللشافعى فيه قولان احتجا بقوله تعالى أو لامستم النساء والملامسة مفاعلة من اللمس واللمس والمس واحد لغة قال الله تعالى وانا لمسنا السماء وحقيقة اللمس لمس باليد وللجماع مجاز أو هو حقيقة لهما جميعا لوجود المس فيهما جميعا وانما اختلف آلة المس فكان الاسم حقيقة لهما لوجود معنى الاسم فيهما وقد جعل الله تعالى اللمس حدثا حيث أوجب به احدى الطهارتين وهى التيمم (ولنا) ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها سئلت عن هذه الحادثة فقالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل بعض نسائه ثم يخرج الى الصلاة ولا يتوضأ ولأن المس ليس بحدث بنفسه ولا سبب لوجود الحدث غالبا فاشبه مس الرجل الرجل والمرأة المرأة ولأن مس أحد الزوجين صاحبه مما يكثر وجوده فلو جعل حدثا لوقع الناس فى الحرج وأما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضى الله عنه أن المراد من اللمس الجماع وهو ترجمان القرآن وذكر ابن السكيت فى اصلاح المنطق أن اللمس اذا قرن بالنساء يراد به الوطء تقول العرب لمست المرأة أى جامعتها على أن اللمس يحتمل الجماع اما حقيقة أو مجازا فيحمل عليه توفيقا بين الدلائل ولو مس ذكره بباطن كفه من غير حائل لا ينتقض وضوءه عندنا وعند الشافعى ينتقض احتج بما روت بسرة بنت صفوان عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من مس ذكره فليتوضأ (ولنا) ما روى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وزيد ابن ثابت وعمران بن حصين وحذيفة بن اليمان وأبى الدرداء وأبى هريرة رضى الله عنهم انهم لم يجعلوا مس الذكر حدثا حتى قال على رضى الله عنه لا أبالى مسسته أو أرنبة أنفى وقال بعضهم للراوى ان كان نجسا فاقطعه ولانه ليس بحدث بنفسه ولا سبب لوجود الحدث غالبا فاشبه مس الانف ولان مس الانسان ذكره مما يغلب وجوده فلو جعل حدثا يؤدى الى الحرج وما رواه فقد قيل انه ليس بثابت لوجوه أحدها أنه مخالف لاجماع الصحابة رضى الله عنهم وهو ما ذكرنا والثانى أنه روى أن هذه الحادثة وقعت فى زمن مروان بن الحكم فشاور من بقى من الصحابة فقالوا لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت والثالث أنه خبر واحد فيما تعم به البلوى فلو ثبت لاشتهر ولو ثبت فهو محمول على غسل اليدين لأن الصحابة كانوا يستنجون بالاحجار دون الماء فاذا مسوه بأيديهم كانت تتلوث خصوصا فى أيام الصيف فأمر بالغسل لهذا والله أعلم (ومنها) الاغماء والجنون والسكر الذى يستر العقل أما الاغماء فلانه فى استرخاء المفاصل واستطلاق الوكاء فوق النوم مضطجعا وذلك حدث فهذا أولى وأما الجنون فلان المبتلى به يحدث حدثا ولا يشعر به فاقيم السبب مقام المسبب والسكر الذى يستر العقل فى معنى الجنون فى عدم التمييز وقد انضاف اليه استرخاء المفاصل ولا فرق فى حق هؤلاء بين الاضطجاع والقيام لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين حال وحال (ومنها) النوم مضطجعا فى الصلاة أو فى غيرها بلا

خلاف بين الفقهاء وحكي عن النظام أنه ليس بحدث ولا عبرة بخلافه لمخالفته الإجماع وخروجه عن أهل الاجتهاد والدليل عليه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نام في صلاته حتى غط ونفخ ثم قال لا وضوء على من نام قائما أو قاعدا أو راكعا أو ساجدا إنما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا استرخت مفاصله نص على الحكم وعلل باسترخاء المفاصل وكذا النوم متوركا بأن نام على أحد وركيه لأن مقعده يكون متجافيا عن الأرض فكان في معنى النوم مضطجعا في كونه سببا لوجود الحدث بواسطة استرخاء المفاصل وزوال مسكة اليقظة فأما النوم في غير هاتين الحالتين فأما إن كان في الصلاة وأما إن كان في غيرها فإن كان في الصلاة لا يكون حدثا سواء غلبه النوم أو تعمد في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة عن النوم في الصلاة فقال لا ينقض الوضوء ولا أدري أسألته عن العمد أو الغلبة وعندي أنه إن نام متعمدا ينتقض وضوؤه وعند الشافعي أن النوم حدث على كل حال إلا إذا كان قاعدا مستقرا على الأرض فله فيه قولان احتج بما روي عن صفوان بن عسال المرادي أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إذا كنا سفرا إلا من جنابة لكن من نوم أو بول أو غائط فقد جعل النوم حدثا على الإطلاق وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال العينان وكاء الاست فإذا نامت العينان استطلق الوكاء أشار إلى كون النوم حدثا حيث جعله علة لاستطلاق الوكاء (ولنا) ما روينا عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث نفى الوضوء في النوم في غير حال الاضطجاع وأثبته فيها بعلة استرخاء المفاصل وزوال مسكة اليقظة ولم يوجد في هذه الأحوال لأن الاستمساك فيها باق ألا ترى أنه لم يسقط وفي المشهور من الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا نام العبد في سجوده يباهي الله تعالى به ملائكته فيقول انظروا إلى عبدي روحه عندي وجسده في طاعتي ولو كان النوم في الصلاة حدثا لما كان جسده في طاعة الله تعالى ولا حجة له فيما روى لأن مطلق النوم ينصرف إلى النوم المتعارف وهو نوم المضطجع وكذا استطلاق الوكاء يتحقق به لا بكل نوم وجه رواية أبي يوسف أن القياس في النوم حالة القيام والركوع والسجود أن يكون حدثا لكونه سببا لوجود الحدث إلا أنا تركنا القياس حالة الغلبة لضرورة التهجد نظرا للمتهجدين وذلك عند الغلبة دون التعمد (ولنا) ما روينا من الحديثين من غير فصل ولأن الاستمساك في هذه الأحوال باق لما بينا وإن كان خارج الصلاة فإن كان قاعدا مستقرا على الأرض غير مستند إلى شيء لا يكون حدثا لأنه ليس بسبب لوجود الحدث غالبا وإن كان قائما أو على هيئة الركوع والسجود غير مستند إلى شيء اختلف المشايخ فيه والعامة على أنه لا يكون حدثا لما روينا من الحديث من غير فصل بين حالة الصلاة وغيرها ولأن الاستمساك فيها باق على ما مر والأقرب إلى الصواب في النوم على هيئة السجود خارج الصلاة ما ذكره القمي أنه لا نص فيه ولكن ينظر فيه إن سجد على الوجه المسنون بأن كان رافعا بطنه عن فخذيه مجافيا عضديه عن جنبيه لا يكون حدثا وإن سجد لا على وجه السنة بأن ألصق بطنه بفخذيه واعتمد على ذراعيه على الأرض يكون حدثا لأن في الوجه الأول الاستمساك باق والاستطلاق منعدم وفي الوجه الثاني بخلافه إلا أنا تركنا هذا القياس في حالة الصلاة بالنص ولو نام مستندا إلى جدار أو سارية أو رجل أو متكئا على يديه ذكر الطحاوي أنه إن كان بحال لو أزيل السند لسقط يكون حدثا وإلا فلا وبه أخذ كثير من مشايخنا وروى خلف بن أيوب عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة عمن استند إلى سارية أو رجل فنام ولولا السارية والرجل لم يستمسك قال إذا كانت أليته مستوثقة من الأرض فلا وضوء عليه وبه أخذ عامة مشايخنا وهو الأصح لما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى ولو نام قاعدا مستقرا على الأرض فسقط وانتبه فإن انتبه بعدما سقط على الأرض وهو نائم انتقض وضوؤه بالإجماع لوجود النوم مضطجعا وإن قل وإن انتبه قبل أن يصل جنبه إلى الأرض روي عن أبي حنيفة أنه لا ينتقض وضوؤه لانعدام النوم مضطجعا وعن أبي يوسف أنه ينتقض وضوؤه لزوال الاستمساك بالنوم حيث سقط وعن محمد أنه إن انتبه قبل أن يزايل مقعده الأرض لم ينتقض وضوؤه وإن زايل مقعده قبل

مطلب القهقهة في الصلاة

ان ينتبه انتقض وضوءه (واما) الثانى فهو القهقهة فى صلاة مطلقة وهى الصلاة التى لها ركوع وسجود فلا يكون حدثا خارج الصلاة ولا فى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وهذا استحسان والقياس ان لا تكون حدثا وهو قول الشافعى ولا خلاف فى التبسم انه لا يكون حدثا احتج الشافعى بما روى جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الضحك ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء ولأنه لم يوجد الحدث حقيقة ولا ما هو سبب وجوده والوضوء لا ينتقض الا بأحد هذين ولهذا لم ينتقض بالقهقهة خارج الصلاة وفى صلاة الجنازة ولا ينقض بالتبسم (ولنا) ما روى فى المشاهير عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يصلى فجاء اعرابى فى عينيه سوء فوقع فى بئر عليها خصفة فضحك بعض من خلفه فلما قضى النبى صلى الله عليه وسلم الصلاة قال من قهقه منكم فليعد الوضوء والصلاة ومن تبسم فلا شئ عليه طعن أصحاب الشافعى فى الحديث من وجهين أحدهما انه ليس فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم بئر والثانى انه لا يظن بالصحابة الضحك خصوصا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا الطعن فاسد لانا ما رويناان الصلاة كانت فى المسجد على انه كانت فى المسجد حفيرة يجمع فيها ماء المطر ومثلها يسمى بئرا وكذا ما روينا ان الخلفاء الراشدين أو العشرة المبشرين أو المهاجرين الاولين أو فقهاء الصحابة وكبار الانصار هم الذين ضحكوا بل كان الضاحك بعض الاحداث أو الاعراب أو بعض المنافقين لغلبة الجهل عليهم حتى روى ان اعرابيا بال فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث جابر محمول على ما دون القهقهة توفيقا بين الدلائل مع انه قيل ان الضحك ما يسمع الرجل نفسه ولا يسمع جيرانه والقهقهة ما يسمع جيرانه والتبسم ما لا يسمع نفسه ولا جيرانه وقوله لم يوجد الحدث ولا سبب وجوده مسلم لكن هذا حكم عرف بخلاف القياس بالنص والنص ورد بانتقاض الوضوء بالقهقهة فى صلاة مستتمة الأركان فبقى ما وراء ذلك على أصل القياس وروى عن جرير ابن عبد الله البجلى انه قال ما رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو فى الصلاة وروى انه صلى الله عليه وسلم تبسم فى صلاته فلما فرغ سئل عن ذلك فقال أتانى جبريل عليه السلام وأخبرنى ان الله تعالى يقول من صلى عليك مرة صلى الله عليه عشرا ولو قهقه الامام والقوم جميعا فان قهقه الامام أولا انتقض وضوءه دون القوم لان قهقهتهم لم تصادف تحريمة الصلاة لفساد صلاتهم بفساد صلاة الامام فجعلت قهقهتهم خارج الصلاة وان قهقه القوم أولا ثم الامام انتقض طهارة الكل لان قهقهتهم حصلت فى الصلاة اما القوم فلا اشكال واما الامام فلانه لا يصير خارجا من الصلاة بخروج القوم وكذلك ان قهقهوا معا لان قهقهة الكل حصلت فى تحريمة الصلاة واما تغميض الميت وغسله وحمل الجنازة وأكل ما مسته النار والكلام الفاحش فليس شئ من ذلك حدثا عند عامة العلماء وقال بعضهم كل ذلك حدث ورووا فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من غمض ميتا فليتوضأ ومن غسل ميتا فليغتسل ومن حمل جنازة فليتوضأ وعن عائشة رضى الله عنها انها قالت للمتسابين ان بعض ما انتما فيه لشر من الحدث فجددا الوضوء وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال توضؤا مما مسته النار ومنهم من أوجب من لحم الابل خاصة وروى توضؤا من لحوم الابل ولا تتوضؤا من لحوم الغنم (ولنا) ما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما علينا الوضوء مما يخرج ليس مما يدخل وقال ابن عباس رضى الله عنه الوضوء مما يخرج يعنى الخارج النجس ولم يوجد والمعنى فى المسئلة ان الحدث هو خروج النجس حقيقة أو ما هو سبب الخروج ولم يوجد واليه أشار ابن عباس رضى الله عنهما حين بلغه حديث حمل الجنازة فقال اتتوضأ من مس عيدان يابسة ولان هذه الاشياء مما يغلب وجودها فلو جعل شئ من ذلك حدثا لوقع الناس فى الحرج وما رووا اخبار آحاد وردت فيما تعم به البلوى ويغلب وجوده ولا يقبل خبر الواحد فى مثله لانه دليل عدم الثبوت اذ لو ثبت لاشتهر بخلاف خبر القهقهة فانه من المشاهير مع انه ورد فيما لا تعم به البلوى لان القهقهة فى الصلاة مما لا يغلب وجوده ولو ثبت ما رووا فالمراد من الوضوء بتغميض الميت غسل اليد لان ذلك الموضع لا يخلو عن قذارة عادة وكذا بأكل ما مسته النار ولهذا خص لحم الابل فى رواية لأن له

من الزوجة ما ليس لغيره وهكذا روى انه أكل طعاما فغسل يديه وقال هكذا الوضوء مما مسته النار والمراد من حديث الغسل فليغتسل اذا أصابته الغسالات النجسة وقوله فليتوضأ في حمل الجنازة للمحدث ليتمكن من الصلاة عليه وعائشة رضى الله عنها انما ندبت المتسابين الى تجديد الوضوء تكفير الذنب سبهما ومن توضأ ثم جز شعره أو قلم ظفره أو قص شاربه أو نتف ابطيه لم يجب عليه ايصال الماء الى ذلك الموضع عند عامة العلماء وعند ابراهيم النخعى يجب عليه في قلم الظفر وجز الشعر وقص الشارب وجه قوله ان ما حصل فيه التطهير قد زال وما ظهر لم يحصل فيه التطهير فأشبه نزع الخفين (ولنا) ان الوضوء قد تم فلا ينتقض الا بالحدث ولم يوجد وهذا لان الحدث يحل ظاهر البدن وقد زال الحدث عن الظاهر اما بالغسل أو بالمسح وما بدا لم يحله الحدث السابق وبعد بدوه لم يوجد حدث آخر فلا تعقل ازالته بخلاف المسح على الخفين لان الوضوء هناك لم يتم لان تمامه بغسل القدمين ولم يوجد الا أن الشرع أقام المسح على الخفين مقام غسل القدمين لضرورة تعذر النزع في كل زمان فاذا نزع زالت الضرورة فوجب غسل القدمين تتميما للوضوء وانما أورد نتف الابط وان لم يكن ما يظهر بالنتف محلا لحلول الحدث فيه بخلاف قلم الاظفار لانه روى عن عمر رضى الله عنه انه قال من مسح ابطيه فليتوضأ وتأويله فليغسل يديه لتلوثهما بعرقه ولو مس كلبا أو خنزيرا أو وطئ نجاسة لا وضوء عليه لانعدام الحدث حقيقة وحكما الا انه اذا التزق بيده شئ من النجاسة يجب غسل ذلك الموضع والا فلا ومن أيقن بالطهارة وشك في الحدث فهو على الطهارة ومن أيقن بالحدث وشك في الطهارة فهو على الحدث لان اليقين لا يبطل بالشك وروى عن محمد انه قال المتوضئ اذا تذكر انه دخل الخلاء لقضاء الحاجة وشك انه خرج قبل ان يقضيها أو بعد ما قضاها فعليه أن يتوضأ لان الظاهر انه ما خرج الا بعد قضائها وكذلك المحدث اذا علم انه جلس للوضوء ومعه الماء وشك في انه توضأ أو قام قبل أن يتوضأ فلا وضوء عليه لان الظاهر انه لا يقوم ما لم يتوضأ ولو شك في بعض وضوئه وهو أول ما شك غسل الموضع الذى شك فيه لانه على يقين من الحدث في ذلك الموضع وفى شك من غسله والمراد من قوله أول ما شك ان الشك في مثله لم يصر عادة له لانه لم يبتل به قط وان كان يعرض له ذلك كثيرا لم يلتفت اليه لان ذلك وسوسة والسبيل في الوسوسة قطعها الا انه لو اشتغل بذلك لادى الى أن لا يتفرغ لاداء الصلاة وهذا لا يجوز ولو توضأ ثم رأى البلل سائلا من ذكره أعاد الوضوء لوجود الحدث وهو سيلان البول وانما قال رآه سائلا لان مجرد البلل يحتمل أن يكون من ماء الطهارة فان علم انه بول ظهر فعليه الوضوء وان لم يكن سائلا وان كان الشيطان يريه ذلك كثيرا ولم يعلم أنه بول أو ماء مضى على صلاته ولا يلتفت الى ذلك لأنه من باب الوسوسة فيجب قطعها وقال النبى صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يأتى أحدكم فينفخ بين اليتيه فيقول أحدثت أحدثت فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا وينبغى أن ينضح فرجه أو ازاره بالماء اذا توضأ قطعا لهذه الوسوسة حتى اذا أحس شيأ من ذلك أحاله الى ذلك الماء وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان ينضح ازاره بالماء اذا توضأ وفى بعض الروايات قال نزل على جبريل صلوات الله عليه وأمرنى بذلك (وأما) الثانى وهو بيان حكم الحدث فللحدث أحكام وهى أن لا يجوز للمحدث أداء الصلاة لفقد شرط جوازها وهو الوضوء قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بوضوء ولا مس المصحف من غير غلاف عندنا وعند الشافعى يباح له مس المصحف من غير غلاف وقاس المس على القراءة فقال يجوز له القراءة فيجوز له المس (ولنا) قوله تعالى لا يمسه الا المطهرون وقول النبى صلى الله عليه وسلم لا يمس القرآن الا طاهر ولان تعظيم القرآن واجب وليس من التعظيم مس المصحف بيد حلها حدث واعتبار المس بالقراءة غير سديد لأن حكم الحدث لم يظهر في الفم وظهر في اليد بدليل انه افترض غسل اليد ولم يفترض غسل الفم في الحدث فبطل الاعتبار ولا مس الدراهم التى عليها القرآن لأن حرمة المصحف كحرمة ما كتب منه فيستوى فيه الكتابة في المصحف وعلى الدراهم ولا مس كتاب التفسير لانه يصير بمسه ماسا للقرآن وأما مس كتاب الفقه فلا بأس به

مطلب مس المصحف

والمستحب له أن لا يفعل ولا يطوف بالبيت وان طاف جاز مع النقصان لان الطواف بالبيت شبيه بالصلاة قال النبي صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة ومعلوم أنه ليس بصلاة حقيقة فلكونه طوافا حقيقة يحكم بالجواز ولكونه شبيها بالصلاة يحكم بالكراهة ثم ذكر الغلاف ولم يذكر تفسيره واختلف المشايخ في تفسيره فقال بعضهم هو الجلد المتصل بالمصحف وقال بعضهم هو الكم والصحيح أنه الغلاف المنفصل عن المصحف وهو الذي يجعل فيه المصحف وقد يكون من الجلد وقد يكون من الثوب وهو الخريطة لان المتصل به تبع له فكان مسه مسا للقرآن ولهذا لو بيع المصحف دخل المتصل به في البيع والكم تبع للحامل فاما المنفصل فليس بتبع حتى لا يدخل في بيع المصحف من غير شرط وقال بعض مشايخنا انما يكره له مس الموضع المكتوب دون الحواشي لانه لم يمس القرآن حقيقة والصحيح انه يكره مس كله لان الحواشي تابعة للمكتوب فكان مسها مسا للمكتوب ويباح له قراءة القرآن لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجزه عن قراءة القرآن شئ الا الجنابة ويباح له دخول المسجد لان وفود المشركين كانوا يأتون رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فيدخلون عليه ولم يمنعهم من ذلك ويجب عليه الصوم والصلاة حتى يجب قضاؤهما بالترك لأن الحدث لا ينافي أهلية أداء الصوم فلا ينافي أهلية وجوبه ولا ينافي أهلية وجوب الصلاة أيضا وان كان ينافي أهلية أدائها الا انه يمكنه رفعه بالطهارة

(فصل) واما الغسل فالكلام فيه يقع في مواضع في تفسير الغسل وفي بيان ركنه وفي بيان شرائط الركن وفي بيان سنن الغسل وفي بيان آدابه وفي بيان مقدار الماء الذي يغتسل به وفي بيان صفة الغسل المشروع (اما) تفسيره فالغسل في اللغة اسم للماء الذي يغتسل به لكن في عرف الفقهاء يراد به غسل البدن وقد مر تفسير الغسل فيما تقدم انه الاسالة حتى لا يجوز بدونها (واما) ركنه فهو اسالة الماء على جميع ما يمكن اسالته عليه من البدن من غير حرج مرة واحدة حتى لو بقيت لمعة لم يصبها الماء لم يجز الغسل وان كانت يسيرة لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا أي طهروا أبدانكم واسم البدن يقع على الظاهر والباطن فيجب تطهير ما يمكن تطهيره منه بلا حرج ولهذا وجبت المضمضة والاستنشاق في الغسل لان ايصال الماء الى داخل الفم والانف ممكن بلا حرج وانما لا يجبان في الوضوء لا لأنه لا يمكن ايصال الماء اليه بل لان الواجب هناك غسل الوجه ولا تقع المواجهة الى ذلك رأسا ويجب ايصال الماء الى اثناء اللحية كما يجب الى أصولها وكذا يجب على المرأة ايصال الماء الى اثناء شعرها اذا كان منقوضا كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى لأنه يمكن ايصال الماء الى ذلك من غير حرج وأما اذا كان شعرها ضفيرا فهل يجب عليها ايصال الماء الى اثنائه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة الا فبلوا الشعر وأنقوا البشرة وقال بعضهم لا يجب وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وهو الأصح لما روى ان أم سلمة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت اني أشد ضفر رأسي أفأنقضه اذا اغتسلت فقال صلى الله عليه وسلم أفيضي الماء على رأسك وسائر جسدك ويكفيك اذا بلغ الماء أصول شعرك ولأن ضفيرتها اذا كانت مشدودة فتكليفها نقضها يؤدي الى الحرج ولا حرج حال كونها منقوضة والحديث محمول على هذه الحالة ويجب ايصال الماء الى داخل السرة لامكان الايصال اليها بلا حرج وينبغي أن يدخل أصبعه فيها للمبالغة ويجب على المرأة غسل الفرج الخارج لأنه يمكن غسله بلا حرج وكذا الأقلف يجب عليه ايصال الماء الى القلفة وقال بعضهم لا يجب وليس بصحيح لامكان ايصال الماء اليه من غير حرج (واما) شروطه فما ذكرنا في الوضوء (واما) سننه فهي ان يبدأ فيأخذ الاناء بشماله ويكفيه على يمينه فيغسل يديه الى الرسغين ثلاثا ثم يفرغ الماء بيمينه على شماله فيغسل فرجه حتى ينقيه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثلاثا ثلاثا الا انه لا يغسل رجليه حتى يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى فيغسل قدميه والاصل فيه ما روى عن ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت وضعت غسلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ليغتسل من الجنابة فاخذ الاناء بشماله وأكفاه على يمينه فغسل يديه ثلاثا ثم أنقى

فرجه

فرجه بالماء ثم مال بيده الى الحائط فدلكها بالتراب ثم توضأ وضوءه للصلاة غير غسل القدمين ثم أفاض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم تنحى فغسل قدميه فالحديث مشتمل على بيان السنة والفريضة جميعا وهل يمسح رأسه عند تقديم الوضوء على الغسل ذكر فى ظاهر الرواية انه يمسح وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يمسح لأن تسييل الماء عليه بعد ذلك يبطل معنى المسح فلم يكن فيه فائدة بخلاف سائر الاعضاء لان التسييل من بعد لا يبطل التسييل من قبل والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السنة وردت بتقديم الوضوء على الافاضة على جميع البدن على ما رويناه والوضوء اسم للمسح والغسل جميعا الا انه يؤخر غسل القدمين لعدم الفائدة فى تقديم غسلهما لانهما يتلوثان بالغسالات من بعد حتى لو اغتسل على موضع لا يجتمع الغسالة تحت قدمه كالحجر ونحوه لا يؤخر لانعدام معنى التلوث ولهذا قالوا فى غسل الميت انه يغسل رجليه عند التوضئة ولا يؤخر غسلهما لان الغسالة لا تجتمع على التخت ومن مشايخنا من استدل بتأخير النبى صلى الله عليه وسلم غسل الرجلين عند تقديم الوضوء على الافاضة على ان الماء المستعمل نجس اذ لو لم يكن نجسا لم يكن للتحرج عن الطاهر معنى فجعلوه حجة أبى حنيفة وأبى يوسف على محمد وليس فيه كبير حجة لان الانسان كما يتحرج عن النجس يتحرج عن القذر خصوصا الانبياء صلوات الله وسلامه عليهم والماء المستعمل قذر بل اليه قذر الحدث حتى تعافه الطباع السليمة والله أعلم (واما) آدابه فما ذكرنا فى الوضوء واما بيان مقدار الماء الذى يغتسل به فقد ذكر فى ظاهر الرواية وقال أدنى ما يكفى فى الغسل من الماء صاع وفى الوضوء مد لما روى عن جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع فقيل له ان لم يكفنا فغضب وقال لقد كفى من هو خير منكم واكثر شعرا ثم ان محمدا رحمه الله ذكر الصاع فى الغسل والمد فى الوضوء مطلقا عن الأحوال ولم يفسره قال بعض مشايخنا هذا التقدير فى الغسل اذا لم يجمع بين الوضوء والغسل فاما اذا جمع بينهما يحتاج الى عشرة ارطال رطلان للوضوء وثمانية أرطال للغسل وقال عامة المشايخ ان الصاع كاف لهما وروى الحسن عن أبى حنيفة انه قال فى الوضوء ان كان المتوضئ متخففا ولا يستنجى يكفيه رطل واحد لغسل الوجه واليدين ومسح الرأس وان كان متخففا ويستنجى يكفيه رطلان رطل للاستنجاء ورطل للباقى ثم هذا التقدير الذى ذكره محمد من الصاع والمد فى الغسل والوضوء ليس بتقدير لازم بحيث لا يجوز النقصان عنه أو الزيادة عليه بل هو بيان مقدار ادنى الكفاية عادة حتى ان من اسبغ الوضوء والغسل بدون ذلك اجزأه وان لم يكفه زاد عليه لان طباع الناس وأحوالهم تختلف والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بثلثى مد لكن ينبغى ان يزيد عليه بقدر ما لا اسراف فيه لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم مر على سعد بن أبى وقاص وهو يتوضأ ويصب صبا فاحشا فقال اياك والسرف فقال أوفى الوضوء سرف قال نعم ولو كنت على ضفة نهر جار وفى رواية ولو كنت على شط بحر (واما) صفة الغسل فالغسل قد يكون فرضا وقد يكون واجبا وقد يكون سنة وقد يكون مستحبا اما الغسل الواجب فهو غسل الموتى وأما السنة فهو غسل يوم الجمعة ويوم عرفة والعيدين وعند الاحرام وسنذكر ذلك فى موضعه ان شاء الله تعالى وههنا نذكر المستحب والفرض (اما) المستحب فهو غسل الكافر اذا اسلم لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر بالغسل من جاءه يريد الاسلام وأدنى درجات الأمر الندب والاستحباب هذا اذا لم يعرف انه جنب فاسلم فاما اذا علم كونه جنبا فاسلم قبل الاغتسال اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يلزمه الاغتسال أيضا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هى من القربات والغسل يصير قربة بالنية فلا يلزمه وقال بعضهم يلزمه لان الاسلام لا ينافى بقاء الجنابة بدليل انه لا ينافى بقاء الحدث حتى يلزمه الوضوء بعد الاسلام كذا الجنابة وعلى هذا غسل الصبى والمجنون عند البلوغ والافاقة (وأما) الغسل المفروض فثلاثة الغسل من الجنابة والحيض والنفاس اما الجنابة فلقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا أى اغتسلوا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا

مطلب آداب الوضوء

مانقولون ولا جنبا الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا والكلام فى الجنابة فى موضعين أحدهما فى بيان ماتثبت به
الجنابة ويصير الشخص به جنبا والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة بالجنابة (اما) الاول فالجنابة تثبت بأمور
بعضها مجمع عليه وبعضها مختلف فيه (اما) المجمع عليه فنوعان أحدهما خروج المنى عن شهوة دفقا من غير
ايلاج بأى سبب حصل الخروج كاللمس والنظر والاحتلام حتى يجب الغسل بالاجماع لقوله صلى الله عليه وسلم
الماء من الماء أى الاغتسال من المنى ثم انما وجب غسل جميع البدن بخروج المنى ولم يجب بخروج البول
والغائط وانما وجب غسل الاعضاء المخصوصة لاغير لوجوه أحدها ان قضاء الشهوة بانزال المنى استمتاع بنعمة
يظهر أثرها فى جميع البدن وهو اللذة فأمر بغسل جميع البدن شكرا لهذه النعمة وهذا لا يتقرر فى البول والغائط
والثانى ان الجنابة تأخذ جميع البدن ظاهره وباطنه لان الوطء الذى هو سببه لا يكون الا باستعمال لجميع
مافى البدن من القوة حتى يضعف الانسان بالاكثار منه ويقوى بالامتناع فاذا أخذت الجنابة جميع البدن
الظاهر والباطن وجب غسل جميع البدن الظاهر والباطن بقدر الامكان ولا كذلك الحدث فانه لا يأخذ
الا الظاهر من الاطراف لان سببه يكون بظواهر الاطراف من الاكل والشرب ولا يكونان باستعمال جميع
البدن فاوجب غسل ظواهر الاطراف لا جميع البدن والثالث ان غسل الكل او البعض وجب وسيلة الى
الصلاة التى هى خدمة الرب سبحانه وتعالى والقيام بين يديه وتعظيمه فيجب ان يكون المصلى على اطهر الاحوال
وانظفها ليكون اقرب الى التعظيم وأكمل فى الخدمة وكمال النظافة يحصل بغسل جميع البدن وهذا هو العزيمة
فى الحدث أيضا الا ان ذلك مما يكثر وجوده فاكتفى فيه بايسر النظافة وهى تنقية الاطراف التى تنكشف كثيرا
وتقع عليها الابصار ابدا واقيم ذلك مقام غسل كل البدن دفعا للحرج وتيسيرا فضلا من الله ونعمة ولا حرج فى
الجنابة لانها لا تكثر فبقى الامر فيها على العزيمة والمرأة كالرجل فى الاحتلام لما روى عن أم سليم انها سألت رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى فى منامها مثل مايرى الرجل فقال صلى الله عليه وسلم ان كان منها مثل ما
يكون من الرجل فلتغتسل وروى ان أم سليم كانت مجاورة لام سلمة رضى الله عنها وكانت تدخل عليها فدخل
رسول الله صلى الله عليه وسلم وام سليم عندها فقالت يارسول الله المرأة اذا رأت ان زوجها يجامعها فى المنام
اتغتسل فقالت أم سلمة لام سليم تربت يداك يا أم سليم فضحت النساء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت أم
سليم ان الله لا يستحى من الحق وانا ان نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يشكل علينا خير من أن نكون فيه
على عمى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنت يا أم سلمة تربت يداك يا أم سليم عليها الغسل اذا وجدت
الماء وذكر ابن رستم فى نوادره اذا احتلم الرجل ولم يخرج الماء من احليله لا غسل عليه والمرأة اذا احتلمت ولم
يخرج الماء الى ظاهر فرجها اغتسلت لان لها فرجين والخارج منهما له حكم الظاهر حتى يفترض ايصال الماء اليه
فى الجنابة والحيض فمن الجائز ان الماء بلغ ذلك الموضع ولم يخرج حتى لو كان الرجل اقلف فبلغ الماء قلفته وجب
عليه الغسل والثانى ايلاج الفرج فى الفرج فى السبيل المعتاد سواء انزل أولم ينزل لما روى ان الصحابة رضى الله
عنهم لما اختلفوا فى وجوب الغسل بالتقاء الختانين بعد النبى صلى الله عليه وسلم وكان المهاجرون يوجبون الغسل
والانصار لا بعثوا اباموسى الاشعرى الى عائشة رضى الله عنها فقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل أولم ينزل فعلت انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم واغتسلنا
فقد روت قولا وفعلا وروى عن على رضى الله عنه انه قال فى الاكسال يوجب الحد أفلا يوجب صاعا من ماء
ولان ادخال الفرج فى الفرج المعتاد من الانسان سبب لنزول المنى عادة فيقام مقامه احتياطا وكذا الايلاج
فى السبيل الآخر حكمه حكم الايلاج فى السبيل المعتاد فى وجوب الغسل بدون الانزال اما على أصل أبى يوسف
ومحمد فظاهر لانه يوجب الحد أفلا يوجب صاعا من ماء وأما على أصل أبى حنيفة فانما لم يوجب الحد احتياطا
والاحتياط فى وجوب الغسل ولان الايلاج فيه سبب لنزول المنى عادة مثل الايلاج فى السبيل المعتاد والسبب

بقوم مقام المسبب خصوصا فى موضع الاحتياط ولا غسل فيما دون الفرج بدون الانزال وكذا الايلاج فى البهائم لا يوجب الغسل مالم ينزل وكذا الاحتلام لان الفعل فيما دون الفرج وفى البهيمة ليس نظير الفعل فى فرج الانسان فى السببية وكذا الاحتلام فيعتبر فى ذلك كله حقيقة الانزال (وأما) المختلف فيه (فنها) ان ينفصل المنى لا عن شهوة ويخرج لا عن شهوة بان ضرب على ظهره ضربا قويا أو حمل حملا ثقيلا فلا غسل فيه عندنا وعند الشافعى فيه الغسل واحتج بما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الماء من الماء أى الاغتسال من المنى من غير فصل (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن المرأة ترى فى المنام يجامعها زوجها فقال صلى الله عليه وسلم أ تجد لذة فقيل نعم فقال عليها الاغتسال اذا وجدت الماء ولو لم يختلف الحكم بالشهوة وعدمها لم يكن للسؤال عن اللذة معنى ولان وجوب الاغتسال معلق بنزول المنى وأنه فى اللغة اسم للنزل عن شهوة لما نذكر فى تفسير المنى وأما الحديث فالمراد من الماء الماء المتعارف وهو المنزل عن شهوة لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف (ومنها) ان ينفصل المنى عن شهوة ويخرج لا عن شهوة وانه يوجب الغسل فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يوجب فالمعتبر عندهما الانفصال عن شهوة وعنده المعتبر هو الانفصال مع الخروج عن شهوة وفائدته تظهر فى موضعين أحدهما اذا احتلم الرجل فانتبه وقبض على عورته حتى سكنت شهوته ثم خرج المنى بلا شهوة والثانى اذا جامع فاغتسل قبل ان يبول ثم خرج منه بقية المنى وجه قول أبى يوسف ان جانب الانفصال يوجب الغسل وجانب الخروج ينفيه فلا يجب مع الشك ولهما انه اذا احتمل الوجوب والعدم فالقول بالوجوب اولى احتياطا (ومنها) انه اذا استيقظ فوجد على فخذه أو على فراشه بللا على صورة المذى ولم يتذكر الاحتلام فعليه الغسل فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجب واجمعوا انه لو كان منيا ان عليه الغسل لان الظاهر انه عن احتلام واجمعوا انه ان كان وديا لا غسل عليه لانه بول غليظ وعن الفقيه ابى جعفر الهندوانى انه اذا وجد على فراشه منيا فهو على الاختلاف وكان يقيسه على ماذكرنا من المسئلتين وجه قول أبى يوسف ان المذى يوجب الوضوء دون الاغتسال ولهما ماروى امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى باسناده عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا رأى الرجل بعد ماينتبه من نومه بلة ولم يذكر احتلاما اغتسل وان رأى احتلاما ولم ير بلة فلا غسل عليه وهذا نص فى الباب ولان المنى قد يرق بمرور الزمان فيصير فى صورة المذى وقد يخرج ذائبا لفرط حرارة الرجل أو ضعفه فكان الاحتياط فى الايجاب ثم المنى خاثر أبيض ينكسر منه الذكر وقال الشافعى فى كتابه ان له رائحة الطلع والمذى رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله والودى رقيق يخرج بعد البول وكذا روى عن عائشة رضى الله عنها انها فسرت هذه المياه بما ذكرنا ولا غسل فى الودى والمذى اما الودى فلانه بقية البول وأما المذى فلما روى عن على رضى الله عنه انه قال كنت فحلا مذاء فاستحييت ان أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكان ابنته تحتى فامرت المقداد بن الاسود رضى الله عنه فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذى وفيه الوضوء نص على الوضوء واشار الى نفى وجوب الاغتسال بعلة كثرة الوقوع بقوله كل فحل يمذى (وأما) الاحكام المتعلقة بالجنابة فالا يباح للمحدث فعله من مس المصحف بدون غلافه ومس الدراهم التى عليها القرآن ونحو ذلك لا يباح للجنب من طريق الاولى لان الجنابة اغلظ الحدثين ولو كانت الصحيفة على الارض فاراد الجنب ان يكتب القرآن عليها روى عن أبى يوسف انه لا بأس لانه ليس بحامل للصحيفة والكتابة توجد حرفا حرفا وهذا ليس بقرآن وقال محمد احب الى أن لا يكتب لان كتابة الحروف تجرى مجرى القراءة وروى عن أبى يوسف انه لا يترك الكافر ان يمس المصحف لان الكافر نجس فيجب تنزيه المصحف عن مسه وقال محمد لا بأس به اذا اغتسل لان المانع هو الحدث وقد زال بالغسل وانما بقى نجاسة اعتقاده وذلك فى قلبه لا فى يده ولا يباح للجنب قراءة القرآن عند عامة العلماء وقال مالك يباح له ذلك وجه قوله ان الجنابة احد الحدثين فيعتبر بالحدث الآخر وانه لا يمنع من القراءة كذا

الجنابة (ولنا) ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان لايحجزه شئ عن قراءة القرآن الا الجنابة وعن عبدالله
ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاتقرأ الحائض ولا الجنب شيأ من القرآن وماذكر من
الاعتبار فاسد لان أحد الحدثين حل الفم ولم يحل الآخر فلا يصح اعتبار أحدهما بالآخر ويستوى فى الكراهة
الآية التامة ومادون الآية عند عامة المشايخ وقال الطحاوى لابأس بقراءة مادون الآية والصحيح قول العامة
لماروينا من الحديثين من غير فصل بين القليل والكثير ولان المنع من القراءة لتعظيم القرآن ومحافظة حرمته
وهذا لايوجب الفصل بين القليل والكثير فيكره ذلك كله لكن اذا قصد التلاوة فاما اذا لم يقصد بان قال باسم الله
لافتتاح الاعمال تبركا أوقال الحمد لله للشكر لابأس به لانه من باب ذكر اسم الله تعالى والجنب غير ممنوع عن ذلك
وتكره قراءة القرآن فى المغتسل والمخرج لان ذلك موضع الانجاس فيجب تنزيه القرآن عن ذلك وأما فى الحمام
فتكره عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لاتكره بناء على ان الماء المستعمل نجس عندهما فاشبه المخرج وعند
محمد طاهر فلا تكره ولايباح للجنب دخول المسجد وان احتاج الى ذلك يتيمم ويدخل سواء كان الدخول لقصد
المكث أوللاجتياز عندنا وقال الشافعى يباح له الدخول بدون التيمم اذا كان مجتازا واحتج بقوله تعالى يا ايها الذين
آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون ولاجنبا الاعابرى سبيل حتى تغتسلوا قيل المراد من
الصلاة مكانها وهو المسجد كذاروى عن ابن مسعود وعابر سبيل هو المار يقال عبر أى مر نهى الجنب عن
دخول المسجد بدون الاغتسال واستثنى عابرى السبيل وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيباح له
الدخول بدون الاغتسال (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سدوا الابواب فانى لاأحلها
لجنب ولا لحائض والهاء كناية عن المساجد نفى الحل من غير فصل بين المجتاز وغيره وأما الآية فقد روى عن على
وابن عباس رضى الله عنهما ان المراد هو حقيقة الصلاة وان عابر السبيل هو المسافر الجنب الذى لايجد الماء فيتيمم
فكان هذا اباحة الصلاة بالتيمم للجنب المسافر اذا لم يجد الماء وبه نقول وهذا التأويل أولى لان فيه بقاء اسم
الصلاة على حالها فكان أولى أو يقع التعارض بين التأويلين فلا تبقى الآية حجة له ولا يطوف بالبيت وان طاف
جاز مع النقصان لماذكرنا فى الحدث الا ان النقصان مع الجنابة أفحش لانها أغلظ ويصح من الجنب اداء الصوم
دون الصلاة لان الطهارة شرط جواز الصلاة دون الصوم ويجب عليه كلاهما حتى يجب عليه قضاؤهما بالترك لان
الجنابة لاتمنع من وجوب الصوم بلاشك ويصح اداؤه مع الجنابة ولا تمنع من وجوب الصلاة أيضا وان كان لايصح
أداؤها مع قيام الجنابة لان فى وسعه رفعها بالغسل قبل أن يتوضأ ولابأس للجنب ان ينام ويعاود أهله لماروى عن
عمر رضى الله عنه انه قال يارسول الله أينام أحدنا وهو جنب قال نعم ويتوضأ وضوءه للصلاة وله ان ينام قبل ان
يتوضأ وضوءه للصلاة لماروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان النبى صلى الله عليه وسلم ينام وهو جنب من
غير ان يمس ماء ولان الوضوء ليس بقربة بنفسه وانما هو لاداء الصلاة وليس فى النوم ذلك وان أراد أن يأكل أو
يشرب فينبغى أن يتمضمض ويغسل يديه ثم يأكل ويشرب لان الجنابة حلت الفم فلو شرب قبل ان يتمضمض صار
الماء مستعملا فيصير شاربا الماء المستعمل ويده لاتخلو عن نجاسة فينبغى ان يغسلها ثم يأكل وهل يجب على الزوج
ثمن ماء الاغتسال اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لايجب سواء كانت المرأة غنية أوفقيرة غيرانها ان كانت
فقيرة يقال للزوج اماان تدعها حتى تنتقل الى الماء أوتنقل الماء اليها وقال بعضهم يجب وهو قول الفقيه ابى الليث
رحمه الله لانه لابد لها منه فنزل منزلة الماء الذى للشرب وذلك عليه كذا هذا (وأما) الحيض فلقوله تعالى
ولاتقربوهن حتى يطهرن أى يغتسلن ولقول النبى صلى الله عليه وسلم للمستحاضة دعى الصلاة أيام أقرائك أى
أيام حيضك ثم اغتسلى وصلى ولانص فى وجوب الغسل من النفاس وانما عرف باجماع الامة ثم اجماع الامة
يجوزان يكون بناء على خبر فى الباب لكنهم تركوا نقله اكتفاء بالاجماع عن نقله لكون الاجماع أقوى ويجوز
انهم قاسوا على دم الحيض لكون كل واحد منهما دما خارجا من الرحم فبنوا الاجماع على القياس اذ الاجماع

ينعقد

ينعقد عن الخبر وعن القياس على ما عرف في أصول الفقه

﴿ فصل ﴾ ثم الكلام يقع في تفسير الحيض والنفاس والاستحاضة وأحكامها (أما) الحيض فهو في عرف الشرع اسم لدم خارج من الرحم لا يعقب الولادة مقدر بقدر معلوم في وقت معلوم فلا بد من معرفة لون الدم وحاله ومعرفة خروجه ومقداره ووقته (اما) لونه فالسواد حيض بلا خلاف وكذلك الحمرة عندنا وقال الشافعي دم الحيض هو الاسود فقط واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لفاطمة بنت حبيش حين كانت مستحاضة اذا كان الحيض فانه دم أسود فأمسكي عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئي وصلي (ولنا) قوله تعالى ويسألونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى واسم الاذى لا يقتصر على الاسود وروي ان النساء كن يبعثن بالكرسف الى عائشة رضي الله عنها فكانت تقول لا حتى ترين القصة البيضاء أي البياض الخالص كالجص فقد أخبرت ان ما سوى البياض حيض والظاهر انها انما قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه حكم لا يدرك بالاجتهاد ولان لون الدم يختلف باختلاف الاغذية فلا معنى للقصر على لون واحد وما رواه غريب فلا يصلح معارضا للمشهور مع ما انه مخالف للكتاب على انه يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحي أيام حيضها بلون الدم فبنى الحكم في حقها على اللون لا في حق غيرها وغير النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلم أيام الحيض بلون الدم وأما الكدرة ففي آخر أيام الحيض حيض بلا خلاف بين أصحابنا وكذا في أول الايام عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكون حيضا وجه قوله ان الحيض هو الدم الخارج من الرحم لا من العرق ودم الرحم يجتمع فيه في زمان الطهر ثم يخرج الصافي منه ثم الكدر ودم العرق يخرج الكدر منه اولا ثم الصافي فينظر ان خرج الصافي أولا علم انه من الرحم فيكون حيضا وان خرج الكدر أولا علم انه من العرق فلا يكون حيضا (ولنا) ما ذكرنا من الكتاب والسنة من غير فصل وقوله ان كدرة دم الرحم تتبع صافيه ممنوع وهذا أمر غير معلوم بل قد يتبع الصافي الكدر خصوصا فيما كان الثقب من الاسفل وأما التربية فهي كالكدرة وأما الصفرة فقد اختلف المشايخ فيها فقد كان الشيخ أبو منصور يقول اذا رأت في أول أيام الحيض ابتداء كان حيضا اما اذا رأت في آخر أيام الطهر واتصل به أيام الحيض لا يكون حيضا والعامة على انها حيض كيفما كانت وأما الخضرة فقد قال بعضهم هي مثل الكدرة فكانت على الخلاف وقال بعضهم الكدرة والتربية والصفرة والخضرة انما تكون حيضا على الاطلاق من غير العجائز فاما في العجائز فينظر ان وجدتها على الكرسف ومدة الوضع قريبة فهي حيض وان كانت مدة الوضع طويلة لم يكن حيضا لان رحم العجوز يكون منتنا فيتغير الماء لطول المكث وما عرفت من الجواب في هذه الأبواب في الحيض فهو الجواب فيها في النفاس لانها أخت الحيض (واما) خروجه فهو ان ينتقل من باطن الفرج الى ظاهره اذ لا يثبت الحيض والنفاس والاستحاضة الا به في ظاهر الرواية وروي عن محمد في غير رواية الأصول ان في الاستحاضة كذلك فاما الحيض والنفاس فانهما يثبتان اذا أحست ببروز الدم وان لم يبرز وجه الفرق بين الحيض والنفاس والاستحاضة على هذه الرواية ان لهما أعني الحيض والنفاس وقتا معلوما فتحصل بهما المعرفة بالاحساس ولا كذلك الاستحاضة لانه لا وقت لها تعلم به فلا بد من الخروج والبروز ليعلم وجه ظاهر الرواية ما روي ان امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها ان فلانة تدعو بالمصباح ليلا فتنظر اليها فقالت عائشة رضي الله عنها كنا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نتكلف لذلك الا بالمس والمس لا يكون الا بعد الخروج والبروز (واما) مقداره فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل التقدير انه مقدر أم لا والثاني في بيان ما هو مقدر به أما الأول فقد قال عامة العلماء انه مقدر وقال مالك انه غير مقدر وليس لاقله حد ولا لأكثره غاية واحتج بظاهر قوله تعالى ويسألونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى من غير تقدير ولأن الحيض اسم الدم الخارج من الرحم والقليل خارج من الرحم كالكثير ولهذا لم يقدر دم النفاس ولنا ما روى أبو أمامة الباهلي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أقل ما يكون الحيض للجارية الثيب والبكر جميعا

ثلاثة أيام واكثر ما يكون من الحيض عشرة أيام ومازاد على العشرة فهو استحاضة وهذا حديث مشهور وروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عبدالله بن مسعود وأنس بن مالك وعمران بن حصين وعثمان بن أبى العاص الثقفى رضى الله عنهم انهم قالوا الحيض ثلاث أربع خمس ست سبع ثمان تسع عشر ولم يروعن غيرهم خلافه فيكون اجماعا والتقدير الشرعى يمنع أن يكون لغير المقدر حكم المقدر وبه تبين ان الخبر المشهور والاجماع خرجا بيانا للمذكور فى الكتاب والاعتبار بالنفاس غير سديد لان القليل هناك عرف خارجا من الرحم بقرينة الولد ولم يوجد ههنا (واما) الثانى فذكر فى ظاهر الرواية ان أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وحكى عن أبى يوسف فى النوادر يومان واكثر اليوم الثالث وروى الحسن عن أبى حنيفة ثلاثة أيام بليلتيهما المتخللتين وقال الشافعى يوم وليلة فى قول وفى قول يوم بلا ليلة واحتج بما احتج به مالك الا انه قال لا يمكن اعتبار القليل حيضا لأن اقبال النساء لا تخلو عن قليل لوث عادة فيقدر باليوم أو باليوم والليلة لانه أقل مقدار يمكن اعتباره وحجتنا ما ذكرنا مع مالك وحجة ما روى عن أبى يوسف ان أكثر الشئ يقام مقام كله وهذا على الاطلاق غير سديد فانه لو جاز اقامة يومين واكثر اليوم الثالث مقام الثلاثة لجاز اقامة يومين مقام الثلاثة لوجود الاكثر وجه رواية الحسن ان دخول الليالى ضرورة دخول الايام المذكورة فى الحديث لا مقصودا والضرورة ترتفع بالليلتين المتخللتين والجواب ان دخول الليالى تحت اسم الايام ليس من طريق الضرورة بل يدخل مقصودا لان الايام اذا ذكرت بلفظ الجمع تتناول ما بازائها من الليالى لغة فكان دخولا مقصودا لا ضرورة (واما) أكثر الحيض فعشرة أيام بلا خلاف بين أصحابنا وقال الشافعى خمسة عشر واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلى ثم أحد الشطرين الذى تصلى فيه وهو الطهر خمسة عشر كذا الشطر الآخر ولان الشرع اقام الشهر مقام حيض وطهر فى حق الآيسة والصغيرة فهذا يقتضى انقسام الشهر على الحيض والطهر وهو ان يكون نصفه طهرا ونصفه حيضا ولنا ما روينا من الحديث المشهور واجماع الصحابة وليس المراد من الشطر المذكور النصف لانا نعلم قطعا انها لا تقعد نصف عمرها الا ترى انها لا تقعد حال صغرها واياسها وكذا زمان الطهر يزيد على زمان الحيض عادة فكان المراد ما يقرب من النصف وهو عشرة وكذا ليس من ضرورة انقسام الشهر على الطهر والحيض ان تكون مناصفة اذ قد تكون القسمة مثالثة فيكون ثلث الشهر للحيض وثلثاه للطهر واذا عرفت مقدار الحيض لا بد من معرفة مقدار الطهر الصحيح الذى يقابل الحيض وأقله خمسة عشر يوما عندنا الا ما روى عن أبى حازم القاضى وأبى عبدالله البلخى انه تسعة عشر يوما وقال الشافعى مثل قولنا وقال مالك عشرة أيام وجه قول أبى حازم وأبى عبدالله ان الشهر يشتمل على الحيض والطهر عادة وقد قام الدليل على ان أكثر الحيض عشرة فيبقى من الشهر عشرون الا انا نقصنا يوما لان الشهر قد ينقص بيوم (ولنا) اجماع الصحابة على ما قلنا ونوع من الاعتبار بأقل مدة الاقامة لان لمدة الطهر شبها بمدة الاقامة الا ترى ان المرأة بالطهر تعود الى ما سقط عنها بالحيض كان المسافر بالاقامة يعود الى ما سقط عنه بالسفر ثم أقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما كذا أقل الطهر وما قالاه غير سديد لأن المرأة لا تحيض فى الشهر عشرة لا محالة ولو حاضت عشرة لا تطهر عشرين لا محالة بل قد تحيض ثلاثة وتطهر عشرين وقد تحيض عشرة وتطهر خمسة عشر واما أكثر الطهر فلا غاية له حتى ان المرأة اذا طهرت سنين كثيرة فانها تعمل ما تعمل الطاهرات بلا خلاف بين الائمة لان الطهارة فى بنات آدم أصل والحيض عارض فاذا لم يظهر العارض يجب بناء الحكم على الأصل وان طال واختلف أصحابنا فيما وراء ذلك وهو ان أكثر الطهر الذى يصلح لنصب العادة عند الاستمرار كم هو قال أبو عصمة سعد بن معاذ المروزى وأبو حازم القاضى ان الطهر وان طال يصلح لنصب العادة حتى ان المرأة اذا حاضت خمسة وطهرت ستة ثم استمر بها الدم يبنى الاستمرار عليه فتقعد خمسة وتصلى ستة وكذا ان رأت أكثر من ستة وقال محمد بن ابراهيم الميدانى وجماعة من أهل بخارى ان أكثر الطهر

الذى

الذي يصلح لنصب العادة أقل من ستة أشهر وإذا كان ستة أشهر فصاعدا لا يصلح لنصب العادة وإذا لم يصلح له ترد أيامها الى الشهر فتقعد ما كانت رأت فيه من خمسة أو ستة أو نحو ذلك وتصلي بقية الشهر هكذا دأبها وقال محمد بن مقاتل الرازي وأبو علي الدقاق أكثر الطهر الذي يصلح لنصب العادة سبعة وخمسون يوما وإذا زاد عليه ترد أيامها الى الشهر وقال بعضهم أكثره شهر وإذا زاد عليه ترد الى الشهر وقال بعضهم سبعة وعشرون يوما ودلائل هذه الأقاويل تذكر في كتاب الحيض (وأما) وقته فوقته حين تبلغ المرأة تسع سنين فصاعدا عليه أكثر المشايخ فلا يكون المرئي فيما دونه حيضا وإذا بلغت تسعا كان حيضا الى أن تبلغ حد الإياس على اختلاف المشايخ في حده ولو بلغت ذلك وقد انقطع عنها الدم ثم رأت بعد ذلك لا يكون حيضا وعند بعضهم يكون حيضا وموضع معرفة ذلك كله كتاب الحيض (وأما) النفاس فهو في عرف الشرع اسم للدم الخارج من الرحم عقيب الولادة وسمي نفاسا إما لتنفس الرحم بالولد أو لخروج النفس وهو الولد أو الدم والكلام في لونه وخروجه كالكلام في دم الحيض وقد ذكرناه (وأما) الكلام في مقداره فأقله غير مقدر بلا خلاف حتى أنها إذا ولدت ونفست وقت صلاة لا تجب عليها تلك الصلاة لأن النفاس دم الرحم وقد قام الدليل على كون القليل منه خارجا من الرحم وهو شهادة الولادة ومثل هذه الدلالة لم يوجد في باب الحيض فلم يعرف القليل منه أنه من الرحم فلم يكن حيضا على أن قضية القياس أن لا يتقدر أقل الحيض أيضا كما قال مالك إلا أنا عرفنا التقدير ثم بالتوقيف ولا توقيف ههنا فلا يتقدر فإذا طهرت قبل الأربعين اغتسلت وصلت بناء على الظاهر لأن معاودة الدم موهوم فلا يترك المعلوم بالموهوم وما ذكر من الاختلاف بين أصحابنا في أقل النفاس فذلك في موضع آخر وهو أن المرأة إذا طلقت بعد ما ولدت ثم جاءت وقالت نفست ثم طهرت ثلاثة أطهار وثلاث حيض فبكم تصدق في النفاس فعند أبي حنيفة لا تصدق إذا ادعت في أقل من خمسة عشر يوما وعند أبي يوسف لا تصدق في أقل من أحد عشر يوما وعند محمد تصدق فيما ادعت وإن كان قليلا على ما يذكر في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى (وأما) أكثر النفاس فأربعون يوما عند أصحابنا وعند مالك والشافعي ستون يوما ولا دليل لهما سوى ما حكي عن الشعبي أنه كان يقول ستون يوما ولا حجة في قول الشعبي (ولنا) ما روي عن عائشة وأم سلمة وابن عباس وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أكثر النفاس أربعون يوما وأما الاستحاضة فهي ما انتقص عن أقل الحيض وما زاد على أكثر الحيض والنفاس ثم المستحاضة نوعان مبتدأة وصاحبة عادة والمبتدأة نوعان مبتدأة بالحيض ومبتدأة بالحبل وصاحبة العادة نوعان صاحبة العادة في الحيض وصاحبة العادة في النفاس (أما) المبتدأة بالحيض وهي التي ابتدأت بالدم واستمر بها فالعشرة من أول الشهر حيض لأن هذا دم في أيام الحيض وأمكن جعله حيضا فيجعل حيضا وما زاد على العشرة يكون استحاضة لأنه لا مزيد للحيض على العشرة وهكذا في كل شهر (وأما) صاحبة العادة في الحيض إذا كانت عادتها عشرة فزاد الدم عليها فالزيادة استحاضة وإن كانت عادتها خمسة فالزيادة عليها حيض معها الى تمام العشرة لما ذكرنا في المبتدأة بالحيض وإن جاوز العشرة فعادتها حيض وما زاد عليها استحاضة لقول النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها أي أيام حيضها ولأن ما رأت في أيامها حيض بيقين وما زاد على العشرة استحاضة بيقين وما بين ذلك مترددين أن يلحق بما قبله فيكون حيضا فلا تصلي وبين أن يلحق بما بعده فيكون استحاضة فتصلي فلا تترك الصلاة بالشك وإن لم يكن لها عادة معروفة بأن كانت ترى شهرا ستا وشهرا سبعا فاستمر بها الدم فإنها تأخذ في حق الصلاة والصوم والرجعة بالأقل وفي حق انقضاء العدة والغشيان بالأكثر فعليها إذا رأت ستة أيام في الاستمرار أن تغتسل في اليوم السابع لتمام السادس وتصلي فيه وتصوم إن كان دخل عليها شهر رمضان لأنه يحتمل أن يكون السابع حيضا ويحتمل أن لا يكون فدار الصلاة والصوم بين الجواز منها والوجوب عليها في الوقت فيجب وتصوم رمضان احتياطا لأنها إن فعلت وليس عليها أولى أن تترك وعليها ذلك وكذلك تنقطع الرجعة لأن ترك الرجعة مع

ثبوت حق الرجعة أولى من اثباتها من غير حق الرجعة وأما فى انقضاء العدة والغشيان فتأخذ بالاكثر لانها ان تركت التزوج مع جواز التزوج أولى من ان تتزوج بدون حق التزوج وكذا ترك الغشيان مع الحل أولى من الغشيان مع الحرمة فاذا جاء اليوم الثامن فعليها أن تغتسل ثانيا وتقضى اليوم الذى صامت فى اليوم السابع لان الاداء كان واجبا ووقع الشك فى السقوط ان لم تكن حائضا فيه صح صومها ولا قضاء عليها وان كانت حائضا فعليها القضاء فلا يسقط القضاء بالشك وليس عليها قضاء الصلوات لانها ان كانت طاهرة فى هذا اليوم فقد صلت وان كانت حائضا فيه فلا صلاة عليها للحال ولا القضاء فى الثانى ولو كانت عادتها خمسة فحاضت ستة ثم حاضت حيضة اخرى سبعة ثم حاضت حيضة أخرى ستة فعادتها ستة بالاجماع حتى يبنى الاستمرار عليها أما عند أبى يوسف فلان العادة تنتقل بالمرة الواحدة وانما يبنى الاستمرار على المرة الأخيرة لان العادة انتقلت اليها وأما عند أبى حنيفة ومحمد أيضا فلان العادة وان كانت لا تنتقل الا بالمرتين فقد رأت الستة مرتين فانتقلت عادتها اليها هذا معنى قول محمد كلما عاودها الدم فى يوم مرتين فحيضها ذلك وذكر فى الأصل اذا حاضت المرأة فى شهر مرتين فهى مستحاضة والمراد بذلك أنه لا يجتمع فى شهر واحد حيضتان وطهران لان أقل الحيض ثلاثة وأقل الطهر خمسة عشر يوما وقد ذكر فى الاصل سؤالا وقال أرأيت لو رأت فى أول الشهر خمسة ثم طهرت خمسة عشر ثم رأت الدم خمسة أليس قد حاضت فى شهر مرتين ثم أجاب فقال اذا ضممت اليه طهرا آخر كان أربعين يوما والشهر لا يشتمل على ذلك وحكى أن امرأة جاءت الى على رضى الله عنه وقالت انى حضت فى شهر ثلاث مرات فقال على رضى الله عنه لشريح ماذا تقول فى ذلك فقال ان أقامت على ذلك بينة من بطانتها ممن يرضى بدينه وأمانته قبل منها فقال على رضى الله عنه قالون وهى بالرومية حسن وانما أراد شريح بذلك تحقيق النفى انهم لا تجد ذلك وان هذا لا يكون كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط أى لا يدخلونها أصلا ودم الحامل ليس بحيض وان كان ممتدا عندنا وقال الشافعى هو حيض فى حق ترك الصوم والصلاة وحرمة القربان لا فى حق اقراء العدة واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لفاطمة بنت حبيش اذا أقبل قرؤك فدعى الصلاة من غير فصل بين حال وحال ولان الحامل من ذوات الاقراء لان المرأة اما ان تكون صغيرة أو آيسة أو من ذوات الاقراء والحامل ليست بصغيرة ولا آيسة فكانت من ذوات الاقراء الا ان حيضها لا يعتبر فى حق اقراء العدة لان المقصود من اقراء العدة فراغ الرحم وحيضها لا يدل على ذلك (ولنا) قول عائشة رضى الله عنها الحامل لا تحيض ومثل هذا لا يعرف بالرأى فالظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الحيض اسم للدم الخارج من الرحم ودم الحامل لا يخرج من الرحم لان الله تعالى أجرى العادة أن المرأة اذا حبلت ينسد فم الرحم فلا يخرج منه شئ فلا يكون حيضا (وأما) الحديث فنقول بموجبه لكن لم قلتم ان دم الحامل قرء والكلام فيه والدليل على انه ليس بقرء ما ذكرنا وبه تبين أن الحديث لا يتناول حالة الحبل (وأما) المبتدأة بالحبل وهى التى حبلت من زوجها قبل أن تحيض اذا ولدت فرأت الدم زيادة على أربعين يوما فهو استحاضة لان الاربعين للنفاس كالعشرة للحيض ثم الزيادة على العشرة فى الحيض استحاضة فكذا الزيادة على الاربعين فى النفاس (وأما) صاحبة العادة فى النفاس اذا رأت زيادة على عادتها فان كانت عادتها أربعين فالزيادة استحاضة لما مر وان كانت دون الاربعين فما زاد يكون نفاسا الى الاربعين فان زاد على الاربعين ترد الى عادتها فتكون عادتها نفاسا وما زاد عليها يكون استحاضة ثم يستوى الجواب فيما اذا كان ختم عادتها بالدم أو بالطهر عند أبى يوسف وعند محمد ان كان ختم عادتها بالدم فكذلك وأما اذا كان بالطهر فلا لان أبا يوسف يرى ختم الحيض والنفاس بالطهر اذا كان بعده دم ومحمد لا يرى ذلك وبيانه ما ذكر فى الاصل اذا كانت عادتها فى النفاس ثلاثين يوما فانقطع دمها على رأس عشرين يوما وطهرت عشرة أيام تمام عادتها فصلت وصامت ثم عاودها الدم واستمر بها حتى جاوز الاربعين ذكر انها مستحاضة فيما زاد على الثلاثين ولا يجزيها صومها فى العشرة التى صامت فيلزمها القضاء قال الحاكم الشهيد هذا على مذهب أبى يوسف يستقيم فاما على مذهب محمد ففيه نظر لان أبا يوسف

يرى ختم النفاس بالطهر اذا كان بعده دم فيمكن جعل الثلاثين نفاسالها عنده وان كان ختمها بالطهر ومحمد لا يرى ختم النفاس والحيض بالطهر فنفاسها في هذا الفصل عنده عشرون يوما فلا يلزمها قضاء ما صامت في العشرة الايام بعد العشرين والله أعلم وماتراه النفساء من الدم بين الولادتين فهو دم صحيح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر فاسد بناء على أن المرأة اذا ولدت وفي بطنها ولد آخر فالنفاس من الولد الاول عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر من الولد الثاني وانقضاء العدة بالولد الثاني بالاجماع وجه قول محمد وزفر أن النفاس يتعلق بوضع ما في البطن كانقضاء العدة فيتعلق بالولد الاخير كانقضاء العدة وهذا لانها بعد حبلى وكما لا يتصور انقضاء عدة الحمل بدون وضع الحمل لا يتصور وجود النفاس من الحبلى لان النفاس بمنزلة الحيض ولان النفاس مأخوذ من تنفس الرحم ولا يتحقق ذلك على الكمال الا بوضع الولد الثاني فكان الموجود قبل وضع الولد الثاني نفاسا من وجه دون وجه فلا تسقط الصلاة عنها بالشك كما اذا ولدت ولدا واحدا وخرج بعضه دون البعض ولابي حنيفة وأبي يوسف أن النفاس ان كان دما يخرج عقيب النفس فقد وجد بولادة الاول وان كان دما يخرج بعد تنفس الرحم فقد وجد أيضا بخلاف انقضاء العدة لان ذلك يتعلق بفراغ الرحم ولم يوجد والنفاس يتعلق بتنفس الرحم أو بخروج النفس وقد وجدا ويقول بقاء الولد في البطن لا ينافي النفاس لانفتاح فم الرحم فاما الحيض من الحبلى فممتنع لانسداد فم الرحم والحيض اسم لدم يخرج من الرحم فكان الخارج دم عرق لا دم رحم (وأما) قولهما وجد تنفس الرحم من وجه دون وجه فممنوع بل وجد على سبيل الكمال لوجود خروج الولد بكماله بخلاف ما اذا خرج بعض الولد لان الخارج منه ان كان أقله لم تصر نفساء حتى قالوا يجب عليها ان تصلي وتحفر لها حفيرة لان النفاس يتعلق بالولادة ولم يوجد لان الاقل يلحق بالعدم بمقابلة الاكثر فاما اذا كان الخارج أكثره فالمسألة ممنوعة أو هي على هذا الاختلاف فأما فيما نحن فيه فقد وجدت الولادة على طريق الكمال فالدم الذي يعقبه يكون نفاسا ضرورة والسقط اذا استبان بعض خلقه فهو مثل الولد التام يتعلق به أحكام الولادة من انقضاء العدة وصيرورة المرأة نفساء لحصول العلم بكونه ولدا مخلوقا عن الذكر والانثى بخلاف ما اذا لم يكن استبان من خلقه شئ لانا لا ندري ذا هو المخلوق من مائهما أو دم جامد أو شئ من الاخلاط الردية استحال الى صورة لحم فلا يتعلق به شئ من أحكام الولادة (وأما) أحوال الدم فنقول الدم قد يدر درورا متصلا وقد يدر مرة وينقطع أخرى ويسمى الاول استمرارا متصلا والثاني منفصلا (أما) الاستمرار المتصل فحكمه ظاهر وهو أن ينظر ان كانت المرأة مبتدأة فالعشرة من أول ما رأت حيض والعشرون بعد ذلك طهرها هكذا الى ان يفرج الله عنها وان كانت صاحبة عادة فعادتها في الحيض حيضها وعادتها في الطهر طهرها وتكون مستحاضة في أيام طهرها (واما) الاستمرار المنفصل فهو ان ترى المرأة مرة دما ومرة طهرا هكذا فنقول لا خلاف في أن الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان خمسة عشر يوما فصاعدا يكون فاصلا بين الدمين ثم بعد ذلك ان أمكن أن يجعل أحد الدمين حيضا يجعل ذلك حيضا وان أمكن جعل كل واحد منهما حيضا يجعل حيضا وان كان لا يمكن أن يجعل أحدهما حيضا لا يجعل شئ من ذلك حيضا وكذا لا خلاف بين أصحابنا في أن الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من ثلاثة أيام لا يكون فاصلا بين الدمين وان كان أكثر من الدمين واختلفوا فيما بين ذلك وعن أبي حنيفة فيه أربع روايات روى أبو يوسف عنه أنه قال الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من خمسة عشر يوما يكون طهرا فاسدا ولا يكون فاصلا بين الدمين بل يكون كله كدم متوال ثم يقدر ما ينبغي أن يجعل حيضا يجعل حيضا والباقي يكون استحاضة وروى محمد عن أبي حنيفة أن الدم اذا كان في طرفي العشرة فالطهر المتخلل بينهما لا يكون فاصلا ويجعل كله كدم متوال وان لم يكن الدم في طرفي العشرة كان الطهر فاصلا بين الدمين ثم بعد ذلك ان أمكن ان يجعل أحد الدمين حيضا يجعل ذلك حيضا وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما حيضا يجعل أسرعهما حيضا وهو أولهما وان لم يمكن جعل أحدهما حيضا لا يجعل شئ من ذلك حيضا وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ان الدم اذا كان في طرفي العشرة وكان بحال لو جمعت الدماء المتفرقة تبلغ

حيضا لا يصير الطهر فاصلا بين الدمين ويكون كله حيضا وان كان بحال لو جمع لا يبلغ حيضا يصير فاصلا بين الدمين ثم ينظران أمكن ان يجعل أحد الدمين حيضا يجعل ذلك حيضا وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما حيضه يجعل أسرعهما حيضا وان لم يمكن أن يجعل أحدهما حيضا لا يجعل شئ من ذلك حيضا وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من ثلاثة أيام لا يكون فاصلا بين الدمين وكله بمنزلة المتوالى واذا كان ثلاثة أيام كان فاصلا بينهما ثم ينظران أمكن ان يجعل أحد الدمين حيضا جعل وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما حيضا يجعل أسرعهما وان لم يمكن ان يجعل شئ من ذلك حيضا لا يجعل حيضا واختار محمد لنفسه فى كتاب الحيض مذهبا فقال الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من ثلاثة أيام لا يعتبر فاصلا وان كان أكثر من الدمين ويكون بمنزلة الدم المتوالى واذا كان ثلاثة أيام فصاعدا فهو طهر كثير فيعتبر لكن ينظر بعد ذلك ان كان الطهر مثل الدمين أو أقل من الدمين فى العشرة لا يكون فاصلا وان كان أكثر من الدمين يكون فاصلا ثم ينظران أمكن ان يجعل أحدهما حيضا جعل وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما حيضا يجعل أسرعهما حيضا وان لم يمكن ان يجعل أحدهما حيضا لا يجعل شئ من ذلك حيضا وتقرير هذه الاقوال وتفسيرها يذكر فى كتاب الحيض ان شاء الله تعالى (وأما) حكم الحيض والنفاس فمنع جواز الصلاة والصوم وقراءة القرآن ومس المصحف الا بغلاف ودخول المسجد والطواف بالبيت لما ذكرنا فى الجنب الا ان الجنب يجوز له اداء الصوم مع الجنابة ولا يجوز للحائض والنفساء لان الحيض والنفاس أغلظ من الحدث أو بان النص غير معقول المعنى وهو قوله صلى الله عليه وسلم تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي أو ثبت معلولا بدفع الحرج لان درور الدم يضعفهن مع انهن خلقن ضعيفات فى الجبلة فلو كلفن بالصوم لا يقدرن على القيام به الا بحرج وهذا لا يوجد فى الجنابة ولهذا الجنب يقضى الصلاة والصوم وهن لا يقضين الصلاة لان الحيض يتكرر فى كل شهر ثلاثة أيام الى العشرة فيجتمع عليها صلوات كثيرة فتحرج فى قضائها ولا حرج فى قضاء صيام ثلاثة أيام أو عشرة أيام فى السنة وكذا يحرم القربان فى حالتى الحيض والنفاس ولا يحرم قربان المرأة التى أجنبت لقوله تعالى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ومثل هذا لم يرد فى الجنابة بل وردت الاباحة بقوله تعالى فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم أى الولد فقد أباح المباشرة وطلب الولد وذلك بالجماع مطلقا عن الاحوال (وأما) حكم الاستحاضة فالاستحاضة حكمها حكم الطاهرات غير انها تتوضأ لوقت كل صلاة على ما بينا

﴿ فصل ﴾ واما التيمم فالكلام فى التيمم يقع فى مواضع فى بيان جوازه وفى بيان معناه لغة وشرعا وفى بيان ركنه وفى بيان كيفيته وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يتيمم به وفى بيان وقت التيمم وفى بيان صفة التيمم وفى بيان ما يتيمم منه وفى بيان ما ينقضه (اما) الاول فلا خلاف فى أن التيمم من الحدث جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقيل ان الآية نزلت فى غزوة ذات الرقاع نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم للتعريس فسقط من عائشة رضى الله عنها قلادة لأسماء رضى الله عنها فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين فى طلبها فاقام ينتظرهما فعدم الناس الماء وحضرت صلاة الفجر فاغلظ أبو بكر رضى الله عنه على عائشة رضى الله عنها وقال لها حبست المسلمين فنزلت الآية فقال أسيد بن حضير يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه الا جعل الله للمسلمين فيه فرجا واما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال التيمم وضوء المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء أو يحدث وقال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا أينما أدركتنى الصلاة تيممت وصليت وروى عنه انه قال التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء وعليه اجماع الأمة واختلف الصحابة فى جوازه من الجنابة فقال على وعبد الله بن عباس رضى الله عنهما جائز وقال عمر رضى الله عنه وعبد الله بن مسعود لا يجوز وقال الضحاك رجع ابن مسعود عن هذا وحاصل

اختلافهم راجع الى تأويل قوله تعالى في آية التيمم أو لامستم النساء أو لمستم فعلي وابن عباس أولا ذلك بالجماع وقالا كنى الله تعالى عن الوطء بالمسيس والغشيان والمباشرة والافضاء والرفث وعمر وابن مسعود أولاه بالمس باليد فلم يكن الجنب داخلا في هذه الآية فبقي الغسل واجبا عليه بقوله وان كنتم جنبا فاطهروا وأصحابنا أخذوا بقول علي وابن عباس لموافقة الاحاديث المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للجنب من الجماع ان يتيمم اذا لم يجد الماء وعن أبي هريرة ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله انا قوم نسكن الرمال ولا نجد الماء شهرا أو شهرين وفينا الجنب والنفساء والحائض فكيف نصنع فقال صلى الله عليه وسلم عليكم بالارض وفي رواية عليكم بالصعيد وكذا حديث عمار رضي الله عنه وغيره على ما نذكره ويجوز التيمم من الحيض والنفاس لما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ولانهما بمنزلة الجنابة فكان ورود النص في الجنابة ورودا فيهما دلالة وللمسافر ان يجامع امرأته وان كان لا يجد الماء وقال مالك يكره وجه قوله ان جواز التيمم للجنب اختلف فيه كبار الصحابة رضي الله عنهم فكان الجماع اكتسابا لسبب وقوع الشك في جواز الصلاة فيكره (ولنا) ماروى عن أبي مالك الغفاري رضي الله عنه انه قال قلت للنبي صلى الله عليه وسلم أجامع امرأتي وانا لا أجد الماء فقال جامع امرأتك وان كنت لا تجد الماء الى عشر حجج فان التراب كافيك (واما) بيان معناه فالتيمم في اللغة القصد يقال تيمم ويمم اذا قصد ومنه قول الشاعر

وما أدري اذا يممت أرضا * أريد الخير أيهما يليني

آالخير الذي انا ابتغيه * أم الشر الذي هو يبتغيني

قوله يممت أي قصدت وفي عرف الشرع عبارة عن استعمال الصعيد في عضوين مخصوصين على قصد التطهير بشرائط مخصوصة نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

(فصل) واما ركنه فقد اختلف فيه قال أصحابنا هو ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وهو أحد قولي الشافعي وفي قوله الآخر وهو قول مالك ضربة للوجه وضربة لليدين الى الرسغين وقال الزهري ضربة للوجه وضربة لليدين الى الآباط وقال ابن أبي ليلى ضربتان يمسح بكل واحدة منهما الوجه والذراعين جميعا وقال ابن سيرين ثلاث ضربات ضربة للوجه وضربة للذراعين وضربة أخرى لهما جميعا وقال بعض الناس هو ضربة واحدة يستعملها في وجهه ويديه وحجتهم ظاهر قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه أمر بالتيمم وفسره بمسح الوجه واليدين بالصعيد مطلقا عن شرط الضربة والضربتين فيجري على اطلاقه وبه يحتج الزهري فيقول ان الله تعالى أمر بمسح اليد واليد اسم لهذه الجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط ولولا ذكر المرافق غاية للامر بالغسل في باب الوضوء لوجب غسل هذا المحدود والغاية ذكرت في الوضوء دون التيمم واحتج مالك والشافعي بما روى ان عمار بن ياسر رضي الله عنه اجنب فتمعك في التراب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اما علمت انه يكفيك الوجه والكفان (ولنا) الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه والآية حجة على مالك والشافعي لان الله تعالى أمر بمسح اليد فلا يجوز التقييد بالرسغ الا بدليل وقد قام دليل التقييد بالمرفق وهو ان المرفق جعل غاية للامر بالغسل وهو الوضوء والتيمم بدل عن الوضوء والبدل لا يخالف المبدل فذكر الغاية هناك يكون ذكرا ههنا دلالة وهو الجواب عن قول من يقول ان التيمم ضربة واحدة لان النص لم يتعرض للتكرار لان النص ان كان لم يتعرض للتكرار أصلا نصا فهو متعرض له دلالة لان التيمم خلف عن الوضوء ولا يجوز استعمال ماء واحد في عضوين في الوضوء فلا يجوز استعمال تراب واحد في عضوين في التيمم لان الخلف لا يخالف الاصل وكذا هي حجة على ابن أبي ليلى وابن سيرين لان الله تعالى امر بمسح الوجه واليدين فيقتضي وجود فعل المسح على كل واحد منهما مرة واحدة لان الأمر المطلق لا يقتضي التكرار وفيما قالاه تكرار فلا يجوز الزيادة على الكتاب الا بدليل صالح للزيادة (وأما) السنة فما

روى عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة للذراعين الى المرفقين والحديث حجة على الكل وأما حديث عمار ففيه تعارض لانه روى في رواية أخرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يكفيك ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين والمتعارض لا يصلح حجة

﴿ فصل ﴾ وأما كيفية التيمم فذكر أبو يوسف في الأمالي قال سألت أبا حنيفة عن التيمم فقال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين فقلت له كيف هو فضرب بيديه على الارض فاقبل بهما وادبر ثم نفضهما ثم مسح بهما وجهه ثم أعاد كفيه على الصعيد ثانيا فاقبل بهما وادبر ثم نفضهما ثم مسح بذلك ظاهر الذراعين وباطنهما الى المرفقين وقال بعض مشايخنا ينبغي أن يمسح بباطن أربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بكفه اليسرى دون الاصابع باطن يده اليمنى من المرفق الى الرسغ ثم يمر بباطن ابهامه اليسرى على ظاهر ابهامه اليمنى ثم يفعل باليد اليسرى كذلك وقال بعضهم يمسح بالضربة الثانية بباطن كفه اليسرى مع الاصابع ظاهر يده اليمنى الى المرفق ثم يمسح به أيضا باطن يده اليمنى الى أصل الابهام ثم يفعل بيده اليسرى كذلك ولا يتكلف والاول أقرب الى الاحتياط لما فيه من الاحتراز عن استعمال التراب المستعمل بالقدر الممكن لان التراب الذي على اليد يصير مستعملا بالمسح حتى لا يتأدى فرض الوجه واليدين بمسحة واحدة بضربة واحدة ثم ذكر في ظاهر الرواية انه ينفضهما نفضة وروى عن أبي يوسف انه ينفضهما نفضتين وقيل ان هذا لا يوجب اختلافا لان المقصود من النفض تناثر التراب صيانة عن التلوث الذي يشبه المثلة اذ التعبد ورد بمسح كف مسه التراب على العضوين لا تلويثهما به فلذلك ينفضهما وهذا الغرض قد يحصل بالنفض مرة وقد لا يحصل الا بالنفض مرتين على قدر ما يلتصق باليدين من التراب فان حصل المقصود بنفضة واحدة اكتفى بها وان لم يحصل نفض نفضتين (واما) استيعاب العضوين بالتيمم فهل هو من تمام الركن لم يذكره في الاصل نصا لكنه ذكر ما يدل عليه فانه قال اذا ترك ظاهر كفيه لم يجزه ونص الكرخي انه اذا ترك شيأ من مواضع التيمم قليلا أو كثيرا لا يجوز وذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة أنه اذا يمم الاكثر جاز وجه رواية الحسن ان هذا مسح فلا يجب فيه الاستيعاب كمسح الرأس وجه ما ذكر في الاصل ان الامر بالمسح في باب التيمم تعلق باسم الوجه واليد وانه يعم الكل ولان التيمم بدل عن الوضوء والاستيعاب في الأصل من تمام الركن فكذا في البدل وعلى ظاهر الرواية يلزم تخليل الأصابع ونزع الخاتم ولو ترك لم يجز وعلى رواية الحسن لا يلزم ويجوز ويمسح المرفقين مع الذراعين عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر حتى انه لو كان مقطوع اليدين من المرفق يمسح موضع القطع عندنا خلافا له والكلام فيه كالكلام في الوضوء وقد مر والله أعلم .

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع منها أن لا يكون واجدا للماء قدر ما يكفي الوضوء أو الغسل في الصلاة التي تفوت الى خلف وما هو من اجزاء الصلاة لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا شرط عدم وجدان الماء لجواز التيمم وقول النبي صلى الله عليه وسلم التيمم وضوء المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء أو يحدث جعله وضوء المسلم الى غاية وجود الماء أو الحدث والممدود الى غاية ينتهي عند وجود الغاية ولا وجود للشئ مع وجود ما ينتهي وجوده عند وجوده وقال صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء أو يحدث ولانه بدل ووجود الاصل يمنع المصير الى البدل ثم عدم الماء نوعان عدم من حيث الصورة والمعنى وعدم من حيث المعنى لا من حيث الصورة (اما) العدم من حيث الصورة والمعنى فهو أن يكون الماء بعيدا عنه ولم يذكر حد البعد في ظاهر الرواية وروى عن محمد انه قدره بالميل وهو أن يكون ميلا فصاعدا فان كان أقل من ميل لم يجز التيمم والميل ثلث فرسخ وقال الحسن بن زياد من تلقاء نفسه ان كان الماء أمامه يعتبر ميلين وان كان يمنة أو يسرة يعتبر ميلا واحدا وبعضهم فصل بين المقيم والمسافر فقالوا ان كان مقيما يعتبر قدر ميل كيفما كان وان كان مسافرا والماء على يمينه أو يساره فكذلك وان كان أمامه يعتبر ميلين وروى عن

أبي يوسف انه ان كان الماء بحيث لو ذهب اليه لا تنقطع عنه جلبة العير ويحس أصواتهم أو أصوات الدواب فهو قريب وان كان يغيب عنه ذلك فهو بعيد وقال بعضهم ان كان بحيث يسمع أصوات أهل الماء فهو قريب وان كان لا يسمع فهو بعيد وكذا ذكر الكرخي وقال بعضهم قدر فرسخ وقال بعضهم مقدار ما لا يسمع الأذان وقال بعضهم اذا خرج من المصر مقدار ما لا يسمع لو نودي من أقصى المصر فهو بعيد وأقرب الأقاويل اعتبار الميل لأن الجواز لدفع الحرج واليه وقعت الاشارة في آية التيمم وهو قوله تعالى على اثر الآية ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج ولكن يريد ليطهركم ولا حرج فيما دون الميل فاما الميل فصاعدا فلا يخلو عن حرج وسواء خرج من المصر للسفر أو لأمر آخر وقال بعض الناس لا يتيمم الا أن يكون قصد سفرا وانه ليس بسديد لان ماله ثبت الجواز وهو دفع الحرج لا يفصل بين المسافر وغيره هذا اذا كان علم ببعد الماء بيقين أو بغلبة الرأي أو أكبر الظن أو أخبره بذلك رجل عدل وأما اذا علم أن الماء قريب منه اما قطعا أو ظاهرا أو أخبره عدل بذلك لا يجوز له التيمم لان شرط جواز التيمم لم يوجد وهو عدم الماء ولكن يجب عليه الطلب هكذا روي عن محمد أنه قال اذا كان الماء على ميل فصاعدا لم يلزمه طلبه وان كان أقل من ميل أتيت الماء وان طلعت الشمس هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة ولا يبلغ بالطلب ميلا وروي عن محمد أنه يبلغ به ميلا فان طلب أقل من ذلك لم يجز التيمم وان خاف فوت الوقت وهو رواية عن ابي حنيفة والاصح أنه يطلب قدر ما لا يضر بنفسه ورفقته بالانتظار وكذلك اذا كان بقرب من العمران يجب عليه الطلب حتى لو تيمم وصلى ثم ظهر الماء لم تجز صلاته لأن العمران لا يخلو عن الماء ظاهرا أو غالبا والظاهر ملحق بالمتيقن في الأحكام ولو كان بحضرته رجل يسأله عن قرب الماء فلم يسأله حتى تيمم وصلى ثم سأله فان لم يخبره بقرب الماء فصلاته ماضية وان أخبره بقرب الماء توضأ وأعاد الصلاة لانه تبين أن الماء بقرب منه ولو سأله لأخبره فلم يوجد الشرط وهو عدم الماء وان سأله في الابتداء فلم يخبره حتى تيمم وصلى ثم أخبره بقرب الماء لا يجب عليه اعادة الصلاة لان المتعنت لا قول له فان لم يكن بحضرته أحد يخبره بقرب الماء ولا غلب على ظنه أيضا قرب الماء لا يجب عليه الطلب عندنا وقال الشافعي يجب عليه أن يطلب عن يمين الطريق ويساره قدر غلوة حتى لو تيمم وصلى قبل الطلب ثم ظهر أن الماء قريب منه فصلاته ماضية عندنا وعنده لم تجز واحتج بقوله تعالى فلم تجدوا ماء وهذا يقتضي سابقية الطلب فكان الطلب شرطا وصار كما لو كان في العمران (ولنا) أن الشرط عدم الماء وقد تحقق من حيث الظاهر اذ المفازة مكان عدم الماء غالبا بخلاف العمران وقوله الوجود يقتضي سابقية الطلب من الواجد ممنوع الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليعرفها ولا طلب من الملتقط ولان الطلب لا يفيد اذا لم يكن على طمع من وجود الماء والكلام فيه وربما ينقطع عن أصحابه فيلحقه الضرر فلا يجب عليه الطلب ولكن يستحب له ذلك اذا كان على طمع من وجود الماء فان أبا يوسف قال في الامالي سألت أبا حنيفة عن المسافر لا يجد الماء أيطلب عن يمين الطريق ويساره قال ان طمع في ذلك فليفعل ولا يبعد فيضر بأصحابه ان انتظروه أو بنفسه ان انقطع عنهم ثم ما ذكرنا من اعتبار البعد والقرب مذهب أصحابنا الثلاثة فاما على مذهب زفر فلا عبرة للبعد والقرب في هذا الباب بل العبرة للوقت بقاء وخروجا فان كان يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم وان كان الماء بعيدا وان كان لا يصل اليه قبل خروج الوقت يجزئه التيمم وان كان الماء قريبا والمسألة نذكرها بعد ان شاء الله تعالى (وأما) العدم من حيث المعنى لا من حيث الصورة فهو أن يعجز عن استعمال الماء لمانع مع قرب الماء منه نحو ما اذا كان على رأس البئر ولم يجد آلة الاستقاء فيباح له التيمم لانه اذا عجز عن استعمال الماء لم يكن واجدا له من حيث المعنى فيدخل تحت النص وكذا اذا كان بينه وبين الماء عدو أو لصوص أو سبع أو حية يخاف على نفسه الهلاك اذا أتاه لأن القاء النفس في التهلكة حرام فيتحقق العجز عن استعمال الماء وكذا اذا كان معه ماء وهو يخاف على نفسه العطش لأنه مستحق الصرف الى العطش والمستحق كالمصروف فكان عادما للماء معنى ومثل لصر

ابن يحيى عن ماء موضوع فى الفلاة فى الحب أو نحوه وذلك أيكون للمسافر أن يتيمم أو يتوضأ به قال يتيمم ولا يتوضأ به لأنه لم يوضع للوضوء وانما وضع للشرب الا أن يكون كثيرا فيستدل بكثرته على أنه وضع للشرب والوضوء جميعا فيتوضأ به ولا يتيمم/وكذا اذا كان به جراحة أو جدرى أو مرض يضره استعمال الماء فيخاف زيادة المرض باستعمال الماء يتيمم عندنا وقال الشافعى لا يجوز التيمم حتى يخاف التلف وجه قوله ان العجز عن استعمال الماء شرط جواز التيمم ولا يتحقق العجز الا عند خوف الهلاك (ولنا) قوله تعالى «وان كنتم مرضى أو على سفر» الى قوله «فتيمموا صعيدا طيبا» أباح التيمم للمريض مطلقا من غير فصل بين مرض ومرض الا ان المرض الذى لا يضر معه استعمال الماء ليس بمراد فبقى المرض الذى يضر معه استعمال الماء مرادا بالنص وروى ان واحدا من الصحابة رضى الله عنهم أجنب وبه جدرى فاستفتى أصحابه فافتوه بالاغتسال فاغتسل فمات فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتلوه قتلهم الله هلا سألوا اذلم يعلموا فانما شفاء العى السؤال كان يكفيه التيمم/وهذا نص ولان زيادة المرض سبب الموت وخوف الموت مبيح فكذا خوف سبب الموت لانه خوف الموت بواسطة والدليل عليه انه أثر فى اباحة الافطار وترك القيام بلا خلاف فههنا أولى لان القيام ركن فى باب الصلاة والوضوء شرط فخوف زيادة المرض لما أثر فى اسقاط الركن فلأن يؤثر فى اسقاط الشرط أولى ولو كان مريضا لا يضره استعمال الماء لكنه عاجز عن الاستعمال بنفسه وليس له خادم ولا مال يستأجر به أجيرا فيعينه على الوضوء اجزأه التيمم سواء كان فى المفازة أو فى المصر وهو ظاهر المذهب لأن العجز متحقق والقدرة موهومة فوجد شرط الجواز وروى عن محمد انه ان كان فى المصر لا يجزيه الا أن يكون مقطوع اليدين لان الظاهر انه يجد احدا من قريب أو بعيد يعينه وكذا العجز لعارض على شرف الزوال بخلاف مقطوع اليدين/ولو أجنب فى ليلة باردة يخاف على نفسه الهلاك لو اغتسل ولم يقدر على تسخين الماء ولا على اجرة الحمام فى المصر اجزأه التيمم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان كان فى المصر لا يجزئه وجه قولهما ان الظاهر فى المصر وجود الماء المسخن والدفء فكان العجز نادرا فكان ملحقا بالعدم ولابى حنيفة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه بعث سرية وأمر عليهم عمرو بن العاص رضى الله عنه وكان ذلك فى غزوة ذات السلاسل فلما رجعوا شكوا منه اشياء من جملتها انهم قالوا صلى بنا وهو جنب فذكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك له فقال يارسول الله أجنبت فى ليلة باردة فخفت على نفسى الهلاك لو اغتسلت فذكرت ماقال الله تعالى «ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما» فتيممت وصليت بهم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترون صاحبكم كيف نظر لنفسه ولكم ولم يأمره بالاعادة ولم يستفسر انه كان فى مفازة أو مصر ولأنه علل فعله بعلة/عامة وهى خوف الهلاك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استصوب ذلك منه والحكم يتعمم بعموم العلة وقولهما ان العجز فى المصر نادر فالجواب عنه انه فى حق الفقراء الغرباء ليس بنادر على ان الكلام فيما اذا تحقق العجز من كل وجه حتى لو قدر على الاغتسال بوجه من الوجوه لا يباح له التيمم ولو كان مع رفيقه ماء فان لم يعلم به لا يجب عليه الطلب عندنا وعند الشافعى يجب على ماذكرنا وان علم به ولكن لا ثمن له فكذلك عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف عليه السؤال وجه قوله ان الماء مبذول فى العادة لقلة خطره فلم يعجز عن الاستعمال ولابى حنيفة ان العجز متحقق والقدرة موهومة لان الماء من أعز الاشياء فى السفر فالظاهر عدم البذل فان سأله فلم يعطه أصلا اجزأه التيمم لان العجز قد تقرر وكذا ان كان يعطيه بالثمن ولا ثمن له لما قلنا وان كان له ثمن ولكن لا يبيعه الا بغبن فاحش يتيمم ولا يلزمه الشراء عند عامة العلماء وقال الحسن البصرى يلزمه الشراء ولو بجميع ماله لان هذه تجارة رابحة (ولنا) انه عجز عن استعمال الماء الا باتلاف شئ من ماله لان مازاد على ثمن المثل لا يقابله عوض وحرمة مال المسلم كحرمة دمه قال النبى صلى الله عليه وسلم حرمة مال المسلم كحرمة دمه ولهذا ابيح له القتال دون ماله كما أبيح له دون نفسه ثم خوف فوات بعض النفس مبيح للتيمم فكذا فوات بعض المال

بخلاف

بخلاف الغبن اليسير فان تلك الزيادة غير معتبرة لما نذكر ثم قدر الغبن الفاحش في هذا الباب مقدر بتضعيف الثمن وذكر في النوادر فقال ان كان الماء يشترى في ذلك الموضع بدرهم وهو لا يبيعه الا بدرهم ونصف يلزمه الشراء وان كان لا يبيع الا بدرهمين لا يلزمه وان كان يبيعه بثمن المثل في ذلك الموضع يلزمه الشراء لانه قدر على استعمال الماء بالقدرة على بدله من غير اتلاف فلا يجوز له التيمم كمن قدر على ثمن الرقبة لا يجوز له التكفير بالصوم وان كان لا يبيع الا بغبن يسير فكذلك عند أصحابنا وقال الشافعي لا يلزمه الشراء اعتبارا بالغبن الفاحش وهذا الاعتبار غير سديد لان ما لا يتغابن الناس فيه فهو زيادة متيقن بها لانها لا تدخل تحت اختلاف المقومين فكانت معتبرة وما يتغابن الناس فيه يدخل تحت اختلافهم فعند بعضهم هو زيادة وعند بعضهم ليس بزيادة فلم تكن زيادة متحققة فلا تعتبر وذكر الكرخي في جامعه ان المصلي اذا رأى مع رفيقه ماء كثيرا ولا يدري أيعطيه أم لا انه يمضي على صلاته لان الشروع قد صح فلا ينقطع بالشك فاذا فرغ من صلاته سأله فان أعطاه توضأ واستقبل الصلاة لان البذل بعد الفراغ دليل البذل قبله وان أبى فصلاته ماضية لان العجز قد تقرر فان أعطاه بعد ذلك لم ينتقض ما مضى لان عدم الماء استحكم بالاباء ويلزمه الوضوء لصلاة أخرى لان حكم الاباء ارتفض بالبذل وقال محمد في رجلين مع أحدهما اناء يغترف به من البئر ووعد صاحبه ان يعطيه الاناء قال ينتظر وان خرج الوقت لان الظاهر هو الوفاء بالعهد فكان قادرا على استعمال الماء بالوعد وكان قادرا على استعمال الماء ظاهرا فيمنع المصير الى التيمم وكذا اذا وعد الكاسي العاري أن يعطيه الثوب اذا فرغ من صلاته لم تجزه الصلاة عريانا لما قلنا وعلى هذا الأصل يخرج مسافر تيمم وفي رحله ماء لم يعلم به حتى صلى ثم علم به اجزأه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يلزمه الاعادة وقال أبو يوسف لم يجزه ويلزمه الاعادة وهو قول الشافعي واجمعوا على انه لو صلى في ثوب نجس ناسيا أو توضأ بماء نجس ناسيا ثم تذكر لا يجزئه وتلزمه الاعادة لابي يوسف وجهان أحدهما انه نسي ما لا ينسى عادة لان الماء من أعز الاشياء في السفر لكونه سببا لصيانة نفسه عن الهلاك فكان القلب متعلقا به فالتحق النسيان فيه بالعدم والثاني ان الرحل موضع الماء عادة غالبا لحاجة المسافر اليه فكان الطلب واجبا فاذا تيمم قبل الطلب لا يجزئه كما في العمران ولهما ان العجز عن استعمال الماء قد تحقق بسبب الجهالة والنسيان فيجوز التيمم كما لو حصل العجز بسبب البعد أو المرض أو عدم الدلو والرشا وقوله نسي ما لا ينسى عادة ليس كذلك لان النسيان جبلة في البشر خصوصا اذا مر به أمر يشغله عما وراءه والسفر محل المشقات ومكان المخاوف فنسيان الاشياء فيه غير نادر وأما قوله الرحل معدن الماء ومكانه فليس كذلك فان الغالب في الماء الموضوع في الرحل هو النفاد لقلته فلا يكون بقاؤه غالبا فيتحقق العجز ظاهرا بخلاف العمران لانه لا يخلو عن الماء غالبا ولو صلى عريانا أو مع ثوب نجس وفي رحله ثوب طاهر لم يعلم به ثم علم قال بعض مشايخنا يلزمه الاعادة بالاجماع وذكر الكرخي انه على الاختلاف وهو الاصح ولو كان عليه كفارة اليمين وله رقبة قد نسيها وصام قيل انه على الاختلاف والصحيح انه لا يجوز بالاجماع لان المعتبر ثمة ملك الرقبة ألا ترى انه لو عرض عليه رقبة كان له ان لا يقبل ويكفر بالصوم وبالنسيان لا ينعدم الملك وههنا المعتبر هو القدرة على الاستعمال وبالنسيان زالت القدرة ألا ترى لو عرض عليه الماء لا يجزئه التيمم ولان النسيان في هذا الباب في غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم ولو وضع غيره في رحله ماء وهو لا يعلم به فتيمم وصلى ثم علم لا رواية لهذا أيضا وقال بعض مشايخنا ان لفظ الرواية في الجامع الصغير يدل على انه يجوز بالاجماع فانه قال في الرجل يكون في رحله ماء فينسى والنسيان يستدعي تقدم العلم ثم مع ذلك جعل عذرا عندهما فبقي موضع لا علم فيه أصلا ينبغي ان يجعل عذرا عند الكل ولفظ الرواية في كتاب الصلاة يدل على انه على الاختلاف فانه قال مسافر تيمم ومعه ماء في رحله وهو لا يعلم به وهذا يتناول حالة النسيان وغيرها ولو ظن ان ماءه قد فني فتيمم وصلى ثم تبين له انه قد بقي لا يجزئه بالاجماع لان العلم لا يبطل بالظن فكان الطلب واجبا بخلاف النسيان لانه من أضداد العلم ولو كان على رأسه أو ظهره ماء أو كان معلقا في عنقه فنسيه فتيمم ثم تذكر لا يجزئه بالاجماع لان

النسيان فى مثل هذه الحالة نادر ولو كان الماء معلقا على الاكاف فلا يخلو اما ان كان راكبا أو سائقا فان كان راكبا فان كان الماء فى مؤخر الرحل فهو على الاختلاف وان كان فى مقدم الرحل لا يجوز بالاجماع لان نسيانه نادر وان كان سائقا فالجواب على العكس وهو انه ان كان فى مؤخر الرحل لا يجوز بالاجماع لانه يراه ويبصره فكان النسيان نادرا وان كان فى مقدم الرحل فهو على الاختلاف المحبوس فى المصر فى مكان طاهر يتيمم ويصلى ثم يعيد اذا خرج وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يصلى وهو قول زفر وروى عن أبى يوسف انه لا يعيد الصلاة وجه رواية أبى يوسف انه عجز عن استعمال الماء حقيقة بسبب الحبس فاشبه العجز بسبب المرض ونحوه فصار الماء عدما معنى فى حقه فصار مخاطبا بالصلاة بالتيمم فالقدرة بعد ذلك لا تبطل الصلاة المؤداة كما فى سائر المواضع وكما فى المحبوس فى السفر وجه رواية الحسن انه ليس بعادم للماء حقيقة وحكما اما الحقيقة فظاهرة واما الحكم فلان الحبس ان كان بحق فهو قادر على ازالته بايصال الحق الى المستحق وان كان بغير حق فالظلم لا يدوم فى دار الاسلام بل يرفع فلا يتحقق العجز فلا يكون التراب طهورا فى حقه وجه ظاهر الرواية ان العجز للحال قد تحقق الا انه يحتمل الارتفاع فانه قادر على رفعه اذا كان بحق وان كان بغير حق فكذلك لأن الظلم يدفع وله ولاية الدفع بالرفع الى من له الولاية فامر بالصلاة احتياطا لتوجه الأمر بالصلاة بالتيمم لأن احتمال الجواز ثابت لاحتمال ان هذا القدر من العجز يكفى لتوجيه الامر بالصلاة بالتيمم وأمر بالقضاء فى الثانى لان احتمال عدم الجواز ثابت لاحتمال ان المعتبر حقيقة القدرة دون العجز الحالى فيؤمر بالقضاء عملا بالشبهين وأخذا بالثقة والاحتياط وصار كالمقيد انه يصلى قاعدا ثم يعيد اذا أطلق كذا هذا بخلاف المحبوس فى السفر لان ثمة تحقق العجز من كل وجه لانه انضاف الى المنع الحقيقى السفر والغالب فى السفر عدم الماء (واما) المحبوس فى مكان نجس لا يجد ماء ولا ترابا نظيفا فانه لا يصلى عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يصلى بالايماء ثم يعيد اذا خرج وهو قول الشافعى وقول محمد مضطرب وذكر فى عامة الروايات مع أبى حنيفة وفى نوادر أبى سليمان مع أبى يوسف وجه قول أبى يوسف انه ان عجز عن حقيقة الاداء فلم يعجز عن التشبه فيؤمر بالتشبه كما فى باب الصوم وقال بعض مشايخنا انما يصلى بالايماء على مذهبه اذا كان المكان رطبا اما اذا كان يابسا فانه يصلى بركوع وسجود والصحيح عنده انه يومى كيفما كان لانه لو سجد لصار مستعملا للنجاسة ولابى حنيفة أن الطهارة شرط أهلية أداء الصلاة فان الله تعالى جعل أهل مناجاته الطاهر لا المحدث والتشبه انما يصح من الاهل الا ترى ان الحائض لا يلزمها التشبه فى باب الصوم والصلاة لانعدام الأهلية بخلاف المسئلة المتقدمة لأن هنالك حصلت الطهارة من وجه فكان أهلا من وجه فيؤدى الصلاة ثم يقضيها احتياطا مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره جاز له التيمم لدخول المسجد لأن الجنابة مانعة من دخول المسجد عندنا على كل حال سواء كان الدخول على قصد المكث أو الاجتياز على ما ذكرنا فيما تقدم فكان عاجزا عن استعمال هذا الماء فكان هذا الماء ملحقا بالعدم فى حق جواز التيمم فلا يمنع جواز التيمم ثم وجود الماء انما يمنع من جواز التيمم اذا كان القدر الموجود يكفى للوضوء ان كان محدثا وللاغتسال ان كان جنبا فان كان لا يكفى لذلك فوجوده لا يمنع جواز التيمم عندنا وقال الشافعى يمنع قليله وكثيره حتى ان المحدث اذا وجد من الماء قدر ما يغسل بعض اعضاء وضوئه جاز له ان يتيمم عندنا مع قيام ذلك الماء وعنده لا يجوز مع قيامه وكذلك الجنب اذا وجد من الماء قدر ما يتوضأ به لا غير اجزأه التيمم عندنا وعنده لا يجزئه الا بعد تقديم الوضوء حتى يصير عادما للماء واحتج بقوله تعالى فى آية التيمم فلم تجدوا ماء ذكر الماء نكرة فى محل النفى فيقتضى الجواز عند عدم كل جزء من اجزاء الماء ولأن النجاسة الحكمية وهى الحدث تعتبر بالنجاسة الحقيقية ثم لو كان معه من الماء ما يزيل به بعض النجاسة الحقيقية يؤمر بالازالة كذا هنا (ولنا) ان المأمور به الغسل المبيح للصلاة والغسل الذى لا يبيح الصلاة وجوده والعدم بمنزلة واحدة كما لو كان الماء نجسا ولان الغسل اذا لم يفد الجواز كان الاشتغال به سفها مع ان فيه تضييع

المياه

الماء وانه حرام فصار كمن وجد ما يطعم به خمسة مساكين فتكفر بالصوم انه يجوز ولا يؤمر باطعام الخمسة لعدم الفائدة فكذا هذا بل أولى لان هناك لا يؤدي الى تضييع المال لحصول الثواب بالتصدق ومع ذلك لم يؤمر به لما قلنا فههنا أولى وبه تبين ان المراد من الماء المطلق في الآية هو المقيد وهو الماء المفيد لاباحة الصلاة عند الغسل به كما يقيد بالماء الطاهر ولان مطلق الماء ينصرف الى المتعارف والمتعارف من الماء في باب الوضوء والغسل هو الماء الذي يكفي للوضوء والغسل فينصرف المطلق اليه واعتباره بالنجاسة الحقيقية غير سديد لانهما مختلفان في الاحكام فان قليل الحدث ككثيره في المنع من الجواز بخلاف النجاسة الحقيقية فيبطل الاعتبار ولو تيمم الجنب ثم أحدث بعد ذلك ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به فانه يتوضأ به ولا يتيمم لان التيمم الأول أخرجه من الجنابة الى ان يجد من الماء ما يكفيه للاغتسال فهذا محدث وليس بجنب ومعه من الماء قدر ما يكفيه للوضوء فيتوضأ به فان توضأ ولبس خفيه ثم مر على الماء فلم يغتسل ثم حضرته الصلاة ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به فانه لا يتوضأ به ولكنه يتيمم لأنه بمروره على الماء عاد جنبا كما كان فعادت المسئلة الاولى ولا ينزع الخفين لأن القدم ليست بمحل للتيمم فان تيمم ثم أحدث وقد حضرته صلاة أخرى وعنده من الماء قدر ما يتوضأ به توضأ به ولا يتيمم لما مر ونزع خفيه وغسل رجليه لأنه بمروره بالماء عاد جنبا فسرى الحدث السابق الى القدمين فلا يجوز له أن يمسح بعد ذلك ولو كان ببعض اعضاء الجنب جراحة أو جدري فان كان الغالب هو الصحيح غسل الصحيح وربط على السقيم الجبائر ومسح عليها وان كان الغالب هو السقيم تيمم لان العبرة للغالب ولا يغسل الصحيح عندنا خلافا للشافعي لما مر ولان الجمع بين الغسل والتيمم ممتنع الا في حال وقوع الشك في طهورية الماء ولم يوجد وعلى هذا لو كان محدثا وببعض اعضاء وضوئه جراحة أو جدري لما قلنا وان استوى الصحيح والسقيم لم يذكر في ظاهر الرواية وذكر في النوادر انه يغسل الصحيح ويربط الجبائر على السقيم ويمسح عليها وليس في هذا جمع بين الغسل والمسح لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها وهذا الشرط الذي ذكرنا لجواز التيمم وهو عدم الماء فيما وراء صلاة الجنازة وصلاة العيدين فاما في هاتين الصلاتين فليس بشرط بل الشرط فيهما خوف الفوت لو اشتغل بالوضوء حتى لو حضرته الجنازة وخاف فوت الصلاة لو اشتغل بالوضوء تيمم وصلى وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي لا يتيمم استدلالا بصلاة الجمعة وسائر الصلوات وسجدة التلاوة (ولنا) ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا فجأتك جنازة تخشى فوتها وأنت على غير وضوء فتيمم لها وعن ابن عباس رضي الله عنهما مثله ولأن شرع التيمم في الأصل لخوف فوات الاداء وقد وجد ههنا بل أولى لان هناك تفوت فضيلة الأداء فقط فاما الاستدراك بالقضاء فممكن وههنا تفوت صلاة الجنازة أصلا فكان أولى بالجواز حتى لو كان ولي الميت لا يباح له التيمم كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأن له ولاية الاعادة فلا يخاف الفوت وحاصل الكلام فيه راجع الى ان صلاة الجنازة لا تقضى عندنا وعنده تقضى على ما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى بخلاف الجمعة لان فرض الوقت قائم وهو الظهر وبخلاف سائر الصلوات لأنها تفوت الى خلف وهو القضاء والفائت الى خلف قائم معنى وسجدة التلاوة لا يخاف فوتها رأسا الا انه ليس لادائها وقت معين لانها وجبت مطلقة عن الوقت وكذا اذا خاف فوت صلاة العيدين يتيمم عندنا لانه لا يمكن استدراكها بالقضاء لاختصاصها بشرائط يتعذر تحصيلها فرد هذا اذا خاف فوت الكل فان كان يرجو ان يدرك البعض لا يتيمم لانه لا يخاف الفوت لانه اذا أدرك البعض يمكنه اداء الباقي وحده ولو شرع في صلاة العيد متيمما ثم سبقه الحدث جاز له ان يبني عليها بالتيمم باجماع من أصحابنا الا انه لو ذهب وتوضأ لبطلت صلاته من الاصل لبطلان التيمم فلا يمكنه البناء واما اذا شرع فيها متوضئا ثم سبقه الحدث فان كان يخاف انه لو اشتغل بالوضوء زالت الشمس تيمم وبنى وان كان لا يخاف زوال الشمس فان كان يرجو انه لو توضأ يدرك شيأ من الصلاة مع الامام توضأ ولا يتيمم لانها لا تفوت لأنه اذا أدرك البعض يتم الباقي وحده وان كان لا يرجو ادراك الامام يباح له التيمم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا

يباح وجه قولهما انه لو ذهب وتوضأ لا تفوته الصلاة لانه يمكنه اتمام البقية وحده لانه لاحق ولا عبرة
بالتيمم عند عدم خوف الفوت أصلا (ولابي) حنيفة انه ان كان لا يخاف الفوت من هذا الوجه يخاف الفوت
بسبب الفساد لازدحام الناس فقلما يسلم عن عارض يفسد عليه صلاته فكان في الانصراف للوضوء تعريض
صلاته للفساد وهذا لا يجوز فيتيمم والله أعلم (ومنها) النية والكلام في النية في موضعين أحدهما في بيان
انها شرط جواز التيمم والثاني في بيان كيفيتها اما الاول فالنية شرط جواز التيمم في قول أصحابنا الثلاثة وقال
زفر ليست بشرط وجه قوله ان التيمم خلف والخلف لا يخالف الاصل في الشروط ثم الوضوء يصح بدون النية
كذا التيمم (ولنا) ان التيمم ليس بطهارة حقيقية وانما جعل طهارة عند الحاجة والحاجة انما تعرف بالنية بخلاف
الوضوء لانه طهارة حقيقية فلا يشترط له الحاجة ليصير طهارة فلا يشترط له النية ولان مأخذ الاسم دليل كونها شرطا
لما ذكرنا أنه ينبئ عن القصد والنية هي القصد فلا يتحقق بدونها اما الوضوء فانه مأخوذ من الوضاءة وانها تحصل
بدون النية وأما كيفية النية في التيمم فقد ذكر القدوري أن الصحيح من المذهب أنه اذا نوى الطهارة أو نوى
استباحة الصلاة اجزأه وذكر الجصاص أنه لا يجب في التيمم نية التطهير وانما يجب نية التمييز وهو أن ينوي
الحدث أو الجنابة لأن التيمم لهما يقع على صفة واحدة فلا بد من التمييز بالنية كما في صلاة الفرض أنه لا بد فيها
من نية الفرض لان الفرض والنفل يتأديان على هيئة واحدة والصحيح أن ذلك ليس بشرط فان ابن سماعة
روى عن محمد أن الجنب اذا تيمم يريد به الوضوء أجزأه عن الجنابة وهذا لما بينا أن افتقار التيمم الى النية ليصير
طهارة اذ هو ليس بتطهير حقيقة وانما جعل تطهيرا شرعا للحاجة والحاجة تعرف بالنية ونية الطهارة تكفي دلالة
على الحاجة وكذا نية الصلاة لانه لا جواز للصلاة بدون الطهارة فكانت دليلا على الحاجة فلا حاجة الى نية
التمييز أنه للحدث أو للجنابة ولو تيمم ونوى مطلق الطهارة أو نوى استباحة الصلاة فله أن يفعل كل ما لا يجوز
بدون الطهارة كصلاة الجنازة وسجدة التلاوة ومس المصحف ونحوها لانه لما أبيح له اداء الصلاة فلأن يباح
له ما دونها أو ما هو جزء من أجزائها أولى وكذا لو تيمم لصلاة الجنازة أو لسجدة التلاوة أو لقراءة القرآن بأن كان
جنبا جاز له أن يصلي به سائر الصلوات لان كل واحد من ذلك عبادة مقصودة بنفسها وهو من جنس اجزاء الصلاة
فكان نيتها عند التيمم كنية الصلاة فاما اذا تيمم لدخول المسجد أو لمس المصحف لا يجوز له أن يصلي به لان
دخول المسجد ومس المصحف ليس بعبادة مقصودة بنفسه ولا هو من جنس أجزاء الصلاة فيقع طهورا لما
أوقعه له لا غير (ومنها) الاسلام فانه شرط وقوعه صحيحا عند عامة العلماء حتى لا يصح تيمم الكافر وان
أراد به الاسلام وروي عن أبي يوسف اذا تيمم ينوي الاسلام جاز حتى لو أسلم لا يجوز له أن يصلي بذلك التيمم
عند العامة وعلى رواية أبي يوسف يجوز وجه روايته أن الكافر من أهل نية الاسلام والاسلام رأس
العبادة فيصح تيممه له بخلاف ما اذا تيمم للصلاة لانه ليس من أهل الصلاة فكان تيممه للصلاة سفها فلا يعتبر
(ولنا) أن التيمم ليس بطهور حقيقة وانما جعل طهورا للحاجة الى فعل لا صحة له بدون الطهارة والاسلام
يصح بدون الطهارة فلا حاجة الى أن يجعل طهورا في حقه بخلاف الوضوء لانه يصح من الكافر عندنا لانه طهور
حقيقة فلا تشترط له الحاجة ليصير طهورا ولهذا لو تيمم مسلم بنية الصوم لم يصح وان كان الصوم عبادة فكذا ههنا
بل أولى لان هنالك باشتغاله بالتيمم لم يرتكب نهيا وههنا ارتكب أعظم نهي لانه بقدر ما اشتغل صار باقيا على
الكفر مؤخرا للاسلام وتأخير الاسلام من أعظم العصيان ثم لما لم يصح ذلك فلأن لا يصح هذا أولى مسلم تيمم ثم
ارتد عن الاسلام والعياذ بالله لم يبطل تيممه حتى لو رجع الى الاسلام له أن يصلي بذلك التيمم وعند زفر بطل تيممه
حتى لا يجوز له أن يصلي بذلك التيمم بعد الاسلام فالاسلام عندنا شرط وقوع التيمم صحيحا لا شرط بقائه
على الصحة وعند زفر هو شرط بقائه على الصحة أيضا فزفر يجمع بين حالة الابتداء والبقاء بعلة جامعة بينهما
وهي ما ذكرنا أنه جعل طهورا مع أنه ليس بطهور حقيقة لمكان الحاجة الى ما لا صحة له بدون الطهارة من الصلاة

وغيرها وذا لا يتصور من الكافر فلا يبقى طهارة في حقه ولهذا لم تنعقد طهارة مع الكفر فلا تبقى طهارة معه (ولنا) أن التيمم وقع طهارة صحيحة فلا يبطل بالردة لان أثر الردة في ابطال العبادات والتيمم ليس بعبادة عندنا لكنه طهور والردة لا تبطل صفة الطهورية كالا تبطل صفة الوضوء واحتمال الحاجة باق لانه مجبور على الاسلام والثابت بيقين يبقى لوهم الفائدة في أصول الشرع الا أنه لم ينعقد طهارة مع الكفر لان جعله طهارة للحاجة والحاجة زائلة للحال بيقين وغير الثابت بيقين لا يثبت لوهم الفائدة مع ما أن رجاء الاسلام منه على موجب ديانته واعتقاده منقطع والجبر على الاسلام منعدم وهو الفرق بين الابتداء والبقاء (ومنها) ان يكون التراب طاهرا فلا يجوز التيمم بالتراب النجس لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا ولا طيب مع النجاسة ولو تيمم بأرض قد أصابتها نجاسة فجفت وذهب أثرها لم يجز في ظاهر الرواية وروى ابن الكاس النخعي عن أصحابنا انه يجوز وجه هذه الرواية ان النجاسة قد استحالت أرضا بذهاب أثرها ولهذا جازت الصلاة عليها فيجوز التيمم بها أيضا (ولنا) ان احراق الشمس ونسف الرياح ونسف الأرض أثرها في تقليل النجاسة دون استئصالها والنجاسة وان قلت تنافي وصف الطهارة فلم يكن اتيانا بالمأمور به فلم يجز فأما النجاسة القليلة فلا تمنع جواز الصلاة عند أصحابنا ولا يمتنع أن يعتبر القليل من النجاسة في بعض الأشياء دون البعض الا ترى ان النجاسة القليلة لو وقعت في الاناء تمنع جواز الوضوء به ولو أصابت الثوب لا تمنع جواز الصلاة ولو تيمم جنب أو محدث من مكان ثم تيمم غيره من ذلك المكان أجزأه لان التراب المستعمل ما التزق بيد المتيمم الأول لا ما بقى على الأرض فنزل ذلك منزلة ماء فضل في الاناء بعد وضوء الأول أو اغتساله به وذلك طهور في حق الثاني كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يتيمم به فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد يجوز التيمم بكل ما هو من جنس الأرض وعن أبي يوسف روايتان في رواية بالتراب والرمل وفي رواية لا يجوز الا بالتراب خاصة وهو قوله الآخر ذكره القدوري وبه أخذ الشافعي والكلام فيه يرجع الى ان الصعيد المذكور في الآية ماهو فقال أبو حنيفة ومحمد هو وجه الأرض وقال أبو يوسف هو التراب المنبت واحتج بقول ابن عباس رضي الله عنهما انه فسر الصعيد بالتراب الخالص وهو مقلد في هذا الباب ولانه ذكر الصعيد الطيب والصعيد الطيب هو الذي يصلح النبات وذلك هو التراب دون السبخة ونحوها (ولهما) ان الصعيد مشتق من الصعود وهو العلو وقال الأصمعي فعيل بمعنى فاعل وهو الصاعد وكذا قال ابن الاعرابي انه اسم لما تصاعد حتى قيل للقبر صعيد لعلوه وارتفاعه وهذا لا يوجب الاختصاص بالتراب بل يعم جميع أنواع الأرض فكان التخصيص ببعض الأنواع تقييد المطلق الكتاب وذلك لا يجوز بخبر الواحد فكيف بقول الصحابي والدليل على ان الصعيد لا يختص ببعض الأنواع ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عليكم بالأرض من غير فصل وقال جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا واسم الأرض يتناول جميع أنواعها ثم قال أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت وربما تدركه الصلاة في الرمل وما لا يصلح للانبات فلابد وأن يكون بسبيل من التيمم به والصلاة معه بظاهر الحديث (وأما) قوله سماه طيبا فنعم لكن الطيب يستعمل بمعنى الطاهر وهو الاليق ههنا لانه شرع مطهرا والتطهير لا يقع الا بالطاهر مع ان معنى الطهارة صار مرادا بالاجماع حتى لا يجوز التيمم بالصعيد النجس فخرج غيره من أن يكون مرادا اذ المشترك لا عموم له ثم لابد من معرفة جنس الأرض فكل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالحطب والحشيش ونحوهما أو ما ينطبع ويلين كالحديد والصفر والنحاس والزجاج وعين الذهب والفضة ونحوها فليس من جنس الأرض وما كان بخلاف ذلك فهو من جنسها ثم اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما فقال أبو حنيفة يجوز التيمم بكل ما هو من جنس الأرض التزق بيده شئ أولا وقال محمد لا يجوز الا اذا التزق بيده شئ من أجزائه فالأصل عنده انه لابد من استعمال جزء من الصعيد ولا يكون ذلك الا بأن يلتزق بيده شئ (وعند) أبي حنيفة هذا ليس بشرط وانما الشرط مس وجه الأرض باليدين وامرارهما على العضوين واذا عرف هذا فعلى قول أبي حنيفة يجوز التيمم بالجص والنورة

والزرنيخ والطين الأحمر والاسود والأبيض والكحل والحجر الأملس والحائط المطين والمجصص والملح الجبلي دون المائي والمرداسنج المعدني والآجر والخزف المتخذ من طين خالص والياقوت والفيروزج والزمرد والأرض الندية والطين الرطب (وعند) محمد ان التزق بيده شئ منها بأن كان عليها غبار أو كان مدقوقا يجوز والا فلا وجه قول محمد ان المأمور به استعمال الصعيد وذلك بأن يلتزق بيده شئ منه فأما ضرب اليد على ماله صلابة وملاسة من غير استعمال جزء منه فضرب من السفه (ولأبي) حنيفة ان المأمور به هو التيمم بالصعيد مطلقا من غير شرط الالتزاق ولا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقوله الاستعمال شرط ممنوع لأن ذلك يؤدي الى التغيير الذي هو شبيه المثلة وعلامة أهل النار ولهذا أمر بنفض اليدين بل الشرط امساس اليد المضروبة على وجه الأرض على الوجه واليدين تعبدا غير معقول المعنى لحكمة استأثر الله تعالى بعلمها ولا يجوز التيمم بالرماد بالاجماع لانه من أجزاء الخشب وكذا باللآلي سواء كانت مدقوقة أولا لانها ليست من أجزاء الارض بل هي متولدة من الحيوان ويجوز التيمم بالغبار بأن ضرب يده على ثوب أولبد أو صفة سرج فارتفع غبارا وكان على الذهب أو الفضة او على الحنطة أو الشعير أو نحوها غبار فتيمم به أجزأه في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجزيه وبعض المشايخ قالوا اذا لم يقدر على الصعيد يجزءه عنده والصحيح انه لا يجوز في الحالين وروى عنه انه قال وليس عندي من الصعيد وهذا وجه قوله ان المأمور به التيمم بالصعيد وهو اسم للتراب الخالص والغبار ليس بتراب خالص بل هو تراب من وجه دون وجه فلا يجوز به التيمم (ولهما) أنه جزء من أجزاء الارض الا انه لطيف فيجوز التيمم به كما يجوز بالكثيف بل أولى وقد روى أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه كان بالجابية فمطروا ولم يجدوا ماء يتوضؤن به ولا صعيدا يتيممون به فقال ابن عمر لينفض كل واحد منكم ثوبه أو صفة سرجه وليتيمم وليصل ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا ولو كان المسافر في طين وردغة لا يجد ماء ولا صعيدا وليس في ثوبه وسرجه غبار لطخ ثوبه أو بعض جسده بالطين فاذا جف تيمم به ولا ينبغي أن يتيمم بالطين مالم يخف ذهاب الوقت لان فيه تلطيخ الوجه من غير ضرورة فيصير بمعنى المثلة وان كان لو تيمم به أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد لان الطين من أجزاء الارض وما فيه من الماء مستهلك وهو يلتزق باليد فان خاف ذهاب الوقت تيمم وصلى عندهما وعلى قياس قول أبي يوسف يصلي بغير تيمم بالايماء ثم يعيد اذا قدر على الماء أو التراب كالمحبوس في المخرج اذا لم يجد ماء ولا ترابا نظيفا على ما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يتيمم منه فهو الحدث والجنابة والحيض والنفاس وقد ذكرنا دلائل جواز التيمم من الحدث في صدر فصل التيمم وذكرنا اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في جواز التيمم من الجنابة وترجيح قول المجوزين لمعاضدة الاحاديث اياه والحيض والنفاس ملحقان بالجنابة لانهما في معناها مع ما انه ثبت جواز التيمم منهما بعموم بعض الاحاديث التي رويناها والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان وقت التيمم فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الوقت والثاني في بيان الوقت المستحب (أما) الاول فالأوقات كلها وقت للتيمم حتى يجوز التيمم بعد دخول وقت الصلاة وقبل دخوله وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي لا يجوز الا بعد دخول وقت الصلاة والكلام فيه راجع الى أصل وهو أن التيمم بدل مطلق أم بدل ضروري فعندنا بدل مطلق وعنده بدل ضروري وسنذكر تفسير البدل المطلق والضروري ودليله في بيان صفة التيمم ان شاء الله تعالى (وأما) الثاني وهو بيان الوقت المستحب للتيمم فقد قال أصحابنا ان المسافر ان كان على طمع من وجود الماء في آخر الوقت يؤخر التيمم الى آخر الوقت وان لم يكن على طمع من وجود الماء في آخر الوقت لا يؤخر وهكذا روى المعلى عن أبي حنيفة وأبي يوسف انه ان كان على طمع من وجود الماء في آخر الوقت أخر الى آخر الوقت مقدار ما لو لم يجد الماء يمكنه ان يتيمم ويصلي في الوقت وان لم يكن على طمع لا يؤخر ويتيمم ويصلي في الوقت المستحب وذكر في الاصل أحب الى أن يؤخر التيمم الى آخر الوقت ولم يفصل بين ما اذا

كان يرجو وجود الماء فى آخره أو لا يرجو وهذا لا يوجب اختلاف الرواية بل يجعل رواية المعلى تفسيرا لما أطلقه فى الاصل وهو قول جماعة من التابعين مثل الزهري والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم فانهم قالوا يؤخر التيمم الى آخر الوقت اذا كان يرجو وجود الماء وقال جماعة لا يؤخر مالم يستيقن بوجود الماء فى آخر الوقت وبه أخذ الشافعى وقال مالك المستحب له أن يتيمم فى وسط الوقت والصحيح قولنا لما روى عن على رضى الله عنه انه قال فى مسافر أجنب يتلوم الى آخر الوقت ولم يرو عن غيره من الصحابة خلافه فيكون اجماعا والمعنى فيه ان أداء الصلاة بطهارة الماء أفضل لانها أصل والتيمم بدل ولانها طهارة حقيقة وحكما والتيمم طهارة حكما لا حقيقة فاذا كان يرجو وجود الماء فى آخر الوقت كان فى التأخير اداء الصلاة باكمل الطهارتين فكان التأخير مستحبا فاما اذا لم يرج لا يستحب اذ لا فائدة فى التأخير ولو تيمم فى أول الوقت وصلى فان كان عالما أن الماء قريب بان كان بينه وبين الماء أقل من ميل لم تجز صلاته بلا خلاف لانه واجد للماء وان كان ميلا فصاعدا جازت صلاته وان كان يمكنه ان يذهب ويتوضأ ويصلى فى الوقت وعند زفر لا يجوز لما نذكر وان لم يكن عالما بقرب الماء أو بعده تجوز صلاته سواء كان يرجو وجود الماء فى آخر الوقت أو لا سواء كان بعد الطلب أو قبله عندنا خلافا للشافعى لما مر أن العدم ثابت ظاهرا واحتمال الوجود احتمال لا دليل عليه فلا يعارض الظاهر ولو أخبر فى آخر الوقت أن الماء بقرب منه بان كان بينه وبين الماء أقل من ميل لكنه يخاف لو ذهب اليه وتوضأ تفوته الصلاة عن وقتها لا يجوز له التيمم بل يجب عليه ان يذهب ويتوضأ ويصلى خارج الوقت عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجزئه التيمم والاصل أن المعتبر عند أصحابنا الثلاثة القرب والبعد لا الوقت وعند زفر المعتبر هو الوقت لا قرب الماء وبعده وجه قوله أن التيمم شرع للحاجة الى أداء الصلاة فى الوقت فكان المنظور اليه هو الوقت فيتيمم كيلا تفوته الصلاة عن الوقت كما فى صلاة الجنازة والعيدين (ولنا) أن هذه الصلاة لا تفوته أصلا بل الى خلف وهو القضاء والفائت الى خلف قائم معنى بخلاف صلاة الجنازة والعيدين لانها تفوت أصلا لما نذكر فى موضعه فجاز التيمم فيها لخوف الفوات والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة التيمم فهى انه بدل بلا شك لان جوازه معلق بحال عدم الماء لكنهم اختلفوا فى كيفية البدلية من وجهين أحدهما الخلاف فيه مع غير أصحابنا والثانى مع أصحابنا (أما) الاول فقد قال أصحابنا ان التيمم بدل مطلق وليس ببدل ضرورى وعنوا به أن الحدث يرتفع بالتيمم الى وقت وجود الماء فى حق الصلاة المؤداة الا أنه يباح له الصلاة مع قيام الحدث وقال الشافعى التيمم بدل ضرورى وعنى به أنه يباح له الصلاة مع قيام الحدث حقيقة للضرورة كطهارة المستحاضة وجه قوله لتصحيح هذا الاصل أن التيمم لا يزيل هذا الحدث بدليل أنه لو رأى الماء تعود الجنابة والحدث مع أن رؤية الماء ليست بحدث فعلم أن الحدث لم يرتفع لكن أبيح له أداء الصلاة مع قيام الحدث للضرورة كما فى المستحاضة (ولنا) ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال التيمم وضوء المسلم ولو الى عشر حجج مالم يجد الماء أو يحدث فقد سمى التيمم وضوأ والوضوء مزيل للحدث وقال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا والطهور اسم للمطهر فدل على أن الحدث يزول بالتيمم الا أن زواله مؤقت الى غاية وجود الماء فاذا وجد الماء يعود الحدث السابق لكن فى المستقبل لا فى الماضى فلم يظهر فى حق الصلاة المؤداة وعلى هذا الاصل يبنى التيمم قبل دخول الوقت أنه جائز عندنا وعند الشافعى لا يجوز لانه بدل مطلق عند عدم الماء فيجوز قبل دخول الوقت وبعده وعنده بدل ضرورى فتتقدر بدليته بقدر الضرورة ولا ضرورة قبل دخول الوقت وعلى هذا يبنى أيضا انه اذا تيمم فى الوقت يجوز له ان يؤدى ماشاء من الفرائض والنوافل مالم يجد الماء أو يحدث عندنا وعنده لا يجوز له ان يؤدى به فرضا آخر غير ما تيمم لاجله وله أن يصلى به النوافل لكونها تابعة للفرائض وثبوت الحكم فى التبع لا يقف على وجود علة على حدة أو شرط على حدة فيه بل وجود ذلك فى الاصل يكفى لثبوته فى التبع كما هو مذهبه فى طهارة المستحاضة وعلى هذا يبنى أنه اذا تيمم للنفل

يجوز له ان يؤدى به النفل والفرض عندنا وعنده لا يجوز له أداء الفرض لان التبع لا يستتبع الاصل وعلى هذا قال
الزهرى انه لا يجوز التيمم لصلاة النافلة رأسا لانه طهارة ضرورية والضرورة فى الفرائض لا فى النوافل
وعندنا يجوز لانه طهارة مطلقة حال عدم الماء ولانه ان كان لا يحتاج الى اسقاط الفرض عن نفسه به
يحتاج الى احراز الثواب لنفسه والحاجة الى احراز الثواب حاجة معتبرة فيجوز ان يعتبر الطهارة لاجله ولهذا
اعتبرت طهارة المستحاضة فى حق النوافل بلا خلاف كذا ههنا (وأما) الخلاف الذى مع أصحابنا فى كيفية البدلية
فهو انهم اختلفوا فى أن التراب بدل عن الماء عند عدمه والبدلية بين التراب وبين الماء أو التيمم بدل عن
الوضوء عند عدمه والبدلية بين التيمم وبين الوضوء فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ان التراب بدل عن الماء عند
عدمه والبدلية بين التراب والماء وقال محمد التيمم بدل عن الوضوء عند عدمه والبدلية بين التيمم وبين الوضوء
واحتج محمد لتصحيح أصله بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التيمم وضوء المسلم الحديث سمى التيمم
وضوأ دون التراب وهما احتجا بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا أقام
الصعيد مقام الماء عند عدمه وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال التراب طهور
المسلم وقال جعلت لى الارض مسجدا وطهورا ويتفرع عن هذا الاختلاف أن المتيمم اذا أم المتوضئين
جازت امامته اياهم وصلاتهم جائزة اذا لم يكن مع المتوضئين ماء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وان كان
معهم ماء لا تجوز صلاتهم وعند محمد لا يجوز اقتداؤهم به سواء كان معهم ماء أو لم يكن وعند زفر يجوز
كان معهم ماء أو لم يكن وجه البناء على هذا الاصل ان عند محمد لما كانت البدلية بين التيمم وبين الوضوء
فالمقتدى اذا كان على وضوء لم يكن تيمم الامام طهارة فى حقه لوجود الاصل فى حقه فكان مقتديا بمن لا طهارة
له فى حقه فلا يجوز اقتداؤه به كالصحيح اذا اقتدى بصاحب الجرح السائل انه لا يجوز له لأن طهارة الامام ليست
بطهارة فى حق المقتدى فلم تعتبر طهارته فى حقه فكان مقتديا بمن لا طهارة له فى حقه فلم يجز اقتداؤه به كذا هذا
ولما كانت البدلية بين التراب وبين الماء عندهما فاذا لم يكن مع المقتدين ماء كان التراب طهارة مطلقة فى حال عدم
الماء فيجوز اقتداؤهم به فصار كاقتداء الغاسل بالماسح بخلاف صاحب الجرح السائل لان طهارته ضرورية لان
الحدث يقارنها أو يطرأ عليها فلا تعتبر فى حق الصحيح واذا كان معهم ماء فقد فات الشرط فى حق المقتدين فلا يبقى
التراب طهورا فى حقهم فلم تبق طهارة الامام طهارة فى حقهم فلا يصح اقتداؤهم به وعلى هذا الاصل المتيمم اذا أم
المتوضئين ولم يكن معهم ماء ثم رأى واحد منهم الماء ولم يعلم به الامام والآخرون حتى فرغوا فصلاته فاسدة وقال
زفر لا تفسد وهو رواية عن أبى يوسف لانه متوضئ فى نفسه فرؤية الماء لا تكون مفسدة فى حقه وانما تفسد
صلاته بفساد صلاة الامام وهى صحيحة (ولنا) ان طهارة الامام جعلت عدما فى حقه لقدرته على الماء الذى
هو أصل اذ لا يبقى الخلف مع وجود الاصل فصار معتقدا فساد صلاة الامام والمقتدى اذا اعتقد فساد صلاة الامام
تفسد صلاته كما لو اشتبهت عليهم القبلة فتحرى الامام الى جهة والمقتدى الى جهة أخرى وهو يعلم ان امامه يصلى الى
جهة أخرى لا يصح اقتداؤه به كذا هذا ثم تكلم فى المسئلة ابتداء فحجة محمد ماروى عن على رضى الله عنه انه قال
لا يؤم المتيمم المتوضئين ولا المقيد المطلقين وهذا نص فى الباب وحجتهما ماروينا من حديث عمرو بن العاص
رضى الله عنه حين أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على سرية وماروى عن على فهو مذهبه وقد خالفه ابن
عباس رضى الله عنه والمسئلة اذا كانت مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم لا يكون قول البعض حجة على البعض
على ان فيه أنه لا يؤم وليس فيه انه لو أم لا يجوز وهذا كما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يؤم الرجل
الرجل فى سلطانه ثم لو أم جاز كذا هذا

﴿فصل﴾ واما بيان ما ينقض التيمم فالذى ينقضه نوعان عام وخاص اما العام فكل ما ينقض الوضوء من الحدث
الحقيقى والحكمى ينقض التيمم وقد مر بيان ذلك كله فى موضعه واما الخاص وهو ما ينقض التيمم على الخصوص

فوجود

فوجود الماء وجملة الكلام فيه ان المتيمم اذا وجد الماء لا يخلو اما ان وجده قبل الشروع في الصلاة واما ان وجده في الصلاة واما ان وجده بعد الفراغ منها فان وجده قبل الشروع في الصلاة انتقض تيممه عند عامة العلماء وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن انه لا ينتقض التيمم بوجود الماء أصلا وجه قوله أن الطهارة بعد صحتها لا تنتقض الا بالحدث ووجود الماء ليس بحدث (ولنا) ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التيمم وضوء المسلم ولو الى عشر حجج مالم يجد الماء أو يحدث جعل التيمم وضوء المسلم الى غاية وجود الماء والممدود الى غاية ينتهي عند وجود الغاية ولان التيمم خلف عن الوضوء ولا يجوز المصير الى الخلف مع وجود الاصل كما في سائر الاخلاف مع أصولها وقوله وجود الماء ليس بحدث مسلم وعندنا أن المتيمم لا يصير محدثا بوجود الماء بل الحدث السابق يظهر حكمه عند وجود الماء الا انه لم يظهر حكم ذلك الحدث في حق الصلاة المؤداة ثم وجود الماء نوعان وجوده من حيث الصورة والمعنى وهو أن يكون مقدور الاستعمال له وأنه ينقض التيمم ووجوده من حيث الصورة دون المعنى وهو ان لا يقدر على استعماله وهذا لا ينقض التيمم حتى لو مر المتيمم على الماء الكثير وهو لا يعلم به أو كان غافلا أو نائما لا يبطل تيممه كذا روى عن أبي يوسف وكذا لو مر على ماء في موضع لا يستطيع النزول اليه لخوف عدو أو سبع لا ينتقض تيممه كذا ذكر محمد بن مقاتل الرازي وقال هذا قياس قول أصحابنا لانه غير واجد للماء فكان ملحقا بالعدم وكذا اذا أتى بئرا وليس معه دلو ولا رشا أو وجد ماء وهو يخاف على نفسه العطش لا ينتقض تيممه لما قلنا وكذا لو وجد ماء موضوعا في الفلاة في حب أو نحوه على قياس ما حكي عن أبي نصر محمد ابن محمد بن سلام لانه معد للسقيا دون الوضوء الا أن يكون كثيرا فيستدل بالكثرة على انه معد للشرب والوضوء جميعا فينتقض تيممه والأصل فيه ان كل ما منع وجوده التيمم نقض وجوده التيمم ومالا فلا ثم وجود الماء انما ينقض التيمم اذا كان القدر الموجود يكفي للوضوء أو الاغتسال فان كان لا يكفي لا ينقض عندنا وعند الشافعي قليله وكثيره ينقض والخلاف في البقاء كالخلاف في الابتداء وقد مر ذكره في بيان الشرائط وعلى هذا يخرج ما ذكره محمد في الزيادات لو ان خمسة من المتيممين وجدوا من الماء مقدار ما يتوضأ به أحدهم انتقض تيممهم جميعا لأن كل واحد منهم قدر على استعماله على سبيل البدل فكان كل واحد منهم واجدا للماء صورة ومعنى فينتقض تيممهم جميعا ولأن كل واحد منهم قدر على استعماله بيقين وليس البعض أولى من البعض فينتقض تيممهم احتياطا ولو كان لرجل ماء فقال أبحت لكم هذا الماء يتوضأ به أيكم شاء وهو قدر ما يكفي لوضوء أحدهم انتقض تيممهم جميعا لما قلنا ولو قال هذا الماء لكم لا ينتقض تيممهم باجماع بين أصحابنا اما على أصل أبي حنيفة فلان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح فلم يثبت الملك رأسا واما على أصلهما فالهبة وان صحت وأفادت الملك لكن لا يصيب كل واحد منهم ما يكفي لوضوئه فكان ملحقا بالعدم حتى انهم لو أذنوا لواحد منهم بالوضوء انتقض تيممه عندهما لانه قدر على ما يكفي للوضوء وعنده الهبة فاسدة فلا يصح الاذن وعلى هذا الأصل مسائل في الزيادات مسافر محدث على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ومعه ما يكفي لأحدهما غسل به الثوب وتيمم للحدث عند عامة العلماء وروى الحسن عن أبي يوسف انه يتوضأ به وهو قول حماد ووجهه ان الحدث أغلظ النجاستين بدليل ان الصلاة مع الثوب النجس جائزة في الجملة للضرورة ولا جواز لها مع الحدث بحال (ولنا) ان الصرف الى النجاسة يجعله مصليا بطهارتين حقيقية وحكمية فكان أولى من الصلاة بطهارة واحدة ويجب ان يغسل ثوبه من النجاسة ثم يتيمم ولو بدأ بالتيمم لا يجزيه وتلزمه الاعادة لانه قدر على ماء لو توضأ به تجوز به صلاته وان وجد الماء في الصلاة فان وجده قبل أن يقعد قدر التشهد الأخير انتقض تيممه وتوضأ به واستقبل الصلاة عندنا وللشافعي ثلاثة أقوال في قول مثل قولنا وفي قول يقرب الماء منه حتى يتوضأ ويبني وفي قول يمضي على صلاته وهو اظهر أقواله ووجهه ان الشروع في الصلاة قد صح فلا يبطل برؤية الماء كما اذا رأى بعد الفراغ من الصلاة وهذا لأن رؤية الماء ليس بحدث والموجود ليس الا الرؤية فلا تبطل

الصلاة واذا لم تبطل الصلاة فحرمة الصلاة تعجزه عن استعمال الماء فلا يكون واجدا الماء معنى كما اذا كان على رأس البئر ولم يجد آلة الاستقاء (ولنا) ان طهارة التيمم انعقدت ممدودة الى غاية وجود الماء بالحديث الذى روينا فتنتهى عند وجود الماء فلو أتمها الاتم بغير طهارة وهذا لا يجوز وبه تبين انه لم تبق حرمة الصلاة وقوله ان رؤية الماء ليست بحدث فلا تبطل الطهارة قلنا بلى وعندنا لا تبطل بل تنتهى لكونها مؤقتة الى غاية الرؤية ولأن المتيمم لا يصير محدثا برؤية الماء عندنا بل بالحدث السابق على الشروع فى الصلاة الا أنه لم يظهر أثره فى حق الصلاة المؤداة للضرورة ولا ضرورة فى الصلاة التى لم تؤد فظهر أثر الحدث السابق وصار كخروج الوقت فى حق المستحاضة ولانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وذلك يبطل حكم البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت وان وجده بعد ما قعد قدر التشهد الأخير أو بعد ما سلم وعليه سجدتا السهو وعاد الى السجود فسدت صلاته عند أبى حنيفة ويلزمه الاستقبال وعند أبى يوسف ومحمد يبطل تيممه وصلاته تامة وهذه من المسائل المعروفة بالاثنى عشرية والاصل فيها ان ما كان من افعال المصلى ما يفسد الصلاة لو وجد فى اثنائها لا يفسدها ان وجد فى هذه الحالة باجماع بين أصحابنا مثل الكلام والحدث العمد والقهقهة ونحو ذلك وعند الشافعى تفسد بناء على ان الخروج من الصلاة بالسلام ليس بفرض عندنا وعنده فرض على ما نذكر واما ما ليس من فعل المصلى بل هو معنى سماوى لكنه لو اعترض فى اثناء الصلاة يفسد الصلاة فاذا وجد فى هذه الحالة هل يفسدها قال أبو حنيفة يفسدها وقال أبو يوسف ومحمد لا يفسدها وذلك كالمتيمم يجد ماء والماسح على الخفين اذا انقضى وقت مسحه والعارى يجد ثوبا والامى يتعلم القرآن وصاحب الجرح السائل ينقطع عنه السيلان وصاحب الترتيب اذا تذكر فائتة ودخول وقت العصر يوم الجمعة وهو فى صلاة الجمعة وسقوط الخف عن الماسح عليه اذا كان واسعا بدون فعله وطلوع الشمس فى هذه الحالة لمصلى الفجر والمومى اذا قدر على القيام والقارئ اذا استخلف أميا والمصلى بثوب فيه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم يجد ماء ليغسله فوجد فى هذه الحالة وقاضى الفجر اذا زالت الشمس والمصلى اذا سقط الجبائر عنه عن برء وقضية الترتيب ذكر كل واحدة من هذه المسائل فى موضعها وانما جمعناها اتباعا للسلف وتيسيرا للحفظ على المتعلمين ومن مشايخنا من قال ان حاصل الاختلاف يرجع الى أن خروج المصلى من الصلاة بفعله فرض عند أبى حنيفة وعندهما ليس بفرض ومنهم من تكلم فى المسئلة من وجه آخر وجه قولهما أن الصلاة قد انتهت بالقعود قدر التشهد لانتهاء اركانها قال النبى صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن مسعود رضى الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك والصلاة بعد تمامها لا تحتمل الفساد ولهذا لا تفسد بالسلام والكلام والحدث العمد والقهقهة ودل الحديث على أن الخروج بفعله ليس بفرض لانه وصف الصلاة بالتمام ولا تمام يتحقق مع بقاء ركن من أركانها ولهذا قلنا ان الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى الصلاة ليست بفرض وكذا اصابة لفظ السلام لأن تمام الشئ وانتهاءه مع بقاء شئ منه محال الا أنه لو قهقه فى هذه الحالة تنتقض طهارته لان انتقاضها يعتمد قيام التحريمة وانها قائمة فاما فساد الصلاة فيستدعى بقاء التحريمة مع بقاء الركن ولم يبق عليه ركن من أركان الصلاة لما بينا ولان الخروج من الصلاة ضد الصلاة لانه تركها وضد الشئ كيف يكون ركنا له ولان عند أبى حنيفة يحصل الخروج بالحدث العمد والقهقهة والكلام وهذه الاشياء حرام ومعصية فكيف تكون فرضا والوجه لتصحيح مذهب أبى حنيفة فى عدة من هذه المسائل من غير البناء على الاصل الذى ذكرنا أن فساد الصلاة ليس لوجود هذه العوارض بل بوجودها يظهر انها كانت فاسدة (وبيان) ذلك ان المتيمم اذا وجد الماء صار محدثا بالحدث السابق فى حق الصلاة التى لم تؤد لانه وجد منه الحدث ولم يوجد منه ما يزيله حقيقة لان التراب ليس بطهور حقيقة الا أنه لم يظهر حكم الحدث فى حق الصلاة المؤداة للحرج كيلا تجتمع عليه الصلوات فيحرج فى قضائها فسقط اعتبار الحدث السابق دفعا للحرج ولا حرج فى الصلاة التى لم تؤد وهذه الصلاة غير مؤداة فان تحريمة الصلاة باقية بلا خلاف وكذا الركن الاخير باق لانه وان طال فهو فى حكم الركن كالقراءة اذا طالت فظهر

فيها حكم الحدث السابق فتبين أن الشروع فيها لم يصح كالو اعترض هذا المعنى فى وسط الصلاة وعلى هذا يخرج انقضاء مدة المسح لانه اذا انقضى وقت المسح صار محدثا بالحدث السابق لان الحدث قد وجد ولم يوجد ما يزيله عن القدم حقيقة لكن الشرع أسقط اعتبار الحدث فيما أدى من الصلاة دفعا للحرج فالتحق المانع بالعدم فى حق الصلاة المؤداة ولا حرج فيما لم يؤد فظهر حكم الحدث السابق فيه وعلى هذا اذا سقط خفه من غير صنعه وكذا صاحب الجرح السائل ومن هو بمثل حاله وكذا المصلى اذا كان على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم يجد الماء ليغسله فوجد فى هذه الحالة لان هذه النجاسة انما سقط اعتبارها لما قلنا من الحرج ولا حرج فى هذه الصلاة وكذا العارى اذا وجد ثوبا والمومى اذا قدر على القيام والامى اذا تعلم القراءة لان الستر والقيام والقراءة فرض على القادر عليها والسقوط عن هؤلاء للعجز وقد زال فكان ينبغى أن يجب قضاء الكل كالمريض العاجز عن الصوم والمغمى عليه يجب عليهما القضاء عند حدوث القدرة لكن سقط لاجل الحرج ولا حرج فى حق هذه الصلاة وكذا هى ليست نظير تلك الصلوات لانه لا قدرة ثمة أصلا وههنا حصلت القدرة فى جزء منها وعلى هذا صاحب الترتيب اذا تذكر فائتة لانه ظهر انه أدى الوقتية قبل وقتها فكان ينبغى أن يجب قضاء الكل الا أنه سقط للحرج لان النسيان مما يكثر وجوده ولا حرج فى حق هذه الصلاة وعلى هذا المصلى اذا سقطت الجبائر عن يده عن برء لان الغسل واجب على القادر وان سقط عنه للعجز فاذا زال العجز كان ينبغى أن يقضى ما مضى بعد البرء الا أنه سقط للحرج وفى هذه الصلاة لا حرج وأما قاضى الفجر اذا زالت الشمس فهو فى هذه الحالة يخرج على وجه آخر وهو أن الواجب فى ذمته كامل والمؤدى فى هذا الوقت ناقص لورود النهى عن الصلاة فى هذه الاوقات والكامل لا يتأدى بالناقص فلا يقع قضاء ولكنه يقع تطوعا لان التطوع فيه جائز فينقلب تطوعا وعلى هذا مصلى الفجر اذا طلعت الشمس لانه وجب عليه الاداء كاملا لان الوقت الناقص قليل لا يتسع للاداء فلا يجب ناقصا بل كاملا فى غير الوقت الناقص فاذا أتى به فيه صار ناقصا فلا يتأدى به الكامل بخلاف صلاة العصر لان ثمة الوقت الناقص مما يتسع لاداء الصلاة فيه فيجب ناقصا وقد أداه ناقصا فهو الفرق وأما دخول وقت العصر فى صلاة الجمعة فى هذه الحالة فيخرج على وجه آخر وهو أن الظهر هو الواجب الاصلى فى كل يوم عرف وجوبه بالدلائل المطلقة وانما تغير الى الركعتين فى يوم الجمعة بشرائط مخصوصة عرفناها بالنصوص الخاصة غير معقولة المعنى والوقت من شرائطه فمتى لم يوجد فى جميع الصلاة لم يكن هذا نظير المخصوص عن الاصل فلم يجز فظهر أن الواجب هو الظهر فعليه اداء الظهر بخلاف الكلام والقهقهة والحدث العمد لان ثمة الفساد لوجود هذه العوارض لانها نواقض الصلاة وقد صادفت جزأ من أجزاء الصلاة فاوجب فساد ذلك الجزء غير ان ذلك زيادة تستغنى الصلاة عنها فكان وجودها والعدم بمنزلة فاقتصر الفساد عليها بخلاف ما اذا اعترضت فى اثناء الصلاة لانها أوجبت فساد ذلك الجزء الاصلى ولا وجود للصلاة بدونه فلا يمكنه البناء بعد ذلك واما الحديث فنقول النبى صلى الله عليه وسلم حكم بتمام الصلاة وبوجود هذه العوارض تبين انها ما كانت صلاة اذ لا وجود للصلاة مع الحدث ومع فقد شرط من شرائطها وقد مر بيان ذلك وكذا الصلاة فى الاوقات المكروهة مخصوصة عن هذا النص بالنهى عن الصلاة فانها لا تخلو عن النقصان وكذلك صلاة الجمعة مخصوصة عن هذا النص بالدلائل المطلقة المقتضية لوجوب الظهر فى كل يوم على ما مر هذا اذا وجد فى الصلاة ماء مطلقا فان وجد سؤر حمار مضى على صلاته لانه مشكوك فيه وشروعه فى الصلاة قد صح فلا يقطع بالشك بل يمضى على صلاته فاذا فرغ منها توضأ به وأعاد لانه ان كان مطهرا فى نفسه ما جازت صلاته وان كان غير مطهر فى نفسه جازت به صلاته فوقع الشك فى الجواز فيؤمر بالاعادة احتياطا وان وجد نبيذ التمر انتقض تيممه عند أبى حنيفة لانه بمنزلة الماء المطلق عند عدمه عنده وعند أبى يوسف لا ينتقض لانه لا يراه طهورا أصلا وعند محمد يمضى على صلاته ثم يعيدها كما فى سؤر الحمار هذا كله اذا وجد الماء فى الصلاة فاما اذا وجده بعد الفراغ من الصلاة فان كان بعد خروج الوقت فليس عليه اعادة ما صلى بالتيمم بلا خلاف وان كان فى

الوقت فكذلك عند عامة العلماء وقال مالك يعيد وجه قوله أن الوقت أقيم مقام الاداء شرعا كما في المستحاضة فكان الوجود في الوقت كالوجود في اثناء الاداء حقيقة ولان التيمم بدل فاذا قدر على الاصل بطل البدل كالشيخ الفاني اذا فدى أو أحج ثم قدر على الصوم والحج بنفسه (ولنا) ان الله تعالى علق جواز التيمم بعدم الماء فاذا صلى حالة العدم فقد أدى الصلاة بطهارة معتبرة شرعا فيحكم بصحتها فلا معنى لوجوب الاعادة وروى أن رجلين أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد تيمما من جنابة وصليا وأدركا الماء في الوقت فأعاد أحدهما الصلاة ولم يعد الآخر فقال صلى الله عليه وسلم للذي أعاد أما أنت فقد أوتيت أجرك مرتين وقال للآخر أما أنت فقد أجزأتك صلاتك عنك أي كفتك يجزي وأجزأ مهموزا بمعنى الكفاية وهذا ينفي وجوب الاعادة وما ذكر من اعتبار الوجود بعد الفراغ من الصلاة بالوجود في الصلاة غير سديد لأنه مخالف للحقيقة من غير ضرورة الا ترى أن الحدث الحقيقي بعد الفراغ من الصلاة لا يجعل كالموجود في خلال الصلاة كذا هذا وأما قوله انه قدر على الاصل فنعم لكن بعد حصول المقصود بالبدل والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالبدل لا تبطل حكم البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت بعد انقضاء العدة بالأشهر بخلاف الشيخ الفاني اذا أحج رجلا عنه أو فدى عن صومه ثم قدر بنفسه لان جواز الاحجاج والفدية معلق باليأس عن الحج بنفسه والصوم بنفسه فاذا قدر بنفسه ظهر انه لا يأس فاما جواز التيمم فعلق بالعجز عن استعمال الماء والعجز كان متحققا عند الصلاة وبوجود الماء بعد ذلك لا يظهر انه لا عجز فهو الفرق

﴿فصل﴾ وأما الطهارة الحقيقية وهي الطهارة عن النجس فالكلام فيها في الاصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أنواع الانجاس والثاني في بيان المقدار الذي يصير المحل به نجسا شرعا والثالث في بيان ما يقع به تطهير النجس (أما) أنواع الانجاس فمنها ما ذكره الكرخي في مختصره ان كل ما يخرج من بدن الانسان مما يجب بخروجه الوضوء أو الغسل فهو نجس من البول والغائط والودي والمذي والمني ودم الحيض والنفاس والاستحاضة والدم السائل من الجرح والصديد والقيء ملء الفم لان الواجب بخروج ذلك مسمى بالتطهير قال الله تعالى في آخر آية الوضوء ولكن يريد ليطهركم وقال في الغسل من الجنابة وان كنتم جنبا فاطهروا وقال في الغسل من الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن والطهارة لا تكون الا عن نجاسة وقال تعالى ويحرم عليهم الخبائث والطباع السليمة تستخبث هذه الاشياء والتحريم لا للاحترام دليل النجاسة ولأن معنى النجاسة موجود في ذلك كله اذ النجس اسم للمستقذر وكل ذلك مما تستقذره الطباع السليمة لاستحالته الى خبث ونتن رائحة ولا خلاف في هذه الجملة الا في المني فان الشافعي زعم انه طاهر (واحتج) بما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فركا وهو يصلي فيه والواو واو الحال أي في حال صلاته ولو كان نجسا لما صح شروعه في الصلاة معه فينبغي أن يعيد ولم ينقل الينا الاعادة وعن ابن عباس رضي الله عنه انه قال المني كالمخاط فامطه عنك ولو بالاذخر شبهه بالمخاط والمخاط ليس بنجس كذا المني وبه تبين ان الأمر باماطته لا لنجاسته بل لقذارته ولأنه أصل الآدمي المكرم فيستحيل أن يكون نجسا (ولنا) ما روى ان عمار بن ياسر رضي الله عنه كان يغسل ثوبه من النخامة فمر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ما تصنع يا عمار فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الا سواء انما يغسل الثوب من خمس بول وغائط وقيء ومني ودم أخبر ان الثوب يغسل من هذه الجملة لا محالة وما يغسل الثوب منه لا محالة يكون نجسا فدل ان المني نجس وروى عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها اذا رأيت المني في ثوبك فان كان رطبا فاغسليه وان كان يابسا فافركيه ومطلق الأمر محمول على الوجوب ولا يجب الا اذا كان نجسا ولأن الواجب بخروجه أغلظ الطهارتين وهي الاغتسال والطهارة لا تكون الا عن نجاسة وغلظ الطهارة يدل على غلظ النجاسة كدم الحيض والنفاس ولأنه يخرج من مجرى البول فيتنجس

بمجاورته وان لم يكن نجسا بنفسه وكونه أصل الآدمي لا ينفي أن يكون نجسا كالعلقة والمضغة وماروى من الحديث يحتمل انه كان قليلا ولا عموم له لأنه حكاية حال أو نحمله على ما قلنا توفيقا بين الدلائل وتشبيه ابن عباس رضي الله عنهما اياه بالمخاط يحتمل انه كان في الصورة لا في الحكم لتصوره بصورة المخاط والأمر بالاماطة بالاذخر لا ينفي الأمر بالازالة بالماء فيحتمل انه أمر بتقديم الاماطة كيلا تنتشر النجاسة في الثوب فيتعسر غسله (وأما) الدم الذي يكون على رأس الجرح والقيء اذا كان أقل من ملء الفم فقد روي عن أبي يوسف انه ليس بنجس وهو قياس ما ذكره الكرخي لانه لا يجب بخروجه الوضوء وعند محمد نجس هو يقول انه جزء من الدم المسفوح والدم المسفوح نجس بجميع أجزائه وأبو يوسف يقول انه ليس بمسفوح بنفسه والنجس هو الدم المسفوح لقوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس والرجس هو النجس فظاهر الآية يقتضي أن لا محرم سواها فيقتضي ان لا نجس سواها اذ لو كان لكان محرما اذ النجس محرم وهذا خلاف ظاهر الاية ووجه آخر من الاستدلال بظاهر الآية انه نفى حرمة غير المذكور وأثبت حرمة المذكور وعلل لتحريمه بأنه رجس أي نجس ولو كان غير المذكور نجسا لكان محرما لوجود علة التحريم وهذا خلاف النص لأنه يقتضي ان لا محرم سوى المذكور فيه ودم البق والبراغيث ليس بنجس عندنا حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجسه ولو أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم لا يمنع جواز الصلاة وقال الشافعي هو نجس لكنه معفو عنه في الثوب للضرورة (واحتج) بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم من غير فصل بين السائل وغيره والحرمة لا للاحترام دليل النجاسة (ولنا) قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الى محرما الآية والاستدلال بها من الوجهين اللذين ذكرناهما ولان صيانة الثياب والاواني عنها متعذرة فلو أعطى لها حكم النجاسة لوقع الناس في الحرج وانه منفي شرعا بالنص وبهذين الدليلين تبين ان المراد من المطلق المقيد وهو الدم المسفوح ودم الأوزاغ نجس لأنه سائل وكذا الدماء السائلة من سائر الحيوانات لما قلنا بل أولى لأنه لما كان نجسا من الآدمي المكرم فمن غيره أولى (وأما) دم السمك فقد روي عن أبي يوسف انه نجس وبه أخذ الشافعي اعتبارا بسائر الدماء وعند أبي حنيفة ومحمد طاهر لاجماع الأمة على اباحة تناوله مع دمه ولو كان نجسا لما أبيح ولأنه ليس بدم حقيقة بل هو ماء تلون بلون الدم لان الدموي لا يعيش في الماء والدم الذي يبقى في العروق واللحم بعد الذبح طاهر لانه ليس بمسفوح ولهذا حل تناوله مع اللحم وروي عن أبي يوسف انه معفو في الأكل غير معفو في الثياب لتعذر الاحتراز عنه في الأكل وامكانه في الثوب (ومنها) ما يخرج من أبدان سائر الحيوانات من البهائم من الابوال والأرواث على الاتفاق والاختلاف (أما) الأبوال فلا خلاف في أن بول كل ما لا يؤكل لحمه نجس واختلف في بول ما يؤكل لحمه قال أبو حنيفة وأبو يوسف نجس وقال محمد طاهر حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده ويتوضأ منه ما لم يغلب عليه (واحتج) بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أباح للعرنيين شرب أبوال ابل الصدقة وألبانها مع قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وقوله ليس في الرجس شفاء فثبت انه طاهر (ولهما) حديث عمار انما يغسل الثوب من خمس وذكر من جملتها البول مطلقا من غير فصل وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه من غير فصل وقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ومعلوم ان الطباع السليمة تستخبثه وتحريم الشئ لا لاحترامه وكرامته تنجيس له شرعا ولأن معنى النجاسة فيه موجود وهو الاستقذار الطبيعي لاستحالته الى فساد وهي الرائحة المنتنة فصار كروثه وكبول ما لا يؤكل لحمه وأما الحديث فقد ذكر قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بشرب ألبانها دون أبوالها فلا يصح التعلق به على انه يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم عرف بطريق الوحي شفاءهم فيه والاستشفاء بالحرام جائز عند التيقن لحصول الشفاء فيه كتناول الميتة عند المخمصة والخمر عند العطش واساغة اللقمة وانما لا يباح بما لا يستيقن حصول الشفاء به ثم عند أبي يوسف يباح شربه للتداوي لحديث

العرنيين وعند أبي حنيفة لا يباح لأن الاستشفاء بالحرام الذي لا يتيقن حصول الشفاء به حرام وكذا عالا يعقل فيه الشفاء ولا شفاء فيه عند الأطباء والحديث محمول على انه صلى الله عليه وسلم عرف شفاء أولئك فيه على الخصوص والله أعلم (وأما) الأرواث فكلها نجسة عند عامة العلماء وقال زفر روث ما يؤكل لحمه طاهر وهو قول مالك (واحتج) بما روى ان الشبان من الصحابة في منازلهم وفي السفر كانوا يترامون بالجلة وهي البعرة اليابسة ولو كانت نجسة لما مسوها وعلل مالك بأنه وقود أهل المدينة يستعملونه استعمال الحطب (ولنا) ما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم طلب منه أحجار الاستنجاء فأتى بحجرين وروثة فأخذ الحجرين ورمى الروثة وقال انها ركس أي نجس ولان معنى النجاسة موجود فيها وهو الاستقذار في الطباع السليمة لاستحالتها الى نتن وخبث رائحة مع امكان التحرز عنه فكانت نجسة (ومنها) خرء بعض الطيور من الدجاج والبط وجملة الكلام فيه ان الطيور نوعان نوع لا يذرق في الهواء ونوع يذرق في الهواء (اما) ما لا يذرق في الهواء كالدجاج والبط فخرؤهما نجس لوجود معنى النجاسة فيه وهو كونه مستقذرا لتغيره الى نتن وفساد رائحة فاشبه العذرة وفي الأوز عن أبي حنيفة روايتان روى أبو يوسف عنه انه ليس بنجس وروى الحسن عنه انه نجس (وما) يذرق في الهواء نوعان أيضا ما يؤكل لحمه كالحمام والعصفور والعقعق ونحوها وخرؤها طاهر عندنا وعند الشافعي نجس وجه قوله ان الطبع قد أحاله الى فساد فوجد معنى النجاسة فاشبه الروث والعذرة (ولنا) اجماع الأمة فانهم اعتادوا اقتناء الحمامات في المسجد الحرام والمساجد الجامعة مع علمهم انها تذرق فيها ولو كان نجسا لما فعلوا ذلك مع الامر بتطهير المسجد وهو قوله تعالى ان طهرا بيتي للطائفين وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما ان حمامة ذرقت عليه فمسحه وصلى وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل ذلك في العصفور وبه تبين ان مجرد احالة الطبع لا يكفي للنجاسة مالم يكن للمستحيل نتن وخبث رائحة تستخبثه الطباع السليمة وذلك منعدم ههنا على انا ان سلمنا ذلك لكن التحرز عنه غير ممكن لأنها تذرق في الهواء فلا يمكن صيانة الثياب والأواني عنه فسقط اعتباره للضرورة كدم البق والبراغيث وحكى مالك في هذه المسئلة الاجماع على الطهارة ومثله لا يكذب فلئن لم يثبت الاجماع من حيث القول يثبت من حيث الفعل وهو ما بينا وما لا يؤكل لحمه كالصقر والبازي والحدأة واشباه ذلك خرؤها طاهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد نجس نجاسة غليظة وجه قوله انه وجد معنى النجاسة فيه لاحالة الطبع اياه الى خبث ونتن رائحة فاشبه غير المأكول من البهائم ولا ضرورة الى اسقاط اعتبار نجاسته لعدم المخالطة لانها تسكن المروج والمفاوز بخلاف الحمام ونحوه (ولهما) أن الضرورة متحققة لانها تذرق في الهواء فيتعذر صيانة الثياب والاواني عنها وكذا المخالطة ثابتة بخلاف الدجاج والبط لأنهما لا يذرقان في الهواء فكانت الصيانة ممكنة وخرء الفارة نجس لاستحالته الى خبث ونتن رائحة واختلفوا في الثوب الذي أصابه بولها حكى عن بعض مشايخ بلخ أنه قال لو ابتليت به لغسلته فقيل له من لم يغسله وصلى فيه فقال لا آمره بالاعادة وبول الخفافيش وخرؤها ليس بنجس لتعذر صيانة الثياب والاواني عنه لأنها تبول في الهواء وهي فأرة طيارة فلهذا تبول (ومنها) الميتة التي لها دم سائل وجملة الكلام في الميتات أنها نوعان أحدهما ما ليس له دم سائل والثاني ماله دم سائل (أما) الذي ليس له دم سائل فالذباب والعقرب والزنبور والسرطان ونحوها وانه ليس بنجس عندنا وعند الشافعي نجس الا الذباب والزنبور فله فيهما قولان (واحتج) بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والحرمة لا للاحترام دليل النجاسة (ولنا) ما روى عن سلمان الفارسي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال موت كل حيوان ليس له نفس سائلة في الماء لا يفسده وهذا نص في الباب وروى أبو سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا وقع الذباب في اناء أحدكم فامقلوه ثم انقلوه فان في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وهو يقدم الداء على الدواء ولا شك أن

الذباب مع ضعف بنيته اذا مقل فى الطعام الحار يموت ولو اوجب التنجيس لكان الامر بالمقل أمرا بافساد المال
واضاعته مع نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال وانه متناقض وحاشا أن يتناقض كلامه ولأنا لو
حكمنا بنجاسته لوقع الناس فى الحرج لأنه يتعذر صون الاوانى عنها فاشبه موت الدودة المتولدة عن الخل فيه
وبه تبين أن النص لم يتناول محل الضرورة والحرج مع ما أن السمك والجراد مخصوصان عن النص اذ هما ميتتان
بنص النبى صلى الله عليه وسلم والمخصص انعدام الدم المسفوح والدم المسفوح ههنا منعدم (وأما) الذى له دم
سائل فلا خلاف فى الاجزاء التى فيها دم من اللحم والشحم والجلد ونحوها أنها نجسة لاحتباس الدم النجس فيها
وهو الدم المسفوح (وأما) الاجزاء التى لا دم فيها فان كانت صلبة كالقرن والعظم والسن والحافر والخف والظلف
والشعر والصوف والعصب والانفحة الصلبة فليست بنجسة عند أصحابنا وقال الشافعى الميتات كلها نجسة لظاهر
قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والحرمة لا للاحترام دليل النجاسة ولاصحابنا طريقان أحدهما أن هذه الاشياء
ليست بميتة لان الميتة من الحيوان فى عرف الشرع اسم لما زالت حياته لا بصنع أحد من العباد أو بصنع غير
مشروع ولا حياة فى هذه الاشياء فلا تكون ميتة والثانى أن نجاسة الميتات ليست لاعيانها بل لما فيها من
الدماء السائلة والرطوبات النجسة ولم توجد فى هذه الاشياء وعلى هذا ما أبين من الحى من هذه الاجزاء وان كان
المبان جزأ فيه دم كاليد والاذن والانف ونحوها فهو نجس بالاجماع وان لم يكن فيه دم كالشعر والصوف
والظفر ونحوها فهو على الاختلاف وأما الانفحة المائعة واللبن فطاهران عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف
ومحمد نجسان (لهما) أن اللبن وان كان طاهرا فى نفسه لكنه صار نجسا لمجاورة النجس ولأبى حنيفة قوله تعالى
وان لكم فى الانعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونها من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين وصف اللبن مطلقا
بالخلوص والسبوغ مع خروجه من بين فرث ودم وذا آية الطهارة وكذا الاية خرجت مخرج الامتنان والمنة فى
موضع النعمة تدل على الطهارة وبه تبين أنه لم يختلطه النجس اذ لا خلوص مع النجاسة ثم ما ذكرنا من الحكم فى
اجزاء الميتة التى لا دم فيها من غير الآدمى والخنزير فاما حكمها فيهما فاما الآدمى فعن أصحابنا فيه روايتان
فى رواية نجسة لا يجوز بيعها والصلاة معها اذا كان أكثر من قدر الدرهم وزنا أو عرضا على حسب ما يليق به
ولو وقع فى الماء القليل يفسده وفى رواية طاهر وهى الصحيحة لأنه لا دم فيها والنجس هو الدم ولانه
يستحيل أن تكون طاهرة من الكلب نجسة من الآدمى المكرم الا أنه لا يجوز بيعها ويحرم الانتفاع بها احتراما
للآدمى كما اذا طحن سن الادمى مع الحنطة أو عظمه لا يباح تناول الخبز المتخذ من دقيقها لا لكونه نجسا بل
تعظيما له كيلا يصير متناولا من أجزاء الآدمى كذا هذا (وأما) الخنزير فقد روى عن أبى حنيفة أنه نجس العين
لان الله تعالى وصفه بكونه رجسا فيحرم استعمال شعره وسائر أجزائه الا أنه رخص فى شعره للخرازين للضرورة
وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول أنه كره ذلك أيضا نصا ولا يجوز بيعها فى الروايات كلها ولو وقع شعره
فى الماء القليل روى عن أبى يوسف أنه ينجس الماء وعن محمد أنه لا ينجس ما لم يغلب على الماء كشعر غيره وروى
عن أصحابنا فى غير رواية الاصول أن هذه الاجزاء منه طاهرة لانعدام الدم فيها والصحيح أنها نجسة لان
نجاسة الخنزير ليست لما فيه من الدم والرطوبة بل لعينه (وأما) الكلب فالكلام فيه بناء على أنه نجس العين أم لا
وقد اختلف مشايخنا فيه فمن قال انه نجس العين فقد ألحقه بالخنزير فكان حكمه حكم الخنزير ومن قال انه ليس
بنجس العين فقد جعله مثل سائر الحيوانات سوى الخنزير وهذا هو الصحيح لما نذكر (ومنها) سؤر الكلب والخنزير
عند عامة العلماء وجملة الكلام فى الاسآر أنها أربعة أنواع نوع طاهر متفق على طهارته من غير كراهة ونوع
مختلف فى طهارته ونجاسته ونوع مكروه ونوع مشكوك فيه (أما) السؤر الطاهر المتفق على طهارته فسؤر
الآدمى بكل حال مسلما كان أو مشركا صغيرا أو كبيرا ذكرا او أنثى طاهرا أو نجسا حائضا أو جنبا الا فى حال شرب
الخمر لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أتى بعس من لبن فشرب بعضه وناول الباقى اعرابيا كان على

يمينه فشرب ثم ناوله أبا بكر فشرب وروى أن عائشة رضي الله عنها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فيها حبا لها فشرب ولان سؤره متحلب من لحمه ولحمه طاهر فكان سؤره طاهرا الا في حال شرب الخمر لنجاسة فمه وقيل هذا اذا شرب الماء من ساعته فأما اذا شرب الماء بعد ساعة معتبرة ابتلع بزاقه فيها ثلاث مرات يكون طاهرا عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على مسئلتين احداهما ازالة النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن بما سوى الماء من المائعات الطاهرة والثانية ازالة النجاسة الحقيقية بالغسل في الاواني ثلاث مرات وأبو يوسف مع أبي حنيفة في المسئلة الاولى ومع محمد في المسئلة الثانية لكن اتفق جوابهما في هذه المسئلة لاصلين مختلفين أحدهما أن الصب شرط عند أبي يوسف ولم يوجد والثاني أن ما سوى الماء من المائعات ليس بطهور عند محمد وبعض أصحاب الظواهر كرهوا سؤر المشرك لظاهر قوله تعالى انما المشركون نجس وعندنا هو محمول على نجاسة خبث الاعتقاد بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أنزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عينهم نجسا لما فعل مع أمره بتطهير المسجد واخباره عن انزواء المسجد من النخامة مع طهارتها وكذا سؤر ما يؤكل لحمه من الانعام والطيور الا الابل الجلالة والبقرة الجلالة والدجاجة المخلاة لان سؤره متولد من لحمه ولحمه طاهر وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ بسؤر بعير أو شاة الا انه يكره سؤر الابل الجلالة والبقرة الجلالة والدجاجة المخلاة لاحتمال نجاسة فمها ومنقارها لانها تأكل النجاسة حتى لو كانت محبوسة لا يكره (وصفة) الدجاجة المحبوسة أن لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها فان كان يصل فهي مخلاة لأن احتمال بحث النجاسة قائم وأما سؤر الفرس فعلى قول أبي يوسف ومحمد طاهر لطهارة لحمه وعن أبي حنيفة روايتان كما في لحمه في رواية الحسن نجس كلحمه وفي ظاهر الرواية طاهر كلحمه وهي رواية أبي يوسف عنه وهو الصحيح لأن كراهة لحمه لا لنجاسته بل لتقليل ارهاب العدو وآلة الكر والفر وذلك منعدم في السؤر والله أعلم (وأما) السؤر المختلف في طهارته ونجاسته فهو سؤر الخنزير والكلب وسائر سباع الوحش فانه نجس عند عامة العلماء وقال مالك طاهر وقال الشافعي سؤر السباع كلها طاهر سوى الكلب والخنزير (أما) الكلام مع مالك فهو يحتج بظاهر قوله تعالى وهو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا أباح الانتفاع بالاشياء كلها ولا يباح الانتفاع الا بالطاهر الا أنه حرم أكل بعض الحيوانات وحرمة الاكل لا تدل على النجاسة كالآدمي وكذا الذباب والعقرب والزنبور ونحوها طاهرة ولا يباح أكلها الا أنه يجب غسل الاناء من ولوغ الكلب مع طهارته تعبدا ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فاغسلوه ثلاثا وفي رواية خمسا وفي رواية سبعا والامر بالغسل لم يكن تعبدا اذ لا قربة تحصل بغسل الاواني الا ترى أنه لو لم يقصد صب الماء فيه في المستقبل لا يلزمه الغسل فعلم أنه لنجاسته ولان سؤر هذه الحيوانات متحلب من لحومها ولحومها نجسة ويمكن التحرز عن سؤرها وصيانة الاواني عنها فيكون نجسا ضرورة (وأما) الكلام مع الشافعي فهو يحتج بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها وعن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المياه التي بين مكة والمدينة وما يردها من السباع فقال صلى الله عليه وسلم لها ما حملت في بطونها وما بقي فهو لنا شراب وطهور وهذا نص (ولنا) ما روي عن عمر وعمرو بن العاص انهما وردا حوضا فقال عمرو بن العاص لصاحب الحوض اترد السباع حوضكم فقال عمر رضي الله عنه يا صاحب الحوض لا تخبرنا ولو لم يتنجس الماء القليل بشرب بها منه لم يكن للسؤال ولا للنهي معنى ولان هذا حيوان غير مأكول اللحم ويمكن صون الأواني عنها ويختلط بشربها لعابها بالماء ولعابها نجس لتحلبه من لحمها وهو نجس فكان سؤرها نجسا كسؤر الكلب والخنزير بخلاف الهرة لأن صيانة الأواني عنها غير ممكن وتأويل الحديثين انه كان قبل تحريم لحم السباع أو السؤال وقع عن المياه الكثيرة وبه نقول ان مثلها لا ينجس (واما) السؤر المكروه فهو سؤر سباع الطير كالبازي والصقر والحدأة ونحوها

استحسانا

استحسانا والقياس ان يكون نجسا اعتبارا بلحمها كسؤر سباع الوحش وجه الاستحسان انها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف فلم يختلط لعابها بسؤرها بخلاف سؤر سباع الوحش ولان صيانة الاوانى عنها متعذرة لانها تنقض من الهواء فتشرب بخلاف سباع الوحش الا انه يكره لان الغالب انها تتناول الجيف والميتات فكان منقارها فى معنى منقار الدجاجة المخلاة (وكذا) سؤر سواكن البيوت كالفأرة والحية والوزغة والعقرب ونحوها (وكذا) سؤر الهرة فى رواية الجامع الصغير وذكر فى كتاب الصلاة أحب الى ان يتوضأ بغيره ولم يذكر الكراهة وعن أبى يوسف والشافعى لا يكره (واحتجا) بما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصغى لها الاناء فتشرب منه ثم يشرب ويتوضأ به (ولأبى) حنيفة ما روى أبو هريرة رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الهرة سبع وهذا بيان حكمها وقال النبى صلى الله عليه وسلم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا ومن ولوغ الهرة مرة والمعنى فى كراهته من وجهين أحدهما ما ذكره الطحاوى وهو ان الهرة نجسة لنجاسة لحمها لكن سقطت نجاسة سؤرها لضرورة الطواف فبقيت الكراهة لامكان التحرز فى الجملة والثانى ما ذكره الكرخى وهو انها ليست بنجسة لان النبى صلى الله عليه وسلم نفى عنها النجاسة بقوله الهرة ليست بنجسة ولكن الكراهة لتوهم أخذها الفأرة فصار فمها كيد المستيقظ من نومه وما روى من الحديث يحتمل انه كان قبل تحريم السباع ثم نسخ على مذهب الطحاوى ويحتمل ان النبى صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحى ان تلك الهرة لم يكن على فمها نجاسة على مذهب الكرخى أو يحمل فعله صلى الله عليه وسلم على بيان الجواز وعلى هذا تناول بقية طعام أكلته وتركها التلحس القدر ان ذلك محمول على تعليم الجواز ولو أكلت الفأرة ثم شربت الماء قال أبو حنيفة ان شربته على الفور تنجس الماء وان مكثت ثم شربت لا يتنجس وقال أبو يوسف ومحمد يتنجس بناء على ما ذكرنا من الاصلين فى سؤر شارب الخمر والله اعلم (وأما) السؤر المشكوك فيه فهو سؤر الحمار والبغل فى جواب ظاهر الرواية وروى الكرخى عن أصحابنا ان سؤرهما نجس وقال الشافعى طاهر وجه قوله ان عرقه طاهر لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار معروريا والحر حر الحجاز فقلما يسلم الثوب من عرقه وكان يصلى فيه فاذا كان العرق طاهرا فالسؤر أولى وجه رواية الكرخى ان الاصل فى سؤره النجاسة لان سؤره لا يخلو عن لعابه ولعابه متحلب من لحمه ولحمه نجس فلو سقط اعتبار نجاسته انما يسقط لضرورة المخالطة والضرورة متعارضة لانه ليس فى المخالطة كالهرة ولا فى المجانبة كالكلب فوقع الشك فى سقوط حكم الأصل فلا يسقط بالشك وجه ظاهر الرواية ان الآثار تعارضت فى طهارة سؤره ونجاسته عن ابن عباس رضى الله عنه انه كان يقول الحمار يعتلف القت والتبن فسؤره طاهر وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يقول انه رجس وكذا تعارضت الأخبار فى أكل لحمه ولبنه روى فى بعضها النهى وفى بعضها الاطلاق وكذا اعتبار عرقه يوجب طهارة سؤره واعتبار لحمه ولبنه يوجب نجاسته وكذا تحقق أصل الضرورة لدورانه فى صحن الدار وشربه فى الاناء يوجب طهارته وتقاعدها عن ضرورة الهرة باعتبار انه لا يعلو الغرف ولا يدخل المضايق يوجب نجاسته والتوقف فى الحكم عند تعارض الادلة واجب فلذلك كان مشكوكا فيه فاوجبنا الجمع بين التيمم وبين التوضؤ به احتياطا لان التوضؤ به لو جاز لا يضره التيمم ولو لم يجز التوضؤ به جازت صلاته بالتيمم فلا يحصل الجواز بيقين الا بالجمع بينهما وايهما قدم جاز عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز حتى يقدم الوضوء على التيمم ليصير عادما للماء والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا انه ان كان طاهرا فقد توضأ به قدم أو أخر وان كان نجسا ففرضه التيمم وقد أتى به فان قيل فى هذا ترك الاحتياط من وجه آخر لان على تقدير كونه نجسا تتنجس به أعضاؤه وثيابه فالجواب ان الحدث كان ثابتا بيقين فلا تحصل الطهارة بالشك والعضو والثوب كل واحد منهما كان طاهرا بيقين فلا يتنجس بالشك وقال بعضهم الشك فى طهوريته ثم من مشايخنا من جعل هذا الجواب فى سؤر الأتان وقال فى سؤر الفحل انه نجس لانه يشم البول فتتنجس شفتاه وهذا غير سديد لانه

أمر موهوم لا يغلب وجوده فلا يؤثر في إزالة الثابت ومن مشايخنا من جعل الأسآر خمسة أقسام أربعة منها
ماذكرنا وجعل الخامس منها السؤر النجس المتفق على نجاسته وهو سؤر الخنزير وليس كذلك لان في الخنزير
خلاف مالك كما في الكلب فانحصرت القسمة على أربعة (ومنها) الخمر والسكر أما الخمر فلان الله تعالى سماه رجسا
في آية تحريم الخمر فقال رجس من عمل الشيطان والرجس هو النجس ولان كل واحد منهما حرام والحرمة
لا للاحترام دليل النجاسة (ومنها) غسالة النجاسة الحقيقية وجملة الكلام ان غسالة النجاسة نوعان غسالة
النجاسة الحقيقية وغسالة النجاسة الحكمية وهي الحدث اما غسالة النجاسة الحقيقية وهي ما اذا غسلت النجاسة
الحقيقية ثلاث مرات فالمياه الثلاث نجسة لان النجاسة انتقلت اليها اذ لا يخلو كل ماء عن نجاسة فاوجب
تنجيسها وحكم المياه الثلاث في حق المنع من جواز التوضؤ بها والمنع من جواز الصلاة بالثوب الذي أصابته
سواء لا يختلف وأما في حق تطهير المحل الذي أصابته فيختلف حكمها حتى قال مشايخنا ان الماء الاول اذا أصاب
ثوبا لا يطهر الا بالعصر والغسل مرتين بعد العصر والماء الثاني يطهر بالغسل مرة بعد العصر والماء الثالث
يطهر بالعصر لا غير لان حكم كل ماء حين كان في الثوب الاول كان هكذا فكذا في الثوب الذي أصابه واعتبروا
ذلك بالدلو المنزوح من البئر النجسة اذا صب في بئر طاهرة ان الثانية تطهر بما تطهر به الاولى كذا هذا وهل يجوز
الانتفاع بالغسالة فيما سوى الشرب والتطهير من بل الطين وسقي الدواب ونحو ذلك فان كان قد تغير طعمها
أو لونها أو ريحها لا يجوز الانتفاع لانه لما تغير دل ان النجس غالب فالتحق بالبول وان لم يتغير شيء من ذلك يجوز
لانه لما لم يتغير دل ان النجس لم يغلب على الطاهر والانتفاع بما ليس بنجس العين مباح في الجملة وعلى هذا اذا وقعت
الفارة في السمن فماتت فيه انه ان كان جامدا تلقى الفارة وما حولها ويؤكل الباقي وان كان ذائبا لا يؤكل ولكن
يستصبح به ويدبغ به الجلد ويجوز بيعه وينبغي للبائع ان يبين عيبه فان لم يبين وباعه ثم علم به المشتري فهو
بالخيار ان شاء رده وان شاء رضي به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به (واحتج) بما روي
عن أبي موسى الاشعري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة ماتت في سمن فقال ان كان
جامدا فالقوها وما حولها وكلوا الباقي وان كان ذائبا فاريقوه ولو جاز الانتفاع به لما أمر باراقته ولانه نجس
فلا يجوز الانتفاع به ولا بيعه كالخمر (ولنا) ما روي ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة
ماتت في سمن فقال تلقى الفارة وما حولها ويؤكل الباقي فقيل يارسول الله أرأيت لو كان السمن ذائبا فقال
لا تأكلوا ولكن انتفعوا به وهذا نص في الباب ولانها في الجامد لا تجاور الا ما حولها وفي الذائب تجاور الكل
فصار الكل نجسا وأكل النجس لا يجوز فاما الانتفاع بما ليس بنجس العين فمباح كالثوب النجس وأمر النبي
صلى الله عليه وسلم بالقاء ما حولها في الجامد واراقة الذائب في حديث أبي موسى لبيان حرمة الاكل لان معظم
الانتفاع بالسمن هو الاكل والحد الفاصل بين الجامد والذائب انه ان كان بحال لو قور ذلك الموضع لا يستوي من
ساعته فهو جامد وان كان يستوي من ساعته فهو ذائب واذا دبغ به الجلد يؤمر بالغسل ثم ان كان ينعصر بالعصر
يغسل ويعصر ثلاث مرات وان كان لا ينعصر لا يطهر عند محمد أبدا وعند أبي يوسف يغسل ثلاث مرات ويجفف
في كل مرة وعلى هذا مسائل نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى (واما) غسالة النجاسة الحكمية وهي الماء المستعمل
فالكلام في الماء المستعمل يقع في ثلاثة مواضع أحدها في صفته أنه طاهر أم نجس والثاني في أنه في أي حال يصير
مستعملا والثالث في أنه بأي سبب يصير مستعملا (أما) الاول فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يجوز التوضؤ به ولم
يذكر أنه طاهر أم نجس وروى محمد عن أبي حنيفة أنه طاهر غير طهور وبه أخذ الشافعي وهو أظهر أقوال الشافعي
وروى أبو يوسف والحسن بن زياد عنه أنه نجس غير أن الحسن روى عنه أنه نجس نجاسة غليظة يقدر فيه بالدرهم
وبه أخذ وأبو يوسف روى عنه أنه نجس نجاسة خفيفة يقدر فيه بالكثير الفاحش وبه أخذ وقال زفر ان كان
المستعمل متوضأ فالماء المستعمل طاهر وطهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور وهو أحد أقاويل الشافعي وفي

قول له انه طاهر وطهور بكل حال وهو قول مالك ثم مشايخ بلخ حققوا الخلاف فقالوا الماء المستعمل نجس عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد طاهر غير طهور ومشايخ العراق لم يحققوا الخلاف فقالوا انه طاهر غير طهور عند أصحابنا حتى روي عن القاضي أبي حازم العراقي انه كان يقول انا نرجو أن لا تثبت رواية نجاسة الماء المستعمل عن أبي حنيفة وهو اختيار المحققين من مشايخنا بما وراء النهر وجه قول من قال انه طهور ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الماء طهور لا ينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه ولم يوجد التغير بعد الاستعمال ولان هذا ماء طاهر لاقى عضوا طاهرا فلا يصير نجسا كالماء الطاهر اذا غسل به ثوب طاهر والدليل على انه لاقى محلا طاهرا ان اعضاء المحدث طاهرة حقيقة وحكما اما الحقيقة فلانعدام النجاسة الحقيقية حسا ومشاهدة وأما الحكم فلما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمر في بعض سكك المدينة فاستقبله حذيفة بن اليمان فاراد النبي صلى الله عليه وسلم ان يصافحه فامتنع وقال اني جنب يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان المؤمن لا ينجس وروي انه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها ناوليني الخمرة فقالت اني حائض فقال ليست حيضتك في يدك ولهذا جاز صلاة حامل المحدث والجنب وحامل النجاسة لا تجوز صلاته وكذلك عرقه طاهر وسؤره طاهر واذا كانت اعضاء المحدث طاهرة كان الماء الذي لاقاها طاهرا ضرورة لان الطاهر لا يتغير عما كان عليه الا بانتقال شئ من النجاسة اليه ولا نجاسة في المحل على ما مر فلا يتصور الانتقال فبقي طاهرا وبهذا يحتج محمد لاثبات الطهارة الا انه لا يجوز التوضؤ به لانا تعبدنا باستعمال الماء عند القيام الى الصلاة شرعا غير معقول التطهير لان تطهير الطاهر محال والشرع ورد باستعمال الماء المطلق وهو الذي لا يقوم به خبث ولا معنى يمنع جواز الصلاة وقد قام بالماء المستعمل أحد هذين المعنيين اما على قول محمد فلانه أقيم به قربة اذا توضأ به لاداء الصلاة لان الماء انما يصير مستعملا بقصد التقرب عنده وقد ثبت بالاحاديث ان الوضوء سبب لازالة الآثام عن المتوضئ للصلاة فينتقل ذلك الى الماء فيتمكن فيه نوع خبث كالمال الذي تصدق به ولهذا سميت الصدقة غسالة الناس واما على قول زفر فلانه قام به معنى مانع من جواز الصلاة وهو الحدث لان الماء عنده انما يصير مستعملا بازالة الحدث وقد انتقل الحدث من البدن الى الماء ثم الخبث والحدث وان كانا من صفات المحل والصفات لا تحتمل الانتقال لكن الحق ذلك بالعين النجسة القائمة بالمحل حكما والأعيان الحقيقية قابلة للانتقال فكذا ما هو ملحق بها شرعا واذا قام بهذا الماء أحد هذين المعنيين لا يكون في معنى الماء المطلق فيقتصر الحكم عليه على الاصل المعهود ان ما لا يعقل من الاحكام يقتصر على المنصوص عليه ولا يتعدى الى غيره الا اذا كان في معناه من كل وجه ولم يوجد وجه رواية النجاسة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من جنابة حرم الاغتسال في الماء القليل لاجماعنا على ان الاغتسال في الماء الكثير ليس بحرام فلولا ان القليل من الماء ينجس بالاغتسال بنجاسة الغسالة لم يكن للنهي معنى لان القاء الطاهر في الطاهر ليس بحرام اما تنجيس الطاهر فحرام فكان هذا نهيا عن تنجيس الماء الطاهر بالاغتسال وذا يقتضي التنجيس به ولا يقال انه يحتمل انه نهى لما فيه من اخراج الماء من ان يكون مطهرا من غير ضرورة وذلك حرام لانا نقول الماء القليل انما يخرج عن كونه مطهرا باختلاط غير المطهر به اذا كان الغير غالبا عليه كماء الورد واللبن ونحو ذلك فاما اذا كان مغلوبا فلا وههنا الماء المستعمل ما يلاقي البدن ولا شك ان ذلك أقل من غير المستعمل فكيف يخرج به من ان يكون مطهرا فاما ملاقاة النجس الطاهر فتوجب تنجيس الطاهر وان لم يغلب على الطاهر لاختلاطه بالطاهر على وجه لا يمكن التمييز بينهما فيحكم بنجاسة الكل فثبت ان النهي لما قلنا ولا يقال انه يحتمل انه نهى لأن اعضاء الجنب لا تخلو عن النجاسة الحقيقية وذا يوجب تنجيس الماء القليل لانا نقول الحديث مطلق فيجب العمل باطلاقه ولأن النهي عن الاغتسال ينصرف الى الاغتسال المسنون لأنه هو المتعارف فيما بين المسلمين والمسنون منه هو ازالة النجاسة الحقيقية عن البدن قبل الاغتسال على ان النهي عن ازالة النجاسة الحقيقية التي على البدن استفيد بالنهي عن البول فيه

فوجب حمل النهي عن الاغتسال فيه على ماذكرنا صيانة لكلام صاحب الشرع عن الاعادة الخالية عن الافادة
ولأن هذا مما تستخبثه الطباع السليمة فكان محرما لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والحرمة لا للاحترام
دليل النجاسة ولأن الامة اجمعت على ان من كان في السفر ومعه ماء يكفيه لوضوئه وهو بحال يخاف على نفسه
العطش يباح له التيمم ولو بقي الماء طاهرا بعد الاستعمال لما أبيح لأنه يمكنه ان يتوضأ ويأخذ الغسالة في اناء نظيف
ويمسكها للشرب والمعنى في المسئلة من وجهين أحدهما في المحدث خاصة والثاني يعم الفصلين اما الأول فلأن
الحدث هو خروج شئ نجس من البدن وبه يتنجس بعض البدن حقيقة فيتنجس الباقي تقديرا ولهذا أمرنا بالغسل
والوضوء وسمي تطهيرا وتطهير الطاهر لا يعقل فدل تسميته تطهيرا على النجاسة تقديرا ولهذا لا يجوز له أداء الصلاة
التي هي من باب التعظيم ولولا النجاسة المانعة من التعظيم لجازت فثبت ان على اعضاء المحدث نجاسة تقديرية
فاذا توضأ انتقلت تلك النجاسة الى الماء فيصير الماء نجسا تقديرا وحكما والنجس قد يكون حقيقيا وقد يكون
حكميا كالخمر والثاني ماذكرنا انه يزيل نجاسة الآثام وخبثها فنزل ذلك منزلة خبث الخمر اذا أصاب الماء ينجسه كذا
هذا ثم ان أبا يوسف جعل نجاسته خفيفة لعموم البلوى فيه لتعذر صيانة الثياب عنه ولكونه محل الاجتهاد
فاوجب ذلك خفة في حكمه والحسن جعل نجاسته غليظة لأنها نجاسة حكمية وانها أغلظ من الحقيقية الا ترى
انه عفي عن القليل من الحقيقية دون الحكمية بان بقي على جسده لمعة يسيرة وعلى هذا الاصل ينبغي ان التوضؤ
في المسجد مكروه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا بأس به اذا لم يكن عليه قذر فمحمد مر على أصله انه طاهر
وأبو يوسف مر على أصله انه نجس واما عند أبي حنيفة فعلى رواية النجاسة لا يشكل واما على رواية الطهارة
فلانه مستقذر طبعا فيجب تنزيه المسجد عنه كما يجب تنزيهه عن المخاط والبلغم ولو اختلط الماء المستعمل بالماء
القليل قال بعضهم لا يجوز التوضؤ به وان قل وهذا فاسد اما عند محمد فلانه طاهر لم يغلب على الماء المطلق فلا
يغيره عن صفة الطهورية كاللبن واما عندهما فلان القليل مما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولهذا قال ابن
عباس رضي الله عنه حين سئل عن القليل منه لا بأس به وسئل الحسن البصري عن القليل فقال ومن يملك نشر
الماء وهو ما تطاير منه عند الوضوء وانتشر أشار الى تعذر التحرز عن القليل فكان القليل عفوا ولا تعذر في الكثير
فلا يكون عفوا ثم الكثير عند محمد ما يغلب على الماء المطلق وعندهما ان يتبين مواقع القطرة في الاناء (واما)
بيان حال الاستعمال وتفسير الماء المستعمل فقال بعض مشايخنا الماء المستعمل ما زايل البدن واستقر في مكان
وذكر في الفتاوى ان الماء اذا زال عن البدن لا ينجس ما لم يستقر على الارض أو في الاناء وهذا مذهب سفيان
الثوري فاما عندنا فما دام على العضو الذي استعمله فيه لا يكون مستعملا واذا زايله صار مستعملا وان لم يستقر
على الأرض أو في الاناء فانه ذكر في الاصل اذا مسح رأسه بماء أخذه من لحيته لم يجزه وان لم يستقر على الأرض أو
في الاناء وذكر في باب المسح على الخفين ان من مسح على خفيه وبقي في كفه بلل فمسح به رأسه لا يجزيه وعلل بان
هذا ماء قد مسح به مرة أشار الى صيرورته مستعملا وان لم يستقر على الارض أو في الاناء وقالوا فيمن توضأ وبقي
على رجله لمعة فغسلها ببلل أخذه من عضو آخر لا يجوز وان لم يوجد الاستقرار على المكان فدل على أن المذهب
ماقلنا (اما) سفيان فقد استدل بمسائل زعم انها تدل على صحة ماذهب اليه (منها) اذا توضأ أو اغتسل وبقي
على يده لمعة فاخذ البلل منها في الوضوء أو من أي عضو كان في الغسل وغسل اللمعة يجوز (ومنها) اذا توضأ وبقي
في كفه بلل فمسح به رأسه يجوز وان زايل العضو الذي استعمله فيه لعدم الاستقرار في مكان (ومنها) اذا مسح
اعضاءه بالمنديل وابتل حتى صار كثيرا فاحشا أو تقاطر الماء على ثوب مقدار الكثير الفاحش جازت الصلاة معه
ولو أعطى له حكم الاستعمال عند المزايلة لما جازت (ولنا) ان القياس ان يصير الماء مستعملا بنفس الملاقاة
لماذكرنا فيما تقدم أنه وجد سبب صيرورته مستعملا وهو ازالة الحدث أو استعماله على وجه القربة وقد حصل
ذلك بمجرد الملاقاة فكان ينبغي ان يؤخذ لكل جزء من العضو جزء من الماء الا ان في ذلك حرجا فالشرع أسقط

اعتبار حالة الاستعمال فى عضو واحد حقيقة أو فى عضو واحد حكما كما فى الجنابة ضرورة دفع الحرج فاذا زايل العضو زالت الضرورة فيظهر حكم الاستعمال بقضية القياس وقد خرج الجواب عن المسئلة الاولى (واما) المسئلة الثانية فقد ذكر الحاكم الجليل انها على التفصيل ان لم يكن استعمله فى شئ من أعضائه يجوز واما اذا كان استعمله لا يجوز والصحيح أنه يجوز وان استعمله فى المغسولات لأن فرض الغسل انما تأدى بما يجرى على عضوه لا بالبلة الباقية فلم تكن هذه البلة مستعملة بخلاف ما اذا استعمله فى المسح على الخف ثم مسح به رأسه حيث لا يجوز لان فرض المسح يتأدى بالبلة وتفصيل الحاكم محمول على هذا وما مسح بالمنديل أو تقاطر على الثوب فهو مستعمل الا انه لا يمنع جواز الصلاة لان الماء المستعمل طاهر عند محمد وهو المختار وعندهما وان كان نجسا لكن سقوط اعتبار نجاسته ههنا لمكان الضرورة (واما) بيان سبب صيرورة الماء مستعملا فعند أبى حنيفة وأبى يوسف الماء انما يصير مستعملا باحد أمرين اما بازالة الحدث أو باقامة القربة وعند محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة وعند زفر والشافعى لا يصير مستعملا الا بازالة الحدث وهذا الاختلاف لم ينقل عنهم نصا لكن مسائلهم تدل عليه والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف لما ذكرنا من زوال المانع من الصلاة الى الماء واستخباث الطبيعة اياه فى الفصلين جميعا اذا عرفنا هذا فنقول اذا توضأ بنية اقامة القربة نحو الصلاة المعهودة وصلاة الجنازة ودخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ونحوها فان كان محدثا صار الماء مستعملا بلا خلاف لوجود السببين وهو ازالة الحدث واقامة القربة جميعا وان لم يكن محدثا يصير مستعملا عند أصحابنا الثلاثة لوجود اقامة القربة لكون الوضوء على الوضوء نورا على نور وعند زفر والشافعى لا يصير مستعملا لانعدام ازالة الحدث ولو توضأ أو اغتسل للتبرد فان كان محدثا صار الماء مستعملا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر والشافعى لوجود ازالة الحدث وعن محمد لا يصير مستعملا لعدم اقامة القربة وان لم يكن محدثا لا يصير مستعملا بالاتفاق على اختلاف الاصول ولو توضأ بالماء المقيد كماء الورد ونحوه لا يصير مستعملا بالاجماع لان التوضؤ به غير جائز فلم يوجد ازالة الحدث ولا اقامة القربة وكذا اذا غسل الاشياء الطاهرة من النبات والثمار والاوانى والاحجار ونحوها أو غسل يده من الطين والوسخ وغسلت المرأة يدها من العجين أو الحناء ونحو ذلك لا يصير مستعملا لما قلنا ولو غسل يده للطعام أو من الطعام لقصد اقامة السنة صار الماء مستعملا لان اقامة السنة قربة لقول النبى صلى الله عليه وسلم الوضوء قبل الطعام بركة وبعده ينفى اللمم ولو توضأ ثلاثا ثلاثا ثم زاد على ذلك فان أراد بالزيادة ابتداء الوضوء صار الماء مستعملا لما قلنا وان أراد الزيادة على الوضوء الأول اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يصير مستعملا لأن الزيادة على الثلاث من باب التعدى بالنص وقال بعضهم يصير مستعملا لان الزيادة فى معنى الوضوء على الوضوء فكانت قربة ولو أدخل جنب أو حائض أو محدث يده فى الاناء قبل أن يغسلها وليس عليها قذر أو شرب الماء منه فقياس أصل أبى حنيفة وأبى يوسف ان يفسد وفى الاستحسان لا يفسد وجه القياس أن الحدث زال عن يده بادخالها فى الماء وكذا عن شفته فصار مستعملا وجه الاستحسان ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كنت أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نغتسل من اناء واحد وربما كانت تتنازع فيه الأيدى وروينا أيضا عن عائشة رضى الله عنها انها كانت تشرب من اناء وهى حائض وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يشرب من ذلك الاناء وكان يتتبع مواضع فمها حبا لها ولأن التحرز عن اصابة الحدث والجنابة والحيض غير ممكن وبالناس حاجة الى الوضوء والاغتسال والشرب وكل واحد لا يملك الاناء ليغترف الماء من الاناء العظيم ولا كل أحد يملك أن يتخذ آنية على حدة للشرب فيحتاج الى الاغتراف باليد والشرب من كل آنية فلو لم يسقط اعتبار نجاسة اليد والشفة لوقع الناس فى الحرج حتى لو أدخل رجله فيه يفسد الماء لانعدام الحاجة اليه فى الاناء ولو أدخلها فى البئر لم يفسده كذا ذكر أبو يوسف فى الامالى لانه يحتاج الى ذلك فى البئر لطلب الدلو فجعل عفوا ولو أدخل فى الاناء أو البئر بعض جسده سوى اليد والرجل أفسده لانه لا حاجة اليه وعلى هذا الاصل تخرج مسئلة البئر اذا انغمس الجنب فيها لطلب الدلو لا بنية الاغتسال وليس على

بدنه نجاسة حقيقية والجملة فيه أن الرجل المنغمس لا يخلو اما ان يكون طاهرا أو لم يكن بان كان على بدنه نجاسة
حقيقية أو حكمية كالجنابة والحدث وكل وجه على وجهين اما أن ينغمس لطلب الدلو أو للتبرد أو للاغتسال وفى
المسئلة حكمان حكم الماء الذى فى البئر وحكم الداخل فيها فان كان طاهرا وانغمس لطلب الدلو أو للتبرد لا يصير
مستعملا بالاجماع لعدم ازالة الحدث واقامة القربة وان انغمس فيها للاغتسال صار الماء مستعملا عند أصحابنا
الثلاثة لوجود اقامة القربة وعند زفر والشافعى لا يصير مستعملا لانعدام ازالة الحدث والرجل طاهر فى الوجهين
جميعا وان لم يكن طاهرا فان كان على بدنه نجاسة حقيقية وهو جنب أولا فانغمس فى ثلاثة آبار أو أكثر من
ذلك لا يخرج من الاولى والثانية طاهرا بالاجماع ويخرج من الثالثة طاهرا عند أبى حنيفة ومحمد والمياه الثلاثة
نجسة لكن نجاستها على التفاوت على ما ذكرنا وعند أبى يوسف المياه كلها نجسة والرجل نجس سواء انغمس
لطلب الدلو أو التبرد أو الاغتسال وعندهما ان انغمس لطلب الدلو أو التبرد فالمياه باقية على حالها وان كان
الانغماس للاغتسال فالماء الرابع فصاعدا مستعمل لوجود اقامة القربة وان كان على يده نجاسة حكمية فقط فان
أدخلها الطلب الدلو والتبرد يخرج من الاولى طاهرا عند أبى حنيفة ومحمد هو الصحيح لزوال الجنابة بالانغماس مرة
واحدة وعند أبى يوسف هو نجس ولا يخرج طاهرا أبدا وأما حكم المياه فالماء الاول مستعمل عند أبى حنيفة
لوجود ازالة الحدث والبواقى على حالها لانعدام ما يوجب الاستعمال أصلا وعند أبى يوسف ومحمد المياه كلها
على حالها أما عند محمد فظاهر لانه لم يوجد اقامة القربة بشئ منها وأما أبو يوسف فقد ترك أصله عند الضرورة
على ما يذكر وروى بشر عنه أن المياه كلها نجسة وهو قياس مذهبه والحاصل أن عند أبى حنيفة ومحمد يطهر
النجس بوروده على الماء القليل كما يطهر بورود الماء عليه بالصب سواء كان حقيقيا أو حكميا على البدن أو على
غيره غير أن النجاسة الحقيقية لا تزول الا بالملاقاة ثلاث مرات والحكمية تزول بالمرة الواحدة وعند أبى يوسف
لا يطهر النجس عن البدن بوروده على الماء القليل الراكد قولا واحدا وله فى الثوب قولان أما الكلام فى النجاسة
الحقيقية فى الطرفين فسيأتى فى بيان ما يقع به التطهير وأما النجاسة الحكمية فالكلام فيها على نحو الكلام فى
الحقيقية فابو يوسف يقول الاصل أن ملاقاة أول عضو المحدث الماء يوجب صيرورته مستعملا فكذا ملاقاة
أول عضو الطاهر الماء على قصد اقامة القربة واذا صار الماء مستعملا باول الملاقاة لا تتحقق طهارة بقية الاعضاء
بالماء المستعمل فيجب العمل بهذا الاصل الا عند الضرورة كالجنب والمحدث اذا أدخل يده فى الاناء لاغتراف
الماء لا يصير مستعملا ولا يزول الحدث الى الماء لمكان الضرورة وههنا ضرورة لحاجة الناس الى اخراج الدلاء من
الآبار فترك أصله لهذه الضرورة ولان هذا الماء لو صار مستعملا انما يصير مستعملا بازالة الحدث ولو أزال
الحدث لتنجس ولو تنجس لا يزيل الحدث واذا لم يزل الحدث بقى طاهرا واذا بقى طاهرا يزيل الحدث فيقع الدور
فقطعنا الدور من الابتداء فقلنا انه لا يزيل الحدث عنه فبقى هو بحاله والماء على حاله وأبو حنيفة ومحمد يقولان
ان النجاسة تزول بورود الماء عليها فكذا بورودها على الماء لان زوال النجاسة بواسطة الاتصال والملاقاة
بين الطاهر والنجس موجودة فى الحالين ولهذا ينجس الماء بعد الانفصال فى الحالين جميعا فى النجاسة الحقيقية
الا أن حالة الاتصال لا يعطى لها حكم النجاسة والاستعمال لضرورة امكان التطهير والضرورة متحققة فى
الصب اذ كل واحد لا يقدر عليه على كل حال فامتنع ظهور حكمه فى هذه الحالة ولا ضرورة بعد الانفصال
فيظهر حكمه وعلى هذا اذا أدخل رأسه أو خفه أو جبيرته فى الاناء وهو محدث قال أبو يوسف يجزئه فى المسح
ولا يصير الماء مستعملا سواء نوى أو لم ينو لوجود أحد سببى الاستعمال وانما كان لان فرض المسح يتأدى باصابة
البلة اذ هو اسم للاصابة دون الاسالة فلم يزل شئ من الحدث الى الماء الباقى فى الاناء وانما زال الى البلة وكذا اقامة
القربة تحصل بها فاقتصر حكم الاستعمال عليها وقال محمد ان لم ينو المسح يجزئه ولا يصير الماء مستعملا لانه لم
توجد اقامة القربة وقد مسح بماء غير مستعمل فاجزأه وان نوى المسح اختلف المشايخ على قوله قال بعضهم

لا يجزئه

لا يجزئه ويصير الماء مستعملا لانه لما القى رأسه الماء على قصد اقامة القربة صيره مستعملا ولا يجوز المسح بالماء المستعمل والصحيح انه يجوز ولا يصير الماء مستعملا بالملاقاة لأن الماء انما يأخذ حكم الاستعمال بعد الانفصال فلم يكن مستعملا قبله فيجزئه المسح به جنب على يده قذر فاخذ الماء بفمه وصبه عليه روى المعلى عن أبي يوسف انه لا يطهر لانه صار مستعملا بازالة الحدث عن الفم والماء المستعمل لا يزيل النجاسة بالاجماع وذكر محمد في الآثار انه يطهر لأنه لم يقم به قربة فلم يصر مستعملا والله أعلم

(فصل) وأما بيان المقدار الذي يصير به المحل نجسا شرعا فالنجس لا يخلو اما أن يقع في المائعات كالماء والخل ونحوهما واما أن يصيب الثوب والبدن ومكان الصلاة فان وقع في الماء فان كان جاريا فان كان النجس غير مرئي كالبول والخمر ونحوهما لا ينجس ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه ويتوضأ منه من أي موضع كان من الجانب الذي وقع فيه النجس أو من جانب آخر كذا ذكره محمد في كتاب الاشربة لو أن رجلا صب خابية من الخمر في الفرات ورجل آخر أسفل منه يتوضأ به ان تغير لونه أو طعمه أو ريحه لا يجوز وان لم يتغير يجوز وعن أبي حنيفة في الجاهل بال في الماء الجاري ورجل أسفل منه يتوضأ به قال لا بأس به وهذا لان الماء الجاري مما لا يخلص بعضه الى بعض فالماء الذي يتوضأ به يحتمل أنه نجس ويحتمل انه طاهر والماء طاهر في الاصل فلا نحكم بنجاسته بالشك وان كانت النجاسة مرئية كالجيفة ونحوها فان كان جميع الماء يجري على الجيفة لا يجوز التوضؤ من أسفل الجيفة لأنه نجس بيقين والنجس لا يطهر بالجريان وان كان أكثره يجري على الجيفة فكذلك لأن العبرة للغالب وان كان أقله يجري على الجيفة والاكثر يجري على الطاهر يجوز التوضؤ به من أسفل الجيفة لأن المغلوب ملحق بالعدم في أحكام الشرع وان كان يجري عليها النصف أو دون النصف فالقياس أن يجوز التوضؤ به لأن الماء كان طاهرا بيقين فلا يحكم بكونه نجسا بالشك وفي الاستحسان لا يجوز احتياطا وعلى هذا اذا كان النجس عند الميزاب والماء يجري عليه فهو على التفصيل الذي ذكرنا وان كانت الانجاس متفرقة على السطح ولم تكن عند الميزاب ذكر عيسى ابن أبان أنه لا يصير نجسا ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وحكمه حكم الماء الجاري وقال محمد ان كانت النجاسة في جانب من السطح أو جانبين منه لا ينجس الماء ويجوز التوضؤ به وان كانت في ثلاثة جوانب ينجس اعتبارا للغالب وعن محمد في ماء المطر اذا مر بعذرات ثم استنقع في موضع فخاض فيه انسان ثم دخل المسجد فصلى لا بأس به وهو محمول على ما اذا مر أكثره على الطاهر واختلف المشايخ في حد الجريان قال بعضهم هو أن يجري بالتبن والورق وقال بعضهم ان كان بحيث لو وضع رجل يده في الماء عرضا لم ينقطع جريانه فهو جار والا فلا وروى عن أبي يوسف ان كان بحال لو اغترف انسان الماء بكفيه لم ينحسر وجه الارض بالاغتراف فهو جار والا فلا وقيل ما يعده الناس جاريا فهو جار وما لا فلا وهو أصح الأقاويل وان كان راكدا فقد اختلف فيه قال أصحاب الظواهر ان الماء لا ينجس بوقوع النجاسة فيه أصلا سواء كان جاريا أو راكدا وسواء كان قليلا أو كثيرا تغير لونه أو طعمه أو ريحه أو لم يتغير وقال عامة العلماء ان كان الماء قليلا ينجس وان كان كثيرا لا ينجس لكنهم اختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير قال مالك ان تغير لونه أو طعمه أو ريحه فهو قليل وان لم يتغير فهو كثير وقال الشافعي اذا بلغ الماء قلتين فهو كثير والقلتان عنده خمس قرب كل قربة خمسون منا فيكون جملته مائتين وخمسين منا وقال أصحابنا ان كان بحال يخلص بعضه الى بعض فهو قليل وان كان لا يخلص فهو كثير فاما أصحاب الظواهر فاحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شئ (واحتج) مالك بقوله صلى الله عليه وسلم خلق الماء طهورا لا ينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه وهو تمام الحديث أو بنى العام على الخاص عملا بالدليلين (واحتج) الشافعي بقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا أي يدفع الخبث عن نفسه قال الشافعي قال ابن جريج أراد بالقلتين قلال هجر كل قلة يسع فيها قربتان وشئ قال الشافعي وهو شئ مجهول فقدرته بالنصف احتياطا (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن

يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري أين باتت يده ولو كان الماء لا ينجس بالغمس لم يكن للنهي والاحتياط لوهم النجاسة معنى وكذا الاخبار مستفيضة بالامر بغسل الاناء من ولوغ الكلب مع أنه لا يغير لونه ولا طعمه ولا ريحه وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من جنابة من غير فصل بين دائم ودائم وهذا نهي عن تنجيس الماء لان البول والاغتسال فيما لا يتنجس لكثرته ليس بمنهي فدل على كون الماء الدائم مطلقا محتملا للنجاسة اذ النهي عن تنجيس ما لا يحتمل النجاسة ضرب من السفه وكذا الماء الذي يمكن الاغتسال فيه يكون أكثر من قلتين والبول والاغتسال فيه لا يغير لونه ولا طعمه ولا ريحه وعن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أنهما أمرا في زنجي وقع في بئر زمزم بنزح ماء البئر كله ولم يظهر أثره في الماء وكان الماء أكثر من قلتين وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فانعقد الاجماع من الصحابة على ما قلنا وعرف بهذا الاجماع أن المراد بما رواه مالك هو الماء الكثير الجاري وبه تبين أن ما رواه الشافعي غير ثابت لكونه مخالفا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم وخبر الواحد اذا ورد مخالفا للاجماع يرد يدل عليه أن علي بن المديني قال لا يثبت هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وذكر أبو داود السجستاني وقال لا يكاد يصح لواحد من الفريقين حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم في تقدير الماء ولهذا رجع أصحابنا في التقدير الى الدلائل الحسية دون الدلائل السمعية ثم اختلفوا في تفسير الخلوص فاتفقت الروايات عن أصحابنا أنه يعتبر الخلوص بالتحريك وهو أنه ان كان بحال لو حرك طرف منه يتحرك الطرف الآخر فهو مما يخلص وان كان لا يتحرك فهو مما لا يخلص وانما اختلفوا في جهة التحريك فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يعتبر التحريك بالاغتسال من غير عنف وروى محمد عنه أنه يعتبر التحريك بالوضوء وفي رواية باليد من غير اغتسال ولا وضوء واختلف المشايخ فالشيخ أبو حفص الكبير البخاري اعتبر الخلوص بالصبغ وأبو نصر محمد بن محمد بن سلام اعتبره بالتكدير وأبو سليمان الجوزجاني اعتبره بالمساحة فقال ان كان عشرا في عشر فهو مما لا يخلص وان كان دونه فهو مما يخلص وعبد الله بن المبارك اعتبره بالعشرة أولا ثم بخمسة عشر واليه ذهب أبو مطيع البلخي فقال ان كان خمسة عشر في خمسة عشر أرجو أن يجوز وان كان عشرين في عشرين لا أجد في قلبي شيأ وروي عن محمد أنه قدره بمسجده فكان مسجده ثمانيا في ثمان وبه أخذ محمد بن سلمة وقيل كان مسجده عشرا في عشر وقيل مسح مسجده فوجد داخله ثمانيا في ثمان وخارجه عشرا في عشر وذكر الكرخي وقال لا عبرة للتقدير في الباب وانما المعتبر هو التحري فان كان أكبر رأيه أن النجاسة خلصت الى هذا الموضع الذي يتوضأ منه لا يجوز وان كان أكبر رأيه انها لم تصل اليه يجوز لأن العمل بغالب الرأي وأكبر الظن في الاحكام واجب الا يرى أن خبر الواحد العدل يقبل في نجاسة الماء وطهارته وان كان لا يفيد برد اليقين وكذلك قال أصحابنا في الغدير العظيم الذي لو حرك طرف منه لا يتحرك الطرف الآخر اذا وقعت فيه النجاسة انه ان كان في غالب الرأي انها وصلت الى الموضع الذي يتوضأ منه لا يجوز وان كان فيه انها لم تصل يجوز وذكر في كتاب الصلاة في الميزاب اذا سال على انسان انه ان كان غالب ظنه أنه نجس يجب غسله والا فلا وان لم يستقر قلبه على شيء لا يجب غسله في الحكم ولكن المستحب أن يغسل وأما حوض الحمام الذي يخلص بعضه الى بعض اذا وقعت فيه النجاسة أو توضأ انسان روي عن أبي يوسف انه ان كان الماء يجري من الميزاب والناس يغترفون منه لا يصير نجسا وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه بمنزلة الماء الجاري ولو تنجس الحوض الصغير بوقوع النجاسة فيه ثم بسط ماؤه حتى صار لا يخلص بعضه الى بعض فهو نجس لان المبسوط هو الماء النجس وقيل في الحوض الكبير وقعت فيه النجاسة ثم قل ماؤه حتى صار يخلص بعضه الى بعض انه طاهر لان المجتمع هو الماء الطاهر هكذا ذكره أبو بكر الاسكاف واعتبر حالة الوقوع ولو وقع في هذا القليل نجاسة ثم عاوده الماء حتى امتلأ الحوض ولم يخرج منه شيء قال أبو القاسم الصفار لا يجوز التوضؤ به لانه كلما دخل الماء فيه صار نجسا ولو أن حوضين صغيرين يخرج الماء من

أحدهما ويدخل في الآخر فتوضأ منه انسان في خلال ذلك جاز لانه ماء جار حوض حكم بنجاسته ثم نضب ماؤه وجف أسفله حتى حكم بطهارته ثم دخل فيه الماء ثانيا هل يعود نجسا فيه روايتان عن أبي حنيفة وكذا الارض اذا أصابتها النجاسة فجفت وذهب أثرها ثم عاودها الماء وكذا المني اذا أصاب الثوب فجف وفرك ثم أصابه بلل وكذا جلد الميتة اذا دبغ دباغة حكمية بالتشميس والتتريب ثم أصابه الماء ففي هذه المسائل كلها روايتان عن أبي حنيفة وأما البئر اذا تنجست فغار ماؤها وجف أسفلها ثم عاودها الماء فقال نصير بن يحيى هو طاهر وقال محمد بن سلمة هو نجس وكذا روى عن أبي يوسف وجه قول نصير ان تحت الارض ماء جار فيختلط الغائر به فلا يحكم بكون العائد نجسا بالشك وجه قول محمد بن سلمة أن ما نبع يحتمل أنه ماء جديد ويحتمل أنه الماء النجس فلا يحكم بطهارته بالشك وهذا القول أحوط والاول أوسع هذا اذا كان الماء الراكد له طول وعرض فان كان له طول بلا عرض كالانهار التي فيها مياه راكدة لم يذكر في ظاهر الرواية وعن أبي نصر محمد بن محمد بن سلام انه ان كان طول الماء مما لا يخلص بعضه الى بعض يجوز التوضؤ به وكان يتوضأ في نهر بلخ ويحرك الماء بيده ويقول لا فرق بين اجرائي اياه وبين جريانه بنفسه فعلى قوله لو وقعت فيه نجاسة لا ينجس ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وعن أبي سليمان الجوزجاني أنه قال لا يجوز التوضؤ فيه وعلى قوله لو وقعت فيه نجاسة أو بال فيه انسان أو توضأ ان كان في أحد الطرفين ينجس مقدار عشرة أذرع وان كان في وسطه ينجس من كل جانب مقدار عشرة أذرع فما ذهب اليه أبو نصر أقرب الى الحكم لان اعتبار العرض يوجب التنجيس واعتبار الطول لا يوجب فلا ينجس بالشك وما قاله أبو سليمان أقرب الى الاحتياط لان اعتبار الطول ان كان لا يوجب التنجيس فاعتبار العرض يوجب فيحكم بالنجاسة احتياطا وأما العمق فهل يشترط مع الطول والعرض عن أبي سليمان الجوزجاني أنه قال ان أصحابنا اعتبروا البسط دون العمق وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني ان كان بحال لو رفع انسان الماء بكفيه انحسر أسفله ثم اتصل لا يتوضأ به وان كان بحال لا ينحسر اسفله لا بأس بالوضوء منه وقيل مقدار العمق أن يكون زيادة على عرض الدرهم الكبير المثقال وقيل أن يكون قدر شبر وقيل قدر ذراع ثم النجاسة اذا وقعت في الحوض الكبير كيف يتوضأ منه فنقول النجاسة لا تخلوا اما أن تكون مرئية أو غير مرئية فان كانت مرئية كالجيفة ونحوها ذكر في ظاهر الرواية انه لا يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة ولكن يتوضأ من الجانب الآخر ومعناه انه يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير ثم يتوضأ كذا فسره في الاملاء عن أبي حنيفة لانا تيقنا بالنجاسة في ذلك الجانب وشككنا فيما وراءه وعلى هذا قالوا فيمن استنجى في موضع من حوض الحمام لا يجزيه أن يتوضأ من ذلك الموضع قبل تحريك الماء وروى عن أبي يوسف انه يجوز التوضؤ من أي جانب كان الا اذا تغير لونه أو طعمه أو ريحه لان حكمه حكم الماء الجاري ولو وقعت الجيفة في وسط الحوض على قياس ظاهر الرواية ان كان بين الجيفة وبين كل جانب من الحوض مقدار ما لا يخلص بعضه الى بعض يجوز التوضؤ فيه والا فلا لما ذكرنا وان كانت غير مرئية بان بال فيه انسان أو اغتسل جنب اختلف فيه المشايخ قال مشايخ العراق ان حكمه حكم المرئية حتى لا يتوضأ من ذلك الجانب وانما يتوضأ من الجانب الآخر لما ذكرنا في المرئية بخلاف الماء الجاري لأنه ينقل النجاسة من موضع الى موضع فلم يستيقن بالنجاسة في موضع الوضوء ومشايخنا بما وراء النهر فصلوا بينهما ففي غير المرئية أنه يتوضأ من أي جانب كان كما قالوا جميعا في الماء الجاري وهو الأصح لأن غير المرئية لا يستقر في مكان واحد بل ينتقل لكونه مائعا سيالا بطبعه فلم نستيقن بالنجاسة في الجانب الذي يتوضأ منه فلا نحكم بنجاسته بالشك على الأصل المعهود ان اليقين لا يزول بالشك بخلاف المرئية وهذا اذا كان الماء في الحوض غير جامد فان كان جامدا وثقب في موضع منه فان كان الماء غير متصل بالجمد يجوز التوضؤ منه بلا خلاف وان كان متصلا به فان كان الثقب واسعا بحيث لا يخلص بعضه الى بعض فكذلك لأنه بمنزلة الحوض الكبير وان كان الثقب صغيرا اختلف المشايخ فيه قال نصير بن يحيى وأبو بكر

الاسكاف لاخير فيه وسئل ابن المبارك فقال لابأس به وقال أليس الماء يضطرب تحته وهو قول الشيخ أبي حفص الكبير وهذا أوسع والأول أحوط وقالوا اذا حرك موضع الثقب تحريكا بليغا يعلم عنده ان ما كان راكدا ذهب عن هذا المكان وهذا ماء جديد يجوز بلا خلاف ولو وقعت نجاسة في الماء القليل فالماء القليل لايخلو من أن يكون في الأواني أو في البئر أو في الحوض الصغير فان كان في الأواني فهو نجس كيفما كانت النجاسة متجسدة أومائعة لانه لاضرورة في الأواني لامكان صونها عن النجاسات حتى لو وقعت بعرة أو بعرتان في المحلب عند الحلب ثم رميت من ساعتها لم ينجس اللبن كذا روى عنه خلف بن أيوب ونصير بن يحيى ومحمد بن مقاتل الرازي لمكان الضرورة وان كان في البئر فالواقع فيه لايخلو من أن يكون حيوانا أو غيره من النجاسات فان كان حيوانا فاما أن أخرج حيا واما ان أخرج ميتا فان أخرج حيا فان كان نجس العين كالخنزير ينجس جميع الماء وفي الكلب اختلاف المشايخ في كونه نجس العين فمن جعله نجس العين استدل بما ذكر في العيون عن أبي يوسف ان الكلب اذا وقع في الماء ثم خرج منه فانتفض فاصاب انسانا منه أكثر من قدر الدرهم لاتجوز صلاته وذكر في العيون أيضا ان كلبا لو أصابه المطر فانتفض فاصاب انسانا منه أكثر من قدر الدرهم ان كان المطر الذي أصابه وصل الى جلده فعليه أن يغسل الموضع الذي أصابه والا فلا ونص محمد في الكتاب قال وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير فدل انه نجس العين وجه قول من قال انه ليس نجس العين انه يجوز بيعه ويضمن متلفه ونجس العين ليس محلا للبيع ولا مضمونا بالاتلاف كالخنزير دل عليه انه يطهر جلده بالدباغ ونجس العين لايطهر جلده بالدباغ كالخنزير وكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الكلب والسنور وقعا في الماء القليل ثم خرجا انه ينجس بذلك ولذلك قال مشايخنا فيمن صلى وفي كمه جرو كلب انه تجوز صلاته وقيد الفقيه أبو جعفر الهندواني الجواز بكونه مسدود الفم فدل انه ليس بنجس العين وهذا أقرب القولين الى الصواب وان لم يكن نجس العين فان كان آدميا ليس على بدنه نجاسة حقيقية ولا حكمية وقد استنجى لا ينزح شئ في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه ينزح عشرون دلوا وهذه الرواية لا تصح لأن الماء انما يصير مستعملا بزوال الحدث أو بقصد القربة ولم يوجد شئ من ذلك وان كان على بدنه نجاسة حقيقية أولم يكن مستنجيا ينزح جميع الماء لاختلاط النجس بالماء وان كان على بدنه نجاسة حكمية بان كان محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفساء فعلى قول من لا يجعل هذا الماء مستعملا لا ينزح شئ لانه طهور وكذا على قول من جعله مستعملا وجعل الماء المستعمل طاهرا الا ان غير المستعمل أكثر فلا يخرج عن كونه طهورا مالم يكن المستعمل غالبا عليه كما لو صب اللبن في البئر بالاجماع او بالت شاة فيها عند محمد واما على قول من جعل هذا الماء مستعملا وجعل الماء المستعمل نجسا ينزح ماء البئر كله كما لو وقعت فيها قطرة من دم أو خمر وروى الحسن عن أبي حنيفة انه ان كان محدثا ينزح أربعون وان كان جنبا ينزح كله وهذه الرواية مشكلة لأنه لايخلو اما ان صار هذا الماء مستعملا أولا فان لم يصر مستعملا لايجب نزح شئ لانه بقي طهورا كما كان وان صار مستعملا فالماء المستعمل عند الحسن نجس نجاسة غليظة فينبغي أن يجب نزح جميع الماء وروي عن أبي حنيفة انه قال في الكافر اذا وقع في البئر ينزح ماء البئر كله لأن بدنه لايخلو عن نجاسة حقيقية أو حكمية حتى لو تيقنا بطهارته بأن اغتسل ثم وقع في البئر من ساعته لا ينزح منها شئ وأما سائر الحيوانات فان علم بيقين ان على بدنها نجاسة أو على مخرجها نجاسة تنجس الماء لاختلاط النجس به سواء وصل فمه الى الماء أولا وان لم يعلم ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم العبرة لاباحة الأكل وحرمته ان كان مأكول اللحم لا ينجس ولا ينزح شئ سواء وصل لعابه الى الماء أولا وان لم يكن مأكول اللحم ينجس سواء كان على بدنه أو مخرجه نجاسة أولا وقال بعضهم المعتبر هو السؤر فان كان لم يصل فمه الى الماء لا ينزح شئ وان وصل فان كان سؤره طاهرا فالماء طاهر ولا ينزح منه شئ وان كان نجسا فالماء نجس وينزح كله وان كان مكروها يستحب أن ينزح عشر دلاء وان كان مشكوكا فيه فالماء

كذلك وينزح كله كذا ذكر في الفتاوى عن أبي يوسف وذكر ابن رستم في نوادره ان المستحب في الفأرة نزح
عشرين وفي الهرة نزح أربعين لأن ما كان أعظم جثة كان أوسع فما وأكثر اماما وذكر في فتاوى أهل بلخ
اذا وقعت وزغة في بئر فأخرجت حية يستحب نزح أربع دلاء الى خمس أو ست وروى عن أبي حنيفة وأبي
يوسف في البقر والابل انه ينجس الماء لأنها تبول بين أفخاذها فلا تخلو عن البول غير ان عند أبي حنيفة ينزح
عشرون دلوا لان بول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة خفيفة وقد ازداد خفة بسبب البئر فينزح أدنى ما ينزح
من البئر وذلك عشرون وعند أبي يوسف ينزح ماء البئر كله لاستواء النجاسة الخفيفة والغليظة في حكم تنجيس
الماء هذا كله اذا خرج حيا فان خرج ميتا فان كان منتفخا أو متفسخا نزح ماء البئر كله وان لم يكن منتفخا ولا متفسخا
ذكر في ظاهر الرواية وجعله ثلاث مراتب في الفأرة ونحوها ينزح عشرون دلوا أو ثلاثون وفي الدجاج ونحوه
أربعون أو خمسون وفي الآدمي ونحوه ماء البئر كله وروى الحسن عن أبي حنيفة وجعله خمس مراتب في
الحلمة ونحوها ينزح عشر دلاء وفي الفأرة ونحوها عشرون وفي الحمام ونحوه ثلاثون وفي الدجاج ونحوه أربعون
وفي الآدمي ونحوه ماء البئر كله وقوله في الكتاب ينزح في الفأرة عشرون أو ثلاثون وفي الهرة أربعون
أو خمسون لم يرد به التخيير بل أراد به عشرين وجوبا وثلاثين استحبابا وكذا في الاربعين والخمسين وقال بعضهم
انما قال ذلك لاختلاف الحيوانات في الصغر والكبر ففي الصغير منها ينزح الاقل وفي الكبير ينزح الاكثر
والاصل في البئر انه وجد فيها قياسان أحدهما ما قاله بشر بن غياث المريسي انه يطم ويحفر في موضع آخر لان غاية
ما يمكن ان ينزح جميع الماء لكن يبقى الطين والحجارة نجسا ولا يمكن كبه ليغسل والثاني ما نقل عن محمد انه قال
اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف ان ماء البئر في حكم الماء الجاري لانه ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فلا ينجس
بوقوع النجاسة فيه كحوض الحمام اذا كان يصب الماء فيه من جانب ويغترف من جانب آخر انه لا ينجس بادخال
اليد النجسة فيه ثم قلنا وما علينا لو أمرنا بنزح بعض الدلاء ولا نخالف السلف الا انا تركنا القياسين الظاهرين
بالخبر والاثر وضرب من الفقه الخفي اما الخبر فما روى القاضي أبو جعفر الاستروشني باسناده عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال في الفأرة تموت في البئر ينزح منها عشرون وفي رواية ينزح ثلاثون دلوا وأما الاثر فما روى عن علي
رضي الله عنه انه قال ينزح عشرون وفي رواية ثلاثون وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في دجاجة
ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلوا وعن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما انهما أمرا بنزح جميع ماء زمزم
حين مات فيها زنجي وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فانعقد الاجماع عليه وأما
الفقه الخفي فهو ان في هذه الاشياء دماء مسفوحا وقد تشرب في أجزائها عند الموت فنجسها وقد جاورت هذه الاشياء
الماء والماء يتنجس أو يفسد بمجاورة النجس لان الأصل ان ما جاور النجس نجس بالشرع قال صلى الله عليه
وسلم في الفأرة تموت في السمن الجامد يقور ما حولها ويلقى ويؤكل الباقي فقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بنجاسة
جار النجس وفي الفأرة ونحوها ما يجاورها من الماء مقدار ما قدره أصحابنا وهو عشرون دلوا أو ثلاثون لصغر
جثتها فحكم بنجاسة هذا القدر من الماء لان ما وراء هذا القدر لم يجاور الفأرة بل جاور ما جاور الفأرة والشرع ورد
بتنجيس جار النجس لا بتنجيس جار جار النجس الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بطهارة ما جاور السمن الذي
جاور الفأرة وحكم بنجاسة ما جاور الفأرة وهذا لان جار جار النجس لو حكم بنجاسته لحكم ايضا بنجاسة ما جاور
جار جار النجس ثم هكذا الى ما لا نهاية له فيؤدي الى ان قطرة من بول أو فأرة لو وقعت في بحر عظيم ان يتنجس جميع
مائه لاتصال بين أجزائه وذلك فاسد وفي الدجاجة والسنور واشباه ذلك المجاورة أكثر لزيادة ضخامة في جثتها
فقدر بنجاسة ذلك القدر والادمي وما كانت جثته مثل جثته كالشاة ونحوها يجاور جميع الماء في العادة لعظم
جثته فيوجب تنجيس جميع الماء وكذا اذا تفسخ شيء من هذه الواقعات أو انتفخ لأن عند ذلك تخرج البلة منها
لرخاوة فيها فتجاور جميع اجزاء الماء وقيل ذلك لا يجاور الا قدر ما ذكرنا لصلابة فيها ولهذا قال محمد اذا وقع في

البئر ذنب فأرة ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن بلة فيجاورا جزاء الماء فيفسده اهـ هذا اذا كان الواقع واحدا فان كان أكثر روى عن أبي يوسف انه قال في الفأرة ونحوها ينزح عشرون الى الاربع فاذا بلغت خمسا ينزح أربعون الى التسع فاذا بلغت عشرا ينزح ماء البئر كله وروى عن محمد انه قال في الفأرتين ينزح عشرون وفي الثلاث أربعون واذا كانت الفأرتان كهيئة الدجاج ينزح أربعون هذا اذا كان الواقع في البئر حيوانا فان كان غيره من الانجاس فلا يخلو اما ان يكون مستجسدا أو غير مستجسد فان كان غير مستجسد كالبول والدم والخمر ينزح ماء البئر كله لان النجاسة خلصت الى جميع الماء وان كان مستجسدا فان كان رخوا متخلخل الاجزاء كالعذرة وخرء الدجاج ونحوهما ينزح ماء البئر كله قليلا كان أو كثيرا رطبا كان أو يابسا لانه لرخاوته يتفتت عند ملاقاة الماء فتختلط أجزاؤه باجزاء الماء فيفسده وان كان صلبا نحو بعر الابل والغنم ذكر في الاصل ان القياس ان ينجس الماء قل الواقع فيه أو كثر وفي الاستحسان ان كان قليلا لا ينجس وان كان كثيرا ينجس ولم يفصل بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر واختلف المشايخ قال بعضهم ان كان رطبا ينجس قليلا كان أو كثيرا وان كان يابسا فان كان منكسرا ينجس قل أو كثر وان لم يكن منكسرا لا ينجس ما لم يكن كثيرا وتكلموا في الكثير قال بعضهم ان يغطي جميع وجه الماء وقال بعضهم ربع وجه الماء وقال بعضهم الثلاث كثير لانه ذكر في الجامع الصغير في بعرة أو بعرتين وقعتا في الماء لا يفسد الماء ولم يذكر الثلاث فدل على ان الثلاث كثير وعن محمد بن سلمة ان كان لا يسلم كل دلو عن بعرة أو بعرتين فهو كثير وقال بعضهم الكثير ما استكثره الناظر وهو الصحيح وروى عن الحسن بن زياد انه قال ان كان يابسا لا ينجس صحيحا كان أو منكسرا قليلا كان أو كثيرا وان كان رطبا وهو قليل لا يمنع للضرورة وعن أبي يوسف في الروث اليابس اذا وقع في البئر ثم أخرج من ساعته لا ينجس والاصل في هذا ان للمشايخ في القليل من البعر اليابس الصحيح طريقتين احداهما ان لليابس صلابة فلا يختلط شيء من اجزائه باجزاء الماء فهذا يقتضي ان الرطب ينجس باختلاط رطوبته باجزاء الماء وكذلك ذكر في النوادر والحاكم في الاشارات وكذا اليابس المنكسر لما قلنا وكذا الروث لانه شيء رخو يداخله الماء لتخلخل اجزائه فتختلط اجزاؤه باجزاء الماء ويقتضي أيضا ان الكثير من اليابس الصحيح لا ينجس وكذلك قال الحسن بن زياد والصحيح ان الكثير ينجس لانه اذا كثرت تقع المماسة بينها فيصطك البعض بالبعض فتتفتت اجزاؤها فتنجس والطريقة الثانية ان آبار الفلوات لا حاجز لها على رؤسها وتأتيها الانعام فتسقى فتبعر فاذا يبست الابعار عملت فيها الريح فالقتها في البئر فلو حكم بفساد المياه لضاق الامر على سكان البوادي وما ضاق أمره اتسع حكمه فعلى هذه الطريقة الكثير منه يفسد المياه لانعدام الضرورة في الكثير وكذا الرطب لان الريح تعمل في اليابس دون الرطب لثقله واليه أشار الشيخ أبو منصور الماتريدي وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل ان الرطب واليابس سواء لتحقق الضرورة في الجملة فاما اليابس المنكسر فلا يفسد اذا كان قليلا لان الضرورة في المنكسر أشد والروث ان كان في موضع يتقدر بهذه الضرورة فالجواب فيه كالجواب في البعر هذا في آبار الفلوات (واما) الآبار التي في المصر فاختلف فيها المشايخ فمن اعتمد معنى الصلابة والرخاوة لا يفرق لان ذلك المعنى لا يختلف ومن اعتبر الضرورة فرق بينهما لان آبار الامصار لها رؤس حاجزة فيقع الامن عن الوقوع فيها ولو انفصلت بيضة من دجاجة فوقعت في البئر من ساعتها اختلف المشايخ فيه قال نصير بن يحيى ينتفع بالماء ما لم يعلم ان عليها قذرا وقال بعضهم ان كانت رطبة أفسدت وان كانت يابسة فوقعت في الماء أو في المرقة لا تفسدهما وهي حلال اشتد قشرها أو لم يشتد وعند الشافعي ان اشتد قشرها تحل والا فلا ولو سقطت السخلة من أمها وهي مبتلة فهي نجسة حتى لو حملها الراعي فاصاب بللها الثوب أكثر من قدر الدرهم منع جواز الصلاة ولو وقعت في الماء في ذلك الوقت أفسدت الماء واذا يبست فقد طهرت وذكر الفقيه أبو جعفر ان هذا الجواب موافق قولهما فاما في قياس قول أبي حنيفة فالبيضة طاهرة رطبة كانت أو يابسة وكذا السخلة لانها كانت في مكانها ومعدنها كما قال في

الانفحة

الانفحة اذا اخرجت بعد الموت انها طاهرة جامدة كانت أو مائعة وعندهما ان كانت مائعة فنجسة وان كانت جامدة تطهر بالغسل ولو وقع عظم الميتة في البئر فان كان عظم الخنزير أفسده كيفما كان واما عظم غيره فان كان عليه لحم أو دسم يفسد الماء لأن النجاسة تشيع في الماء وان لم يكن عليه شيء لم يفسد لان العظم طاهر بئر وجب منها نزح عشرين دلوا فنزح الدلو الاول وصب في بئر طاهرة ينزح منها عشرون دلوا والاصل في هذا ان البئر الثانية تطهر بما تطهر به الاولى حين كان الدلو المصبوب فيها ولو صب الدلو الثاني ينزح تسعة عشر دلوا ولو صب الدلو العاشر في رواية أبي سليمان ينزح عشرة دلاء وفي رواية أبي حفص أحد عشر دلوا وهو الاصح والتوفيق بين الروايتين ان المراد من الاولى سوى المصبوب ومن الثانية مع المصبوب ولو صب الدلو الاخير ينزح دلوا واحدا لان طهارة الاولى به ولو أخرجت الفأرة وألقيت في بئر طاهرة وصب فيها أيضا عشرون دلوا من ماء الاولى تطرح الفأرة وينزع عشرون دلوا لان طهارة الاولى به فكذا الثانية بئران وجب من كل واحدة منهما نزح عشرين فنزح عشرون من أحدهما وصب في الاخرى ينزح عشرون ولو وجب من احداهما نزح عشرين ومن الاخرى نزح أربعين فنزح ما وجب من احداهما وصب في الاخرى ينزح أربعون والاصل فيه ان ينظر الى ما وجب من النزح منها والى ما صب فيها فان كانا سواء تداخلا وان كان أحدهما أكثر دخل القليل في الكثير وعلى هذا ثلاثة آبار وجب من كل واحدة نزح عشرين فنزح الواجب من البئرين وصب في الثالثة ينزح أربعون فلو وجب من احداهما نزح عشرين ومن الاخرى نزح أربعين فصب الواجبان في بئر طاهرة ينزح أربعون لما قلنا من الاصل ولو نزح دلو من الاربعين وصب في العشرين ينزح أربعون لانه لو صب في بئر طاهرة نزح كذلك فكذا هذا وهذا كله قول محمد وعن أبي يوسف روايتان في رواية ينزح جميع الماء وفي رواية ينزح الواجب والمصبوب جميعا فقيل له ان محمدا روى عنك الاكثر فانكر فأرة وقعت في حب ماء وماتت فيها يهراق كله ولو صب ماؤه في بئر طاهرة فعند أبي يوسف ينزح المصبوب وعشرون دلوا وعند محمد ينظر الى ماء الحب فان كان عشرين دلوا أو أكثر نزح ذلك القدر وان كان أقل من عشرين نزح عشرون لان الحاصل في البئر نجاسة الفأرة فأرة ماتت في البئر وأخرجت فجاؤا بدلو عظيم يسع عشرين دلوا بدلوهم فاستقوا منها دلوا واحدا اجزأهم وطهرت البئر لان الماء النجس قدر ما جاور الفأرة فلا فرق بين ان ينزح ذلك بدلو واحد وبين ان ينزح بعشرين دلوا وكان الحسن بن زياد يقول لا يطهر الا بنزح عشرين دلوا لان عند تكرار النزح ينبع الماء من أسفله ويؤخذ من أعلاه فيكون في حكم الماء الجاري وهذا لا يحصل بدلو واحد وان كان عظيما ولو صب الماء المستعمل في البئر ينزح كله عند أبي يوسف لانه نجس عنده وعند محمد ينزح عشرون دلوا كذا ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي وفيه نظر لان الماء المستعمل طاهر عند محمد والطاهر اذا اختلط بالطهور لا يغيره عن صفة الطهورية الا اذا غلب عليه كسائر المائعات الطاهرة ويحتمل ان يقال ان طهارته غير مقطوع بها لكونه محل الاجتهاد بخلاف المائعات فينزح أدنى ما ورد الشرع به وذلك عشرون احتياطا ولو نزح ماء البئر وبقي الدلو الاخير فهذا على ثلاثة أوجه اما ان لم ينفصل عن وجه الماء أو انفصل ونحي عن رأس البئر او انفصل ولم ينح عن رأس البئر فان لم ينفصل عن وجه الماء لا يحكم بطهارة البئر حتى لا يجوز التوضؤ منه لان النجس لم يتميز من الطاهر وان انفصل عن وجه الماء ونحي عن رأس البئر طهر لان النجس قد تميز من الطاهر واما اذا انفصل عن وجه الماء ولم ينح عن رأس البئر والماء يتقاطر فيه لا يطهر عند أبي يوسف وعند محمد يطهر ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة وذكر الحاكم قوله مع قول أبي يوسف وجه قول محمد ان النجس انفصل من الطاهر فان الدلو الاخير تعين للنجاسة شرعا بدليل انه اذا نحي عن رأس البئر يبقى الماء طاهرا وما يتقاطر فيها من الدلو سقط اعتبار نجاسته شرعا دفعا للحرج اذ لو أعطي للقطرات حكم النجاسة لم يطهر بئر أبدا وبالناس حاجة الى الحكم بطهارة الآبار بعد وقوع النجاسات فيها وجه قولهما انه لا يمكن الحكم بطهارة البئر الا بعد انفصال النجس عنها وهو ماء الدلو الاخير ولا يتحقق الانفصال الا بعد تنحية الدلو عن البئر لان ماءه متصل بماء البئر ولم

يوجد فلا يحكم بطهارة البئر ولانه لو جعل منفصلا لا يمكن القول بطهارة البئر لان القطرات تقطر في البئر فاذا كان منفصلا كان له حكم النجاسة فتنجس البئر ثانيا لأن ماء البئر قليل والنجاسة وان قلت متى لاقت ماء قليلا تنجسه فكان هذا تطهير البئر أولا ثم تنجيسا له ثانيا وانه اشتغال بما لا يفيد وسقوط اعتبار نجاسة القطرات لا يجوز الا لضرورة والضرورة تندفع بان يعطى لهذا الدلو حكم الانفصال بعد انعدام التقاطر بالتنحية عن رأس البئر فلا ضرورة الى تنجيس البئر بعد الحكم بطهارتها ولو توضأ من بئر وصلى أياما ثم وجد فيها فارة فان علم وقت وقوعها أعاد الصلاة من ذلك الوقت لانه تبين أنه توضأ بماء نجس وان لم يعلم فالقياس أن لا يعيد شيأ من الصلوات ما لم يستيقن بوقت وقوعها وهو قول أبي يوسف ومحمد وفي الاستحسان ان كانت منتفخة أو منفسخة أعاد صلاة ثلاثة أيام ولياليها وان كانت غير منتفخة ولا منفسخة لم يذكر في ظاهر الروايه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعيد صلاة يوم وليلة ولو اطلع على نجاسة في ثوبه أكثر من قدر الدرهم ولم يتيقن وقت اصابتها لا يعيد شيأ من الصلاة كذا ذكر الحاكم الشهيد وهو رواية بشر المريسي عن أبي حنيفة وروى عن أبي حنيفة انها ان كانت طرية يعيد صلاة يوم وليلة وان كانت يابسة يعيد صلاة ثلاثة أيام بلياليها وروى ابن رستم في نوادره عن أبي حنيفة انه ان كان دما لا يعيد وان كان منيا يعيد من آخر ما احتلم لأن دم غيره قد يصيبه والظاهر أن الاصابة لم تتقدم زمان وجوده فاما مني غيره فلا يصيب ثوبه فالظاهر أنه منيه فيعتبر وجوده من وقت وجود سبب خروجه حتى ان الثوب لو كان مما يلبسه هو وغيره يستوي فيه حكم الدم والمني ومشايخنا قالوا في البول يعتبر من آخر ما بال وفي الدم من آخر ما رعف وفي المني من آخر ما احتلم أو جامع وجه القياس في المسئلة أنه تيقن طهارة الماء فيما مضى وشك في نجاسته لأنه يحتمل أنها وقعت في الماء وهي حية فماتت فيه ويحتمل انها وقعت ميتة بان ماتت في مكان آخر ثم ألقاها بعض الطيور في البئر على ما حكي عن أبي يوسف أنه قال كان قولي مثل قول أبي حنيفة الى ان كنت يوما جالسا في بستاني فرأيت حدأة في منقارها جيفة فطرحتها في بئر فرجعت عن قول أبي حنيفة فوقع الشك في نجاسة الماء فيما مضى فلا يحكم بنجاسته بالشك وصار كما اذا رأى في ثوبه نجاسة ولا يعلم وقت اصابتها أنه لا يعيد شيأ من الصلوات كذا هذا وجه الاستحسان أن وقوع الفارة في البئر سبب لموتها والموت متى ظهر عقيب سبب صالح يحال به عليه كموت المجروح فانه يحال به الى الجرح وان كان يتوهم موته بسبب آخر واذا حيل بالموت الى الوقوع في الماء فأدنى ما يتفسخ فيه الميت ثلاثة أيام ولهذا يصلى على قبر ميت لم يصل عليه الى ثلاثة أيام وتوهم الوقوع بعد الموت احالة بالموت الى سبب لم يظهر وتعطيل للسبب الظاهر وهذا لا يجوز فبطل اعتبار الوهم والتحق الموت في الماء بالمتحقق الا اذا قام دليل المعاينة بالوقوع في الماء ميتا فحينئذ يعرف بالمشاهدة أن الموت غير حاصل بهذا السبب ولا كلام فيه وأما اذا لم تكن منتفخة فلانا اذا أحلنا بالموت الى الوقوع في الماء ولا شك أن زمان الموت سابق على زمان الوجود خصوصا في الآبار المظلمة العميقة التي لا يعاين ما فيها ولذا يعلم يقينا أن الواقع لا يخرج باول دلو فقدر ذلك بيوم وليلة احتياطا لانه أدنى المقادير المعتبرة (والفرق) بين البئر والثوب على رواية الحاكم أن الثوب شيء ظاهر فلو كان ما أصابه سابقا على زمان الوجود لعلم به في ذلك الزمان فكان عدم العلم قبل ذلك دليل عدم الاصابة بخلاف البئر على ما مر وعلى هذا الخلاف اذا عجن بذلك الماء انه يؤكل خبزه عندهما وعند أبي حنيفة لا يؤكل واذا لم يؤكل ماذا يصنع به قال مشايخنا يطعم للكلاب لأن ما تنجس باختلاط النجاسة به والنجاسة معلومة لا يباح أكله ويباح الانتفاع به فيما وراء الاكل كالدهن النجس أنه ينتفع به استصباحا اذا كان الطاهر غالبا فكذا هذا وبئر الماء اذا كانت بقرب من البالوعة لا يفسد الماء ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وقدر أبو حفص المسافة بينهما بسبعة أذرع وأبو سليمان بخمسة وذا ليس بتقدير لازم لتفاوت الاراضي في الصلابة والرخاوة ولكنه خرج على الاغلب ولهذا قال محمد بعد هذا التقدير لو كان بينهما سبعة أذرع ولكن يوجد طعمه أو ريحه لا يجوز التوضؤ به فدل على أن العبرة بالخلوص وعدم الخلوص وذلك يعرف بظهور ما ذكر من الآثار وعدمه ثم الحيوان اذا مات في المائع القليل فلا يخلو اما ان كان له

دم سائل أولم يكن ولا يخلو اما ان يكون بريا أومائيا ولا يخلو اما ان مات فى الماء أوفى غير الماء فان لم يكن له دم سائل كالذباب والزنبور والعقرب والسمك والجراد ونحوها لا ينجس بالموت ولا ينجس ما يموت فيه من المائع سواء كان ماء أوغيره من المائعات كالخل واللبن والعصير وأشباه ذلك وسواء كان بريا أومائيا كالعقرب المائى ونحوه وسواء كان السمك طافيا أوغيره لما ف وقال الشافعى ان كان شيأ يتولد من المائع كدود الخل أوما يباح أكله بعد الموت كالسمك والجراد لا ينجس قولا واحدا وله فى الذباب والزنبور قولان (ويحتج) بظاهر قوله تعالى حرمت عليكم الميتة ثم خص منه السمك والجراد بالحديث والذباب والزنبور بالضرورة (ولنا) ما ذكرنا أن نجاسة الميتة ليست لعين الموت فان الموت موجود فى السمك والجراد ولا يوجب التنجيس ولكن لما فيها من الدم المسفوح ولا دم فى هذه الاشياء وان كان له دم سائل فان كان بريا ينجس بالموت وينجس المائع الذى يموت فيه سواء كان ماء أوغيره وسواء مات فى المائع أوفى غيره ثم وقع فيه كسائر الحيوانات الدموية لأن الدم السائل نجس فينجس ما يجاوره الا الآدمى اذا كان مغسولا لأنه طاهر الا يرى أنه تجوز الصلاة عليه وان كان مائيا كالضفدع المائى والسرطان ونحو ذلك فان مات فى الماء لا ينجسه فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول أنه قال لو أن حية من حيات الماء ماتت فى الماء ان كانت بحال لو جرحت لم يسل منها الدم لا توجب التنجيس وان كانت لو جرحت لسال منها الدم توجب التنجيس وجه ظاهر الرواية ما علل به محمد فى كتاب الصلاة فقال لأن هذا مما يعيش فى الماء ثم ان بعض المشايخ وهم مشايخ بلخ فهموا من تعليل محمد أنه لا يمكن صيانة المياه عن موت هذه الحيوانات فيها لأن معدنها الماء فلو أوجب موتها فيها التنجيس لوقع الناس فى الحرج وبعضهم وهم مشايخ العراق فهموا من تعليله انها اذا كانت تعيش فى الماء لا يكون لها دم اذ الدموى لا يعيش فى الماء لمخالفة بين طبيعة الماء وبين طبيعة الدم فلم تتنجس فى نفسها لعدم الدم المسفوح فلا توجب تنجيس ما جاورها ضرورة وما يرى فى بعضها من صورة الدم فليس بدم حقيقة الا ترى أن السمك يحل بغير ذكاة مع أن الذكاة شرعت لاراقة الدم المسفوح ولذا اذا شمس دمه يبيض ومن طبع الدم انه اذا شمس اسود وان مات فى غير الماء فعلى قياس العلة الاولى يوجب التنجيس لانه يمكن صيانة سائر المائعات عن موتها فيها وعلى قياس العلة الثانية لا يوجب التنجيس لانعدام الدم المسفوح فيها وروى عن نصير بن يحيى أنه قال سألت أبا مطيع البلخى وأبا معاذ عن الضفدع يموت فى العصير فقالا يصب وسألت أبا عبد الله البلخى ومحمد بن مقاتل الرازى فقالا لا يصب وعن أبى نصر محمد بن محمد بن سلام أنه كان يقول يفسد وذكر الكرخى عن أصحابنا أن كل ما لا يفسد الماء لا يفسد غير الماء وهكذا روى هشام عنهم وهذا أشبه بالفقه والله أعلم ويستوى الجواب بين المنفسخ وغيره فى طهارة الماء ونجاسته الا أنه يكره شرب المائع الذى تفسخ فيه لانه لا يخلو عن أجزاء ما يحرم أكله ثم الحد الفاصل بين المائى والبرى أن المائى هو الذى لا يعيش الا فى الماء والبرى هو الذى لا يعيش الا فى البر وأما الذى يعيش فيهما جميعا كالبط والأوز ونحو ذلك فلا خلاف أنه اذا مات فى غير الماء يوجب التنجيس لأن له دما سائلا والشرع لم يسقط اعتباره حتى لا يباح أكله بدون الذكاة بخلاف السمك وان مات فى الماء روى الحسن عن أبى حنيفة أنه يفسد هذا الذى ذكرنا حكم وقوع النجاسة فى المائع فأما اذا اصاب الثوب أو البدن أو مكان الصلاة أما حكم الثوب والبدن فنقول وبالله التوفيق النجاسة لا تخلو اما ان كانت غليظة او خفيفة قليلة أو كثيرة أما النجاسة القليلة فانها لا تمنع جواز الصلاة سواء كانت خفيفة أو غليظة استحسانا والقياس أن تمنع وهو قول زفر والشافعى الا اذا كانت لا تأخذها العين او ما لا يمكن الاحتراز عنه وجه القياس أن الطهارة عن النجاسة الحقيقية شرط جواز الصلاة كما أن الطهارة عن النجاسة الحكمية وهى الحدث شرط ثم هذا الشرط ينعدم بالقليل من الحدث بأن بقى على جسده لمعة فكذا بالقليل من النجاسة الحقيقية (ولنا) ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه سئل عن القليل من النجاسة فى الثوب فقال اذا كان مثل ظفرى هذا لا يمنع جواز الصلاة ولان القليل من النجاسة مما لا يمكن الاحتراز عنه فان

الذباب يقعن على النجاسة ثم يقعن على ثياب المصلى ولا بد وان يكون على اجنحتهن وأرجلهن نجاسة قليلة فلو لم يجعل عفوا لوقع الناس فى الحرج ومثل هذه البلوى فى الحدث منعدمة ولانا أجمعنا على جواز الصلاة بدون الاستنجاء بالماء ومعلوم أن الاستنجاء بالاحجار لا يستأصل النجاسة حتى لو جلس فى الماء القليل أفسده فهو دليل ظاهر على أن القليل من النجاسة عفو ولهذا قدرنا بالدرهم على سبيل الكناية عن موضع خروج الحدث كذا قاله ابراهيم النخعى انهم استقبحوا ذكر المقاعد فى مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم تحسينا للعبارة وأخذا بصالح الادب وأما النجاسة الكثيرة فتمنع جواز الصلاة واختلفوا فى الحد الفاصل بين القليل والكثير من النجاسة قال ابراهيم النخعى اذا بلغ مقدار الدرهم فهو كثير وقال الشعبى لا يمنع حتى يكون أكثر من قدر الدرهم الكبير وهو قول عامة العلماء وهو الصحيح لما روينا عن عمر رضى الله عنه انه عد مقدار ظفره من النجاسة قليلا حيث لم يجعله مانعا من جواز الصلاة وظفره كان قريبا من كفنا فعلم أن قدر الدرهم عفو ولان أثر النجاسة فى موضع الاستنجاء عفو وذلك يبلغ قدر الدرهم خصوصا فى حق المبطون ولان فى ديننا سعة وما قلناه أوسع فكان أليق بالحنيفية السمحة ثم لم يذكر فى ظاهر الرواية صريحا أن المراد من الدرهم الكبير من حيث العرض والمساحة أو من حيث الوزن وذكر فى النوادر الدرهم الكبير ما يكون عرض الكف وهذا موافق لما روينا من حديث عمر رضى الله عنه لان ظفره كان كعرض كف أحدنا وذكر الكرخى مقداره ساحة الدرهم الكبير وذكر فى كتاب الصلاة الدرهم الكبير المثقال فهذا يشير الى الوزن وقال الفقيه أبو جعفر الهندوانى لما اختلفت عبارات محمد فى هذا فنوفق ونقول أراد بذكر العرض تقدير المائع كالبول والخمر ونحوهما وبذكر الوزن تقدير المستجسد كالعذرة ونحوها فان كانت أكثر من مثقال ذهب وزنا تمنع والا فلا وهو المختار عند مشايخنا بما وراء النهر وأما حد الكثير من النجاسة الخفيفة فهو الكثير الفاحش فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال سألت أبا حنيفة عن الكثير الفاحش فكره أن يحد له حدا وقال الكثير الفاحش ما يستفحشه الناس ويستكثرونه وروى الحسن عنه أنه قال شبر فى شبر وهو المروى عن أبى يوسف أيضا وروى عنه ذراع فى ذراع وروى أكثر من نصف الثوب وروى نصف الثوب ثم فى رواية نصف كل الثوب وفى رواية نصف طرف منه أما التقدير بأكثر من النصف فلان الكثرة والقلة من الأسماء الاضافية لا يكون الشئ قليلا الا أن يكون بمقابلته كثير وكذا لا يكون كثيرا الا وأن يكون بمقابلته قليل والنصف ليس بكثير لانه ليس فى مقابلته قليل فكان الكثير أكثر من النصف لان بمقابلته ما هو أقل منه وأما التقدير بالنصف فلان العفو هو القليل والنصف ليس بقليل اذ ليس بمقابلته ما هو أقل منه وأما التقدير بالشبر فلان أكثر الضرورة تقع لباطن الخفاف وباطن الخفين شبر فى شبر وأما التقدير بالذراع فلان الضرورة فى ظاهر الخفين وباطنهما وذلك ذراع فى ذراع وذكر الحاكم فى مختصره عن أبى حنيفة ومحمد الربع وهو الاصح لان للربع حكم الكل فى أحكام الشرع فى موضع الاحتياط ولا عبرة بالكثرة والقلة حقيقة الا ترى أن الدرهم جعل حدا فاصلا بين القليل والكثير شرعا مع العدام ما ذكر الا أنه لا يمكن التقدير بالدرهم فى بعض النجاسات لانحطاط رتبتها عن المنصوص عليها فقدر بما هو كثير فى الشرع فى موضع الاحتياط وهو الربع واختلف المشايخ فى تفسير الربع قيل ربع جميع الثوب لانهما قدراه بربع الثوب والثوب اسم للكل وقيل ربع كل عضو وطرف اصابته النجاسة من اليد والرجل والذيل والكم والدخريص لان كل قطعة منها قبل الخياطة كان ثوبا على حدة فكذا بعد الخياطة وهو الأصح ثم لم يذكر فى ظاهر الرواية تفسير النجاسة الغليظة والخفيفة وذكر الكرخى أن النجاسة الغليظة عند أبى حنيفة ما ورد نص على نجاسته ولم يرد نص على طهارته معارضا له وان اختلف العلماء فيه والخفيفة ما تعارض نصان فى طهارته ونجاسته وعند أبى يوسف ومحمد الغليظة ما وقع الاتفاق على نجاسته والخفيفة ما اختلف العلماء فى نجاسته وطهارته (اذا) عرف هذا الاصل فالأرواث كلها نجسة نجاسة غليظة عند أبى حنيفة لأنه ورد نص يدل على نجاستها وهو ما روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم طلب منه ليلة الجن أحجار الاستنجاء

فاتى بحجرين و روثة فاخذ الحجرين ورمى بالروثة وقال انها رجس أو ركس أى نجس وليس له نص معارض وانما قال بعض العلماء بطهارتها بالرأى والاجتهاد والاجتهاد لا يعارض النص فكانت نجاستها غليظة وعلى قولهما نجاستها خفيفة لان العلماء اختلفوا فيها وبول مالا يؤكل لحمه نجس نجاسة غليظة بالاجماع على اختلاف الاصلين (أما) عنده فلانعدام نص معارض لنص النجاسة (وأما) عندهما فلوقوع الاتفاق على نجاسته وبول مايؤكل لحمه نجس نجاسة خفيفة بالاتفاق اما عنده فلتعارض النصين وهما حديث العرنيين مع حديث عمار وغيره فى البول مطلقا وأما عندهما فلاختلاف العلماء فيه (وأما) العذرات وخرء الدجاج والبط فنجاستها غليظة بالاجماع على اختلاف الاصلين هذا على وجه البناء على الاصل الذى ذكره الكرخى (وأما) الكلام فى الأوراث على طريقة الابتداء فوجه قولهما أن فى الأوراث ضرورة وعموم البلية لكثرتها فى الطرقات فتتعذر صيانة الخفاف والنعال عنها وماعمت بليته خفت قضيته بخلاف خرء الدجاج والعذرة لان ذلك قلما يكون فى الطرق فلا تعم البلوى باصابته وبخلاف بول مايؤكل لحمه لان ذلك تنشفه الارض ويجف بها فلا تكثر اصابته الخفاف والنعال وروى عن محمد فى الروث انه لا يمنع جواز الصلاة وان كان كثيرا فاحشا وقيل ان هذا آخر أقاويله حين كان بالرى وكان الخليفة بها فرأى الطرق والخانات مملوءة من الاوراث وللناس فيها بلوى عظيمة فعلى هذا القياس قال بعض مشايخنا بما وراء النهر ان طين بخارى اذا أصاب الثوب لا يمنع جواز الصلاة وان كان كثيرا فاحشا لبلوى الناس فيه لكثرة العذرات فى الطرق وأبو حنيفة احتج بقوله تعالى من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين جمع بين الفرث والدم لكونهما نجسين ثم بين الاعجوبة للخلق فى اخراج ماهو نهاية فى الطهارة وهو اللبن من بين شيئين نجسين مع كون الكل مائعا فى نفسه ليعرف به كمال قدرته والحكيم انما يذكر ماهو النهاية فى النجاسة ليكون اخراجه ماهو النهاية فى الطهارة من بين ماهو النهاية فى النجاسة نهاية فى الاعجوبة وآية لكمال القدرة ولانها مستخبثة طبعا ولا ضرورة فى اسقاط اعتبار نجاستها لأنها وان كثرت فى الطرقات فالعيون تدركها فيمكن صيانة الخفاف والنعال كما فى بول مالا يؤكل لحمه والارض وان كانت تنشف الأبوال فالهواء يجفف الأرواث فلا تلتزق بالمكاعب والخفاف على أنا اعتبرنا معنى الضرورة بالعفو عن القليل منها وهو الدرهم فما دونه فلا ضرورة فى الترقية بالتقدير بالكثير الفاحش والله أعلم ولو أن ثوبا اصابته النجاسة وهى كثيرة فجفت وذهب أثرها وخفى مكانها غسل جميع الثوب وكذا لو أصابت أحد الكمين ولا يدرى أيهما هو غسلهما جميعا وكذا اذا راثت البقرة أو بالت فى الكديس ولا يدرى مكانه غسل الكل احتياطا وقيل اذا غسل موضعا من الثوب كالدخريص ونحوه واحد الكمين وبعضا من الكديس يحكم بطهارة الباقى وهذا غير سديد لان موضع النجاسة غير معلوم وليس البعض أولى من البعض ولو كان الثوب طاهرا فشك فى نجاسته جازله أن يصلى فيه لان الشك لا يرفع اليقين وكذا اذا كان عنده ماء طاهر فشك فى وقوع النجاسة فيه ولا بأس بلبس ثياب أهل الذمة والصلاة فيها الا الازار والسراويل فانه تكره الصلاة فيهما وتجوز (أما) الجواز فلان الأصل فى الثياب هو الطهارة فلا تثبت النجاسة بالشك ولان التوارث جار فيما بين المسلمين بالصلاة فى الثياب المغنومة من الكفرة قبل الغسل وأما الكراهة فى الازار والسراويل فلقربهما من موضع الحدث وعسى لا يستنزهون من البول فصار شبيه يد المستيقظ ومنقار الدجاجة المخلاة وذكر فى بعض المواضع فى الكراهة خلافا على قول أبى حنيفة ومحمد يكره وعلى قول أبى يوسف لا يكره وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الشراب فى أوانى المجوس فقال ان لم تجدوا منها بدا فاغسلوها ثم اشربوا فيها وانما أمر بالغسل لان ذبائحهم ميتة وأوانيهم قلما تخلو عن دسومة منها قال بعض مشايخنا وكذلك الجواب فى ثياب الفسقة من المسلمين لان الظاهر انهم لا يتوقون اصابة الخمر ثيابهم فى حال الشرب وقالوا فى الديباج الذى ينسجه أهل فارس انه لا تجوز الصلاة فيه لأنهم يستعملون فيه البول عند النسج يزعمون انه يزيد فى بريقه ثم لا يغسلونه لان الغسل يفسده فان صح انهم يفعلون ذلك فلا شك انه لا تجوز

الصلاة معه (وأما) حكم مكان الصلاة فالمصلي لا يخلوا ما ان كان يصلي على الارض أو على غيرها من البساط ونحوه
ولا يخلوا اما ان كانت النجاسة فى مكان الصلاة او فى غيره بقرب منه ولا يخلوا ما ان كانت قليلة أو كثيرة فان كان يصلي
على الأرض والنجاسة بقرب من مكان الصلاة جازت صلاته قليلة كانت أو كثيرة لان شرط الجواز طهارة مكان
الصلاة وقد وجد لكن المستحب ان يبعد عن موضع النجاسة تعظيما لامر الصلاة وان كانت النجاسة فى مكان
الصلاة فان كانت قليلة تجوز على أى موضع كانت لان قليل النجاسة عفو فى حق جواز الصلاة عندنا على ما مر
وان كانت كثيرة فان كانت فى موضع اليدين والركبتين تجوز عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعي لا تجوز
وجه قولهما انه أدى ركنا من أركان الصلاة مع النجاسة فلا يجوز كما لو كانت النجاسة على الثوب أو البدن أو فى
موضع القيام (ولنا) ان وضع اليدين والركبتين ليس بركن ولهذا لو أمكنه السجود بدون الوضع يجزئه فيجعل
كأنه لم يضع أصلا ولو ترك الوضع جازت صلاته فههنا أولى وهكذا نقول فيما اذا كانت النجاسة على موضع
القيام ان ذلك ملحق بالعدم غير ان القيام ركن من أركان الصلاة فلا يثبت الجواز بدونه بخلاف الثوب لان
لابس الثوب صار حاملا للنجاسة مستعملا لها لأنها تتحرك بتحركه وتمشي بمشيه لكونها تبعا للثوب اما ههنا
بخلافه وان كانت النجاسة فى موضع القدمين فان قام عليها وافتتح الصلاة لم تجز لان القيام ركن فلا يصح بدون
الطهارة كما لو افتتحها مع الثوب النجس أو البدن النجس وان قام على مكان طاهر وافتتح الصلاة ثم تحول الى
موضع النجاسة وقام عليها أو قعد فان مكث قليلا لا تفسد صلاته وان أطال القيام فسدت لأن القيام من أفعال
الصلاة مقصودا لأنه ركن فلا يصح بدون الطهارة فيخرج من أن يكون فعل الصلاة لعدم الطهارة وما ليس
من أفعال الصلاة اذا دخل فى الصلاة ان كان قليلا يكون عفوا والا فلا بخلاف ما اذا كانت النجاسة على موضع
اليدين والركبتين حيث لا تفسد صلاته وان أطال الوضع لأن الوضع ليس من أفعال الصلاة مقصودا بل من
توابعها فلا يخرج من أن يكون فعل الصلاة تبعا لعدم الطهارة لوجود الطهارة فى الأصل وان كانت النجاسة
فى موضع السجود لم يجز فى قول أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة روايتان روى عنه محمد انه لا يجوز وهو
الظاهر من مذهبه وروى أبو يوسف عنه انه يجوز وجه قولهما ان الفرض هو السجود على الجبهة وقدر الجبهة
أكثر من قدر الدرهم فلا يكون عفوا وجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ان فرض السجود يتأدى بمقدار
ارنبة الأنف عنده وذلك أقل من قدر الدرهم فيجوز والصحيح رواية محمد لأن الفرض وان كان يتأدى بمقدار
الأرنبة عنده ولكن اذا وضع الجبهة مع الأرنبة يقع الكل فرضا كما اذا طول القراءة زيادة على ما يتعلق به
جواز الصلاة ومقدار الجبهة والانف يزيد على قدر الدرهم فلا يكون عفوا ثم قوله اذا سجد على موضع نجس
لم تجزئ صلاته اذا ذكر فى ظاهر الرواية وهو قول زفر وروى عن أبي يوسف انه لم يجز سجوده فأما الصلاة
فلا تفسد حتى لو أعاد السجود على موضع طاهر جازت صلاته ووجهه ان السجود على موضع نجس ملحق
بالعدم لانعدام شرط الجواز وهو الطهارة فصار كأنه لم يسجد عليه وسجد على مكان طاهر وجه ظاهر الرواية
ان السجدة أو ركن آخر لما لم يجز على موضع نجس صار فعلا كثيرا ليس من أفعال الصلاة وذا يوجب فساد
الصلاة ولو كانت النجاسة فى موضع احدى القدمين على قياس رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة يجوز لأن
أدنى القيام هو القيام باحدى القدمين واحداهما طاهرة فيتأدى به الفرض فكان وضع الاخرى فضلا بمنزلة وضع
اليدين والركبتين وعلى قياس رواية محمد عنه لا يجوز وهو الصحيح لانه اذا وضعهما جميعا يتأدى الفرض
بهما كما فى القراءة على ما مر والله أعلم هذا اذا كان يصلي على الارض فأما اذا كان يصلي على بساط فان كانت
النجاسة فى مكان الصلاة وهي كثيرة فحكمه حكم الارض على ما مر وان كانت على طرف من أطرافه اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم ان كان البساط كبيرا بحيث لو رفع طرف منه لا يتحرك الطرف الآخر يجوز
والا فلا كما اذا تعمم بثوب وأحد طرفيه ملقى على الارض وهو نجس انه ان كان بحال لا يتحرك بتحركه جاز

وان

وان كان يتحرك بحركته لا يجوز والصحيح انه يجوز صغيرا كان أو كبيرا بخلاف العمامة (والفرق) ان الطرف النجس من العمامة اذا كان يتحرك بتحركه صار حاملا للنجاسة مستعملا لها وهذا لا يتحقق في البساط الا ترى انه لو وضع يديه أو ركبتيه على الموضع النجس منه يجوز ولو صار حاملا لما جاز ولو صلى على ثوب مبطن ظهارته طاهرة و بطانته نجسة روى عن محمد أنه يجوز وكذا ذكر في نوادر الصلاة وروى عن أبي يوسف انه لا يجوز ومن المشايخ من وفق بين الروايتين فقال جواب محمد فيما اذا كان مخيطا غير مضرب فيكون بمنزلة ثوبين والاعلى منهما طاهر وجواب أبي يوسف فيما اذا كان مخيطا مضربا فيكون بمنزلة ثوب واحد ظاهره طاهر وباطنه نجس ومنهم من حقق فيه الاختلاف فقال على قول محمد يجوز كيفما كان وعلى قول أبي يوسف لا يجوز كيفما كان وعلى هذا اذا صلى على حجر الرحا أو على باب أو بساط غليظ أو على مكعب ظاهره طاهر وباطنه نجس يجوز عند محمد وبه كان يفتي الشيخ أبو بكر الاسكاف وعند أبي يوسف لا يجوز وبه كان يفتي الشيخ أبو حفص الكبير فأبو يوسف نظر الى اتحاد المحل فقال المحل محل واحد فاستوى ظاهره وباطنه كالثوب الصفيق ومحمد اعتبر الوجه الذي يصلي عليه فقال انه صلى في موضع طاهر وليس هو حاملا للنجاسة فيجوز كما اذا صلى على ثوب تحته ثوب نجس بخلاف الثوب الصفيق لان الثوب وان كان صفيقا فالظاهر نفاذ الرطوبات الى الوجه الآخر الا أنه ربما لا تدركه العين لتسارع الجفاف اليه ولو أن بساطا غليظا أو ثوبا مبطنا مضربا وعلى كلي وجهيه نجاسة أقل من قدر الدرهم في موضعين مختلفين لكنهما لو جمعا يزيد على قدر الدرهم على قياس رواية أبي يوسف يجمع ولا تجوز صلاته لانه ثوب واحد ونجاسة واحدة وعلى قياس رواية محمد لا يجمع وتجوز صلاته لان النجاسة في الوجه الذي يصلي فيه أقل من قدر الدرهم ولو كان ثوبا صفيقا والمسئلة بحالها لا يجوز بالاجماع لما ذكرنا ان الظاهر هو النفاذ الى الجانب الآخر وان كان لا يدركه الحس فاجتمع في وجه واحد نجاستان لو جمعتا يزيد على قدر الدرهم فيمنع الجواز ولو أن ثوبا أو بساطا أصابه النجاسة ونفذت الى الوجه الآخر واذا جمعا يزيد على قدر الدرهم لا يجمع بالاجماع اما على قياس رواية أبي يوسف فلانه ثوب واحد ونجاسة واحدة واما على قياس رواية محمد فلان النجاسة في الوجه الذي يصلي عليه أقل من قدر الدرهم وكذا اذا كان الثوب مبطنا مضربا والمسئلة بحالها لا يجمع بالاجماع لما قلنا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يقع به التطهير فالكلام في هذا الفصل يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ما يقع به التطهير والثاني في بيان طريق التطهير بالغسل والثالث في بيان شرائط التطهير (أما) الأول فما يحصل به التطهير أنواع منها الماء المطلق ولا خلاف في أنه يحصل به الطهارة الحقيقية والحكمية جميعا لان الله تعالى سمى الماء طهورا بقوله وأنزلنا من السماء ماء طهورا وكذا النبي صلى الله عليه وسلم بقوله الماء طهور لا ينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه والطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره وكذا جعل الله تعالى الوضوء والاغتسال بالماء طهورا بقوله في آخر آية الوضوء ولكن يريد ليطهركم وقوله وان كنتم جنبا فاطهروا ويستوي العذب والملح لاطلاق النصوص واما ما سوى الماء من المائعات الطاهرة فلا خلاف في أنه لا تحصل بها الطهارة الحكمية وهي زوال الحدث وهل تحصل بها الطهارة الحقيقية وهي زوال النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن اختلف فيه فقال أبو حنيفة وأبو يوسف تحصل وقال محمد وزفر والشافعي لا تحصل وروى عن أبي يوسف انه فرق بين الثوب والبدن فقال في الثوب تحصل وفي البدن لا تحصل الا بالماء وجه قولهم ان طهورية الماء عرفت شرعا بخلاف القياس لانه أول ملاقاته النجس صار نجسا والتطهير بالنجس لا يتحقق كما اذا غسل بماء نجس أو بالخمر الا أن الشرع أسقط اعتبار نجاسة الماء حالة الاستعمال وبقاؤه طهورا على خلاف القياس فلا يلحق به غيره ولهذا لم يلحق به في ازالة الحدث (ولهما) ان الواجب هو التطهير وهذه المائعات تشارك الماء في التطهير لان الماء انما كان مطهرا لكونه مائعا رقيقا يداخل أثناء الثوب فيجاور أجزاء النجاسة فيرققها ان كانت كثيفة فيستخرجها

بواسطة العصر وهذه المائعات في المداخلة والمجاورة والترقيق مثل الماء فكانت مثله في افادة الطهارة بل أولى فان الخل يعمل في ازالة بعض ألوان لا تزول بالماء فكان في معنى التطهير أبلغ (وأما) قولهم ان الماء بأول ملاقاة النجس صار نجسا ممنوع والماء قط لا يصير نجسا وانما يجاور النجس فكان طاهرا في ذاته فصلح مطهرا ولو تصور تنجس الماء فذلك بعد مزايلته المحل النجس لأن الشرع أمرنا بالتطهير ولو تنجس بأول الملاقاة لما تصور التطهير فيقع التكليف بالتطهير عبثا تعالى الله عن ذلك فهكذا نقول في الحدث الا أن الشرع ورد بالتطهير بالماء هناك تعبدا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد وهذا اذا كان مائعا ينعصر بالعصر فان كان لا ينعصر مثل العسل والسمن والدهن ونحوها لا تحصل به الطهارة أصلا لانعدام المعاني التي يقف عليها زوال النجاسة على ما بينا (ومنها) الفرك والحت بعد الجفاف في بعض الانجاس في بعض المحال (وبيان) هذه الجملة اذا أصاب المني الثوب وجف وفرك طهر استحسانا والقياس ان لا يطهر الا بالغسل وان كان رطبا لا يطهر الا بالغسل والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة رضي الله عنها اذا رأيت المني في ثوبك ان كان رطبا فاغسليه وان كان يابسا فافركيه ولانه شئ غليظ لزج لا يتشرب في الثوب الا رطوبته ثم تنجذب تلك الرطوبة بعد الجفاف فلا يبقى الا عينه وانها تزول بالفرك بخلاف الرطب لأن العين وان زالت بالحت فاجزاؤها المتشربة في الثوب قائمة فبقيت النجاسة وان أصاب البدن فان كان رطبا لا يطهر الا بالغسل لما بينا وان جف فهل يطهر بالحت روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يطهر وذكر الكرخي أنه يطهر وجه رواية الحسن أن القياس أن لا يطهر في الثوب الا بالغسل وانما عرفناه بالحديث وأنه ورد في الثوب بالفرك فبقي البدن مع أنه لا يحتمل الفرك على أصل القياس وجه قول الكرخي أن النص الوارد في الثوب يكون واردا في البدن من طريق الاولى لان البدن أقل تشربا من الثوب والحت في البدن يعمل عمل الفرك في الثوب في ازالة العين (وأما) سائر النجاسات اذا أصابت الثوب أو البدن ونحوهما فانها لا تزول الا بالغسل سواء كانت رطبة أو يابسة وسواء كانت سائلة أو لها جرم ولو أصاب ثوبه خمر فالقى عليها الملح ومضى عليه من المدة مقدار ما يتخلل فيها لم يحكم بطهارته حتى يغسله ولو أصابه عصير فمضى عليه من المدة مقدار ما يتخمر العصير فيها لا يحكم بنجاسته وان أصاب الخف أو النعل ونحوهما فان كانت رطبة لا تزول الا بالغسل كيفما كانت وروى عن أبي يوسف أنه يطهر بالمسح على التراب كيفما كانت مستجسدة أو مائعة وان كانت يابسة فان لم يكن لها جرم كثيف كالبول والخمر والماء النجس لا يطهر الا بالغسل وان كان لها جرم كثيف فان كان منيا فانه يطهر بالحت بالاجماع وان كان غيره كالعذرة والدم الغليظ والروث يطهر بالحت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يطهر الا بالغسل وهو أحد قولي الشافعي وما قالا استحسان وما قاله قياس وجه القياس ان غير الماء لا أثر له في الازالة وكذا القياس في الماء لما بينا فيما تقدم الا أنه جعل طهورا للضرورة والضرورة ترتفع بالماء فلا ضرورة في غيره ولهذا لم يؤثر في ازالة الرطب واليابس والسائل وفي الثوب وهذا هو القياس في المني الا أنا عرفناه بالنص وجه الاستحسان ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما خلع نعليه في الصلاة خلع الناس نعالهم فلما فرغ من الصلاة قال ما بالكم خلعتم نعالكم فقالوا خلعت نعليك فخلعنا نعالنا فقال أتاني جبريل وأخبرني أن بهما أذى ثم قال اذا أتى أحدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما أذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور وهذا نص والفقه من وجهين أحدهما أن المحل اذا كان فيه صلابة نحو الخف والنعل لا تتخلل اجزاء النجاسة فيه لصلابته وانما تتشرب منه بعض الرطوبات فاذا أخذ المستجسد في الجفاف جذبت تلك الرطوبات الى نفسه شيأ فشيأ فكلما ازداد يبسا ازداد جذبا الى أن يتم الجفاف فعند ذلك لا يبقى منها شئ أو يبقى شئ يسير فاذا جف الخف أو مسحه على الارض تزول العين بالكلية بخلاف حالة الرطوبة لان العين وان زالت فالرطوبات باقية لانعدام خروجها بالجذب بسبب اليبس ولم يوجد وبخلاف السائل لانه لم يوجد الجاذب وهو العين المستجسدة فبقيت الرطوبة المتشربة فيه فلا يطهر بدون الغسل وبخلاف

الثوب فان اجزاء النجاسة تتخلل فى الثوب كما تتخلل رطوباتها فتتداخل اجزاء الثوب فبالجفاف انجذبت
الرطوبات الى نفسها فتبقى اجزاؤها فيه فلا تزول بازالة الجرم الظاهر على سبيل الكمال وصار كالمنى اذا أصاب
الثوب أنه يطهر بالفرك عند الجفاف لان المنى شئ لزج لا يداخل اجزاء الثوب وانما تتخلل رطوباته فقط ثم
يجذبها المستجسد عند الجفاف فيطهر فكذلك هذا والثانى ان اصابة هذه الانجاس الخفاف والنعال مما يكثر
فيحكم بطهارتها بالمسح دفعا للحرج بخلاف الثوب والحرج فى الارواث لا غير وانما سوى فى رواية عن أبى
يوسف بين الكل لاطلاق ما روينا من الحديث وكذا معنى الحرج لا يفصل بين الرطب واليابس ولو أصابه الماء
بعد الحت والمسح يعود نجسا هو الصحيح من الرواية لان شيأ من النجاسة قائم لان المحل اذا تشرب فيه النجس
وأنه لا يحتمل العصر لا يطهر عند محمد أبدا وعند أبى يوسف ينقع فى الماء ثلاث مرات ويجفف فى كل مرة الا أن
معظم النجاسة قد زال فجعل القليل عفوا فى حق جواز الصلاة للضرورة لا أن يطهر المحل حقيقة فاذا وصل اليه
الماء فهذا ماء قليل جاوره قليل نجاسة فينجسه وأطلق الكرخى أنه اذا حت طهر وتأويله فى حق جواز الصلاة
ولو أصابت النجاسة شيأ صلبا صقيلا كالسيف والمرآة ونحوهما يطهر بالحت رطبة كانت أو يابسة لانه لا يتخلل
فى اجزائه شئ من النجاسة وظاهره يطهر بالمسح والحت وقيل ان كانت رطبة لا تزول الا بالغسل ولو أصابت
النجاسة الارض فجفت وذهب أثرها تجوز الصلاة عليها عندنا وعند زفر لا تجوز وبه أخذ الشافعى ولو تيمم
بهذا التراب لا يجوز فى ظاهر الرواية وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم (ولنا) طريقان أحدهما ان الارض لم تطهر
حقيقة لكن زال معظم النجاسة عنها وبقى شئ قليل فيجعل عفوا للضرورة فعلى هذا اذا أصابها الماء تعود نجسة
لما بينا والثانى أن الارض طهرت حقيقة لان من طبع الارض أنها تحيل الاشياء وتغيرها الى طبعها فصارت ترابا
بمرور الزمان ولم يبق نجس أصلا فعلى هذا ان أصابها الماء لا تعود نجسة وقيل ان الطريق الاول لابى يوسف والثانى
لمحمد بناء على أن النجاسة اذا تغيرت بمضى الزمان وتبدلت أوصافها تصير شيأ آخر عند محمد فيكون طاهرا وعند
أبى يوسف لا يصير شيأ آخر فيكون نجسا وعلى هذا الاصل مسائل بينهما (منها) الكلب اذا وقع فى الملاحة
والجمد والعذرة اذا أحرقت بالنار وصارت رمادا وطين البالوعة اذا جف وذهب أثره والنجاسة اذا دفنت فى
الارض وذهب أثرها بمرور الزمان وجه قول أبى يوسف أن أجزاء النجاسة قائمة فلا تثبت الطهارة مع بقاء
العين النجسة والقياس فى الخمر اذا تخلل أن لا يطهر لكن عرفناه نصا بخلاف القياس بخلاف جلد الميتة فان عين
الجلد طاهرة وانما النجس ما عليه من الرطوبات وانها تزول بالدباغ وجه قول محمد أن النجاسة لما استحالت
وتبدلت أوصافها ومعانيها خرجت عن كونها نجاسة لانها اسم لذات موصوفة فتنعدم بانعدام الوصف وصارت
كالخمر اذا تخللت (ومنها) الدباغ للجلود النجسة فالدباغ تطهير للجلود كلها الا جلد الانسان والخنزير كذا ذكر الكرخى
وقال مالك ان جلد الميتة لا يطهر بالدباغ لكن يجوز استعماله فى الجامد لا فى المائع بأن يجعل جرابا للحبوب
دون الزق للماء والسمن والدبس وقال عامة أصحاب الحديث لا يطهر بالدباغ الا جلد ما يؤكل لحمه وقال الشافعى
كما قلنا الا فى جلد الكلب لانه نجس العين عنده كالخنزير وكذا روى عن الحسن بن زياد واحتجوا بما روى
عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب واسم الاهاب يعم الكل الا فيما قام
الدليل على تخصيصه (ولنا) ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ايما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر تخلل
فتحل وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بفناء قوم فاستسقاهم فقال هل عندكم ماء فقالت امرأة لا يارسول الله
الا فى قربة لى ميتة فقال صلى الله عليه وسلم ألست دبغتيها فقالت نعم فقال دباغها طهورها ولان نجاسة الميتات لما
فيها من الرطوبات والدماء السائلة وانها تزول بالدباغ فتطهر كالثوب النجس اذا غسل ولان العادة جارية فيما بين
المسلمين بلبس جلد الثعلب والفنك والسمور ونحوها فى الصلاة وغيرها من غير نكير فدل على الطهارة ولا حجة
لهم فى الحديث لان الاهاب فى اللغة اسم لجلد لم يدبغ كذا قاله الاصمعى والله أعلم ثم قول الكرخى الا جلد الانسان

والخنزير جواب ظاهر قول أصحابنا وروى عن أبي يوسف أن الجلود كلها تطهر بالدباغ لعموم الحديث والصحيح
ان جلد الخنزير لا يطهر بالدباغ لان نجاسته ليست لما فيه من الدم والرطوبة بل هو نجس العين فكان وجود الدباغ
فى حقه والعدم بمنزلة واحدة وقيل ان جلده لا يحتمل الدباغ لان له جلودا مترادفة بعضها فوق بعض كما للآدمى
وأما جلد الانسان فان كان يحتمل الدباغ وتندفع رطوبته بالدبغ ينبغى أن يطهر لانه ليس بنجس العين
لكن لا يجوز الانتفاع به احتراما له وأما جلد الفيل فذكر فى العيون عن محمد أنه لا يطهر بالدباغ وروى عن أبى
حنيفة وأبى يوسف أنه يطهر لانه ليس بنجس العين ثم الدباغ على ضربين حقيقى وحكمى فالحقيقى هو أن يدبغ
بشئ له قيمة كالقرظ والعفص والسبخة ونحوها والحكمى أن يدبغ بالتشميس والتتريب والالقاء فى الريح
والنوعان مستويان فى سائر الاحكام الا فى حكم واحد وهو أنه لو أصابه الماء بعد الدباغ الحقيقى لا يعود نجسا
وبعد الدباغ الحكمى فيه روايتان وقال الشافعى لا يطهر الجلد الا بالدباغ الحقيقى وانه غير سديد لان الحكمى
فى ازالة الرطوبات والعصمة عن النتن والفساد بمضى الزمان مثل الحقيقى فلا معنى للفصل بينهما والله أعلم (ومنها)
الذكاة فى تطهير الذبيح وجملة الكلام فيها أن الحيوان ان كان مأكول اللحم فذبح طهر بجميع اجزائه الا
الدم المسفوح وان لم يكن مأكول اللحم فما هو طاهر من الميتة من الاجزاء التى لا دم فيها كالشعر وأمثاله يطهر
منه بالذكاة عندنا وأما الاجزاء التى فيها الدم كاللحم والشحم والجلد فهل تطهر بالذكاة اتفق أصحابنا على ان جلده
يطهر بالذكاة وقال الشافعى لا يطهر وجه قوله أن الذكاة لم تفد حلا فلا تفيد طهرا وهذا لان أثر الذكاة يظهر فيما
وضع له أصلا وهو حل تناول اللحم وفى غيره تبعا فاذا لم يظهر أثرها فى الاصل كيف يظهر فى التبع فصار كما
لو ذبحه مجوسى (ولنا) ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال دباغ الاديم ذكاته الحق الذكاة بالدباغ
ثم الجلد يطهر بالدباغ كذا بالذكاة لان الذكاة تشارك الدباغ فى ازالة الدماء السائلة والرطوبات النجسة فتشاركه
فى افادة الطهارة وماذكر من معنى التبعية فغير سديد لان طهارة الجلد حكم مقصود فى الجلد كما ان تناول اللحم
حكم مقصود فى اللحم وفعل المجوسى ليس بذكاة لعدم أهلية الذكاة فلا يفيد الطهارة فتعين تطهيره بالدباغ واختلفوا فى
طهارة اللحم والشحم ذكر الكرخى فقال كل حيوان يطهر بالدباغ يطهر جلده بالذكاة فهذا يدل على أنه يطهر لحمه
وشحمه وسائر اجزائه لان الحيوان اسم لجملة الاجزاء وقال بعض مشايخنا ومشايخ بلخ ان كل حيوان يطهر جلده
بالدباغ يطهر جلده بالذكاة فاما اللحم والشحم ونحوهما فلا يطهر والاول أقرب الى الصواب لما مر ان النجاسة
لمكان الدم المسفوح وقد زال بالذكاة (ومنها) نزح ماوجب من الدلاء أو نزح جميع الماء بعد استخراج الواقع
فى البئر من الآدمى أوغيره من الحيوان فى تطهير البئر عرفنا ذلك بالخبر واجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما
ذكرنا فيما تقدم ثم اذا وجب نزح جميع الماء من البئر فينبغى ان تسد جميع منابع الماء ان أمكن ثم ينزح مافيها
من الماء النجس وان لم يمكن سد منابعه لغلبة الماء روى عن أبى حنيفة فى غير رواية الاصول انه ينزح مائة دلو
وروى مائتا دلو وعن محمد انه ينزح مائتا دلو أو ثلثمائة دلو وعن أبى يوسف روايتان فى رواية يحفر بجنبها حفيرة
مقدار عرض الماء وطوله وعمقه ثم ينزح ماؤها ويصب فى الحفيرة حتى تمتلئ فاذا امتلأت حكم بطهارة البئر وفى
رواية يرسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء مثلا ثم ينظر كم انتقص فينزح بقدر ذلك
والاوفق فى الباب ماروى عن أبى نصر محمد بن محمد بن سلام انه يؤتى برجلين لهما بصارة فى أمر الماء فينزح بقولهما
لان ما يعرف بالاجتهاد يرجع فيه الى أهل الاجتهاد فى ذلك الباب ثم اختلف فى الدلو الذى ينزح به الماء النجس قال
بعضهم المعتبر فى كل بئر دلوها صغيرا كان أو كبيرا وروى عن أبى حنيفة انه يعتبر دلو يسع قدر صاع وقيل المعتبر
هو المتوسط بين الصغير والكبير واما حكم طهارة الدلو والرشاء فقد روى عن أبى يوسف انه سئل عن الدلو الذى
ينزح به الماء النجس من البئر أيغسل أم لا قال لا بل يطهر بما طهر البئر وكذا روى عن الحسن بن زياد انه قال اذا
طهرت البئر يطهر الدلو والرشاء كما يطهر طين البئر وحمأته لان نجاستهما بنجاسة البئر وطهارتهما يكون بطهارة البئر

أيضا كالخمر اذا تخلل في دن انه يحكم بطهارة الدن (ومنها) تطهير الحوض الصغير اذا تنجس واختلاف المشايخ فيه فقال أبو بكر الاعمش لا يطهر حتى يدخل الماء فيه ويخرج منه مثل ما كان فيه ثلاث مرات فيصير ذلك بمنزلة غسله ثلاثا وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني اذا دخل فيه الماء الطاهر وخرج بعضه يحكم بطهارته بعد ان لا تستبين فيه النجاسة لانه صار ماء جاريا ولم يستيقن ببقاء النجس فيه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وقيل اذا خرج منه مقدار الماء النجس يطهر كالبئر اذا تنجست انه يحكم بطهارتها بنزح ما فيها من الماء وعلى هذا حوض الحمام أو الاواني اذا تنجس

﴿فصل﴾ واما طريق التطهير بالغسل فلا خلاف في ان النجس يطهر بالغسل في الماء الجاري وكذا يطهر بالغسل بصب الماء عليه واختلف في انه هل يطهر بالغسل في الاواني بان غسل الثوب النجس أو البدن النجس في ثلاث اجانات قال أبو حنيفة ومحمد يطهر حتى يخرج من الاجانة الثالثة طاهرا وقال أبو يوسف لا يطهر البدن وان غسل في اجانات كثيرة مالم يصب عليه الماء وفي الثوب عنه روايتان وجه قول أبي يوسف ان القياس يأبى حصول الطهارة بالغسل بالماء أصلا لان الماء متى لاقى النجاسة تنجس سواء ورد الماء على النجاسة أو وردت النجاسة على الماء والتطهير بالنجس لا يتحقق الا انا حكمنا بالطهارة لحاجة الناس الى تطهير الثياب والاعضاء النجسة والحاجة تندفع بالحكم بالطهارة عند ورود الماء على النجاسة فبقي ما وراء ذلك على أصل القياس فعلى هذا لا يفرق بين البدن والثوب ووجه الفرق له على الرواية الاخرى ان في الثوب ضرورة اذ كل من تنجس ثوبه لا يجد من يصب الماء عليه ولا يمكنه الصب عليه بنفسه وغسله فترك القياس فيه لهذه الضرورة دفعا للحرج ولهذا جرى العرف بغسل الثياب في الاواني ولا ضرورة في العضو لانه يمكنه غسله بصب الماء عليه فبقي على ما يقتضيه القياس ووجه قولهما ان القياس متروك في الفصلين لتحقق الضرورة في المحلين اذ ليس كل من أصابت النجاسة بعض بدنه يجد ماء جاريا أو من يصب عليه الماء وقد لا يتمكن من الصب بنفسه وقد تصيب النجاسة موضعا يتعذر الصب عليه فان من دمي فمه أو أنفه لو صب عليه الماء لوصل الماء النجس الى جوفه أو يعلو الى دماغه وفيه حرج بين فتركنا القياس لعموم الضرورة مع ان ما ذكره من القياس غير صحيح لما ذكرنا فيما تقدم ان الماء لا ينجس أصلا مادام على المحل النجس على ما مر بيانه وعلى هذا الخلاف اذا كان على يده نجاسة فادخلها في حب من الماء ثم في الثاني والثالث هكذا ولو كان في الخوابي خل نجس والمسئلة بحالها عند أبي حنيفة يخرج من الثالثة طاهرا خلافا لهما بناء على أصل آخر وهو ان المائعات الطاهرة تزيل النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن عند أبي حنيفة والصب ليس بشرط وعند محمد لا تزيل أصلا وعند أبي يوسف تزيل لكن بشرط الصب ولم يوجد فاتفق جوابهما بناء على أصلين مختلفين

﴿فصل﴾ واما شرائط التطهير بالماء فمنها العدد في نجاسة غير مرئية عندنا والجملة في ذلك ان النجاسة نوعان حقيقية وحكمية ولا خلاف في ان النجاسة الحكمية وهي الحدث والجنابة تزول بالغسل مرة واحدة ولا يشترط فيها العدد واما النجاسة الحقيقية فان كانت غير مرئية كالبول ونحوه ذكر في ظاهر الرواية أنه لا تطهر الا بالغسل ثلاثا وعند الشافعي تطهر بالغسل مرة واحدة اعتبارا بالحدث الا في ولوغ الكلب في الاناء فانه لا يطهر الا بالغسل سبعا احداهن بالتراب بالحديث وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليغسله سبعا احداهن بالتراب (ولنا) ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا فقد أمر بالغسل ثلاثا وان كان ذلك غير مرئي وما رواه الشافعي فذلك عندما كان في ابتداء الاسلام لقلع عادة الناس في الالف بالكلاب كما أمر بكسر الدنان ونهى عن الشرب في ظروف الخمر حين حرمت الخمر فلما تركوا العادة أزال ذلك كما في الخمر دل عليه ما روي في بعض الروايات فليغسله سبعا أولاهن بالتراب أو أخراهن بالتراب وفي بعضها وعفروا الثامنة بالتراب وذلك غير واجب بالاجماع وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري أين باتت يده أمر بالغسل ثلاثا عند

توهم النجاسة فعند تحققها أولى ولان الظاهر ان النجاسة لا تزول بالمرة الواحدة الا ترى ان النجاسة المرئية قد لا تزول بالمرة الواحدة فكذا غير المرئية ولا فرق سوى ان ذلك يرى بالحس وهذا يعلم بالعقل والاعتبار بالحدث غير سديد لان ثمة لا نجاسة رأسا وانما عرفنا وجوب الغسل نصا غير معقول المعنى والنص ورد بالاكتفاء بمرة واحدة فان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به ثم التقدير بالثلاث عندنا ليس بلازم بل هو مفوض الى غالب رأيه وأكبر ظنه وانما ورد النص بالتقدير بالثلاث بناء على غالب العادات فان الغالب انها تزول بالثلاث ولان الثلاث هو الحد الفاصل لابلاء العذر كما في قصة العبد الصالح مع موسى حيث قال له موسى في المرة الثالثة قد بلغت من لدني عذرا وان كانت النجاسة مرئية كالدم ونحوه فطهارتها زوال عينها ولا عبرة فيه بالعدد لان النجاسة في العين فان زالت العين زالت النجاسة وان بقيت بقيت ولو زالت العين وبقي الاثر فان كان مما يزول أثره لا يحكم بطهارته ما لم يزل الاثر لان الاثر لون عينه لا لون الثوب فبقاؤه يدل على بقاء عينه وان كانت النجاسة مما لا يزول أثره لا يضر بقاء أثره عندنا وعند الشافعي لا يحكم بطهارته ما دام الاثر باقيا وينبغي ان يقطع بالمقراض لان بقاء الاثر دليل بقاء العين (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمستحاضة حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء ولا يضرك أثره وهذا نص ولان الله تعالى لما لم يكلفنا غسل النجاسة الا بالماء مع علمه انه ليس في طبع الماء قلع الآثار دل على ان بقاء الاثر فيما لا يزول أثره ليس بمانع زوال النجاسة وقوله بقاء الاثر دليل بقاء العين مسلم لكن الشرع أسقط اعتبار ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام ولا يضرك بقاء أثره ولما ذكرنا انه لم يأمرنا الا بالغسل بالماء ولم يكلفنا تعلم الحيل في قلع الآثار ولان ذلك في حد القلة والقليل من النجاسة عفو عندنا ولان اصابة النجاسة التي لها آثار كالدم الاسود العبيط مما يكثر في الثياب خصوصا في حق النسوان فلو أمرنا بقطع الثياب لوقع الناس في الحرج وانه مدفوع وكذا يؤدي الى اتلاف الاموال والشرع نهانا عن ذلك فكيف يأمرنا به (ومنها) العصر فيما يحتمل العصر وما يقوم مقامه فيما لا يحتمله والجملة فيه ان المحل الذي تنجس اما ان كان شيأ لا يتشرب فيه اجزاء النجس أصلا أو كان شيأ يتشرب فيه شيء يسير أو كان شيأ يتشرب فيه شيء كثير فان كان مما لا يتشرب فيه شيء أصلا كالاواني المتخذة من الحجر والصفر والنحاس والخزف العتيق ونحو ذلك فطهارته بزوال عين النجاسة أو العدد على ما مر وان كان مما يتشرب فيه شيء قليل كالبدن والخف والنعل فكذلك لان الماء يستخرج ذلك القليل فيحكم بطهارته وان كان مما يتشرب فيه كثير فان كان مما يمكن عصره كالثياب فان كانت النجاسة مرئية فطهارته بالغسل والعصر الى ان تزول العين وان كانت غير مرئية فطهارته بالغسل ثلاثا والعصر في كل مرة لان الماء لا يستخرج الكثير الا بواسطة العصر ولا يتم الغسل بدونه وروى عن محمد انه يكتفى بالعصر في المرة الاخيرة ويستوي الجواب عندنا بين بول الصبي والصبية وقال الشافعي بول الصبي يطهر بالنضح من غير عصر (واحتج) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ينضح بول الصبي ويغسل بول الجارية (ولنا) ما روينا من حديث عمار من غير فصل بين بول وبول وما رواه غريب فلا يقبل خصوصا اذا خالف المشهور وان كان مما لا يمكن عصره كالحصير المتخذ من البوري ونحوه أي ما لا ينعصر بالعصر ان علم أنه لم يتشرب فيه بل أصاب ظاهره يطهر بازالة العين أو بالغسل ثلاث مرات من غير عصر فاما اذا علم أنه تشرب فيه فقد قال أبو يوسف ينقع في الماء ثلاث مرات ويجفف في كل مرة فيحكم بطهارته وقال محمد لا يطهر أبدا وعلى هذا الخلاف الخزف الجديد اذا تشرب فيه النجس والجلد اذا دبغ بالدهن النجس والحنطة اذا تشرب فيها النجس وانتفخت أنها لا تطهر أبدا عند محمد وعند أبي يوسف تنقع في الماء ثلاث مرات وتجفف في كل مرة وكذا السكين اذا موه بماء نجس واللحم اذا طبخ بماء نجس فعند أبي يوسف يموه السكين ويطبخ اللحم بالطاهر ثلاث مرات ويجفف في كل مرة وعند محمد لا يطهر أبدا وجه قول محمد أن النجاسة اذا دخلت في الباطن يتعذر استخراجها الا بالعصر والعصر متعذر وأبو يوسف يقول ان تعذر العصر فالتجفيف ممكن فيقام التجفيف مقام العصر

دفعا للحرج وما قاله محمد اقيس وما قاله أبو يوسف أوسع ولو أن الارض أصابتها نجاسة رطبة فان كانت الارض رخوة يصب عليها الماء حتى يتسفل فيها فاذا لم يبق على وجهها شئ من النجاسة وتسفلت المياه يحكم بطهارتها ولا يعتبر فيها العدد وانما هو على اجتهاده ومافى غالب ظنه انها طهرت ويقوم التسفل فى الارض مقام العصر فيما يحتمل العصر وعلى قياس ظاهر الرواية يصب الماء عليها ثلاث مرات ويتسفل فى كل مرة وان كانت الارض صلبة فان كانت صعودا يحفر فى أسفلها حفيرة ويصب الماء عليها ثلاث مرات ويزال عنها الى الحفيرة ثم تكبس الحفيرة وان كانت مستوية بحيث لا يزول الماء عنها لا تغسل لعدم الفائدة فى الغسل وقال الشافعى اذا كوثرت بالماء طهرت وهذا فاسد لان الماء النجس باق حقيقة ولكن ينبغى أن تقلب فيجعل أعلاها أسفلها وأسفلها أعلاها ليصير التراب الطاهر وجه الارض هكذا روى أن اعرابيا بال فى المسجد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحفر موضع بوله فدل أن الطريق ماقلنا والله أعلم

﴿ كتاب الصلاة ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل كتاب الصلاة الى معرفة أنواع الصلاة ومايشتمل عليه كل نوع من الكيفيات والاركان والشرائط والواجبات والسنن ومايستحب فعله فيه ومايكره ومايفسده ومعرفة حكمه اذا فسد او فات عن وقته (فنقول) وبالله التوفيق الصلاة فى الاصل أربعة أنواع فرض وواجب وسنة ونافلة والفرض نوعان فرض عين وفرض كفاية وفرض العين نوعان احدهما الصلوات المعهودة فى كل يوم وليلة والثانى صلاة الجمعة أما الصلوات المعهودة فى كل يوم وليلة فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان أصل فرضيتها وفى بيان عددها وفى بيان عدد ركعاتها وفى بيان أركانها وفى بيان شرائط الاركان وفى بيان واجباتها وفى بيان سننها وفى بيان مايستحب فعله ومايكره فيها وفى بيان مايفسدها وفى بيان حكمها اذا فسدت أوفاتت عن أوقاتها أوفات شئ من صلاة من هذه الصلوات عن الجماعة أوعن محله الأصلى ونذكره فى آخر الصلاة (أما) فرضيتها فثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول (أما) الكتاب فقوله تعالى فى غير موضع من القرآن أقيموا الصلاة وقوله ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا أى فرضا مؤقتا وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومطلق اسم الصلاة ينصرف الى الصلوات المعهودة وهى التى تؤدى فى كل يوم وليلة وقوله تعالى أقم الصلاة طرفى النهار وزلفا من الليل الآية يجمع الصلوات الخمس لان صلاة الفجر تؤدى فى أحد طرفى النهار وصلاة الظهر والعصر يؤديان فى الطرف الآخر اذ النهار قسمان غداة وعشى والغداة اسم لاول النهار الى وقت الزوال وما بعده العشى حتى ان من حلف لا يأكل العشى فأكل بعد الزوال يحنث فدخل فى طرفى النهار ثلاث صلوات ودخل فى قوله وزلفا من الليل المغرب والعشاء لانهما يؤديان فى زلف من الليل وهى ساعاته وقوله أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل وقرآن الفجر قيل دلوك الشمس زوالها وغسق الليل أول ظلمته فيدخل فيه صلاة الظهر والعصر وقوله وقرآن الفجر أى وأقم قرآن الفجر وهو صلاة الفجر فثبتت فرضية ثلاث صلوات بهذه الآية وفرضية صلاتى المغرب والعشاء ثبتت بدليل آخر وقيل دلوك الشمس غروبها فيدخل فيه صلاة المغرب والعشاء وتدخل صلاة الفجر فى قوله وقرآن الفجر وفرضية صلاة الظهر والعصر ثبتت بدليل آخر وقوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وله الحمد فى السموات والارض وعشيا وحين تظهرون روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال حين تمسون المغرب والعشاء وحين تصبحون الفجر وعشيا العصر وحين تظهرون الظهر ذكر التسبيح وأراد به الصلاة أى صلوا لله امالان التسبيح من لوازم الصلاة أولانه تنزيه والصلاة من أولها الى آخرها تنزيه الرب عز وجل لما فيها من اظهار الحاجات اليه واظهار العجز والضعف وفيه وصفه بالجلال والعظمة والرفعة والتعالى عن الحاجة قال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى انهم فهموا من هذه الآية فرضية الصلوات الخمس ولو كانت

افهامهم مثل افهام أهل زماننا لما فهموا منها سوى التسبيح المذكور وقوله تعالى فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ومن آناء الليل فسبحه واطراف النهار لعلك ترضى قيل في تأويل قوله فسبح أي فصل قبل طلوع الشمس هو صلاة الصبح وقبل غروبها هو صلاة الظهر والعصر ومن آناء الليل صلاة المغرب والعشاء وقوله واطراف النهار على التكرار والاعادة تأكيدا كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى اذ ذكر الصلاة الوسطى على التأكيد لدخولها تحت اسم الصلوات كذا ههنا وقوله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال قيل الذكر والتسبيح ههنا هما الصلاة وقيل الذكر سائر الاذكار والتسبيح الصلاة وقوله بالغدو صلاة الغداة والآصال صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء وقيل الآصال هو صلاة العصر ويحتمل العصر والظهر لأنهما يؤديان في الأصيل وهو العشي وفرضية المغرب والعشاء عرفت بدليل آخر (وأما) السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عام حجة الوداع اعبدوا ربكم وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وحجوا بيت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم وروى عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى فرض على عباده المؤمنين في كل يوم وليلة خمس صلوات وعن عبادة أيضا رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد فمن أتى بهن ولم يضيع من حقهن شيأ استخفافا بحقهن فان له عند الله عهدا أن يدخله الجنة ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد ان شاء عذبه وان شاء أدخله الجنة وعليه اجماع الأمة فان الامة أجمعت على فرضية هذه الصلوات (وأما) المعقول فمن وجوه أحدها ان هذه الصلوات انما وجبت شكرا للنعم منها نعمة الخلقة حيث فضل الجوهر الانسي بالتصوير على أحسن صورة وأحسن تقويم كما قال تعالى وصوركم فأحسن صوركم وقال لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم حتى لا ترى أحدا يتمنى أن يكون على غير هذا التقويم والصورة التي أنشئ عليها (ومنها) نعمة سلامة الجوارح عن الآفات اذ بها يقدر على اقامة مصالحه وأعطاه الله ذلك كله انعاما محضا من غير أن يسبق منه ما يوجب استحقاق شئ من ذلك فأمر باستعمال هذه النعمة في خدمة المنعم شكرا لما أنعم اذ شكر النعمة استعمالها في خدمة المنعم (ثم) الصلاة تجمع استعمال جميع الجوارح الظاهرة من القيام والركوع والسجود والقعود ووضع اليد مواضعها وحفظ العين وكذا الجوارح الباطنة من شغل القلب بالنية واشعاره بالخوف والرجاء واحضار الذهن والعقل بالتعظيم والتبجيل ليكون عمل كل عضو شكرا لما أنعم عليه في ذلك (ومنها) نعمة المفاصل اللينة والجوارح المنقادة التي بها يقدر على استعمالها في الأحوال المختلفة من القيام والقعود والركوع والسجود والصلاة تشتمل على هذه الاحوال فأمرنا باستعمال هذه النعم الخاصة في هذه الاحوال في خدمة المنعم شكرا لهذه النعمة وشكر النعمة فرض عقلا وشرعا (ومنها) أن الصلاة وكل عبادة خدمة الرب جل جلاله وخدمة المولى على العبد لا تكون الا فرضا اذ التبرع من العبد على مولاه محال والعزيمة هي شغل جميع الأوقات بالعبادات بقدر الامكان وانتفاء الحرج الا أن الله تعالى بفضله وكرمه جعل لعبده أن يترك الخدمة في بعض الاوقات رخصة حتى لو شرع لم يكن له الترك لأنه اذا شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة يحقق ما ذكرنا أن العبد لا بد له من اظهار سمة العبودية لمخالفة من استعصى مولاه وأظهر الترفع عن العبادة وفي الصلاة اظهار سمة العبودية لما فيها من القيام بين يدي المولى جل جلاله وتحنية الظهر له وتعفير الوجه بالارض والجثو على الركبتين والثناء عليه والمدح له (ومنها) أنها مانعة للمصلي عن ارتكاب المعاصي لأنه اذا قام بين يدي ربه خاشعا متذللا مستشعرا هيبة الرب جل جلاله خائفا تقصيره في عبادته كل يوم خمس مرات عصمه ذلك عن اقتحام المعاصي والامتناع عن المعصية فرض وذلك قوله تعالى وأقم الصلاة طرفي النهار وزلفا من الليل أن الحسنات يذهبن السيآت وقوله تعالى وأقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر (ومنها) انها جعلت مكفرة للذنوب والخطايا والزلات والتقصير اذ العبد في أوقات

ليله ونهاره لا يخلو عن ذنب أو خطأ أو زلة أو تقصير في العبادة والقيام بشكر النعمة وان جل قدره وخطره عند الله تعالى اذ قد سبق اليه من الله تعالى من النعم والاحسان ما لو أخذ بشكر ذلك لم يقدر على أداء شكر واحدة منها فضلا عن أن يؤدي شكر الكل فيحتاج الى تكفير ذلك اذ هو فرض ففرضت الصلوات الخمس تكفيرا لذلك

﴿ فصل ﴾ وأما عددها فالخمس ثبت ذلك بالكتاب والسنة واجماع الأمة (أما) الكتاب فما تلونا من الايات التي فيها فرضية خمس صلوات وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى اشارة الى ذلك لأنه ذكر الصلوات بلفظ الجمع وعطف الصلاة الوسطى عليها والمعطوف غير المعطوف عليه في الأصل فهذا يقتضي جمعا يكون له وسطى والوسطى غير ذلك الجمع وأقل جمع يكون له وسطى والوسطى غير ذلك الجمع هو الخمس لأن الأربع والست لا وسطى لهما وكذا هو شفع اذ الوسط ما له حاشيتان متساويتان ولا يوجد ذلك في الشفع والثلاث له وسطى لكن الوسطى ليس غير الجمع اذ الاثنان ليسا بجمع صحيح والسبعة وكل وتر بعدها له وسطى لكنه ليس بأقل الجمع لان الخمسة أقل من ذلك (وأما) السنة فما روينا من الاحاديث وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما علم الاعرابي الصلوات الخمس فقال هل علي شئ غير هذا فقال عليه الصلاة والسلام لا الا أن تطوع والامة أجمعت على هذا من غير خلاف بينهم ولهذا قال عامة الفقهاء ان الوتر سنة لما ان كتاب الله والسنن المتواترة والمشهورة ما أوجبت زيادة على خمس صلوات فالقول بفرضية الزيادة عليها باخبار الا حاد يكون قولا بفرضية صلاة سادسة وانه خلاف الكتاب والسنة واجماع الامة ولا يلزم هذا أبا حنيفة لانه لا يقول بفرضية الوتر وانما يقول بوجوبه (والفرق) بين الواجب والفرض كما بين السماء والارض على ما عرف في موضعه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما عدد ركعات هذه الصلوات فالمصلي لا يخلو اما أن يكون مقيما واما أن يكون مسافرا فان كان مقيما فعدد ركعاتها سبعة عشر ركعتان وأربع وأربع وثلاث وأربع عرفنا ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وقوله صلوا كما رأيتموني أصلي وهذا لانه ليس في كتاب الله عدد ركعات هذه الصلوات فكانت نصوص الكتاب العزيز مجملة في حق المقدار ثم زال الاجمال ببيان النبي صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا كما في نصوص الزكاة والعشر والحج وغير ذلك وان كان مسافرا فعدد ركعاتها في حقه احدى عشرة عندنا ركعتان وركعتان وركعتان وثلاث وركعتان وعند الشافعي سبعة عشر كما في حق المقيم

﴿ فصل ﴾ والكلام في صلاة المسافر يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان المقدار المفروض من الصلاة في حق المسافر والثاني في بيان ما يصير المقيم به مسافرا والثالث في بيان ما يصير به المسافر مقيما ويبطل به السفر ويعود الى حكم الاقامة (أما) الاول فقد قال أصحابنا ان فرض المسافر من ذوات الاربع ركعتان لا غير وقال الشافعي أربع كفرض المقيم الا أن للمسافر أن يقصر رخصة من مشايخنا من لقب المسئلة بأن القصر عندنا عزيمة والا كمال رخصة وهذا التلقيب على أصلنا خطأ لان الركعتين من ذوات الاربع في حق المسافر ليستا قصرا حقيقة عندنا بل هما تمام فرض المسافر والا كمال ليس رخصة في حقه بل هو اساءة ومخالفة للسنة هكذا روى عن أبي حنيفة أنه قال من أتم الصلاة في السفر فقد أساء وخالف السنة وهذا لان الرخصة اسم لما تغير عن الحكم الاصلي لعارض الى تخفيف ويسر لما عرف في أصول الفقه ولم يوجد معنى التغيير في حق المسافر رأسا اذ الصلاة في الاصل فرضت ركعتين في حق المقيم والمسافر جميعا لما نذكر ثم زيدت ركعتان في حق المقيم وأقرت الركعتان على حالهما في حق المسافر كما كانتا في الاصل فانعدم معنى التغيير أصلا في حقه وفي حق المقيم وجد التغيير لكن الى الغلظ والشدة لا الى السهولة واليسر والرخصة تنبئ عن ذلك فلم يكن ذلك رخصة في حقه حقيقة ولو سمي فانما سمي مجازا لوجود بعض معاني الحقيقة وهو التغيير (احتج) الشافعي بقوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ولفظة لا جناح تستعمل

فى المباحات والمرخصات دون الفرائض والعزائم وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بشطر الصلاة الا فاقبلوا صدقته والمتصدق عليه يكون مختارا فى قبول الصدقة كما فى التصدق من العباد ولان القصر ثبت نظرا للمسافر تخفيفا عليه فى السفر الذى هو محل المشقات المتضاعفة والتخفيف فى التخيير فان شاء مال الى القصر وان شاء مال الى الاكمال كما فى الافطار فى شهر رمضان (ولنا) ماروى عن عمر رضى الله عنه انه قال صلاة المسافر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تام غير قصر على لسان نبيكم محمد صلى الله عليه وسلم وروى تمام غير قصر وروى الفقيه الجليل أبو أحمد العياضى السمرقندى وأبو الحسن الكرخى عن ابن عباس رضى الله عنه هكذا وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت فرضت الصلاة فى الأصل ركعتين الا المغرب فانها وتر النهار ثم زيدت فى الحضر وأقرت فى السفر على ما كانت وروى عن عمران بن حصين رضى الله عنه انه قال ماسافر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا وصلى ركعتين الا المغرب ولو كان القصر رخصة والاكمال هو العزيمة لما ترك العزيمة الا احيانا اذ العزيمة أفضل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختار من الأعمال الا أفضلها وكان لا يترك الأفضل الا مرة أو مرتين تعليما للرخصة فى حق الأمة فاما ترك الأفضل أبدا وفيه تضييع الفضيلة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى جميع عمره فمما لا يحتمل والدليل عليه انه صلى الله عليه وسلم قصر بمكة وقال لأهل مكة أتموا يا أهل مكة فانا قوم سفر فلو جاز الأربع لما اقتصر على الركعتين لوجهين أحدهما انه كان يغتنم زيادة العمل فى الحرم لما للعبادة فيه من تضاعف الاجر والثانى انه صلى الله عليه وسلم كان اماما وخلفه المقيمون من أهل مكة فكان ينبغى أن يتم أربعا كيلا يحتاج أولئك القوم الى التفرد ولينالوا فضيلة الائتمام به فى جميع الصلاة وحيث لم يفعل دل ذلك على صحة ماقلنا وروى أن عثمان رضى الله عنه أتم الصلاة بمنى فأنكر عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قال لهم انى تأهلت بمكة وقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تأهل بقوم فهو منهم فدل انكار الصحابة رضى الله عنهم واعتذار عثمان رضى الله عنه ان الفرض ماقلنا اذ لو كان الأربع عزيمة لما أنكرت الصحابة عليه ولما اعتذر هو اذ لا يلام على العزائم ولا يعتذر عنها فكان ذلك اجماعا من الصحابة رضى الله عنهم على ماقلنا وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه سئل عن الصلاة فى السفر فقال ركعتان ركعتان من خالف السنة كفر أى خالف السنة اعتقادا لا فعلا وروى عن ابن عباس رضى الله عنه ان رجلين سألاه وكان أحدهما يتم الصلاة فى السفر والآخر يقصر عن حالهما فقال للذى قصر أنت أكملت وقال للآخر أنت قصرت ولا حجة له فى الآية لأن المذكور فيها أصل القصر لا صفته وكيفيته والقصر قد يكون عن الركعات وقد يكون عن القيام الى القعود وقد يكون عن الركوع والسجود الى الايماء لخوف العدو ولا يترك شطر الصلاة وذلك مباح مرخص عندنا فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ماان فى الآية مايدل على ان المراد منه ليس هو القصر عن الركعات وهو ترك شطر الصلاة لأنه علق القصر بشرط الخوف وهو خوف فتنة الكفار بقوله ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا والقصر عن الركعات لا يتعلق بشرط الخوف بل يجوز من غير خوف والحديث دليلنا لأنه أمر بالقبول فلا يبقى له خيار الرد شرعا اذ الأمر للوجوب وقوله المتصدق عليه يكون مختارا فى القبول قلنا معنى قوله تصدق عليكم أى حكم عليكم على ان التصدق من الله تعالى فيما لا يحتمل التمليك يكون عبارة عن الاسقاط كالعفو من الله تعالى وماذكر من المعنى غير سديد لأن هذا ليس ترفيها بقصر شطر الصلاة بل لم يشرع فى السفر الا هذا القدر لما ذكرنا من الدلائل ولقول ابن عباس رضى الله عنه لا تقولوا قصرا فان الذى فرضها فى الحضر أربعا هو الذى فرضها فى السفر ركعتين وليس الى العباد ابطال قدر العبادات الموظفة عليهم بالزيادة والنقصان الا ترى ان من أراد أن يتم المغرب أربعا أو الفجر ثلاثا أو أربعا لا يقدر على ذلك كذا هذا ولا قصر فى الفجر والمغرب لأن القصر بسقوط شطر الصلاة وبعد سقوط الشطر منهما لا يبقى نصف مشروع بخلاف ذوات الأربع وكذا لا قصر فى السنن والتطوعات لأن القصر بالتوقيف ولا توقيف

ثمة ومن الناس من قال بترك السنن في السفر وروي عن بعض الصحابة أنه قال لو أتيت بالسنن في السفر لأتممت الفريضة وذلك عندنا محمول على حالة الخوف على وجه لا يمكنه المكث لاداء السنن وعلى هذا الاصل يبنى ان المسافر لو اختار الاربع لا يقع الكل فرضا بل المفروض ركعتان لا غير والشطر الثاني يقع تطوعا عندنا وعنده يقع الكل فرضا حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين قدر التشهد فسدت صلاته عندنا لانها القعدة الاخيرة في حقه وهي فرض وعنده لا تفسد لانها القعدة الاولى عنده وهي ليست بفرض في المكتوبات بلا خلاف وعلى هذا الاصل يبنى اقتداء المقيم بالمسافر انه يجوز في الوقت وفي خارج الوقت وفي ذوات الاربع واقتداء المسافر بالمقيم يجوز في الوقت ولا يجوز في خارج الوقت عندنا لان فرض المسافر قد تقرر ركعتين على وجه لا يحتمل التغيير بالاقتداء بالمقيم فكانت القعدة الاولى فرضا في حقه فيكون هذا اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة وهذا لا يجوز على أصل أصحابنا وهذا المعنى لا يوجد في الوقت ولا في اقتداء المقيم بالمسافر ولو ترك القراءة في الاوليين أو في واحدة منهما تفسد صلاته لان القراءة في الركعتين في صلاة ذات ركعتين فرض وقد فاتت على وجه لا يحتمل التدارك بالقضاء فتفسد صلاته وعند الشافعي أيضا تفسد لان العزيمة وان كانت هي الاربع عنده لكن القراءة في الركعات كلها فرض عنده ولو اقتدى المسافر بالمقيم في الظهر ثم أفسدها على نفسه في الوقت أو بعد ما خرج الوقت فان عليه ان يصلي ركعتين عندنا وعنده يصلي أربعا ولا يجوز له القصر لان العزيمة في حق المسافر هي ركعتان عندنا وانما صار فرضه أربعا بحكم التبعية للمقيم بالاقتداء به وقد بطلت التبعية ببطلان الاقتداء فيعود حكم الاصل وعنده لما كانت العزيمة هي الاربع وانما أبيح القصر رخصة فاذا اقتدى بالمقيم فقد اختار العزيمة فتأكد عليه وجوب الاربع فلا تجوز له الرخصة بعد ذلك ويستوي في المقدار المفروض على المسافر من الصلاة سفر الطاعة من الحج والجهاد وطلب العلم وسفر المباح كسفر التجارة ونحوه وسفر المعصية كقطع الطريق والبغي وهذا عندنا وقال الشافعي لا تثبت رخصة القصر في سفر المعصية وجه قوله ان رخصة القصر تثبت تخفيفا أو نظرا على المسافر والجاني لا يستحق النظر والتخفيف (ولنا) ان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين مسافر ومسافر فوجب العمل بعمومها واطلاقها ويستوي فيما ذكرنا من اعداد الركعات في حق المقيم والمسافر صلاة الامن والخوف فالخوف لا يؤثر في نقصان العدد مقيما كان الخائف أو مسافرا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وانما يؤثر في سقوط اعتبار بعض ما ينافي الصلاة في الاصل من المشي ونحو ذلك على ما نذكره في صلاة الخوف ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما بيان ما يصير به المقيم مسافرا فالذي يصير المقيم به مسافرا نية مدة السفر والخروج من عمران المصر فلا بد من اعتبار ثلاثة أشياء أحدها مدة السفر وأقلها غير مقدر عند أصحاب الظواهر وعند عامة العلماء مقدر واختلفوا في التقدير قال أصحابنا مسيرة ثلاثة أيام سير الابل ومشي الاقدام وهو المذكور في ظاهر الروايات وروي عن أبي يوسف يومان وأكثر الثالث وكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن محمد ومن مشايخنا من قدره بخمسة عشر فرسخا وجعل لكل يوم خمس فراسخ ومنهم من قدره بثلاث مراحل وقال مالك أربعة برد كل بريد اثنا عشر ميلا واختلفت أقوال الشافعي فيه قيل ستة وأربعون ميلا وهو قريب من قول بعض مشايخنا لان العادة ان القافلة لا تقطع في يوم أكثر من خمسة فراسخ وقيل يوم وليلة وهو قول الزهري والاوزاعي واثبت أقواله انه مقدر بيومين اما أصحاب الظواهر فاحتجوا بظاهر قوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة علق القصر بمطلق الضرب في الارض فالتقدير تقييد لمطلق الكتاب ولا يجوز الا بدليل (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها جعل لكل مسافر أن يمسح ثلاثة أيام ولياليها ولن يتصور أن يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها ومدة السفر أقل من هذه المدة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر

ثلاثة أيام الا مع محرم أو زوج فلو لم تكن المدة مقدرة بالثلاث لم يكن لتخصيص الثلاث معنى والحديثان فى حد
الاستفاضة والاشتهار فيجوز نسخ الكتاب بهما ان كان تقييد المطلق نسخا مع ما انه لا حجة لهم فى الآية لان
الضرب فى الارض فى اللغة عبارة عن السير فيها مسافرا يقال ضرب فى الارض أى سار فيها مسافرا فكان الضرب
فى الارض عبارة عن سير يصير الانسان به مسافرا لا مطلق السير والكلام فى انه هل يصير مسافرا بسير مطلق
من غير اعتبار المدة وكذا مطلق الضرب فى الارض يقع على سير يسمى سفرا والنزاع فى تقديره شرعا والآية ساكتة
عن ذلك وقد ورد الحديث بالتقدير فوجب العمل به والله الموفق (واحتج) مالك بما روى عن النبى صلى الله عليه
وسلم انه قال يا أهل مكة لا تقصروا الصلاة فيما دون مكة الى عسفان وذلك أربعة برد وهو غريب فلا يقبل
خصوصا فى معارضة المشهور وجه قول الشافعى ان الرخصة انما ثبتت لضرب مشقة يختص بها المسافرون
وهى مشقة الحمل والسير والنزول لان المسافر يحتاج الى حمل رحله من غير أهله وحطه فى غير أهله والسير وهذه
المشقات تجتمع فى يومين لانه فى اليوم الاول يحط الرحل فى غير أهله وفى اليوم الثانى يحمله من غير أهله والسير
موجود فى اليومين بخلاف اليوم الواحد لانه لا يوجد فيه الا مشقة السير لانه يحمل الرحل من وطنه و يحطه فى
موضع الاقامة فيقدر بيومين لهذا (ولنا) ماروينا من الحديثين ولان وجوب الاكمال كان ثابتا بدليل مقطوع
به فلا يجوز رفعه الا بمثله وما دون الثلاث مختلف فيه والثلاث مجمع عليه فلا يجوز رفعه بما دون الثلاث وما
ذكر من المعنى يبطل بمن سافر يوما على قصد الرجوع الى وطنه فانه يلحقه مشقة الحمل والحط والسير على ما
ذكر ومع هذا لا يقصر عنده وبه تبين ان الاعتبار لاجتماع المشقات فى يوم واحد وذلك بثلاثة أيام لانه يلحقه
فى اليوم الثانى مشقة حمل الرحل من غير أهله والسير وحطه فى غير أهله وانما قدرنا بسير الابل ومشى الاقدام
لانه الوسط لان ابطأ السير سير العجلة والاسرع سير الفرس والبريد فكان أوسط أنواع السير سير الابل
ومشى الاقدام وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم خير الأمور أوساطها ولان الاقل والاكثر يتجاذبان فيستقر
الأمر على الوسط وعلى هذا يخرج ما روى عن أبى حنيفة فيمن سار فى الماء يوما وذلك فى البر ثلاثة أيام انه يقصر
الصلاة لانه لا عبرة للاسراع وكذا لو سار فى البر الى موضع فى يوم أو يومين وانه بسير الابل والمشى المعتاد ثلاثة
أيام يقصر اعتبارا للسير المعتاد وعلى هذا اذا سافر فى الجبال والعقبات أنه يعتبر مسيرة ثلاثة أيام فيها لا فى السهل
فالحاصل أن التقدير بمسيرة ثلاثة أيام أو بالمراحل فى السهل والجبل والبر والبحر ثم يعتبر فى كل ذلك السير المعتاد فيه
وذلك معلوم عند الناس فيرجع اليهم عند الاشتباه والتقدير بالفراسخ غير سديد لأن ذلك يختلف باختلاف
الطريق وقال أبو حنيفة اذا خرج الى مصر فى ثلاثة أيام وأمكنه أن يصل اليه من طريق آخر فى يوم واحد قصر
وقال الشافعى ان كان لغرض صحيح قصر وان كان من غير غرض صحيح لم يقصر و يكون كالعاصى فى سفره والصحيح
قولنا لان الحكم معلق بالسفر فكان المعتبر مسيرة ثلاثة أيام على قصد السفر وقد وجد والثانى نية مدة السفر لان
السير قد يكون سفرا وقد لا يكون لان الانسان قد يخرج من مصره الى موضع لاصلاح الضيعة ثم تبدو له حاجة
أخرى الى المجاوزة عنه الى موضع آخر ليس بينهما مدة سفر ثم وثم الى أن يقطع مسافة بعيدة أكثر من مدة السفر
لا لقصد السفر فلا بد من النية للتمييز والمعتبر فى النية هو نية الاصل دون التابع حتى يصير العبد مسافرا بنية مولاه
والزوجة بنية الزوج وكل من لزمه طاعة غيره كالسلطان وأمير الجيش لان حكم التبع حكم الاصل وأما الغريم مع
صاحب الدين فان كان مليا فالنية اليه لانه يمكنه قضاء الدين والخروج من يده وان كان مفلسا فالنية الى الطالب لانه
لا يمكنه الخروج من يده فكان تابعا له والثالث الخروج من عمران المصر فلا يصير مسافرا بمجرد نية السفر ما
يخرج من عمران المصر وأصله ماروى عن على رضى الله عنه أنه لما خرج من البصرة يريد الكوفة صلى الظهر
أربعا ثم نظر الى خص امامه وقال لو جاوزنا الخص صلينا ركعتين ولان النية انما تعتبر اذا كانت مقارنة للفعل لان
مجرد العزم عفو وفعل السفر لا يتحقق الا بعد الخروج من المصر فما لم يخرج لا يتحقق قران النية بالفعل فلا يصير

مسافرا وهذا بخلاف المسافر اذا نوى الاقامة فى موضع صالح للاقامة حيث يصير مقيما للحال لان نية الاقامة هناك
قارنت الفعل وهو ترك السفر لان ترك الفعل فعل فكانت معتبرة وههنا بخلافه وسواء خرج فى أول الوقت أو فى
وسطه أو فى آخره حتى لو بقى من الوقت مقدار ما يسع لاداء ركعتين فانه يقصر فى ظاهر قول أصحابنا وقال محمد بن
شجاع البلخى وابراهيم النخعى انما يقصر اذا خرج قبل الزوال فاما اذا خرج بعد الزوال فانه يكمل الظهر وانما يقصر
العصر وقال الشافعى اذا مضى من الوقت مقدار ما يمكنه اداء أربع ركعات فيه يجب عليه الاكمال ولا يجوز له القصر
وان مضى دون ذلك اختلف أصحابه فيه وان بقى من الوقت مقدار ما يسع لركعة واحدة لا غير أو للتحريمة فقط
يصلى ركعتين عندنا وعند زفر يصلى أربعا (اما) الكلام فى المسئلة الاولى فبناء على ان الصلاة تجب فى أول
الوقت أو فى آخره فعندهم تجب فى أول الوقت فكلما دخل الوقت أو مضى منه مقدار ما يسع لأداء الاربع وجب
عليه اداء أربع ركعات فلا يسقط شطرها بسبب السفر بعد ذلك كما اذا صارت دينا فى الذمة بمضى الوقت ثم سافر لا
يسقط الشطر كذا ههنا وعند المحققين من أصحابنا لا تجب فى أول الوقت على التعيين وانما تجب فى جزء من الوقت
غير معين وانما التعيين الى المصلى من حيث الفعل حتى انه اذا شرع فى أول الوقت يجب فى ذلك الوقت وكذا اذا شرع
فى وسطه أو آخره ومتى لم يعين بالفعل حتى بقى من الوقت مقدار ما يصلى فيه أربعا وهو مقيم يجب عليه تعيين ذلك
الوقت للاداء فعلا حتى يأثم بترك التعيين وان كان لا يتعين للاداء بنفسه شرعا حتى لو صلى فيه التطوع جاز واذا كان
كذلك لم يكن اداء الاربع واجبا قبل الشروع فاذا نوى السفر وخرج من العمران حتى صار مسافرا تجب عليه
صلاة المسافرين ثم ان كان الوقت فاضلا على الاداء يجب عليه اداء ركعتين فى جزء من الوقت غير معين ويتعين ذلك
بفعله وان لم يتعين بالفعل الى آخر الوقت يتعين آخر الوقت لوجوب تعيينه للاداء فعلا وكذا اذا لم يكن الوقت فاضلا
على الاداء ولكنه يسع للركعتين يتعين للوجوب وبنى على هذا الأصل الطاهرة اذا حاضت فى آخر الوقت أو نفست
والعاقل اذا جن أو أغمى عليه والمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وقد بقى من الوقت ما يسع الفرض لا يلزمهم الفرض
عند أصحابنا لان الوجوب يتعين فى آخر الوقت عندنا اذا لم يوجد الأداء قبله فيستدعى الأهلية فيه لاستحالة
الايجاب على غير الاهل ولم يوجد وعندهم يلزمهم الفرض لان الوجوب عندهم بأول الوقت والاهلية ثابتة
فى أوله ودلائل هذا الأصل تعرف فى أصول الفقه ولو صلى الصبى الفرض فى أول الوقت ثم بلغ تلزمه الاعادة
عندنا خلافا للشافعى وكذا اذا أحرم بالحج ثم بلغ قبل الوقوف بعرفة لا يجزيه عن حجة الاسلام عندنا خلافا
له وجه قوله ان عدم الوجوب عليه كان نظرا له والنظر له هنا الوجوب كيلا تلزمه الاعادة فاشبه الوصية
حيث صحت منه نظرا له وهو الثواب ولا ضرر فيه لان ملكه يزول بالميراث ان لم يزل بالوصية (ولنا) ان فى نفس
الوجوب ضررا فلا يثبت مع الصبى كما لو لم يبلغ فيه وانما انقلب نفعا بحالة اتفقت وهى البلوغ فيه وانه نادر
فبقى عدم الوجوب لانه نفع فى الاصل المسلم اذا صلى ثم ارتد عن الاسلام والعياذ بالله ثم أسلم فى الوقت فعليه
اعادة الصلاة عندنا وعند الشافعى لا اعادة عليه وعلى هذا الحج واحتج بقوله تعالى ومن يرتدد منكم عن دينه
فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة علق حبط العمل بالموت على الردة دون نفس الردة لان
الردة حصلت بعد الفراغ من القربة فلا يبطلها كما لو تيمم ثم ارتد عن الاسلام ثم أسلم (ولنا) قوله تعالى
ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله وقوله تعالى ولو أشركوا لحبط عنهم ما كانوا يعملون علق حبط العمل بنفس
الاشراك بعد الايمان واما الآية فنقول من علق حكما بشرطين وعلقه بشرط فالحكم يتعلق بكل واحد من
التعليقين وينزل عند أيهما وجد كمن قال لعبده أنت حر اذا جاء يوم الخميس ثم قال له أنت حر اذا جاء يوم الجمعة
لا يبطل واحد منهما بل اذا جاء يوم الخميس عتق ولو كان باعه فجاء يوم الخميس ولم يكن فى ملكه ثم اشتراه فجاء يوم
الجمعة وهو فى ملكه عتق بالتعليق الآخر واما التيمم فهو ليس بعبادة وانما هو طهارة وأثر الردة فى ابطال العبادات
الا انه لا ينعقد مع الكفر لعدم الحاجة والحاجة ههنا متحققة والردة لا تبطلها لكونه مجبورا على الاسلام فبقيت

الحاجة على ماذكرنا فى فصل التيمم (واما) الكلام فى المسئلة الثانية فبناء على أصل مختلف بين اصحابنا وهو مقدار ما يتعلق به الوجوب فى آخر الوقت قال الكرخى وأكثر المحققين من أصحابنا ان الوجوب يتعلق بآخر الوقت بمقدار التحريمة وقال زفر لا يجب الا اذا بقى من الوقت مقدار ما يؤدى فيه الفرض وهو اختيار القدورى وبنى على هذا الاصل الحائض اذا طهرت فى آخر الوقت وبلغ الصبى وأسلم الكافر وأفاق المجنون والمغمى عليه وأقام المسافر أو سافر المقيم وهى مسئلة الكتاب فعلى قول زفر ومن تابعه من أصحابنا لا يجب الفرض ولا يتغير الا اذا بقى من الوقت مقدار ما يمكن فيه الاداء وعلى القول المختار يجب الفرض ويتغير الاداء وان بقى مقدار ما يسع للتحريمة فقط ووجه قول زفر ان وجوب الاداء يقتضى تصور الاداء واداء كل الفرض فى هذا القدر لا يتصور فاستحال وجوب الاداء (ولنا) ان آخر الوقت يجب تعيينه على المكلف للاداء فعلا على ما مر فان بقى مقدار ما يسع لكل الصلاة يجب تعيينه لكل الصلاة فعلا بالاداء وان بقى مقدار ما يسع للبعض وجب تعيينه لذلك البعض لان تعيين كل الوقت لكل العبادة تعيين كل أجزائه لكل أجزائها ضرورة وفى تعيين جزء من الوقت لجزء من الصلاة فائدة وهى أن الصلاة لا تتجزأ فاذا وجب البعض فيه وجب الكل فيما يتعقبه من الوقت ان كان لا يتعقبه وقت مكروه وان تعقبه يجب الكل ليؤدى فى وقت آخر واذا لم يبق من الوقت الا قدر ما يسع التحريمة وجب تحصيل التحريمة ثم تجب بقية الصلاة لضرورة وجوب التحريمة فيؤديها فى الوقت المتصل به فيما وراء الفجر وفى الفجر يؤديها فى وقت آخر لان الوجوب على التدريج الذى ذكرنا قد تقرر وقد عجز عن الاداء فيقضى وهذا بخلاف الكافر اذا أسلم بعد طلوع الفجر من يوم رمضان حيث لا يلزمه صوم ذلك اليوم لان هناك الوقت معيار للصوم فكل جزء منه على الاطلاق لا يصلح للجزء الاول من العبادة بل الجزء الاول من الوقت متعين للجزء الاول من العبادة ثم الثانى منه للثانى منها والثالث للثالث وهكذا فلا يتصور وجوب الجزء الاول من العبادة فى الجزء الثانى أو الخامس من الوقت ولا الجزء الخامس من العبادة من الجزء السادس من الوقت فاذا فات الجزء الاول من الوقت وهو ليس باهل فلم يجب الجزء الاول من العبادة لاستحالة الوجوب على غير الاهل فبعد ذلك وان أسلم فى الجزء الثانى أو العاشر لا يتصور وجوب الجزء الاول من الصوم فى ذلك الجزء من الوقت لانه ليس بمحل لوجوبه فيه ولان وجوب كل جزء من الصوم فى جزء من الوقت وهو محل أدائه والجزء الثانى من اليوم لا يتصور أن يكون محلا للجزء الاول من العبادة فلا يتصور وجوب الجزء الأول فلا يتصور وجوب الجزء الآخر لان الصوم لا يتجزأ وجوبا ولا أداء بخلاف الصلاة لان هناك كل جزء مطلق من الوقت يصلح ان يجب فيه الجزء الاول من الصلاة اذا التحريمة منها فى ذلك الوقت لان الوقت ليس بمعيار للصلاة فهو الفرق والله الموفق ثم ماذكرنا من تعلق الوجوب بمقدار التحريمة فى حق الحائض اذا كانت أيامها عشرا فاما اذا كانت أيامها دون العشرة فانما تجب عليها الصلاة اذا طهرت وعليها من الوقت مقدار ما تغتسل فيه فان كان عليها من الوقت ما لا تستطيع ان تغتسل فيه أو لا تستطيع أن تحرم للصلاة فليس عليها تلك الصلاة حتى لا يجب عليها القضاء والفرق ان أيامها اذا كانت أقل من عشرة لا يحكم بخروجها من الحيض بمجرد انقطاع الدم ما لم تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة تصير تلك الصلاة دينا عليها واذا كانت أيامها عشرة بمجرد الانقطاع يحكم بخروجها عن الحيض فاذا أدركت جزأ من الوقت يلزمها قضاء تلك الصلاة سواء تمكنت من الاغتسال أو لم تتمكن بمنزلة كافر أسلم وهو جنب أو صبى بلغ بالاحتلام فى آخر الوقت فعليه قضاء تلك الصلاة سواء تمكن من الاغتسال فى الوقت أو لم يتمكن وهذا لان الحيض هو خروج الدم فى وقت معتاد فاذا انقطع الدم كان ينبغى ان يحكم بزواله لان الاصل ان ما انعدم حقيقة انعدم حكما الا انا لا نحكم بخروجها من الحيض ما لم تغتسل اذا كانت أيامها أقل من عشرة لاجماع الصحابة رضى الله عنهم قال الشعبى حدثنى بضعة عشر نفرا من الصحابة ان الزوج أحق برجعتها ما لم تغتسل وكان المعنى فى ذلك ان نفس الانقطاع ليس بدليل على الطهارة لان ذلك كثيرا ما يتخلل فى زمان الحيض فشرطت زيادة

شئ له أثر فى التطهير وهو الاغتسال أو وجوب الصلاة عليها الا انه من أحكام الطهر بخلاف ما اذا كانت أيامها عشرا لان هناك الاجماع ومثل هذا الدليل المعقول منعدم ولان الدليل قد قام لنا ان الحيض لا يزيد على العشرة وهذه المسئلة تستقصى فى كتاب الحيض وهل يباح للزوج قربانها قبل الاغتسال اذا كانت أيامها عشرا عند أصحابنا الثلاثة يباح وعند زفر لا يباح ما لم تغتسل واذا كانت أيامها دون العشرة لا يباح للزوج قربانها قبل الاغتسال بالاجماع واذا مضى عليها وقت صلاة فللزوج ان يقربها عندنا وان لم تغتسل خلافا لزفر على ما يعرف فى كتاب الحيض ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما بيان ما يصير المسافر به مقيما فالمسافر يصير مقيما بوجود الاقامة والاقامة تثبت باربعة أشياء أحدها صريح نية الاقامة وهو ان ينوى الاقامة خمسة عشر يوما فى مكان واحد صالح للاقامة فلا بد من أربعة أشياء نية الاقامة ونية مدة الاقامة واتحاد المكان وصلاحيته للاقامة (اما) نية الاقامة فامر لا بد منه عندنا حتى لو دخل مصرا ومكث فيه شهرا أو أكثر لانتظار القافلة أو لحاجة أخرى يقول اخرج اليوم أو غدا ولم ينو الاقامة لا يصير مقيما وللشافعى فيه قولان فى قول اذا أقام أكثر مما أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بتبوك كان مقيما وان لم ينو الاقامة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أقام بتبوك تسعة عشر يوما أو عشرين يوما وفى قول اذا أقام أربعة أيام كان مقيما ولا يباح له القصر (احتج) لقوله الاول ان الاقامة متى وجدت حقيقة ينبغى ان تكمل الصلاة قلت الاقامة أو كثرت لانها ضد السفر والشئ يبطل بما يضاده الا ان النبى صلى الله عليه وسلم أقام بتبوك تسعة عشر يوما وقصر الصلاة فتركنا هذا القدر بالنص فنأخذ بالقياس فيما وراءه ووجه قوله الآخر على النحو الذى ذكرنا ان القياس ان يبطل السفر بقليل الاقامة لان الاقامة قرار والسفر انتقال والشئ ينعدم بما يضاده فينعدم حكمه ضرورة الا ان قليل الاقامة لا يمكن اعتباره لان المسافر لا يخلو عن ذلك عادة فسقط اعتبار القليل لمكان الضرورة ولا ضرورة فى الكثير والاربعة فى حد الكثرة لان أدنى درجات الكثير ان يكون جمعا والثلاثة وان كانت جمعا لكنها أقل الجمع فكانت فى حد القلة من وجه فلم تثبت الكثرة المطلقة فاذا صارت أربعة صارت فى حد الكثرة على الاطلاق لزوال معنى القلة من جميع الوجوه (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه انه أقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر الصلاة وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه أقام باذربيجان شهرا وكان يصلى ركعتين وعن علقمة انه أقام بخوارزم سنتين وكان يقصر وروى عن عمران بن حصين رضى الله عنه انه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام فتح مكة فاقام بمكة ثمان عشرة ليلة لا يصلى الا ركعتين ثم قال لاهل مكة صلوا أربعا فانا قوم سفر والقياس بمقابلة النص والاجماع باطل (واما) مدة الاقامة فاقلها خمسة عشر يوما عندنا وقال مالك والشافعى أقلها أربعة أيام وحجتهما ما ذكرنا وروى ان النبى صلى الله عليه وسلم رخص للمهاجرين المقام بمكة بعد قضاء النسك ثلاثة أيام فهذه اشارة الى ان الزيادة على الثلاث توجب حكم الاقامة (ولنا) ماروى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم انهما قالا اذا دخلت بلدة وأنت مسافر وفى عزمك أن تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل الصلاة وان كنت لا تدرى متى تظعن فاقصر وهذا باب لا يوصل اليه بالاجتهاد لانه من جملة المقادير ولا يظن بهما التكلم جزافا فالظاهر انهما قالاه سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عبد الله بن عباس وجابر وأنس رضى الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه دخلوا مكة صبيحة الرابع من ذى الحجة ومكثوا ذلك اليوم واليوم الخامس واليوم السادس واليوم السابع فلما كان صبيحة اليوم الثامن وهو يوم التروية خرجوا الى منى وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بأصحابه ركعتين وقد وطنوا أنفسهم على اقامة أربعة ايام دل ان التقدير بالاربعة غير صحيح وماروى من الحديث فليس فيه ما يشير الى تقدير أدنى مدة الاقامة بالأربعة لأنه يحتمل انه علم ان حاجتهم ترتفع فى تلك المدة فرخص بالمقام ثلاثا لهذا لا للتقدير

الاقامة (وأما) اتحاد المكان فالشرط نية مدة الاقامة فى مكان واحد لان الاقامة قرار والانتقال يضاده
ولا بد من الانتقال فى مكانين واذا عرف هذا فنقول اذا نوى المسافر الاقامة خمسة عشر يوما فى موضعين فان كانا
مصرا واحدا أو قرية واحدة صار مقيما لانهما متحدان حكما ألا يرى انه لو خرج اليه مسافر لم يقصر فقد وجد
الشرط وهو نية كمال مدة الاقامة فى مكان واحد فصار مقيما وان كانا مصرين نحو مكة ومنى أو الكوفة والحيرة
أو قريتين أو أحدهما مصر والآخر قرية لا يصير مقيما لانهما مكانان متباينان حقيقة وحكما ألا ترى انه لو خرج
اليه المسافر يقصر فلم يوجد الشرط وهو نية الاقامة فى موضع واحد خمسة عشر يوما فلغت نيته فان نوى المسافر أن
يقيم بالليالى فى أحد الموضعين ويخرج بالنهار الى الموضع الآخر فان دخل أولا الموضع الذى نوى المقام فيه بالنهار
لا يصير مقيما وان دخل الموضع الذى نوى الاقامة فيه بالليالى يصير مقيما ثم بالخروج الى الموضع الآخر لا يصير
مسافرا لان موضع اقامة الرجل حيث يبيت فيه ألا ترى انه اذا قيل للسوقى اين تسكن يقول فى محلة كذا وهو
بالنهار يكون بالسوق وذكر فى كتاب المناسك ان الحاج اذا دخل مكة فى أيام العشر ونوى الاقامة خمسة عشر
يوما أو دخل قبل أيام العشر لكن بقى الى يوم التروية أقل من خمسة عشر يوما ونوى الاقامة لا يصح لانه لا بد له
من الخروج الى عرفات فلا تتحقق نية اقامته خمسة عشر يوما فلا يصح وقيل كان سبب تفقه عيسى بن أبان هذه
المسئلة وذلك انه كان مشغولا بطلب الحديث قال فدخلت مكة فى أول العشر من ذى الحجة مع صاحب لى
وعزمت على الاقامة شهرا فجعلت أتم الصلاة فلقينى بعض أصحاب أبى حنيفة فقال أخطأت فانك تخرج الى منى
وعرفات فلما رجعت من منى بدا لصاحبى أن يخرج وعزمت على أن أصاحبه وجعلت أقصر الصلاة فقال لى
صاحب أبى حنيفة أخطأت فانك مقيم بمكة فما لم تخرج منها لا تصير مسافرا فقلت أخطأت فى مسئلة فى موضعين
فدخلت مجلس محمد واشتغلت بالفقه وانما أوردنا هذه الحكاية ليعلم مبلغ علم الفقه فيصير مبعثة للطلبة على
طلبه (وأما) المكان الصالح للاقامة فهو موضع اللبث والقرار فى العادة نحو الامصار والقرى وأما المفازة والجزيرة
والسفينة فليست موضع الاقامة حتى لو نوى الاقامة فى هذه المواضع خمسة عشر يوما لا يصير مقيما كذا روى عن
أبى حنيفة وروى عن أبى يوسف فى الاعراب والاكراد والتركمان اذا نزلوا بخيامهم فى موضع ونووا الاقامة خمسة
عشر يوما صاروا مقيمين فعلى هذا اذا نوى المسافر الاقامة فيه خمسة عشر يوما يصير مقيما كما فى القرية وروى عنه
أيضا انهم لم يصيروا مقيمين فعلى هذا اذا نوى المسافر الاقامة فيه لا يصح ذكر الروايتين عن أبى يوسف فى العيون
فصار الحاصل ان عند أبى حنيفة لا يصير مقيما فى المفازة وان كان ثمة قوم وطنوا ذلك المكان بالخيام والفساطيط وعن
أبى يوسف روايتان وعلى هذا الامام اذا دخل دار الحرب مع الجند ومعهم أخبية وفساطيط فنووا الاقامة خمسة
عشر يوما فى المفازة والصحيح قول أبى حنيفة لان موضع الاقامة موضع القرار والمفازة ليست موضع القرار فى
الاصل فكانت النية لغوا ولو حاصر المسلمون مدينة من مدائن أهل الحرب ووطنوا أنفسهم على اقامة خمسة
عشر يوما لم تصح نية الاقامة ويقصرون وكذا اذا نزلوا المدينة وحاصروا أهلها فى الحصن وقال أبو يوسف ان
كانوا فى الأخبية والفساطيط خارج البلدة فكذلك وان كانوا فى الابنية صحت نيتهم وقال زفر فى الفصلين جميعا ان
كانت الشوكة والغلبة للمسلمين صحت نيتهم وان كانت للعدو لم تصح وجه قول زفر ان الشوكة اذا كانت للمسلمين يقع
الأمن لهم من ازعاج العدو اياهم فيمكنهم القرار ظاهرا فنية الاقامة صادفت محلها فصحت وأبو يوسف يقول
الابنية موضع الاقامة فتصح نية الاقامة فيها بخلاف الصحراء (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه
ان رجلا سأله وقال انا نطيل الثواء فى أرض الحرب فقال صل ركعتين حتى ترجع الى أهلك ولان نية الاقامة نية
القرار وانما تصح فى محل صالح للقرار ودار الحرب ليست موضع قرار المسلمين المحاربين لجواز أن يزعجهم العدو
ساعة فساعة لقوة تظهر لهم لان القتال سجال أو تنفذ لهم فى المسلمين حيلة لان الحرب خدعة فلم تصادف النية
محلها فلغت ولان غرضهم من المكث هنالك فتح الحصن دون التوطن وتوهم انفتاح الحصن فى كل ساعة قائم فلا

تحقق نيتهم اقامة خمسة عشر يوما فقد خرج الجواب عما قالا وعلى هذا الخلاف اذا حارب أهل العدل البغاة فى دار الاسلام فى غير مصر أو حاصروهم ونووا الاقامة خمسة عشر يوما واختلف المتأخرون فى الاعراب والأكراد والتركمان الذين يسكنون فى بيوت الشعر والصوف قال بعضهم لا يكونون مقيمين أبدا وان نووا الاقامة مدة الاقامة لان المفازة ليست موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون لان عادتهم الاقامة فى المفاوز دون الامصار والقرى فكانت المفاوز لهم كالامصار والقرى لاهلها ولان الاقامة للرجل أصل والسفر عارض وهم لا ينوون السفر بل ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى حتى لو ارتحلوا عن أماكنهم وقصدوا موضعا آخر بينهما مدة سفر صاروا مسافرين فى الطريق ثم المسافر كما يصير مقيما بصريح نية الاقامة فى مكان واحد صالح للاقامة خمسة عشر يوما خارج الصلاة يصير مقيما به فى الصلاة حتى يتغير فرضه فى الحالين جميعا سواء نوى الاقامة فى أول الصلاة أو فى وسطها أو فى آخرها بعد ان كان شئ من الوقت باقيا وان قل وسواء كان المصلى منفردا أو مقتديا مسبوقا أو مدركا الا اذا أحدث المدرك أو نام خلف الامام فتوضأ أو انتبه بعد ما فرغ الامام من الصلاة ونوى الاقامة فانه لا يتغير فرضه عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وانما كان كذلك لان نية الاقامة نية الاستقرار والصلاة لا تنافى نية الاستقرار فتصح نية الاقامة فيها فاذا كان الوقت باقيا والفرض لم يؤد بعد كان محتملا للتغيير فيتغير بوجود المغير وهو نية الاقامة واذا خرج الوقت أو أدى الفرض لم يبق محتملا للتغيير فلا يعمل المغير فيه والمدرك الذى نام خلف الامام أو أحدث وذهب للوضوء كأنه خلف الامام ألا ترى انه لا يقرأ ولا يسجد للسهو فاذا فرغ الامام فقد استحكم الفرض ولم يبق محتملا للتغيير فى حقه فكذا فى حق اللاحق بخلاف المسبوق واذا عرف هذا فنقول اذا صلى المسافر ركعة ثم نوى الاقامة فى الوقت تغير فرضه لما ذكرنا ان الفرض فى الوقت قابل للتغيير وكذا لو نوى الاقامة بعد ما صلى ركعة ثم خرج الوقت لما قلنا ولو خرج الوقت وهو فى الصلاة ثم نوى الاقامة لا يتغير فرضه لان فرض السفر قد تقرر عليه بخروج الوقت فلا يحتمل التغيير بعد ذلك ولو صلى الظهر ركعتين وقعد قدر التشهد ولم يسلم ثم نوى الاقامة تغير فرضه لما ذكرنا وان نوى الاقامة بعد ما قعد قدر التشهد وقام الى الثالثة فان لم يقيد الركعة بالسجدة تغير فرضه لانه لم يخرج عن المكتوبة بعد الا انه يعيد القيام والركوع لان ذلك نفل فلا ينوب عن الفرض وهو بالخيار فى الشفع الاخير ان شاء قرأ وان شاء سبح وان شاء سكت فى ظاهر الرواية على ما ذكرنا فيما تقدم وان قيد الثالثة بالسجدة ثم نوى الاقامة لا يتغير فرضه لان الفرض قد استحكم بخروجه منه فلا يحتمل التغيير ولكنه يضيف اليها ركعة أخرى لتكون الركعتان له تطوعا لان التقرب الى الله تعالى بالبتراء غير جائز ولو أفسد تلك الركعة ففرضه تام وليس عليه قضاء الشفع الثانى عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على مسئلة المظنون هذا اذا قعد على رأس الركعتين قدر التشهد فاما اذا لم يقعد ونوى الاقامة وقام الى الثالثة تغير فرضه لما قلنا ثم ينظر ان لم يقم صلبه عاد الى القعدة وان أقام صلبه لا يعود كالمقيم اذا قام من الثالثة الى الرابعة وهو فى القراءة فى الشفع الأخير بالخيار وكذا اذا قام الى الثالثة ولم يقيدها بالسجدة حتى نوى الاقامة تغير فرضه وعليه اعادة القيام والركوع لما مر فان قيد الثالثة بالسجدة ثم نوى الاقامة لا تعمل نيته فى حق هذه الصلاة لان فرضيتها قد فسدت بالاجماع لانه لما قيد الثالثة بالسجدة ثم شروعه فى النفل لان الشروع اما أن يكون بتكبيرة الافتتاح أو بتمام فعل النفل وتمام فعل الصلاة بتقييد الركعة بالسجدة ولهذا لا تسمى صلاة بدونه واذا صار شارعا فى النفل صار خارجا عن الفرض ضرورة لكن بقيت التحريمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف فيضيف اليها ركعة أخرى ليكون الاربع له تطوعا لان التنفل بالثلاث غير مشروع وعند محمد ارتفعت التحريمة بفساد الفرضية فلا يتصور انقلابه تطوعا مسافر صلى الظهر ركعتين وترك القراءة فى الركعتين أو فى واحدة منهما أو قعد قدر التشهد ثم نوى الاقامة قبل أن يسلم أو قام الى الثالثة ثم نوى الاقامة قبل أن يقيدها بالسجدة تحول فرضه أربعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ويقرأ فى الاخيرتين قضاء عن الاوليين وتفسد صلاته عند محمد ولو قيد الثالثة بالسجدة ثم نوى الاقامة تفسد

صلاته بالاجماع لكن يضيف اليها ركعة أخرى ليكون الركعتان له تطوعا على قولهما خلافا لمحمد على ما مر وجه قول محمد ان ظهر المسافر كفجر المقيم ثم الفجر فى حق المقيم يفسد بترك القراءة فيهما أو فى احداهما على وجه لا يمكنه اصلاحه الا بالاستقبال فكذا الظهر فى حق المسافر اذ لا تأثير لنية الاقامة فى رفع صفة الفساد وجه قولهما ان المفسد لم يتقرر لأن المفسد خلو الصلاة عن القراءة فى ركعتين منها ولا يتحقق ذلك بترك القراءة فى الاوليين لأن صلاة المسافر بعرض أن يلحقها مدد نية الاقامة بخلاف الفجر فى حق المقيم لان ثمة تقرر المفسد اذ ليس لها هذه العرضية وكذا اذا قيد الثالثة بالسجدة ولو قرأ فى الركعتين جميعا وقعد قدر التشهد وسلم وعليه سهو فنوى الاقامة لم ينقلب فرضه أربعا وسقط عنه السهو عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر تغير فرضه أربعا وسجد للسهو فى آخر الصلاة ذكر الاختلاف فى نوادر أبى سليمان ولو سجد سجدة واحدة لسهوه أو سجدهما ثم نوى الاقامة تغير فرضه أربعا بالاجماع ويعيد السجدتين فى آخر الصلاة وكذا اذا نوى الاقامة قبل السلام الاول وهذا الاختلاف راجع الى أصل وهو ان من عليه سجود السهو اذا سلم يخرج من الصلاة عند أبى حنيفة وأبى يوسف خروجا موقوفا ان عاد الى سجدتى السهو وصح عوده اليهما تبين انه كان لم يخرج وان لم يعد تبين أنه كان خرج حتى لو ضحك بعدما سلم قبل أن يعود الى سجدتى السهو لا تنتقض طهارته عندهما وعند محمد وزفر سلامه لا يخرجه عن حرمة الصلاة أصلا حتى لو ضحك قهقهة بعد السلام قبل الاشتغال بسجدتى السهو تنتقض طهارته وجه قول محمد وزفر ان الشرع أبطل عمل سلام من عليه سجدتا السهو لان سجدتى السهو يؤتى بهما فى تحريمة الصلاة لانهما شرعتا لجبر النقصان وانما ينجبران لو حصلتا فى تحريمة الصلاة ولهذا يسقطان اذا وجد بعد القعود قدر التشهد ما ينافى التحريمة ولا يمكن تحصيلهما فى تحريمة الصلاة الا بعد بطلان عمل هذا السلام فصار وجوده وعدمه فى هذه الحالة بمنزلة واحدة ولو انعدم حقيقة كانت التحريمة باقية فكذا اذا التحق بالعدم ولابى حنيفة وأبى يوسف ان السلام جعل محللا فى الشرع قال النبى صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم والتحليل ما يحصل به التحلل ولانه خطاب للقوم فكان من كلام الناس وانه مناف للصلاة غير ان الشرع أبطل عمله فى هذه الحالة لحاجة المصلى الى جبر النقصان ولا ينجبر الا عند وجود الجابر فى التحريمة ليلحق الجابر بسبب بقاء التحريمة بمحل النقصان فينجبر النقصان فبقينا التحريمة مع وجود المنافى لها لهذه الضرورة فان اشتغل بسجدتى السهو وصح اشتغاله بهما تحققت الضرورة الى ابقاء التحريمة فبقيت وان لم يشتغل لم تتحقق الضرورة فعمل السلام فى الاخراج عن الصلاة وابطال التحريمة واذا عرف هذا الاصل فنقول وجدت نية الاقامة ههنا والتحريمة باقية عند محمد وزفر فتغير فرضه كما لو نوى الاقامة قبل السلام أو بعدما عاد الى سجدتى السهو وعند أبى حنيفة وأبى يوسف وجدت نية الاقامة ههنا والتحريمة منقطعة لان بقاءها مع وجود المنافى لضرورة العود الى سجدتى السهو والعود الى سجدتى السهو ههنا لا يصح لانه لو صح لتبين ان التحريمة كانت باقية فتبين ان فرضه صار أربعا وهذا وسط الصلاة والاشتغال بسجدتى السهو فى وسط الصلاة غير صحيح لان محلهما آخر الصلاة فلا فائدة فى التوقف ههنا فلا يتوقف بخلاف ما اذا اقتدى به انسان فى هذه الحالة لان الاقتداء موقوف ان اشتغل بالسجدتين تبين انه كان صحيحا وان لم يشتغل تبين انه وقع باطلا لان القول بالتوقف هنالك مفيد لان العود الى سجدتى السهو صحيح فسقط اعتبار المنافى للضرورة وههنا بخلافه بخلاف ما اذا سجد سجدة واحدة للسهو ثم نوى الاقامة أو سجد السجدتين جميعا حيث يصح وان كان يؤدى الى ان سجدتى السهو لا يعتد بهما لحصولهما فى وسط الصلاة لان هنالك صح اشتغاله بسجدتى السهو فتبين ان التحريمة كانت باقية فوجدت نية الاقامة والتحريمة باقية فتغير فرضه أربعا واذا تغير أربعا تبين ان السجدة حصلت فى وسط الصلاة فيبطل اعتبارها ولكن لا يظهر انها ما كانت معتبرة معتدا بها حين حصلت بل بطل اعتبارها بعد ذلك وقت حصول نية الاقامة مقتصرا على الحال فاما فيما نحن فيه فبخلافه وفرق بين ما انعقد صحيحا ثم انفسخ بمعنى يوجب انفساخه وبين ما لم ينعقد من الاصل لان فى الاول ثبت الحكم عند انعقاده

وانتقى بعد انفساخه وفى الثانى لم يثبت الحكم أصلا نظيره من اشترى دارا فوجد بها عيبا فردها بقضاء القاضي حتى انفسخ البيع لا تبطل شفعة الشفيع الذى كان ثبت بالبيع ولو ظهر ان بدل الدار كان حرا ظهر ان حق الشفيع لم يكن ثابتا لانه ظهر ان البيع ما كان منعقدا وفى باب الفسخ لا يظهر فكذا ههنا ويعيد السجدتين فى آخر الصلاة عندنا خلافا لزفر والصحيح قولنا لانه شرع لجبر النقصان وانه لا يصلح جابرا قبل السلام ففى وسط الصلاة أولى فيعاد لتحقيق ما شرع له وبخلاف ما اذا نوى الاقامة قبل السلام الاول حيث تصح نية الاقامة لأن التحريمة باقية بيقين ومن مشايخنا من قال لا توقف فى الخروج عن التحريمة بسلام السهو عندهما بل يخرج جزما من غير توقف وانما التوقف فى عود التحريمة ثانيا ان عاد الى سجدتى السهو يعود والا فلا وهذا أسهل لتخريج المسائل وما ذكرنا ان التوقف فى بقاء التحريمة وبطلانها أصح لان التحريمة تحريمة واحدة فاذا بطلت لا تعود الا بالاعادة ولم توجد والله أعلم (والثانى) وجود الاقامة بطريق التبعية وهو ان يصير الاصل مقيما فيصير التبع أيضا مقيما باقامة الاصل كالعبد يصير مقيما باقامة مولاه والمرأة باقامة زوجها والجيش باقامة الامير ونحو ذلك لان الحكم فى التبع ثبت بعلة الاصل ولا تراعى له علة على حدة لما فيه من جعل التبع أصلا وانه قلب الحقيقة (واما) الغريم مع صاحب الدين فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى السفر انه ان كان المديون مليا فالمعتبر نيته ولا يصير تبعا لصاحب الدين لانه يمكنه تخليص نفسه بقضاء الدين وان كان مفلسا فالمعتبر نية صاحب الدين لان له حق ملازمته فلا يمكنه ان يفارق صاحب الدين فكانت نيته لغوا لعدم الفائدة ثم فى هذه الفصول انما يصير التبع مقيما باقامة الاصل وتنقلب صلاته أربعا اذا علم التبع بنية اقامة الاصل فاما اذا لم يعلم فلا حتى لو صلى التبع صلاة المسافرين قبل العلم بنية اقامة الاصل فان صلاته جائزة ولا يجب عليه اعادتها وقال بعض أصحابنا ان عليه الاعادة وانه غير سديد لان فى اللزوم بدون العلم به ضررا فى حقه وحرجا ولهذا لم يصح عزل الوكيل بدون العلم به كذا هذا وعلى هذا يبنى أيضا اقتداء المسافر بالمقيم فى الوقت انه يصح وينقلب فرضه أربعا عند عامة العلماء وقال بعض الناس لا ينقلب وقال مالك ان أدرك مع الامام ركعة فصاعدا ينقلب فرضه أربعا وان أدرك ما دون الركعة لا ينقلب بان اقتدى به فى السجدة الاخيرة أو بعد ما رفع رأسه منها والصحيح قول العامة لانه لما اقتدى به صار تبعا له لان متابعته واجبة عليه قال صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه والاداء أعنى الصلاة فى الوقت مما يحتمل التغيير الى الكمال اذا وجد دليل التغيير ألا ترى انه تتغير بنية الاقامة فى الوقت وقد وجد ههنا دليل التغيير وهو التبعية فيتغير فرضه أربعا فصار صلاة المقتدى مثل صلاة الامام فصح اقتداؤه به بخلاف ما اذا اقتدى به خارج الوقت حيث لا يصح لان الصلاة خارج الوقت من باب القضاء وانه خلف عن الاداء والاداء لم يتغير لعدم دليل التغيير فلا يتغير القضاء ألا ترى انه لا يتغير بنية الاقامة بعد خروج الوقت واذا لم يتغير فرضه بالاقتداء بقيت صلاته ركعتين والقعدة فرض فى حقه نفل فى حق الامام فلو صح الاقتداء كان هذا اقتداء المفترض بالمتنفل فى حق القعدة وكما لا يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل فى جميع الصلاة لا يجوز فى ركن منها وما ذكره مالك غير سديد لان الصلاة مما لا يتجزأ فوجود المغير فى جزئها كوجوده فى كلها ولو أن مقيما صلى ركعتين بقراءة فلما قام الى الثالثة جاء مسافر واقتدى به بعد خروج الوقت لا يصح لما بينا ان فرض المسافر تقرر ركعتين بخروج الوقت والقراءة فرض عليه فى الركعتين نفل فى حق المقيم فى الاخيرتين فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل فى حق القراءة فان صلاهما بغير قراءة والمسألة بحالها ففيه روايتان (وأما) اقتداء المقيم بالمسافر فيصح فى الوقت وخارج الوقت لان صلاة المسافر فى الحالتين واحدة والقعدة فرض فى حقه نفل فى حق المقتدى واقتداء المتنفل بالمفترض جائز فى كل الصلاة فكذا فى بعضها فهو الفرق ثم اذا سلم الامام على رأس الركعتين لا يسلم المقيم لأنه قد بقى عليه شطر الصلاة فلو سلم لفسدت صلاته ولكنه يقوم ويتمها أربعا لقوله صلى الله عليه وسلم أتموا يا أهل مكة فانا قوم سفر وينبغى للامام المسافر اذا سلم أن يقول للمقيمين

خلفه أتموا صلاتكم فانا قوم سفر اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم ولا قراءة على المقتدي في بقية صلاته اذا كان
مدركا أي لا يجب عليه لأنه شفع أخير في حقه ومن مشايخنا من قال ذكر في الأصل ما يدل على وجوب القراءة فانه
قال اذا سها يلزمه سجود السهو والاستدلال به الى العكس أولى لأنه الحقه بالمنفرد في حق السهو فكذا في حق
القراءة ولا قراءة على المنفرد في الشفع الأخير ثم المقيمون بعد تسليم الامام يصلون وحدانا ولو اقتدى بعضهم
ببعض فصلاة الامام منهم تامة وصلاة المقتدين فاسدة لأنهم اقتدوا في موضع يجب عليهم الانفراد ولو قام المقيم
الى اتمام صلاته ثم نوى الامام الاقامة قبل التسليم ينظر ان لم يقيد هذا المقيم ركعته بالسجدة رفض ذلك وتابع
امامه حتى لو لم يرفض وسجد فسدت صلاته لأن صلاته صارت أربعا تبعا لامامه لأنه ما لم يقيد الركعة بالسجدة
لا يخرج عن صلاة الامام ولا يعتد بذلك القيام والركوع لأنه وجد على وجه النفل فلا ينوب عن الفرض ولو
قيد ركعته بالسجدة ثم نوى الامام الاقامة أتم صلاته ولا يتابع الامام حتى لو رفض ذلك وتابع الامام فسدت
صلاته لأنه اقتدى في موضع يجب عليه الانفراد والله أعلم وعلى هذا اذا اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت ثم خرج
الوقت قبل الفراغ من الصلاة لا تفسد صلاته ولا يبطل اقتداؤه به وان كان لا يصح اقتداء المسافر بالمقيم في خارج
الوقت ابتداء لأنه لما صح اقتداؤه به وصار تبعا له صار حكمه حكم المقيمين وانما يتأكد وجوب الركعتين بخروج
الوقت في حق المسافر وهذا قد صار مقيما وصلاة المقيم لا تصير ركعتين بخروج الوقت كما اذا صار مقيما بصريح
نية الاقامة ولو نام خلف الامام حتى خرج الوقت ثم انتبه أتمها أربعا لأن المدرك يصلي ما نام عنه كأنه خلف
الامام وقد انقلب فرضه أربعا بحكم التبعية والتبعية باقية بعد خروج الوقت لأنه بقي مقتديا به على ما مر ولو
تكلم بعد خروج الوقت أو قبل خروجه يصلي ركعتين عندنا خلافا للشافعي على ما مر ولو أن مسافرا أم قوما
مقيمين ومسافرين في الوقت فأحدث واستخلف رجلا من المقيمين صح استخلافه لأنه قادر على اتمام صلاة
الامام ولا تنقلب صلاة المسافرين أربعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ينقلب فرضهم أربعا وجه قوله انهم
صاروا مقتدين بالمقيم حتى تعلق صلاتهم بصلاته صحة وفسادا والمسافر اذا اقتدى بالمقيم ينقلب فرضه أربعا كما
لو اقتدى به ابتداء ولأن فرضهم لو لم ينقلب أربعا لما جاز اقتداؤهم به لأن القعدة الاولى في حق الامام نفل وفي
حق المسافرين فرض فيصير اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ولهذا لا يجوز اقتداء المسافر بالمقيم خارج
الوقت (ولنا) أن المقيم انما صار اماما بطريق الخلافة ضرورة أن الامام عجز عن الاتمام بنفسه فيصير قائما
مقامه في مقدار صلاة الامام اذ الخلف يعمل عمل الاصل كأنه هو فكانوا مقتدين بالمسافر معنى فلذلك لا تنقلب
صلاتهم أربعا وصارت القعدة الاولى عليه فرضا لأنه قائم مقام المسافر مؤد صلاته وعلى هذا لو قدم مسافر
فنوى المقدم الاقامة لا ينقلب فرض المسافرين لما قلنا واذا صح استخلافه ينبغي أن يتم صلاة الامام وهي ركعتان
ويقعد قدر التشهد ولا يسلم بنفسه لأنه مقيم بقي عليه شطر الصلاة فتفسد صلاته بالسلام ولكنه يستخلف رجلا
من المسافرين حتى يسلم بهم ثم يقوم هو وبقية المقيمين ويصلون بقية صلاتهم وحدانا لأنهم بمنزلة اللاحقين ولو
اقتدى بعضهم ببعض فصلاة الامام منهم تامة لأنه منفرد على كل حال وصلاة المقتدين فاسدة لأنهم تركوا ما هو
فرض عليهم وهو الانفراد في هذه الحالة ولو أن مسافرا صلى بمسافرين ركعة في الوقت ثم نوى الاقامة يصلي
بهم أربعا لأن الامام ههنا أصل وقد تغيرت صلاته بوجود المغير وهو نية الاقامة فتتغير صلاة القوم بحكم التبعية
بخلاف الفصل الأول فانه خلف عن الامام الاول مؤد صلاته لما بينا ولو أن مسافرا أم قوما مسافرين
ومقيمين فلما صلى ركعتين وتشهد فقبل أن يسلم تكلم واحد من المسافرين خلفه أو قام فذهب ثم نوى الامام
الاقامة فانه يتحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلموا أربعا لوجود المغير في محله وصلاة من تكلم تامة
لأنه تكلم في وقت لو تكلم فيه امامه لا تفسد صلاته فكذا صلاة المقتدي اذا كان بمثل حاله ولو تكلم بعد ما نوى
الامام الاقامة فسدت صلاته لأنه انقلبت صلاته أربعا تبعا للامام فحصل كلامه في وسط الصلاة فوجب فسادها

ولكن يجب عليه صلاة المسافرين ركعتان عندنا لانه صار مقيما تبعا وقد زالت التبعية بفساد الصلاة فعاد حكم المسافرين فى حقه (وأما) الثالث فهو الدخول فى الوطن فالمسافر اذا دخل مصره صار مقيما سواء دخلها للاقامة أو للاجتياز أو لقضاء حاجة والخروج بعد ذلك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج مسافرا الى الغزوات ثم يعود الى المدينة ولا يجدد نية الاقامة ولان مصره متعين للاقامة فلا حاجة الى التعيين بالنية واذا قرب من مصره فحضرت الصلاة فهو مسافر مالم يدخل لما روى أن عليا رضى الله عنه حين قدم الكوفة من البصرة صلى صلاة السفر وهو ينظر الى أبيات الكوفة وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال للمسافر صل ركعتين مالم تدخل منزلك ولان هذا موضع لو خرج اليه على قصد السفر يصير مسافرا فلان يبقى مسافرا بعد وصوله اليه أولى وذكر فى العيون ان الصبى والكافر اذا خرجا الى السفر فبقى الى مقصدهما أقل من مدة السفر فاسلم الكافر وبلغ الصبى فان الصبى يصلى أربعا والكافر الذى أسلم يصلى ركعتين والفرق ان قصد السفر صحيح من الكافر الا انه لا يصلى لكفره فاذا أسلم زال المانع فاما الصبى فقصده السفر لم يصح وحين أدرك لم يبق الى مقصده مدة السفر فلا يصير مسافرا ابتداء وذكر فى نوادر الصلاة أن من قدم من السفر فلما انتهى قريبا من مصره قبل أن ينتهى الى بيوت مصره افتتح الصلاة ثم أحدث فى صلاته فلم يجد الماء فدخل المصر ليتوضأ ان كان اماما أو منفردا فحين انتهى الى بيوت مصره صار مقيما وان كان مقتديا وهو مدرك فان لم يفرغ الامام من صلاته يصلى ركعتين بعد ما صار مقيما لانه كانه خلف الامام واللاحق اذا نوى الاقامة قبل فراغ الامام يصير مقيما فكذا اذا دخل مصره وان كان فرغ الامام من صلاته حين انتهى الى بيوت مصره لا تصح نية اقامته ويصلى ركعتين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تصير صلاته أربعا بالدخول الى مصره وكذا بنيته الاقامة فى هذه الحالة وجه قوله أن المغير موجود والوقت باق فكان المحل قابلا للتغيير فيتغير أربعا ولان هذا ان اعتبر بمن خلف الامام يتغير فرضه وان اعتبر بالمسبوق يتغير (ولنا) ان اللاحق ليس بمنفرد ألا ترى أنه لا قراءة عليه ولا سجود سهو ولكنه قاض مثل ما انعقد له تحريمة الامام لانه التزم اداء هذه الصلاة مع الامام وبفراغ الامام فات الاداء معه فيلزمه القضاء والقضاء لا يحتمل التغيير لان القضاء خلف فيعتبر بحال الأصل وهو صلاة الامام وقد خرج الأصل عن احتمال التغيير وصار مقيما على وظيفة المسافرين ولو تغير الخلف لانقلب اصلا وهذا لا يجوز بخلاف من خلف الامام لانه لم يفته الاداء مع الامام فلم يصر قضاء فيتغير فرضه وبخلاف المسبوق لانه مؤد ما سبق به لانه لم يلتزم أداءه مع الامام والوقت باق فتغير ثم انما يتغير فرض المسافر بصيرورته مقيما بدخوله مصره اذا دخله فى الوقت فاما اذا دخله بعد خروج الوقت فلا يتغير لانه تقرر عليه فرض السفر بخروج الوقت فلا يتغير بالدخول فى المصر ألا ترى أنه لا يتغير بصريح نية الاقامة وبالاقامة بطريق التبعية والله أعلم (ثم) الاوطان ثلاثة وطن أصلى وهو وطن الانسان فى بلدته أو بلدة أخرى اتخذها دارا وتوطن بها مع أهله وولده وليس من قصده الارتحال عنها بل التعيش بها (ووطن) الاقامة وهو أن يقصد الانسان أن يمكث فى موضع صالح للاقامة خمسة عشر يوما أو أكثر (ووطن) السكنى وهو ان يقصد الانسان المقام فى غير بلدته أقل من خمسة عشر يوما والفقيه الجليل أبو أحمد العياضى قسم الوطن الى قسمين وسمى أحدهما وطن قرار والآخر مستعارا فالوطن الاصلى ينتقض بمثله لا غير وهو أن يتوطن الانسان فى بلدة أخرى وينقل الاهل اليها من بلدته فيخرج الاول من أن يكون وطنا أصليا له حتى لو دخل فيه مسافرا لا تصير صلاته أربعا وأصله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمهاجرين من أصحابه رضى الله عنهم كانوا من أهل مكة وكان لهم بها أوطان أصلية ثم لما هاجروا وتوطنوا بالمدينة وجعلوها دارا لانفسهم انتقض وطنهم الاصلى بمكة حتى كانوا اذا أتوا مكة يصلون صلاة المسافرين حتى قال النبى صلى الله عليه وسلم حين صلى بهم أتموا يا أهل مكة صلاتكم فانا قوم سفر ولان الشئ جاز أن ينسخ بمثله ثم الوطن الأصلى يجوز أن يكون واحدا أو أكثر من ذلك بان كان له أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية

مطلب فى أن الاوطان ثلاثة

أهله الخروج منها وان كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة حتى انه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل فى أى بلدة من البلاد التى فيها أهله فيصير مقيما من غير نية الاقامة ولا ينتقض الوطن الأصلى بوطن الاقامة ولا بوطن السكنى لانهما دونه والشئ لا ينسخ بما هو دونه وكذا لا ينتقض بنية السفر والخروج من وطنه حتى يصير مقيما بالعود اليه من غير نية الاقامة لما ذكرنا ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة مسافرا وكان وطنه بها باقيا حتى يعود مقيما فيها من غير تجديد النية (ووطن) الاقامة ينتقض بالوطن الأصلى لانه فوقه وبوطن الاقامة أيضا لانه مثله والشئ يجوز أن ينسخ بمثله وينتقض بالسفر أيضا لان توطنه فى هذا المقام ليس للقرار ولكن لحاجة فاذا سافر منه يستدل به على قضاء حاجته فصار معرضا عن التوطن به فصار ناقضا له دلالة ولا ينتقض وطن الاقامة بوطن السكنى لانه دونه فلا ينسخه (ووطن) السكنى ينتقض بالوطن الأصلى وبوطن الاقامة لانهما فوقه وبوطن السكنى لانه مثله وبالسفر لما بينا ثم ما ذكرنا من تفسير وطن الاقامة جواب ظاهر الرواية وذكر الكرخى فى جامعه عن محمد روايتين فى رواية انما يصير الوطن وطن اقامة بشرطين أحدهما أن يتقدمه سفر والثانى أن يكون بين وطنه الأصلى وبين هذا الموضع الذى توطن فيه بنية الاقامة مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فاما بدون هذين الشرطين لا يصير وطن اقامة وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فى مكان صالح للاقامة حتى ان الرجل المقيم اذا خرج من مصره الى قرية من قراها لا لقصد السفر ونوى أن يتوطن بها خمسة عشر يوما لا تصير تلك القرية وطن اقامة له وان كان بينهما مسيرة سفر لانعدام تقدم السفر وكذا اذا قصد مسيرة سفر وخرج حتى وصل الى قرية بينها وبين وطنه الأصلى مسيرة ما دون السفر ونوى أن يقيم بها خمسة عشر يوما لا يصير مقيما ولا تصير تلك القرية وطن اقامة له وفى رواية ابن سماعة عنه يصير مقيما من غير هذين الشرطين كما هو ظاهر الرواية واذا عرف هذا الأصل يخرج بعض المسائل عليه حتى يسهل تخريج الباقى خراسانى قدم الكوفة ونوى المقام بها شهرا ثم خرج منها الى الحيرة ونوى المقام بها خمسة عشر يوما ثم خرج من الحيرة يريد العود الى خراسان ومر بالكوفة فانه يصلى ركعتين لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وقد انتقض بوطنه بالحيرة لانه وطن اقامة أيضا وقد بينا ان وطن الاقامة ينتقض بمثله وكذا وطنه بالحيرة انتقض بالسفر لانه وطن اقامة فكما خرج من الحيرة على قصد خراسان صار مسافرا ولا وطن له فى موضع فيصلى ركعتين حتى يدخل بلدته بخراسان وان لم يكن نوى المقام بالحيرة خمسة عشر يوما أتم الصلاة بالكوفة لان وطنه بالكوفة لم يبطل بالخروج الى الحيرة لانه ليس بوطن مثله ولا سفر فيبقى وطنه بالكوفة كما كان ولو أن خراسانيا قدم الكوفة ونوى المقام بها خمسة عشر يوما ثم ارتحل منها يريد مكة فقبل أن يسير ثلاثة أيام ذكر حاجة له بالكوفة فعاد فانه يقصر لان وطنه بالكوفة قد بطل بالسفر كما يبطل بوطن مثله ولو ان كوفيا خرج الى القادسية ثم خرج منها الى الحيرة ثم عاد من الحيرة يريد الشام فمر بالقادسية قصر لان وطنه بالقادسية والحيرة سواء فيبطل الاول بالثانى ولو بدا له أن يرجع الى القادسية قبل أن يصل الى الحيرة ثم يرتحل الى الشام صلى بالقادسية أربعا لان وطنه بالقادسية لا يبطل الا بمثله ولم يوجد وعلى هذا الأصل مسائل فى الزيادات (وأما) الرابع فهو العزم على العود للوطن وهو ان الرجل اذا خرج من مصره بنية السفر ثم عزم على الرجوع الى وطنه وليس بين هذا الموضع الذى بلغ وبين مصره مسيرة سفر يصير مقيما حين عزم عليه لان العزم على العود الى مصره قصد ترك السفر بمنزلة نية الاقامة فصح وان كان بينه وبين مصره مدة سفر لا يصير مقيما لانه بالعزم على العود قصد ترك السفر الى جهة وقصد السفر الى جهة فلم يكمل العزم على العود الى السفر لوقوع التعارض فبقى مسافرا كما كان وذكر فى نوادر الصلاة ان من خرج من مصره مسافرا فحضرت الصلاة فافتتحها ثم أحدث فلم يجد الماء هنالك فنوى أن يدخل مصره وهو قريب فحين نوى ذلك صار مقيما من ساعته دخل مصره أو لم يدخل لما ذكرنا انه قصد الدخول فى المصر بنية ترك السفر فحصلت النية مقارنة للفعل فصحت فاذا دخله صلى أربعا لان تلك صلاة

المقيمين فان علم قبل أن يدخل المصر ان الماء أمامه فمشى اليه فتوضأ صلى أربعا أيضا لانه بالنية صار مقيما فبالمشى بعد ذلك فى الصلاة امامه لا يصير مسافرا فى حق تلك الصلاة وان حصلت النية مقارنة لفعل السفر حقيقة لانه لو جعل مسافرا لفسدت صلاته لان السفر عمل وحرمة الصلاة منعته عن مباشرة العمل شرعا بخلاف الاقامة لانها ترك السفر وحرمة الصلاة لا تمنعه عن ذلك فلو تكلم حين علم بالماء أمامه أو أحدث متعمدا حتى فسدت صلاته ثم وجد الماء فى مكانه يتوضأ ويصلى أربعا لانه صار مقيما ولو مشى أمامه ثم وجد الماء يصلى ركعتين لانه صار مسافرا ثانيا بالمشى الى الماء بنية السفر خارج الصلاة فيصلى صلاة المسافرين بخلاف المشى فى الصلاة لان حرمة الصلاة أخرجته من أن يكون سفرا والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما أركانها فستة منها القيام والاصل ان كل متركب من معان متغايرة ينطلق اسم المركب عليها عند اجتماعها كان كل معنى منها ركنا للمركب كأركان البيت فى المحسوسات والايجاب والقبول فى باب البيع فى المشروعات وكل ما يتغير الشئ به ولا ينطلق عليه اسم ذلك الشئ كان شرطا كالشهود فى باب النكاح فهذا تعريف الركن والشرط بالتحديد وأما تعريفهما بالعلامة فى هذا الباب فهو ان كل ما يدوم من ابتداء الصلاة الى انتهائها كان شرطا وما ينقضى ثم يوجد غيره فهو ركن وقد وجد حد الركن وعلامته فى القيام لانه اذا وجد مع المعانى الأخر من القراءة والركوع والسجود ينطلق عليها اسم الصلاة وكذا لا يدوم من أول الصلاة الى آخرها بل ينقضى ثم يوجد غيره فكان ركنا وقال الله تعالى وقوموا لله قانتين والمراد منه القيام فى الصلاة (ومنها) الركوع (ومنها) السجود لوجود حد الركن وعلامته فى كل واحد منهما وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا والقدر المفروض من الركوع أصل الانحناء والميل ومن السجود أصل الوضع فأما الطمأنينة عليهما فليست بفرض فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف فرض وبه أخذ الشافعى ولقب المسئلة ان تعديل الاركان ليس بفرض عندهما وعنده فرض ونذكر المسئلة عند ذكر واجبات الصلاة ونذكر سننها ان شاء الله تعالى واختلف فى محل اقامة فرض السجود قال أصحابنا الثلاثة هو بعض الوجه وقال زفر والشافعى السجود فرض على الأعضاء السبعة الوجه واليدين والركبتين والقدمين واحتجا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وفى رواية على سبعة آراب الوجه واليدين والركبتين والقدمين (ولنا) ان الأمر تعلق بالسجود مطلقا من غير تعيين عضو ثم انعقد الاجماع على تعيين بعض الوجه فلا يجوز تعيين غيره ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد فنحمله على بيان السنة عملا بالدليلين ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فى ذلك البعض قال أبو حنيفة هو الجبهة أو الانف غير عين حتى لو وضع أحدهما فى حالة الاختيار يجزيه غير انه لو وضع الجبهة وحدها جاز من غير كراهة ولو وضع الأنف وحده يجوز مع الكراهة وعند أبى يوسف ومحمد هو الجبهة على التعيين حتى لو ترك السجود عليها حال الاختيار لا يجزيه وأجمعوا على انه لو وضع الأنف وحده فى حال العذر يجزيه ولا خلاف فى ان المستحب هو الجمع بينهما حالة الاختيار احتجا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال مكن جبهتك وانفك من الأرض أمر بوضعهما جميعا الا انه اذا وضع الجبهة وحدها وقع معتدا به لان الجبهة هى الأصل فى الباب والأنف تابع ولا عبرة لفوات التابع عند وجود الأصل ولانه أتى بالأكثر وللأكثر حكم الكل ولأبى حنيفة ان المأمور به هو السجود مطلقا عن التعيين ثم قام الدليل على تعيين بعض الوجه باجماع بيننا لاجماعنا على ان ما سوى الوجه وما سوى هذين العضوين من الوجه غير مراد والأنف بعض الوجه كالجبهة ولا اجماع على تعيين الجبهة فلا يجوز تعيينها وتقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد لانه لا يصلح ناسخا للكتاب فنحمله على بيان السنة احترازا عن الرد والله أعلم هذا اذا كان قادرا على ذلك فأما اذا كان عاجزا عنه فان كان عجزه عنه بسبب المرض بأن كان مريضا لا يقدر على القيام والركوع والسجود يسقط عنه لان العاجز عن الفعل لا يكلف به وكذا اذا خاف زيادة العلة من ذلك لانه يتضرر به وفيه أيضا حرج فاذا عجز عن القيام يصلى قاعدا بركوع وسجود فان عجز

عن الركوع والسجود يصلي قاعدا بالايماء ويجعل السجود أخفض من الركوع فان عجز عن القعود يستلقي ويومئ ايماء لان السقوط لمكان العذر فيتقدر بقدر العذر والأصل فيه قوله تعالى واذكروا الله قياما وقعودا وعلى جنوبكم قيل المراد من الذكر المأمور به في الآية هو الصلاة أي صلوا ونزلت الاية في رخصة صلاة المريض انه يصلي قائما ان استطاع والا فقاعدا والا فمضطجعا كذا روى عن ابن مسعود وابن عمر وجابر رضي الله عنهم وروى عن عمران بن حصين رضي الله عنه انه قال مرضت فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى جنبك تومئ ايماء وانما جعل السجود أخفض من الركوع في الايماء لأن الايماء أقيم مقام الركوع والسجود وأحدهما أخفض من الآخر كذا الايماء بهما وعن على رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في صلاة المريض ان لم يستطع أن يسجد أومأ وجعل سجوده أخفض من ركوعه وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من لم يقدر على السجود فليجعل سجوده ركوعا وركوعه ايماء والركوع أخفض من الايماء ثم ما ذكرنا من الصلاة مستلقيا جواب المشهور من الروايات وروى انه ان عجز عن القعود يصلي على شقه الايمن ووجهه الى القبلة وهو مذهب ابراهيم النخعي وبه أخذ الشافعي وجه هذا القول قوله تعالى وعلى جنوبكم وقوله صلى الله عليه وسلم لعمران ابن حصين فعلى جنبك تومئ ايماء ولان استقبال القبلة شرط جواز الصلاة وذلك يحصل بما قلنا ولهذا يوضع في اللحد هكذا ليكون مستقبلا للقبلة فاما المستلقي يكون مستقبل السماء وانما يستقبل القبلة رجلاه فقط (ولنا) ماروى عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في المريض ان لم يستطع قاعدا فعلى القفا يومئ ايماء فان لم يستطع فالله أولى بقبول العذر ولان التوجه الى القبلة بالقدر الممكن فرض وذلك في الاستلقاء لان الايماء هو تحريك الرأس فاذا صلى مستلقيا يقع ايماؤه الى القبلة واذا صلى على الجنب يقع منحرفا عنها ولا يجوز الانحراف عن القبلة من غير ضرورة وبه تبين ان الاخذ بحديث ابن عمر أولى وقيل ان المرض الذي كان بعمران كان باسورا فكان لا يستطيع أن يستلقي على قفاه والمراد من الآية الاضطجاع يقال فلان وضع جنبه اذا نام وان كان مستلقيا وهو الجواب عن التعلق بالحديث على ان الآية والحديث دليلنا لان كل مستلق فهو مستلق على الجنب لان الظهر متركب من الضلوع فكان له النصف من الجنبين جميعا وعلى ما يقوله الشافعي يكون على جنب واحد فكان ما قلناه أقرب الى معنى الآية والحديث فكان أولى وهذا بخلاف الوضع في اللحد لانه ليس على الميت في اللحد فعل يوجب توجيهه الى القبلة ليوضع مستلقيا فكان استقبال القبلة في الوضع على الجنب فوضع كذلك ولو قدر على القعود لكن نزع الماء من عينيه فأمر أن يستلقي أياما على ظهره ونهى عن القعود والسجود أجزأه أن يستلقي ويصلي بالايماء وقال مالك لا يجزئه (واحتج) بحديث ابن عباس رضي الله عنهما ان طبيبا قال له بعد ما كف بصره لو صبرت أياما مستلقيا صحت عينك فشاور عائشة وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم فلم يرخصوا له في ذلك وقالوا له أرأيت لو مت في هذه الايام كيف تصنع بصلاتك (ولنا) ان حرمة الاعضاء كحرمة النفس ولو خاف على نفسه من عدو أو سبع لو قعد جاز له أن يصلي بالاستلقاء فكذا اذا خاف على عينيه وتأويل حديث ابن عباس رضي الله عنهما انه لم يظهر لهم صدق ذلك الطبيب فيما يدعي ثم اذا صلى المريض قاعدا بركوع وسجود أو بايماء كيف يقعد أما في حال التشهد فانه يجلس كما يجلس للتشهد بالاجماع وأما في حال القراءة وفي حال الركوع روى عن أبي حنيفة انه يقعد كيف شاء من غير كراهة ان شاء محتبيا وان شاء متربعا وان شاء على ركبتيه كما في التشهد وروى عن أبي يوسف انه اذا افتتح تربع فاذا أراد أن يركع فرش رجله اليسرى وجلس عليها وروى عنه انه يتربع على حاله وانما ينقض ذلك اذا أراد السجدة وقال زفر يفترش رجله اليسرى في جميع صلاته والصحيح ما روى عن أبي حنيفة لان عذر المرض أسقط عنه الاركان فلأن يسقط عنه الهيآت أولى وان كان قادرا على القيام دون الركوع والسجود يصلي قاعدا بالايماء وان صلى قائما

بالايماء أجزأه ولا يستحب له ذلك وقال زفر والشافعي لا يجزئه الا أن يصلي قائما (واحتجا) بما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعمران بن حصين رضي الله عنه فان لم تستطع فقاعدا علق الجواز قاعدا بشرط العجز عن القيام ولا عجز ولان القيام ركن فلا يجوز تركه مع القدرة عليه كما لو كان قادرا على القيام والركوع والسجود والايماء حالة القيام مشروع في الجملة بأن كان الرجل في طين وردغة راجلا أو في حالة الخوف من العدو وهو راجل فانه يصلي قائما بالايماء كذا ههنا (ولنا) ان الغالب ان من عجز عن الركوع والسجود كان عن القيام أعجز لان الانتقال من القعود الى القيام أشق من الانتقال من القيام الى الركوع والغالب ملحق بالمتيقن في الأحكام فصار كأنه عجز عن الامرين الا أنه متى صلى قائما جاز لانه تكلف فعلا ليس عليه فصار كما لو تكلف الركوع جاز وان لم يكن عليه كذا ههنا ولأن السجود أصل وسائر الاركان كالتابع له ولهذا كان السجود معتبرا بدون القيام كما في سجدة التلاوة وليس القيام معتبرا بدون السجود بل لم يشرع بدونه فاذا سقط الأصل سقط التابع ضرورة ولهذا سقط الركوع عمن سقط عنه السجود وان كان قادرا على الركوع وكان الركوع بمنزلة التابع له فكذا القيام بل أولى لان الركوع أشد تعظيما واظهارا الذل العبودية من القيام ثم لما جعل تابعا له وسقط بسقوطه فالقيام اولى الا انه لو تكلف وصلى قائما يجوز لما ذكرنا ولكن لا يستحب لأن القيام بدون السجود غير مشروع بخلاف ما اذا كان قادرا على القيام والركوع والسجود لأنه لم يسقط عنه الاصل فكذا التابع وأما الحديث فنحن نقول بموجبه ان العجز شرط لكنه موجود ههنا نظرا الى الغالب لما ذكرنا ان الغالب هو العجز في هذه الحالة والقدرة في غاية الندرة والنادر ملحق بالعدم ثم المريض انما يفارق الصحيح فيما يعجز عنه فاما فيما يقدر عليه فهو كالصحيح لان المفارقة للعذر فتتقدر بقدر العذر حتى لو صلى قبل وقتها أو بغير وضوء أو بغير قراءة عمدا أو خطأ وهو يقدر عليهما لم يجزه وان عجز عنها أوما بغير قراءة لان القراءة ركن فتسقط بالعجز كالقيام الا ترى انها سقطت في حق الأمي وكذا اذا صلى لغير القبلة متعمدا لذلك لم يجزه وان كان ذلك خطأ منه أجزأه بأن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها فتحرى وصلى ثم تبين انه أخطأ كما في حق الصحيح وان كان وجه المريض الى غير القبلة وهو لا يجد من يحول وجهه الى القبلة ولا يقدر على ذلك بنفسه يصلي كذلك لانه ليس في وسعه الا ذلك وهل يعيدها اذا برئ روي عن محمد ابن مقاتل الرازي انه يعيدها وأما في ظاهر الجواب فلا اعادة عليه لان العجز عن تحصيل الشرائط لا يكون فوق العجز عن تحصيل الأركان وثمة لا تجب الاعادة فههنا أولى ولو كان بجبهته جرح لا يستطيع السجود على الجبهة لم يجزه الايماء وعليه السجود على الانف لان الانف مسجد كالجبهة خصوصا عند الضرورة على ما مر وهو قادر على السجود عليه فلا يجزئه الايماء ولو عجز عن الايماء وهو تحريك الرأس فلا شئ عليه عندنا وقال زفر يومئ بالحاجبين أولا فان عجز فبالعينين فان عجز فبقلبه وقال الحسن بن زياد يومئ بعينيه وبحاجبيه ولا يومئ بقلبه وجه قول زفر ان الصلاة فرض دائم لا يسقط الا بالعجز فما عجز عنه يسقط وما قدر عليه يلزمه بقدره فاذا قدر بالحاجبين كان الايماء بهما أولى لانهما أقرب الى الرأس فان عجز الآن يومئ بعينيه لانهما من الاعضاء الظاهرة وجميع البدن ذو حظ من هذه العبادة فكذا العينان فان عجز فبالقلب لانه في الجملة ذو حظ من هذه العبادة وهو النية الا ترى ان النية شرط صحتها فعند العجز تنتقل اليه وجه قول الحسن ان أركان الصلاة تؤدى بالاعضاء الظاهرة فأما الباطنة فليس بذي حظ من أركانها بل هو ذو حظ من الشرط وهو النية وهي قائمة أيضا عند الايماء فلا يؤدى به الاركان والشرط جميعا (ولنا) ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المريض ان لم يستطع قاعدا فعلى القفا يومئ ايماء فان لم يستطع فالله أولى بقبول العذر أخبر النبي صلى الله عليه وسلم انه معذور عند الله تعالى في هذه الحالة فلو كان عليه الايماء بما ذكرتم لما كان معذورا ولان الايماء ليس بصلاة حقيقة ولهذا لا يجوز التنفل به في حالة الاختيار ولو كان صلاة لجاز كما لو تنفل قاعدا الا أنه أقيم مقام الصلاة بالشرع والشرع ورد بالايماء بالرأس فلا يقام غيره مقامه ثم اذا سقطت عنه الصلاة بحكم

العجز فان مات من ذلك المرض لقى الله تعالى ولا شئ عليه لانه لم يدرك وقت القضاء وأما اذا برأ وصح فان كان المتروك صلاة يوم وليلة أو أقل فعليه القضاء بالاجماع وان كان أكثر من ذلك فقال بعض مشايخنا يلزمه القضاء أيضا لان ذلك لا يعجزه عن فهم الخطاب فوجبت عليه الصلاة فيؤاخذ بقضائها بخلاف الاغماء لانه يعجزه عن فهم الخطاب فيمنع الوجوب عليه والصحيح انه لا يلزمه القضاء لان الفوائت دخلت في حد التكرار وقد فاتت لا بتضييعه القدرة بقصده فلو وجب عليه قضاؤها الوقع في الحرج وبه تبين ان الحال لا يختلف بين العلم والجهل لان معنى الحرج لا يختلف ولهذا سقطت عن الحائض وان لم يكن الحيض يعجزها عن فهم الخطاب وعلى هذا اذا أغمى عليه يوما وليلة أو أقل ثم أفاق قضى مافاته وان كان أكثر من يوم وليلة لا قضاء عليه عندنا استحسانا وقال بشر الاغماء ليس بمسقط حتى يلزمه القضاء وان طالت مدة الاغماء وقال الشافعي الاغماء يسقط اذا استوعب وقت صلاة كامل وتذكر هذه المسائل في موضع آخر عند بيان مايقضى من الصلاة التي فاتت عن وقتها ومالا يقضى منها ان شاء الله تعالى ولو شرع في الصلاة قاعدا وهو مريض ثم صح وقدر على القيام فان كان شروعه بركوع وسجود بنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد يستقبل قياسا بناء على ان عند محمد القائم لا يقتدي بالقاعد فكذا لا يبني أول صلاته على آخرها في حق نفسه وعندهما يجوز الاقتداء فيجوز البناء والمسئلة تأتي في موضعها وان كان شروعه بالايماء يستقبل عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يبني لان من أصله أنه يجوز اقتداء الراكع الساجد بالمومي فيجوز البناء وعندنا لا يجوز الاقتداء فلا يجوز البناء على مايذكر (وأما) الصحيح اذا شرع في الصلاة ثم عرض له مرض بنى على صلاته على حسب امكانه قاعدا أو مستلقيا في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه اذا صار الى الايماء يستقبل لانهما فرضان مختلفان فلا يجوز اداؤهما بتحريمة واحدة كالظهر مع العصر والصحيح ظاهر الرواية لان بناء آخر الصلاة على أول الصلاة بمنزلة بناء صلاة المقتدي على صلاة الامام وثمة يجوز اقتداء المومي بالصحيح لما يذكر فيجوز البناء ههنا ولانه لو بنى لصار مؤديا بعض الصلاة كاملا وبعضها ناقصا ولو استقبل لأدى الكل ناقصا ولا شك أن الاول أولى ولو رفع الى وجه المريض وسادة أو شئ فسجد عليه من غير أن يومئ لم يجز لان الفرض في حقه الايماء ولم يوجد ويكره أن يفعل هذا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على مريض يعوده فوجده يصلي كذلك فقال ان قدرت أن تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك وروى أن عبد الله بن مسعود دخل على أخيه يعوده فوجده يصلي ويرفع اليه عود فيسجد عليه فنزع ذلك من يد من كان في يده وقال هذا شئ عرض لكم الشيطان أوم لسجودك وروى ان ابن عمر رأى ذلك من مريض فقال أتتخذون مع الله آلهة أخرى فان فعل ذلك ينظر ان كان يخفض رأسه للركوع شيأ ثم للسجود ثم يلزق بجبينه يجوز لوجود الايماء لا للسجود على ذلك الشئ فان كانت الوسادة موضوعة على الارض وكان يسجد عليها جازت صلاته لما روى أن أم سلمة كانت تسجد على مرفقة موضوعة بين يديها لرمد بها ولم يمنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الصحيح اذا كان على الراحلة وهو خارج المصر وبه عذر مانع من النزول عن الدابة من خوف العدو او السبع أو كان في طين او ردغة يصلي الفرض على الدابة قاعدا بالايماء من غير ركوع وسجود لان عند اعتراض هذه الاعذار عجز عن تحصيل هذه الاركان من القيام والركوع والسجود فصار كالعجز بسبب المرض ويومئ ايماء لما روى في حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يومئ على راحلته ويجعل السجود أخفض من الركوع لما ذكرنا ولا تجوز الصلاة على الدابة بجماعة سواء تقدمهم الامام أو توسطهم في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه قال استحسن أن يجوز اقتداؤهم بالامام اذا كانت دوابهم بالقرب من دابة الامام على وجه لا يكون بينهم وبين الامام فرجة الا بقدر الصف بالقياس على الصلاة على الارض والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اتحاد المكان من شرائط صحة الاقتداء ليثبت اتحاد الصلاتين تقديرا بواسطة اتحاد المكان وهذا ممكن على الارض لان المسجد جعل كمكان واحد شرعا وكذا في الصحراء تجعل الفرج التي بين

الصفوف مكان الصلاة لانها تشغل بالركوع والسجود أيضا فصار المكان متحدا ولا يمكن على الدابة لانهم يصلون عليها بالايماء من غير ركوع وسجود فلم تكن الفرج التى بين الصفوف والدواب مكان الصلاة فلا يثبت اتحاد المكان تقديرا ففات شرط صحة الاقتداء فلم يصح ولكن تجوز صلاة الامام لانه منفرد حتى لو كانا على دابة واحدة فى محمل واحد أو فى شق محمل واحد كل واحد منهما فى شق على حدة فاقتدى أحدهما بالآخر جاز لاتحاد المكان وتجوز الصلاة على أى دابة كانت سواء كانت مأكولة اللحم أو غير مأكولة اللحم لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حماره وبعيره ولو كان على سرجه قذر جازت صلاته كذا ذكر فى الاصل وعن أبى حفص البخارى ومحمد بن مقاتل الرازى انه اذا كانت النجاسة فى موضع الجلوس أو فى موضع الركابين أكثر من قدر الدرهم لا تجوز اعتبارا بالصلاة على الارض وأولا العذر المذكور فى الاصل بالعرف وعند عامة مشايخنا تجوز كما ذكر فى الاصل لتعليل محمد وهو قوله والدابة أشد من ذلك وهو يحتمل معنيين أحدهما ان ما فى بطنها من النجاسات أكثر من هذا ثم اذا لم يمنع الجواز فهذا أولى والثانى أنه لما سقط اعتبار الاركان الاصلية بالصلاة عليها من القيام والركوع والسجود مع ان الاركان أقوى من الشرائط فلأن يسقط شرط طهارة المكان أولى ولان طهارة المكان انما تشترط لاداء الاركان عليه وهو لا يؤدى على موضع سرجه وركابيه ههنا ركنا ليشترط طهارتها انما الذى يوجد منه الايماء وهو اشارة فى الهواء فلا يشترط له طهارة موضع السرج والركابين وتجوز الصلاة على الدابة لخوف العدو كيف ما كانت الدابة واقفة أو سائرة لانه يحتاج الى السير فاما العذر الطين والردغة فلا يجوز اذا كانت الدابة سائرة لان السير مناف للصلاة فى الأصل فلا يسقط اعتباره الا لضرورة ولم توجد ولو استطاع النزول ولم يقدر على القعود للطين والردغة ينزل ويومئ قائما على الارض وان قدر على القعود ولم يقدر على السجود ينزل ويصلى قاعدا بالايماء لان السقوط بقدر الضرورة والله الموفق وعلى هذا يخرج الصلاة فى السفينة اذا صلى فيها قاعدا بركوع وسجود أنه يجوز اذا كان عاجزا عن القيام والسفينة جارية ولو قام يدور رأسه وجملة الكلام فى الصلاة فى السفينة أن السفينة لا تخلو اما ان كانت واقفة أو سائرة فان كانت واقفة فى الماء أو كانت مستقرة على الأرض جازت الصلاة فيها وان أمكنه الخروج منها لانها اذا استقرت كان حكمها حكم الأرض ولا تجوز الا قائما بركوع وسجود متوجها الى القبلة لانه قادر على تحصيل الاركان والشرائط وان كانت مربوطة غير مستقرة على الارض فان أمكنه الخروج منها لا تجوز الصلاة فيها قاعدا لانها اذا لم تكن مستقرة على الارض فهى بمنزلة الدابة ولا يجوز اداء الفرض على الدابة مع امكان النزول كذا هذا وان كانت سائرة فان أمكنه الخروج الى الشط يستحب له الخروج اليه لانه يخاف دوران الرأس فى السفينة فيحتاج الى القعود وهو آمن عن الدوران فى الشط فان لم يخرج وصلى فيها قائما بركوع وسجود اجزأه لما روى عن ابن سيرين أنه قال صلى بنا أنس رضى الله عنه فى السفينة قعودا ولو شئنا لخرجنا الى الجد ولان السفينة بمنزلة الارض لان سيرها غير مضاف اليه فلا يكون منافيا للصلاة بخلاف الدابة فان سيرها مضاف اليه واذا دارت السفينة وهو يصلى يتوجه الى القبلة حيث دارت لانه قادر على تحصيل هذا الشرط من غير تعذر فيجب عليه تحصيله بخلاف الدابة فان هناك لا امكان وأما اذا صلى فيها قاعدا بركوع وسجود فان كان عاجزا عن القيام بان كان يعلم أنه يدور رأسه لو قام وعن الخروج الى الشط أيضا يجزئه بالاتفاق لان أركان الصلاة تسقط بعذر العجز وان كان قادرا على القعود بركوع وسجود فصلى بالايماء لا يجزئه بالاتفاق لانه لا عذر وأما اذا كان قادرا على القيام أو على الخروج الى الشط فصلى قاعدا بركوع وسجود أجزأه فى قول أبى حنيفة وقد أساء وعند أبى يوسف ومحمد لا يجزئه (واحتجا) بقول النبى صلى الله عليه وسلم فان لم تستطع فقاعدا وهذا مستطيع للقيام وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعث جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه الى الحبشة أمره أن يصلى فى السفينة قائما الا أن يخاف الغرق ولان القيام ركن فى الصلاة فلا يسقط الا بعذر ولم يوجد (ولابى) حنيفة ما روينا من حديث أنس رضى الله عنه وذكر الحسن بن زياد فى كتابه باسناده عن سويد بن غفلة أنه قال سألت أبا بكر وعمر رضى الله عنهما عن الصلاة فى

السفينة فقالا ان كانت جارية يصلي قاعدا وان كانت راسية يصلي قائما من غير فصل بين ما اذا قدر على القيام أولا ولان سير السفينة سبب لدوران الرأس غالبا والسبب يقوم مقام المسبب اذا كان في الوقوف على المسبب حرج أو كان المسبب بحال يكون عدمه مع وجود السبب في غاية الندرة فالحقوا النادر بالعدم ولهذا أقام أبو حنيفة المباشرة الفاحشة مقام خروج المذي لما ان عدم الخروج عند ذلك نادر ولا عبرة بالنادر وههنا عدم دوران الرأس في غاية الندرة فسقط اعتباره وصار كالراكب على الدابة وهي تسير أنه يسقط القيام لتعذر القيام عليها غالبا كذا هذا والحديث محمول على الندب دون الوجوب فان صلوا في السفينة بجماعة جازت صلاتهم ولو اقتدى به رجل في سفينة أخرى فان كانت السفينتان مقرونتين جاز لانهما بالاقتران صارتا كشئ واحد ولو كانا في سفينة واحدة جاز كذا هذا وان كانتا منفصلتين لم يجز لان تخلل ما بينهما بمنزلة النهر وذلك يمنع صحة الاقتداء وان كان الامام في سفينة والمقتدون على الحد والسفينة واقفة فان كان بينه و بينهم طريق أو مقدار نهر عظيم لم يصح اقتداؤهم به لان الطريق ومثل هذا النهر يمنعان صحة الاقتداء لما بينا في موضعه ومن وقف على سطح السفينة يقتدى بالامام في السفينة صح اقتداؤه الا أن يكون امام الامام لان السفينة كالبيت واقتداء الواقف على السطح بمن هو في البيت صحيح اذا لم يكن امام الامام ولا يخفى عليه حاله كذا ههنا (ومنها) القراءة عند عامة العلماء لوجود حد الركن وعلامته وهما بينا وقال الله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والمراد منه في حال الصلاة والكلام في القراءة في الاصل يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان فرضية أصل القراءة والثاني في بيان محل القراءة المفروضة والثالث في بيان قدر القراءة (أما) الأول فالقراءة فرض في الصلاة عند عامة العلماء وعند أبي بكر الاصم وسفيان بن عيينة ليست بفرض بناء على أن الصلاة عندهما اسم للافعال لا للاذكار حتى قالا يصح الشروع في الصلاة من غير تكبير وجه قولهما أن قوله تعالى أقيموا الصلاة مجمل بينه النبي صلى الله عليه وسلم بفعله ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي والمرئي هو الأفعال دون الاقوال فكانت الصلاة اسما للافعال ولهذا تسقط الصلاة عن العاجز عن الافعال وان كان قادرا على الأذكار ولو كان على القلب لا يسقط وهو الأخرس (ولنا) قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن ومطلق الأمر للوجوب وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة وأما قوله صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني أصلي فالرؤية أضيفت الى ذاته لا الى الصلاة فلا يقتضي كون الصلاة مرئية وفي كون الأعراض مرئية اختلاف بين أهل الكلام مع اتفاقهم على انها جائزة الرؤية والمذهب عند أهل الحق أن كل موجود جائز الرؤية يعرف ذلك في مسائل الكلام على أنا نجمع بين الدلائل فنثبت فرضية الاقوال بما ذكرنا وفرضية الافعال بهذا الحديث وسقوط الصلاة عن العاجز عن الافعال لكون الأفعال أكثر من الاقوال فمن عجز عنها فقد عجز عن الاكثر وللاكثر حكم الكل وكذا القراءة فرض في الصلوات كلها عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال لا قراءة في الظهر والعصر لظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء أي ليس فيها قراءة اذ الاعجم اسم لمن لا ينطق (ولنا) ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة وفي الباب نص خاص وهو ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه وأبي قتادة الانصاريين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الظهر والعصر في الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورة وفي الاخريين بفاتحة الكتاب لا غير وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه فقد صح رجوعه عنه فانه روي ان رجلا سأله وقال أقرأ خلف امامي فقال اما في صلاة الظهر والعصر فنعم وأما الحديث فقد قال الحسن البصري معناه لا تسمع فيها قراءة ونحن نقول به وهذا اذا كان اماما أو منفردا فاما المقتدي فلا قراءة عليه عندنا وعند الشافعي يقرأ بفاتحة الكتاب في كل صلاة يخافت فيها بالقراءة قولا واحدا وله في الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة قولان (واحتج) بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة الا بقراءة ولا شك أن لكل واحد صلاة على حدة ولان القراءة ركن في الصلاة فلا تسقط بالاقتداء كسائر الاركان

(ولنا)

(ولنا) قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون أمر بالاستماع والانصات والاستماع
وان لم يكن ممكنا عند المخافتة بالقراءة فالانصات ممكن فيجب بظاهر النص وعن أبي بن كعب رضي الله عنه أنه لما
نزلت هذه الآية تركوا القراءة خلف الامام وامامهم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فالظاهر انه كان بأمره وقال
صلى الله عليه وسلم في حديث مشهور انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا واذا قرأ
فانصتوا الحديث أمر بالسكوت عند قراءة الامام وأما الحديث فعندنا لا صلاة بدون قراءة أصلا وصلاة المقتدى
ليست صلاة بدون قراءة أصلا بل هي صلاة بقراءة وهي قراءة الامام على ان قراءة الامام قراءة للمقتدى قال النبي
صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة ثم المفروض هو أصل القراءة عندنا من غير تعيين فأما قراءة
الفاتحة والسورة عينا في الأولين فليست بفريضة ولكنها واجبة على ما نذكر في بيان واجبات الصلاة
(وأما) بيان محل القراءة المفروضة فمحلها الركعتان الاوليان عينا في الصلاة الرباعية هو الصحيح من مذهب
أصحابنا وقال بعضهم ركعتان منها غير عين واليه ذهب القدوري وأشار في الاصل الى القول الاول فانه قال اذا
ترك القراءة في الاوليين يقضيها في الاخريين فقد جعل القراءة في الاخريين قضاء عن الاوليين فدل أن محلها
الاوليان عينا وقال الحسن البصري المفروض هو القراءة في ركعة واحدة وقال مالك في ثلاث ركعات وقال
الشافعي في كل ركعة احتج الحسن بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا قرأ
في ركعة واحدة فقد امتثل أمر الشرع وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة اثبت الصلاة بقراءة وقد
وجدت القراءة في ركعة فثبتت الصلاة ضرورة وبهذا يحتج الشافعي الا أنه يقول اسم الصلاة ينطلق على كل
ركعة فلا تجوز كل ركعة الا بقراءة لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة ولان القراءة في كل ركعة فرض
في النفل ففي الفرض أولى لانه أقوى ولان القراءة ركن من أركان الصلاة ثم سائر الاركان من القيام والركوع
والسجود فرض في كل ركعة فكذا القراءة وبهذا يحتج مالك الا أنه يقول القراءة في الاكثر أقيم
مقام القراءة في الكل تيسيرا (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عمر رضي الله عنه ترك القراءة في المغرب
في احدى الاوليين فقضاها في الركعة الاخيرة وجهر وعثمان رضي الله عنه ترك القراءة في الاوليين من صلاة
العشاء فقضاها في الاخريين وجهر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان المصلي بالخيار في الاخريين
ان شاء قرأ وان شاء سكت وان شاء سبح وسأل رجل عائشة رضي الله عنها عن قراءة الفاتحة في الاخريين فقالت
ليكن على وجه الثناء ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك فيكون ذلك اجماعا ولان القراءة في الاخريين ذكر يخافت
بها على كل حال فلا تكون فرضا كثناء الافتتاح وهذا لان مبنى الاركان على الشهرة والظهور ولو كانت القراءة
في الاخريين فرضا لما خالفت الاخريان الاوليين في الصفة كسائر الاركان وأما الاية فنحن ما عرفنا فرضية القراءة
في الركعة الثانية بهذه الآية بل باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرناه والثاني انا ما عرفنا فرضيتها بنص الامر
بل بدلالة النص لان الركعة الثانية تكرار للاولى والتكرار في الافعال اعادة مثل الاول فيقتضي اعادة القراءة
بخلاف الشفع الثاني لانه ليس بتكرار الشفع الاول بل هو زيادة عليه قالت عائشة رضي الله عنها الصلاة في
الاصل ركعتان زيدت في الحضر واقرت في السفر والزيادة على الشئ لا يقتضي أن يكون مثله ولهذا اختلف
الشفعان في وصف القراءة من حيث الجهر والاخفاء وفي قدرها وهو قراءة السورة فلم يصح الاستدلال على أن في
الكتاب والسنة بيان فرضية القراءة وليس فيهما بيان قدر القراءة المفروضة وقد خرج فعل الصحابة رضي الله
عنهم على مقدار فيجعل بيانا لمجمل الكتاب والسنة بخلاف التطوع لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة
حتى ان فساد الشفع الثاني لا يوجب فساد الشفع الاول بخلاف الفرض والله أعلم وأما في الاخريين فالافضل أن
يقرأ فيهما بفاتحة الكتاب ولو سبح في كل ركعة ثلاث تسبيحات مكان فاتحة الكتاب أو سكت اجزأه صلاته
ولا يكون مسيئا ان كان عامدا ولا سهو عليه ان كان ساهيا كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه مخير بين

قراءة الفاتحة والتسبيح والسكوت وهذا جواب ظاهر الرواية وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى الحسن عن أبي حنيفة في غير رواية الاصول أنه ان ترك الفاتحة عامدا كان مسيئا وان كان ساهيا فعليه سجدتا السهو والصحيح جواب ظاهر الرواية لما روينا عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما انهما كانا يقولان ان المصلي بالخيار في الاخريين ان شاء قرأ وان شاء سكت وان شاء سبح وهذا باب لا يدرك بالقياس فالمروي عنهما كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم (وأما) بيان قدر القراءة فالكلام فيه يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان القدر المفروض الذي يتعلق به أصل الجواز والثاني في بيان القدر الذي يخرج به عن حد الكراهة والثالث في بيان القدر المستحب (أما) الكلام فيما يستحب من القراءة وفيما يكره فنذكره في موضعه وههنا نذكر القدر الذي يتعلق به أصل الجواز وعن أبي حنيفة فيه ثلاث روايات في ظاهر الرواية قدر أدنى المفروض بالآية التامة طويلة كانت أو قصيرة كقوله تعالى مدهامتان وقوله ثم نظر وقوله ثم عبس وبسر وفي رواية الفرض غير مقدر بل هو على أدنى ما يتناوله الاسم سواء كانت آية أو مادونها بعد أن قرأها على قصد القراءة وفي رواية قدر الفرض بآية طويلة كآية الكرسي وآية الدين أو ثلاث آيات قصار وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وأصله قوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن فهما يعتبران العرف ويقولان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف وأدنى ما يسمى المرء به قارئا في العرف أن يقرأ آية طويلة أو ثلاث آيات قصار وأبو حنيفة يحتج بالآية من وجهين أحدهما أنه أمر بمطلق القراءة وقراءة آية قصيرة قراءة والثاني أنه أمر بقراءة ماتيسر من القرآن وعسى لا يتيسر الا هذا القدر وما قاله أبو حنيفة أقيس لان القراءة مأخوذة من القرآن اى الجمع سمي بذلك لانه يجمع السور فيضم بعضها الى بعض ويقال قرأت الشئ قرآنا أى جمعته فكل شئ جمعته فقد قرأته وقد حصل معنى الجمع بهذا القدر لاجتماع حروف الكلمة عند التكلم وكذا العرف ثابت فان الآية التامة أدنى ما ينطلق عليه اسم القرآن في العرف فاما مادون الآية فقد يقرأ لا على سبيل القرآن فيقال بسم الله أو الحمد لله أو سبحان الله فلذلك قدرنا بالاية التامة على انه لا عبرة لتسميته قارئا في العرف لان هذا أمر بينه وبين الله تعالى فلا يعتبر فيه عرف الناس وقد قرر القدوري الرواية الأخرى وهي ان المفروض غير مقدر وقال المفروض مطلق القراءة من غير تقدير ولهذا يحرم مادون الاية على الجنب والحائض الا أنه قد يقرأ لا على قصد القرآن وذا لا يمنع الجواز فان الآية التامة قد تقرأ لا على قصد القرآن في الجملة ألا ترى ان التسمية قد تذكر لافتتاح الأعمال لا لقصد القرآن وهي آية تامة وكلامنا فيما اذا قرأ على قصد القرآن فيجب أن يتعلق به الجواز ولا يعتبر فيه العرف لما بينا ثم الجواز كما يثبت بالقراءة بالعربية يثبت بالقراءة بالفارسية عند أبي حنيفة سواء كان يحسن العربية او لا يحسن وقال أبو يوسف ومحمد ان كان يحسن لا يجوز وان كان لا يحسن يجوز وقال الشافعي لا يجوز أحسن أو لم يحسن واذا لم يحسن العربية يسبح ويهلل عنده ولا يقرأ بالفارسية وأصله قوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن أمر بقراءة القرآن في الصلاة فهم قالوا ان القرآن هو المنزل بلغة العرب قال الله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا فلا يكون الفارسي قرآنا فلا يخرج به عن عهدة الأمر ولان القرآن معجز والاعجاز من حيث اللفظ يزول بزوال النظم العربي فلا يكون الفارسي قرآنا لانعدام الاعجاز ولهذا لم تحرم قراءته على الجنب والحائض الا انه اذا لم يحسن العربية فقد عجز عن مراعاة لفظه فيجب عليه مراعاة معناه ليكون التكليف بحسب الامكان وعند الشافعي هذا ليس بقرآن فلا يؤمر بقراءته وأبو حنيفة يقول ان الواجب في الصلاة قراءة القرآن من حيث هو لفظ دال على كلام الله تعالى الذي هو صفة قائمة به لما يتضمن من العبر والمواعظ والترغيب والترهيب والثناء والتعظيم لا من حيث هو لفظ عربي ومعنى الدلالة عليه لا يختلف بين لفظ ولفظ قال الله وانه لفي زبر الأولين وقال ان هذا لفي الصحف الأولى صحف ابراهيم وموسى ومعلوم انه ما كان في كتبهم بهذا اللفظ بل بهذا المعنى (وأما) قولهم ان القرآن هو المنزل بلغة العرب (فالجواب) عنه من وجهين أحدهما أن كون العربية قرآنا لا ينفي

ان

أن يكون غيرها قرآنا وليس في الاية نفيه وهذا لان العربية سميت قرآنا لكونها دليلا على ماهو القرآن وهي الصفة التي هي حقيقة الكلام ولهذا قلنا ان القرآن غير مخلوق على ارادة تلك الصفة دون العبارات العربية ومعنى الدلالة يوجد في الفارسية فجاز تسميتها قرآنا دل عليه قوله تعالى ولو جعلناه قرآنا أعجميا أخبر انه لو عبر عنه بلسان العجم كان قرآنا والثاني ان كان لا يسمى غير العربية قرآنا لكن قراءة العربية ما وجبت لانها تسمى قرآنا بل لكونها دليلا على ماهو القرآن الذي هو صفة قائمة بالله بدليل انه لو قرأ عربية لا يتأدى بها كلام الله تفسد صلاته فضلا من أن تكون قرآنا واجبا ومعنى الدلالة لا يختلف فلا يختلف الحكم المتعلق به والدليل على ان عندهما تفترض القراءة بالفارسية على غير القادر على العربية وعذرهما غير مستقيم لان الوجوب متعلق بالقرآن وانه قرآن عندهما باعتبار اللفظ دون المعنى فاذا زال اللفظ لم يكن المعنى قرآنا فلا معنى للايجاب ومع ذلك وجب فدل ان الصحيح ماذهب اليه أبو حنيفة ولان غير العربية اذا لم يكن قرآنا لم يكن من كلام الله تعالى فصار من كلام الناس وهو يفسد الصلاة والقول بتعلق الوجوب بما هو مفسد غير سديد (وأما) قولهم ان الاعجاز من حيث اللفظ لا يحصل بالفارسية فنعم لكن قراءة ماهو معجز النظم عنده ليس بشرط لان التكليف ورد بمطلق القراءة لا بقراءة ماهو معجز ولهذا جوز قراءة آية قصيرة وان لم تكن هي معجزة مالم تبلغ ثلاث آيات وفصل الجنب والحائض ممنوع ولو قرأ شيأ من التوراة أو الانجيل أو الزبور في الصلاة ان تيقن انه غير محرف يجوز عند أبي حنيفة لما قلنا وان لم يتيقن لا يجوز لان الله تعالى أخبر عن تحريفهم بقوله يحرفون الكلم عن مواضعه فيحتمل ان المقروء محرف فيكون من كلام الناس فلا يحكم بالجواز بالشك والاحتمال وعلى هذا الخلاف اذا تشهد أو خطب يوم الجمعة بالفارسية ولو آمن بالفارسية أو سمى عند الذبح بالفارسية أو لبى عند الاحرام بالفارسية أو بأي لسان كان يجوز بالاجماع ولو أذن بالفارسية قيل انه على هذا الخلاف وقيل لا يجوز بالاتفاق لانه لا يقع به الاعلام حتى لو وقع به الاعلام يجوز والله أعلم (ومنها) القعدة الأخيرة مقدار التشهد عند عامة العلماء وقال مالك انها سنة وجه قوله ان اسم الصلاة لا يتوقف عليها ألا ترى ان من حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع وسجد يحنث وان لم يقعد (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للاعرابي الذي علمه الصلاة اذا رفعت رأسك من آخر السجدة وقعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتك علق تمام الصلاة بالقعدة الأخيرة وأراد به تمام الفرائض اذ لم يتم أصل العبادة بعد فدل انه لا تمام قبلها اذ المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قام الى الخامسة فسبح به فرجع ولو لم يكن فرضا لما رجع كما في القعدة الأولى ولان حد الركن موجود فيها وهو ماذكرنا وانما لم يتوقف عليها اسم الصلاة لانها ليست من الأركان الأصلية التي تتركب منها الصلاة على ماذكرنا في أول الكتاب لا لانها ليست من فرائض الصلاة ثم القدر المفروض من القعدة الاخيرة هو قدر التشهد حتى لو انصرف قبل أن يجلس هذا القدر فسدت صلاته لما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا رفع الامام رأسه من السجدة الأخيرة وقعد قدر التشهد ثم أحدث فقد تمت صلاته علق تمام الصلاة بالقعدة قدر التشهد فدل انه مقدر به والله أعلم (ومنها) الانتقال من ركن الى ركن لانه وسيلة الى الركن فكان في معنى الركن فهذه الستة أركان الصلاة الا ان الاربعة الاول من الأركان الأصلية دون الباقيتين وقال بعضهم القعدة من الأركان الأصلية أيضا واليه مال عصام بن يوسف ووجهه انها فرض تنعدم الصلاة بانعدامها كسائر الأركان والصحيح انها ليست بركن أصلي لان اسم الصلاة ينطلق على المتركب من الأركان الأربعة بدون القعود ولهذا يتوجه النهي عن الصلاة وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ووقت الزوال ولهذا لو حلف لا يصلي فقيد الركعة بالسجدة يحنث وان لم توجد القعدة ولو أتى بما دون الركعة لا يحنث ولان القعدة بنفسها غير صالحة للخدمة لانها من باب الاستراحة بخلاف سائر الأركان فتمكن الخلل في كونها ركنا أصليا فلم تكن هي من الأركان الأصلية للصلاة وان كانت من فروضها حتى لا تجوز الصلاة

بدونها ويشترط لها ما يشترط لسائر الأركان فأما التحريمة فليست بركن عند المحققين من أصحابنا بل هي شرط وعند الشافعي ركن وهو قول بعض مشايخنا واليه مال عصام بن يوسف وعلى هذا الخلاف الاحرام في باب الحج انه شرط عندنا وعنده ركن وثمرة الخلاف ان عندنا يجوز بناء النفل على الفرض بان يحرم للفرض و يفرغ منه و يشرع في النفل قبل التسليم من غير تحريمة جديدة وعنده لا يجوز ووجه البناء على هذا الأصل ان التحريمة لما كانت شرطا جاز أن يتأدى النفل بتحريمة الفرض كما يتأدى بطهارة وقعت للفرض وعنده لما كانت ركنا وقد انقضى الفرض بأركانه فتنقضي التحريمة أيضا وجه قول الشافعي ان حد الركن موجود فيها وهو ما ذكرنا وكذا وجدت علامة الأركان فيها لأنها لا تدوم بل تنقضي والدليل عليه انه يشترط لصحتها ما يشترط لسائر الاركان بخلاف الشروط (ولنا) قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلاة على الذكر الذي هو التحريمة بحرف التعقيب والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان مقتضى العطف بحرف التعقيب ان توجد الصلاة عقيب ذكر اسم الله تعالى ولو كانت التحريمة ركنا لكانت الصلاة موجودة عند الذكر لاستحالة انعدام الشئ في حال وجود ركنه وهذا خلاف النص والثاني ان العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولو كانت التحريمة ركنا لا يتحقق المغايرة لأنها تكون بعض الصلاة و بعض الشئ ليس غيره ان لم يكن عينه وكذا الموجود فيها حد الشرط لا حد الركن فانه يعتبر الصلاة بها ولا ينطلق اسم الصلاة عليها مع سائر الشرائط فكانت شرطا وكذا علامة الشروط فيها موجودة فانها باقية ببقاء حكمها وهو وجوب الانزجار عن محظورات الصلاة على ان العلامة اذا خالفت الحد لا يبطل به الحد بل يظهر ان العلامة كاذبة وأما قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان فممنوع انه يشترط ذلك لها بل للقيام المتصل بها والقيام ركن حتى ان الاحرام بالحج لما لم يكن متصلا بالركن جوزنا تقديمه على الوقت

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الاركان فجملة الكلام في الشرائط انها نوعان نوع يعم المنفرد والمقتدي جميعا وهو شرائط أركان الصلاة ونوع يخص المقتدي وهو شرائط جواز الاقتداء بالامام في صلاته (أما) شرائط أركان الصلاة (فمنها) الطهارة بنوعيها من الحقيقية والحكمية والطهارة الحقيقية هي طهارة الثوب والبدن ومكان الصلاة عن النجاسة الحقيقية والطهارة الحكمية هي طهارة أعضاء الوضوء عن الحدث وطهارة جميع الاعضاء الظاهرة عن الجنابة (أما) طهارة الثوب وطهارة البدن عن النجاسة الحقيقية فلقوله تعالى وثيابك فطهر واذا وجب تطهير الثوب فتطهير البدن أولى (وأما) الطهارة عن الحدث والجنابة فلقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الى قوله ليطهركم وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بطهور وقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهارة وقوله صلى الله عليه وسلم مفتاح الصلاة الطهور وقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وقوله صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة الا فبلوا الشعر وانقوا البشرة والانقاء هو التطهير فدلت النصوص على ان الطهارة الحقيقية عن الثوب والبدن والحكمية شرط جواز الصلاة والمعقول كذا يقتضي من وجوه أحدها ان الصلاة خدمة الرب وتعظيمه جل جلاله وعم نواله وخدمة الرب وتعظيمه بكل الممكن فرض ومعلوم ان القيام بين يدي الله تعالى ببدن طاهر وثوب طاهر على مكان طاهر يكون أبلغ في التعظيم وأكمل في الخدمة من القيام ببدن نجس وثوب نجس وعلى مكان نجس كما في خدمة الملوك في الشاهد وكذلك الحدث والجنابة وان لم تكن نجاسة مرئية فهي نجاسة معنوية توجب استقذار ما حل به الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يصافح حذيفة بن اليمان رضي الله عنه امتنع وقال اني جنب يا رسول الله فكان قيامه مخلا بالتعظيم على انه ان لم يكن على أعضاء الوضوء نجاسة رأسا فانها لا تخلو عن الدرن والوسخ لانها أعضاء بادية عادة فيتصل بها الدرن والوسخ فيجب غسلها تطهيرا لها من الوسخ والدرن فتتحقق الزينة والنظافة فيكون أقرب الى التعظيم وأكمل في الخدمة فمن أراد أن يقوم بين يدي الملوك للخدمة في الشاهد انه يتكلف للتنظيف والتزيين و يلبس أحسن ثيابه تعظيما للملك ولهذا كان الافضل للرجل أن يصلي في أحسن ثيابه وألطفها التي أعدها الزيارة العظماء

والمحافل الناس وكانت الصلاة متعمما أفضل من الصلاة مكشوف الرأس لما ان ذلك أبلغ في الاحترام والثاني انه أمر بغسل هذه الاعضاء الظاهرة من الحدث والجنابة تذكيرا لتطهير الباطن من الغش والحسد والكبر وسوء الظن بالمسلمين ونحو ذلك من أسباب المآثم فأمر لا لازالة الحدث تطهيرا لان قيام الحدث لا ينافي العبادة والخدمة في الجملة الا ترى انه يجوز أداء الصوم والزكاة مع قيام الحدث والجنابة واقرب من ذلك الايمان بالله تعالى الذي هو رأس العبادات وهذا لان الحدث ليس بمعصية ولا سبب مأثم وما ذكرنا من المعاني التي في باطنه أسباب المآثم فأمر بغسل هذه الاعضاء الظاهرة دلالة وتنبيها على تطهير الباطن من هذه الامور وتطهير النفس عنها واجب بالسمع والعقل والثالث انه وجب غسل هذه الاعضاء شكر النعمة وراء النعمة التي وجبت لها الصلاة وهي ان هذه الاعضاء وسائل الى استيفاء نعم عظيمة بل بها تنال جل نعم الله تعالى فاليد بها يتناول ويقبض ما يحتاج اليه والرجل يمشي بها الى مقاصده والوجه والرأس محل الحواس وجمعها التي بها يعرف عظم نعم الله تعالى من العين والانف والفم والاذن التي بها البصر والشم والذوق والسمع التي بها يكون التلذذ والتشهي والوصول الى جميع النعم فأمر بغسل هذه الاعضاء شكرا لما يتوسل بها الى هذه النعم والرابع أمر بغسل هذه الاعضاء تكفيرا لما ارتكب بهذه الاعضاء من الاجرام اذ بها يرتكب جل المآثم من أخذ الحرام والمشي الى الحرام والنظر الى الحرام وأكل الحرام وسماع الحرام من اللغو والكذب فأمر بغسلها تكفيرا لهذه الذنوب وقد وردت الاخبار بكون الوضوء تكفيرا للمآثم فكانت مؤيدة لما قلنا (وأما) طهارة مكان الصلاة فلقوله تعالى أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود وقال في موضع والقائمين والركع السجود ولما ذكرنا ان الصلاة خدمة الرب تعالى وتعظيمه وخدمة المعبود المستحق للعبادة وتعظيمه بكل الممكن فرض وأداء الصلاة على مكان طاهر أقرب الى التعظيم فكان طهارة مكان الصلاة شرطا وقد روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الصلاة في المزبلة والمجزرة ومعاطن الابل وقوارع الطرق والحمام والمقبرة وفوق ظهر بيت الله تعالى اما معنى النهي عن الصلاة في المزبلة والمجزرة فلكونهما موضع النجاسة واما معاطن الابل فقد قيل ان معنى النهي فيها انها لا تخلو عن النجاسات عادة لكن هذا يشكل بما روى من الحديث صلوا في مرابض الغنم ولا تصلوا في معاطن الابل مع ان المعاطن والمرابض في معنى النجاسة سواء وقيل معنى النهي ان الابل ربما تبول على المصلي فيبتلي بما يفسد صلاته وهذا لا يتوهم في الغنم واما قوارع الطرق فقيل انها لا تخلو عن الارواث والابوال عادة فعلى هذا لا فرق بين الطريق الواسع والضيق وقيل معنى النهي فيها انه يستضر به المارة وعلى هذا اذا كان الطريق واسعا لا يكره وحكى ابن سماعة ان محمدا كان يصلي على الطريق في البادية وأما الحمام فمعنى النهي فيه انه مصب الغسالات والنجاسات عادة فعلى هذا لو صلى في موضع الحمامي لا يكره وقيل معنى النهي فيه ان الحمام بيت الشيطان فعلى هذا تكره الصلاة في كل موضع منه سواء غسل ذلك الموضع أو لم يغسل وأما المقبرة فقيل انما نهى عن ذلك لما فيه من التشبه باليهود كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله اليهود اتخذوا قبور انبيائهم مساجد فلا تتخذوا قبري بعدي مسجدا وروى أن عمر رضي الله عنه رأى رجلا يصلي بالليل الى قبر فناداه القبر القبر فظن الرجل انه يقول القمر القمر فجعل ينظر الى السماء فما زال به حتى تنبه فعلى هذا تجوز الصلاة وتكره وقيل معنى النهي ان المقابر لا تخلو عن النجاسات لان الجهال يستترون بما شرف من القبور فيبولون ويتغوطون خلفه فعلى هذا لا تجوز الصلاة لو كان في موضع يفعلون ذلك لانعدام طهارة المكان واما فوق بيت الله تعالى فمعنى النهي عندنا ان الانسان منهي عن الصعود على سطح الكعبة لما فيه من ترك التعظيم ولا يمنع جواز الصلاة عليه وعند الشافعي هذا النهي للافساد حتى لو صلى على سطح الكعبة وليس بين يديه سترة لا تجوز صلاته عنده وسنذكر الكلام فيما بعد ولو صلى في بيت فيه تماثيل فهذا على وجهين اما ان كانت التماثيل مقطوعة الرؤس أو لم تكن مقطوعة الرؤس فان كانت مقطوعة الرؤس فلا بأس بالصلاة فيه لانها بالقطع خرجت من أن تكون تماثيل

والصقت بالنقوش والدليل عليه ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى اليه ترس فيه تمثال طير فأصبحوا وقد محى وجهه وروى ان جبريل عليه السلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذن له فقال كيف أدخل وفى البيت قرام فيه تماثيل خيول ورجال فاما أن تقطع رؤسها أو تتخذ وسائد فتوطأ وان لم تكن مقطوعة الرؤس فتكره الصلاة فيه سواء كانت فى جهة القبلة أو فى السقف أو عن يمين القبلة أو عن يسارها فأشد ذلك كراهة أن تكون فى جهة القبلة لانه تشبه بعبدة الأوثان ولو كانت فى مؤخر القبلة أو تحت القدم لا يكره لعدم التشبه فى الصلاة بعبدة الأوثان وكذا يكره الدخول الى بيت فيه صور على سقفه أو حيطانه أو على الستور والازر والوسائد العظام لان جبريل عليه السلام قال انا لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولا خير فى بيت لا تدخله الملائكة وكذا نفس التعليق لتلك الستور والازر على الجدار ووضع الوسائد العظام عليه مكروه لما فى هذا الصنيع من التشبه بعباد الصور لما فيه من تعظيمها وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى وأنا مستترة بستر فيه تماثيل فتغير لون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى عرفت الكراهة فى وجهه فأخذه منى وهتكه بيده فجعلناه نمرقة أو نمرقتين وان كانت الصور على البسط والوسائد الصغار وهى تداس بالأرجل لا تكره لما فيه من اهانتها والدليل عليها حديث جبريل صلى الله عليه وسلم وعائشة رضى الله عنها ولو صلى على هذا البساط فان كانت الصورة فى موضع سجوده يكره لما فيه من التشبه بعبادة الصور والاصنام وكذا اذا كانت امامه فى موضع لان معنى التعظيم يحصل بتقريب الوجه من الصورة فأما اذا كانت فى موضع قدميه فلا بأس به لما فيه من الاهانة دون التعظيم هذا اذا كانت الصورة كبيرة فاما اذا كانت صغيرة لا تبدو للناظر من بعيد فلا بأس به لان من يعبد الصنم لا يعبد الصغير منها جدا وقد روى انه كان على خاتم أبى موسى ذبابتان وروى أنه لما وجد خاتم دانيال على عهد عمر رضى الله عنه كان على فصه أسدان بينهما رجل يلحسانه ويحتمل أن يكون ذلك فى ابتداء حاله أو لأن التمثال فى شريعة من قبلنا كان حلالا قال الله تعالى فى قصة سليمان يعملون له مايشاء من محاريب وتماثيل ثم ماذكرنا من الكراهة فى صورة الحيوان فأما صورة مالا حياة له كالشجر ونحو ذلك فلا يوجب الكراهة لأن عبدة الصورة لا يعبدون تمثال ماليس بذى روح فلا يحصل التشبه بهم وكذا النهى انما جاء عن تصوير ذى الروح لما روى عن على رضى الله عنه انه قال من صور تمثال ذى الروح كلف يوم القيامة أن ينفخ فيه الروح وليس بنافخ فاما لا نهى عن تصوير مالا روح له لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف أصنع وهو كسبى فقال ان لم يكن بد فعليك بتمثال الاشجار ويكره أن تكون قبلة المسجد الى حمام أو قبر أو مخرج لان جهة القبلة يجب تعظيمها والمساجد كذلك قال الله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال رجال ومعنى التعظيم لا يحصل اذا كانت قبلة المسجد الى هذه المواضع لانها لا تخلو عن الاقذار وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه قال هذا فى مساجد الجماعات فاما مسجد الرجل فى بيته فلا بأس بان يكون قبلته الى هذه المواضع لانه ليس له حرمة المساجد حتى يجوز بيعه وكذا للناس فيه بلوى بخلاف مسجد الجماعة ولو صلى فى مثل هذا المسجد جازت صلاته عند عامة العلماء وعلى قول بشر بن غياث المريسى لا تجوز وعلى هذا المصلى فى أرض مغصوبة أو صلى وعليه ثوب مغصوب لا تجوز عنده وجه قوله ان العبادة لا تتأدى بما هو منهى عنه (ولنا) ان النهى ليس لمعنى فى الصلاة فلا يمنع جواز الصلاة وهذا اذا لم يكن بين المسجد وبين هذه المواضع حائل من بيت أو جدار أو نحو ذلك فان كان بينهما حائل لا يكره لان معنى التعظيم حاصل فالتحرز عنه غير ممكن (ومنها) ستر العورة لقوله تعالى يا بنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد قيل فى التأويل الزينة مايوارى العورة والمسجد الصلاة فقد أمر بمواراة العورة فى الصلاة وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا صلاة للحائض الا بخمار كنى بالحائض عن البالغة لان الحيض دليل البلوغ فذكر الحيض وأراد به البلوغ للملازمة بينهما وعليه اجماع الامة ولان ستر العورة حال القيام بين يدى الله تعالى من باب التعظيم وانه فرض عقلا وشرعا

واذا كان الستر فرضا كان الانكشاف مانعا جواز الصلاة ضرورة والكلام فى بيان ما يكون عورة وما لا يكون موضعه كتاب الاستحسان وانما الحاجة ههنا الى بيان المقدار الذى يمنع جواز الصلاة فنقول قليل الانكشاف لا يمنع الجواز لما فيه من الضرورة لان الثياب لا تخلو عن قليل خرق عادة والكثير يمنع لعدم الضرورة واختلف فى الحد الفاصل بين القليل والكثير فقدر أبو حنيفة ومحمد الكثير بالربع فقالا الربع وما فوقه من العضو كثير وما دون الربع قليل وابو يوسف جعل الاكثر من النصف كثيرا وما دون النصف قليلا واختلفت الرواية عنه فى النصف فجعله فى حكم القليل فى الجامع الصغير وفى حكم الكثير فى الأصل وجه قول أبى يوسف ان القليل والكثير من المتقابلات فانما تظهر بالمقابلة فما كان مقابله أقل منه فهو كثير وما كان مقابله أكثر منه فهو قليل (ولهما) ان الشرع أقام الربع مقام الكل فى كثير من المواضع كما فى حلق الرأس فى حق المحرم ومسح ربع الرأس كذا ههنا اذ الموضع موضع الاحتياط واما قوله ان القليل والكثير من أسماء المقابلة فانما يعرف ذلك بمقابله فنقول الشرع قد جعل الربع كثيرا فى نفسه من غير مقابلة فى بعض المواضع على ما بينا فلزم الاخذ به فى موضع الاحتياط ثم كثير الانكشاف يستوى فيه العضو الواحد والاعضاء المتفرقة حتى لو انكشف من أعضاء متفرقة ما لو جمع لكان كثيرا يمنع جواز الصلاة ويستوى فيه العورة الغليظة وهى القبل والدبر والخفيفة كالفخذ ونحوه ومن الناس من قدر العورة الغليظة بالدرهم تغليظا لامرها وهذا غير سديد لان العورة الغليظة كلها لا تزيد على الدرهم فتقديرها بالدرهم يكون تخفيفا لامرها لا تغليظا له فتنعكس القضية وذكر محمد فى الزيادات ما يدل على ان حكم الغليظة والخفيفة واحد فانه قال فى امرأة صلت فانكشف شئ من شعرها وشئ من ظهرها وشئ من فرجها وشئ من فخذها انه ان كان بحال لو جمع بلغ الربع منع اداء الصلاة وان لم يبلغ لا يمنع فقد جمع بين العورة الغليظة والخفيفة واعتبر فيهما الربع فثبت ان حكمها لا يختلف وان الخلاف فيهما واحد وهذا فى حالة القدرة فاما فى حالة العجز فالانكشاف لا يمنع جواز الصلاة بان حضرته الصلاة وهو عريان لا يجد ثوبا للضرورة ولو كان معه ثوب نجس فلا يخلو اما ان كان الربع منه طاهرا واما ان كان كله نجسا فان كان ربعه طاهرا لم يجزه أن يصلى عريانا بل يجب عليه أن يصلى فى ذلك الثوب لان الربع فما فوقه فى حكم الكمال كما فى مسح الرأس وحلق المحرم ربع الرأس وكما يقال رأيت فلانا وان عاينه من احدى جهاته الاربع فجعل كان الثوب كله طاهرا وان كان كله نجسا أو الطاهر منه أقل من الربع فهو بالخيار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان شاء صلى عريانا وان شاء مع الثوب لكن الصلاة فى الثوب أفضل وقال محمد لا تجزئه الا مع الثوب وجه قوله ان ترك استعمال النجاسة فرض وستر العورة فرض الا ان ستر العورة أهمهما وآكدهما لانه فرض فى الاحوال أجمع وفرضية ترك استعمال النجاسة مقصورة على حالة الصلاة فيصار الى الاهم فتستر العورة ولا تجوز الصلاة بدونه ويتحمل استعمال النجاسة ولانه لو صلى عريانا كان تاركا فرائض منها ستر العورة والقيام والركوع والسجود ولو صلى فى الثوب النجس كان تاركا فرضا واحدا وهو ترك استعمال النجاسة فقط فكان هذا الجانب أهون وقد قالت عائشة رضى الله عنها ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين شيئين الا اختار اهونهما فمن ابتلى ببليتين فعليه أن يختار أهونهما (ولهما) ان الجانبين فى الفرضية فى حق الصلاة على السواء الا ترى انه كما لا تجوز الصلاة حالة الاختيار عريانا لا تجوز مع الثوب المملوء نجاسة ولا يمكن اقامة أحد الفرضين فى هذه الحالة الا بترك الآخر فسقطت فرضيتهما فى حق الصلاة فيخير فيجزئه كيف ما فعل الا ان الصلاة فى الثوب أفضل لما ذكر محمد (ومنها) استقبال القبلة لقوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره وقول النبى صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر وعليه اجماع الأمة والاصل ان استقبال القبلة للصلاة شرط زائد لا يعقل معناه بدليل انه لا يجب الاستقبال فيما هو رأس العبادات وهو الايمان وكذا فى عامة العبادات من الزكاة والصوم والحج وانما عرف شرطا فى باب الصلاة شرعا فيجب اعتباره بقدر ما ورد الشرع به

وفيما وراءه يرد الى أصل القياس ثم جملة الكلام في هذا الشرط ان المصلى لا يخلوا اما ان كان قادرا على الاستقبال أو كان عاجزا عنه فان كان قادرا يجب عليه التوجه الى القبلة ان كان في حال مشاهدة الكعبة فالى عينها أى أى جهة كانت من جهات الكعبة حتى لو كان منحرفا عنها غير متوجه الى شئ منها لم يجز لقوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره وفي وسعه تولية الوجه الى عينها فيجب ذلك وان كان نائيا عن الكعبة غائبا عنها يجب عليه التوجه الى جهتها وهى المحاريب المنصوبة بالامارات الدالة عليها لا الى عينها وتعتبر الجهة دون العين كذا ذكر الكرخى والرازى وهو قول عامة مشايخنا بما وراء النهر وقال بعضهم المفروض اصابة عين الكعبة بالاجتهاد والتحرى وهو قول أبي عبد الله البصرى حتى قالوا ان نية الكعبة شرط وجه قول هؤلاء قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره من غير فصل بين حال المشاهدة والغيبة ولان لزوم الاستقبال لحرمة البقعة وهذا المعنى في العين لا في الجهة ولان قبلته لو كانت الجهة لكان ينبغى له اذا اجتهد فاخطأ الجهة يلزمه الاعادة لظهور خطئه في اجتهاده بيقين ومع ذلك لا تلزمه الاعادة بلا خلاف بين أصحابنا فدل ان قبلته في هذه الحالة عين الكعبة بالاجتهاد والتحرى وجه قول الاولين ان المفروض هو المقدور عليه واصابة العين غير مقدور عليها فلا تكون مفروضة ولان قبلته لو كانت عين الكعبة في هذه الحالة بالتحرى والاجتهاد لترددت صلاته بين الجواز والفساد لانه ان أصاب عين الكعبة بتحريه جازت صلاته وان لم يصب عين الكعبة لا تجوز صلاته لانه ظهر خطؤه بيقين الا أن يجعل كل مجتهد مصيبا وانه خلاف المذهب الحق وقد عرف بطلانه في أصول الفقه أما اذا جعلت قبلته الجهة وهى المحاريب المنصوبة لا يتصور ظهور الخطأ فنزلت الجهة في هذه الحالة منزلة عين الكعبة في حال المشاهدة ولله تعالى أن يجعل اى جهة شاء قبلة لعباده على اختلاف الاحوال واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التى كانوا عليها قل لله المشرق والمغرب يهدى من يشاء الى صراط مستقيم ولانهم جعلوا عين الكعبة قبلة في هذه الحالة بالتحرى وانه مبنى على مجرد شهادة القلب من غير امارة والجهة صارت قبلة باجتهادهم المبنى على الامارات الدالة عليها من النجوم والشمس والقمر وغير ذلك فكان فوق الاجتهاد بالتحرى ولهذا أن من دخل بلدة وعاين المحاريب المنصوبة فيها يجب عليه التوجه اليها ولا يجوز له التحرى وكذا اذا دخل مسجدا لا محراب له وبحضرته أهل المسجد لا يجوز له التحرى بل يجب عليه السؤال من أهل المسجد لان لهم علما بالجهة المبنية على الامارات فكان فوق الثابت بالتحرى وكذا لو كان في المفازة والسماء مصحية وله علم بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحرى لان ذلك فوق التحرى وبه تبين ان نية الكعبة ليست بشرط بل الأفضل أن لا ينوى الكعبة لاحتمال أن لا تحاذى هذه الجهة الكعبة فلا تجوز صلاته ولا حجة لهم في الاية لانها تناولت حالة القدرة والقدرة حال مشاهدة الكعبة لا حال البعد عنها وهو الجواب عن قولهم ان الاستقبال لحرمة البقعة ان ذلك حال القدرة على الاستقبال اليها دون حال العجز عنه وأما اذا كان عاجزا فلا يخلوا اما ان كان عاجزا بسبب عذر من الاعذار مع العلم بالقبلة واما ان كان عجزه بسبب الاشتباه فان كان عاجزا لعذر مع العلم بالقبلة فله أن يصلى الى أى جهة كانت ويسقط عنه الاستقبال نحو أن يخاف على نفسه من العدو في صلاة الخوف أو كان بحال لو استقبل القبلة يثب عليه العدو أو قطاع الطريق أو السبع أو كان على لوح من السفينة في البحر لو وجهه الى القبلة يغرق غالبا أو كان مريضا لا يمكنه أن يتحول بنفسه الى القبلة وليس بحضرته من يحوله اليها ونحو ذلك لان هذا شرط زائد فيسقط عند العجز وان كان عاجزا بسبب الاشتباه وهو أن يكون في المفازة في ليلة مظلمة أو لا علم له بالامارات الدالة على القبلة فان كان بحضرته من يسأله عنها لا يجوز له التحرى لما قلنا بل يجب عليه السؤال فان لم يسأل وتحرى وصلى فان أصاب جاز والا فلا فان لم يكن بحضرته أحد جاز له التحرى لان التكليف بحسب الوسع والامكان وليس في وسعه الا التحرى فتجوز له الصلاة بالتحرى لقوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله وروى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحروا عند الاشتباه

وصلوا

وصلوا ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم فدل على الجواز فاذا صلى الى جهة من الجهات فلا يخلو اما أن صلى الى جهة بالتحري أو بدون التحري فان صلى بدون التحري فلا يخلو من أوجه اما ان كان لم يخطر بباله شيء ولم يشك في جهة القبلة أو خطر بباله وشك في جهة القبلة وصلى من غير تحر أو تحرى ووقع تحريه على جهة فصلى الى جهة أخرى لم يقع عليها التحري أما اذا لم يخطر بباله شيء ولم يشك وصلى الى جهة من الجهات فالأصل هو الجواز لان مطلق الجهة قبلة بشرط عدم دليل يوصله الى جهة الكعبة من السؤال أو التحري ولم يوجد لان التحري لا يجب عليه اذا لم يكن شاكا فاذا مضى على هذه الحالة ولم يخطر بباله شيء صارت الجهة التي صلى اليها قبلة له ظاهرا فان ظهر انها جهة الكعبة تقرر الجواز فاما اذا ظهر خطأه بيقين بان انجلى الظلام وتبين انه صلى الى غير جهة الكعبة أو تحرى ووقع تحريه على غير الجهة التي صلى اليها ان كان بعد الفراغ من الصلاة يعيد وان كان في الصلاة يستقبل لان ما جعل حجة بشرط عدم الاقوى يبطل عند وجوده كالاجتهاد اذا ظهر نص بخلافه وأما اذا شك ولم يتحر وصلى الى جهة من الجهات فالأصل هو الفساد فاذا ظهر أن الصواب في غير الجهة التي صلى اليها اما بيقين أو بالتحري تقرر الفساد وان ظهر أن الجهة التي صلى اليها قبلة ان كان بعد الفراغ من الصلاة أجزأه ولا يعيد لأنه اذا شك في جهة الكعبة و بنى صلاته على الشك احتمل أن تكون الجهة التي صلى اليها قبلة واحتمل أن لا تكون فان ظهر انها لم تكن قبلة يظهر أنه صلى الى غير القبلة وان ظهر انها كانت قبلة يظهر أنه صلى الى القبلة فلا يحكم بالجواز في الابتداء بالشك والاحتمال بل يحكم بالفساد بناء على الاصل وهو العدم بحكم استصحاب الحال فاذا تبين انه صلى الى القبلة بطل الحكم باستصحاب الحال وثبت الجواز من الاصل وأما اذا ظهر في وسط الصلاة روي عن أبي يوسف أنه يبني على صلاته لما قلنا وفي ظاهر الرواية يستقبل لأن شروعه في الصلاة بناء على الشك ومتى ظهرت القبلة اما بالتحري أو بالسؤال من غيره صارت حالته هذه أقوى من الحالة الاولى ولو ظهرت في الابتداء لا تجوز صلاته الا الى هذه الجهة فكذا اذا ظهرت في وسط الصلاة وصار كالمومي اذا قدر على القيام في وسط الصلاة أنه يستقبل لما ذكرنا كذا هذا وأما اذا تحرى ووقع تحريه الى جهة فصلى الى جهة أخرى من غير تحر فان اخطأ لا تجزيه بالاجماع وان أصاب فكذلك في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أنه يجوز (ووجهه) أن المقصود من التحري هو الاصابة وقد حصل هذا المقصود فيحكم بالجواز كما اذا تحرى في الاواني فتوضأ بغير ما وقع عليه التحري ثم تبين أنه أصاب يجزيه كذا هذا وجه ظاهر الرواية أن القبلة حالة الاشتباه هي الجهة التي مال اليها المتحري فاذا ترك الاقبال اليها فقد أعرض عما هو قبلته مع القدرة عليه فلا يجوز كمن ترك التوجه الى المحاريب المنصوبة مع القدرة عليه بخلاف الاواني لان الشرط هو التوضؤ بالماء الطاهر حقيقة وقد وجد فاما اذا صلى الى جهة من الجهات بالتحري ثم ظهر خطأه فان كان قبل الفراغ من الصلاة استدار الى القبلة وأتم الصلاة لما روي أن أهل قباء لما بلغهم نسخ القبلة الى بيت المقدس استداروا كهيئتهم وأتموا صلاتهم ولم يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاعادة ولان الصلاة المؤداة الى جهة التحري مؤداة الى القبلة لانها هي القبلة حال الاشتباه فلا معنى لوجوب الاستقبال ولان تبدل الرأي في معنى انتساخ النص وذا لا يوجب بطلان العمل بالمنسوخ في زمان ما قبل النسخ كذا هذا وان كان بعد الفراغ من الصلاة فان ظهر أنه صلى يمنة أو يسرة يجزيه ولا يلزمه الاعادة بلا خلاف وان ظهر أنه صلى مستدبر الكعبة يجزيه عندنا وعند الشافعي لا يجزيه وعلى هذا اذا اشتبهت القبلة على قوم فتحروا وصلوا بجماعة جازت صلاة الكل عندنا الا صلاة من تقدم على امامه أو علم بمخالفته اياه وجه قول الشافعي أنه صلى الى القبلة بالاجتهاد وقد ظهر خطأه بيقين فيبطل كما اذا تحرى وصلى في ثوب على ظن أنه طاهر ثم تبين أنه نجس انه لا يجزيه وتلزمه الاعادة كذا ههنا (ولنا) أن قبلته حال الاشتباه هي الجهة التي تحرى اليها وقد صلى اليها فتجزيه كما اذا صلى الى المحاريب المنصوبة والدليل على أن قبلته هي جهة التحري النص والمعقول أما النص فقوله تعالى فأينما تولوا فثم وجه الله قيل في بعض وجوه التأويل ثمة قبلة

الله وقيل ثمة رضاء الله وقيل ثمة وجه الله الذي وجهكم اليه اذ لم يجئ منكم التقصير في طلب القبلة واضاف التوجه الى نفسه لانهم وقعوا في ذلك بفعل الله تعالى بغير تقصير كان منهم في الطلب ونظيره قول النبي صلى الله عليه وسلم لمن أكل ناسيا لصومه تم على صومك فانما أطعمك الله وسقاك وان وجد الاكل من الصائم حقيقة لكن لما لم يكن قاصدا فيه أضاف فعله الى الله تعالى وصيره معذورا كانه لم يأكل كذلك ههنا اذا كان توجهه الى هذه الجهة من غير قصد منه حيث أتى بجميع ما في وسعه وامكانه أضاف الرب سبحانه وتعالى ذلك الى ذاته وجعله معذورا كانه توجه الى القبلة (وأما) المعقول فما ذكرنا أنه لا سبيل له الى اصابة عين الكعبة ولا الى اصابة جهتها في هذه الحالة لعدم الدلائل الموصلة اليها والكلام فيه والتكليف بالصلاة متوجه وتكليف ما لا يحتمله الوسع ممتنع وليس في وسعه الا الصلاة الى جهة التحري فتعينت هذه قبلة له شرعا في هذه الحالة فنزلت هذه الجهة حالة العجز منزلة عين الكعبة والمحراب حالة القدرة وانما عرف التحري شرطا نصا بخلاف القياس لا لاصابة القبلة وبه تبين أنه ما اخطأ قبلته لان قبلته جهة التحري وقد صلى اليها بخلاف مسئلة الثوب لان الشرط هناك هو الصلاة بالثوب الطاهر حقيقة لكنه أمر باصابته بالتحري فاذا لم يصب انعدم الشرط فلم يجز أما ههنا فالشرط استقبال القبلة وقبلته هذه في هذه الحالة وقد استقبلها فهو الفرق والله أعلم ويخرج على ما ذكرنا الصلاة بمكة خارج الكعبة أنه ان كان في حال مشاهدة الكعبة لا تجوز صلاته الا الى عين الكعبة لان قبلته حالة المشاهدة عين الكعبة بالنص ويجوز الى أي الجهات من الكعبة شاء بعد ان كان مستقبلا لجزء منها لوجود تولية الوجه شطر الكعبة فان صلى منحرفا عن الكعبة غير مواجه لشئ منها لم يجز لانه ترك التوجه الى قبلته مع القدرة عليه وشرائط الصلاة لا تسقط من غير عذر (ثم) ان صلوا بجماعة لا يخلو اما ان صلوا متحلقين حول الكعبة صفا بعد صف واما ان صلوا الى جهة واحدة منها مصطفين فان صلوا الى جهة واحدة جازت صلاتهم اذا كان كل واحد منهم مستقبلا جزأ من الكعبة ولا يجوز لهم أن يصطفوا زيادة على حائط الكعبة ولو فعلوا ذلك لا تجوز صلاة من جاوز الحائط لان الواجب حالة المشاهدة استقبال عينها وان صلوا حول الكعبة متحلقين جاز لان الصلاة بمكة تؤدى هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والافضل للامام أن يقف في مقام ابراهيم صلوات الله عليه ثم صلاة الكل جائزة سواء كانوا أقرب الى الكعبة من الامام أو أبعد الا صلاة من كان أقرب الى الكعبة من الامام في الجهة التي يصلي الامام اليها بأن كان متقدما على الامام بحذائه فيكون ظهره الى وجه الامام أو كان على يمين الامام أو يساره متقدما عليه من تلك الجهة ويكون ظهره الى الصف الذي مع الامام ووجهه الى الكعبة لانه اذا كان متقدما على امامه لا يكون تابعا له فلا يصح اقتداؤه به بخلاف ما اذا كان أقرب الى الكعبة من الامام من غير الجهة التي يصلي اليها الامام لانه في حكم المقابل للامام والمقابل لغيره يصلح أن يكون تابعا له بخلاف المتقدم عليه وعلى هذا اذا قامت امرأة بجنب الامام في الجهة التي يصلي اليها الامام ونوى الامام امامتها فسدت صلاة الامام لوجود المحاذاة في صلاة مطلقة مشتركة وفسدت صلاة القوم بفساد صلاة الامام ولو قامت في الصف في غير جهة الامام لا تفسد صلاة الامام لانها في الحكم كانها خلف الامام وفسدت صلاة من على يمينها ويسارها ومن كان خلفها على ما يذكر في موضعه ولو كانت الكعبة منهدمة فتحلق الناس حول أرض الكعبة وصلوا هكذا أو صلى منفردا متوجها الى جزء منها جاز وقال الشافعي لا يجوز الا اذا كان بين يديه سترة وجه قوله أن الواجب استقبال البيت والبيت اسم للبقعة والبناء جميعا الا اذا كان بين يديه سترة لانها من توابع البيت فيكون مستقبلا لجزء من البيت معنى (ولنا) اجماع الامة فان الناس كانوا يصلون الى البقعة حين رفع البناء في عهد ابن الزبير حين بنى البيت على قواعد الخليل صلوات الله عليه وفي عهد الحجاج حين أعاده الى ما كان عليه في الجاهلية وكانت صلاتهم مقضية بالجواز وبه تبين أن الكعبة اسم للبقعة سواء كان ثمة بناء أو لم يكن وقد وجد التوجه اليها الا أنه يكره ترك اتخاذ السترة لما فيه من استقبال الصورة الصورة

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فى الصلاة وروى أنه لما رفع البناء فى عهد ابن الزبير أمر ابن عباس بتعليق الانطاع فى تلك البقعة ليكون ذلك بمنزلة السترة لهم وعلى هذا اذا صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وعند الشافعى لا تجزيه بدون السترة والصحيح قولنا لما ذكرنا أن الكعبة اسم للعرصة ولان البناء لا حرمة له لنفسه بدليل أنه لو نقل الى عرصة أخرى وصلى اليها لا يجوز بل كانت حرمته لاتصاله بالعرصة المحترمة والدليل عليه أن من صلى على جبل أبى قبيس جازت صلاته بالاجماع ومعلوم أنه لا يصلى الى البناء بل الى الهواء دل أن العبرة للعرصة والهواء دون البناء هذا اذا صلوا خارج الكعبة فاما اذا صلوا فى جوف الكعبة فالصلاة فى جوف الكعبة جائزة عند عامة العلماء نافلة كانت أو مكتوبة وقال مالك لا يجوز اداء المكتوبة فى جوف الكعبة وجه قوله أن المصلى فى جوف الكعبة ان كان مستقبلا جهة كان مستدبرا جهة أخرى والصلاة مع استدبار القبلة لا تجوز فأخذنا بالاحتياط فى المكتوبات فاما فى التطوعات فالامر فيها أوسع وصار كالطواف فى جوف الكعبة (ولنا) أن الواجب استقبال جزء من الكعبة غير عين وانما يتعين الجزء قبلة له بالشروع فى الصلاة والتوجه اليه ومتى صارت قبلة فاستدبارها فى الصلاة من غير ضرورة يكون مفسدا فاما الاجزاء التى لم يتوجه اليها لم تصر قبلة فى حقه فاستدبارها لا يكون مفسدا وعلى هذا ينبغى أن من صلى فى جوف الكعبة ركعة الى جهة وركعة الى جهة أخرى لا تجوز صلاته لانه صار مستدبرا عن الجهة التى صارت قبلة فى حقه بيقين من غير ضرورة والانحراف من غير ضرورة مفسد للصلاة بخلاف النائى عن الكعبة اذا صلى بالتحرى الى الجهات الاربع بان صلى ركعة الى جهة ثم تحول رأيه الى جهة أخرى فصلى ركعة اليها هكذا جاز لان هناك لم يوجد الانحراف عن القبلة بيقين لان الجهة التى تحرى اليها ما صارت قبلة له بيقين بل بطريق الاجتهاد فحين تحول رأيه الى جهة أخرى صارت قبلته هذه الجهة فى المستقبل ولم يبطل ما أدى بالاجتهاد الاول لان ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله فصار مصليا فى الاحوال كلها الى القبلة فلم يوجد الانحراف عن القبلة بيقين فهو الفرق ثم لا يخلوا اما ان صلوا فى جوف الكعبة متحلقين أو مصطفين خلف الامام فان صلوا بجماعة متحلقين جازت صلاة الامام وصلاة من وجهه الى ظهر الامام أو الى يمين الامام أو الى يساره أو ظ[illegible] ظهر الامام وكذا صلاة من وجهه الى وجه الامام الا أنه يكره لما فيه من استقبال الصورة الصورة فينبغى أن يجعل بينه وبين الامام سترة وأما صلاة من كان متقدما على الامام وظهره الى وجه الامام وصلاة من كان مستقبلا جهة الامام وهو أقرب الى الحائط من الامام فلا تجوز لما بينا وهذا بخلاف جماعة تحروا فى ليلة مظلمة واقتدوا بالامام حيث لا تجوز صلاة من علم أنه مخالف للامام فى جهته لان هناك اعتقد الخطأ فى صلاة امامه لان عنده أن امامه غير مستقبل للقبلة فلم يصح اقتداؤه به أما ههنا فما اعتقد الخطأ فى صلاة امامه لان كل جانب من جوانب الكعبة قبلة بيقين فصح اقتداؤه به فهو الفرق وان صلوا مصطفين خلف الامام الى جهة الامام فلا شك أن صلاتهم جائزة وكذا اذا كان وجه بعضهم الى ظهر الامام وظهر بعضهم الى ظهره لوجود استقبال القبلة والمتابعة لانهم خلف الامام لا أمامه ولهذا قلنا ان الامام اذا نوى امامة النساء فقامت امرأة بحذائه مقابلة له لا تفسد صلاة الامام لانها فى الحكم كانها خلف الامام وتفسد صلاة من كان عن يمينها أو يسارها أو خلفها فى الجهة التى هى فيها واختلفت الرواية فى أن النبى صلى الله عليه وسلم هل صلى فى الكعبة حين دخلها روى اسامة بن زيد أنه لم يصل فيها وروى ابن عمر أنه صلى فيها ركعتين بين السار يتين المتقدمتين (ومنها) الوقت لأن الوقت كما هو سبب لوجوب الصلاة فهو شرط لادائها قال الله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا أى فرضا موقتا حتى لا يجوز اداء الفرض قبل وقته الا صلاة العصر يوم عرفة على ما نذكر والكلام فيه يقع فى ثلاث مواضع فى بيان أصل أوقات الصلوات المفروضة وفى بيان حدودها بأوائلها وأواخرها وفى بيان الاوقات المستحبة منها وفى بيان الوقت المكروه لبعض الصلوات المفروضة (أما) الاول فاصل أوقاتها عرف بالكتاب وهو قوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وله الحمد فى السموات والأرض وعشيا وحين تظهرون وقوله تعالى أقم الصلاة طرفى

النهار وزلفا من الليل وقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل وقرآن الفجر ان قرآن الفجر كان
مشهودا وقوله تعالى فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ومن آناء الليل فسبح وأطراف النهار فهذه
الآيات تشتمل على بيان فرضية هذه الصلوات وبيان أصل أوقاتها لما بينا فيما تقدم والله أعلم (وأما) بيان
حدودها أوائلها وأواخرها فانما تعرف بالاخبار أما الفجر فأول وقت صلاة الفجر حين يطلع الفجر الثاني وآخره
حين تطلع الشمس لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان للصلاة أولا
وآخرا وان أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وآخره حين تطلع الشمس والتقييد بالفجر الثاني لان الفجر الاول
هو البياض المستطيل يبدو في ناحية من السماء وهو المسمى بذنب السرحان عند العرب ثم ينكتم ولهذا يسمى فجرا
كاذبا لانه يبدو نوره ثم يخلف ويعقبه الظلام وهذا الفجر لا يحرم به الطعام والشراب على الصائمين ولا يخرج
به وقت العشاء ولا يدخل به وقت صلاة الفجر والفجر الثاني وهو المستطير المعترض في الافق لا يزال يزداد نوره حتى
تطلع الشمس يسمى هذا فجرا صادقا لانه اذا بدا نوره ينتشر في الافق ولا يخلف وهذا الفجر يحرم به الطعام
والشراب على الصائم ويخرج به وقت العشاء ويدخل به وقت صلاة الفجر وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله
عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الفجر فجران فجر مستطيل يحل به الطعام وتحرم فيه الصلاة وفجر مستطير
يحرم به الطعام وتحل فيه الصلاة وبه تبين أن المراد من الفجر المذكور في حديث أبي هريرة رضي الله عنه هو
الفجر الثاني لا الاول وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل لكن
الفجر المستطير في الافق وروى لا يغرنكم الفجر المستطيل ولكن كلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير أي المنتشر
في الافق وقال الفجر هكذا ومد يده عرضا لا هكذا ومد يده طولا ولان المستطيل ليل في الحقيقة لتعقب الظلام اياه
وروى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وقت الفجر ما لم تطلع الشمس وروى عنه
صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك ركعة من الفجر قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها فدل الحديثان أيضا على ان
آخر وقت الفجر حين تطلع الشمس (وأما) أول وقت الظهر فحين تزول الشمس بلا خلاف لما روى عن أبي هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أول وقت الظهر حين تزول الشمس وأما آخره فلم يذكر في ظاهر
الرواية نصا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة روى محمد عنه اذا صار ظل كل شئ مثله سوى فيء الزوال والمذكور في
الاصل ولا يدخل وقت العصر حتى يصير الظل قامتين ولم يتعرض لآخر وقت الظهر وروى الحسن عن أبي حنيفة
أن آخر وقتها اذا صار ظل كل شئ مثله سوى فيء الزوال وهو قول أبي يوسف ومحمد وزفر والحسن والشافعي وروى
أسد بن عمرو عنه اذا صار ظل كل شئ مثله سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر ما لم يصر ظل
كل شئ مثليه فعلى هذه الرواية يكون بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الفجر والظهر والصحيح رواية محمد
عنه فانه روى في خبر أبي هريرة وآخر وقت الظهر حين يدخل وقت العصر وهذا ينفي الوقت المهمل ثم لا بد من معرفة
زوال الشمس روى عن محمد أنه قال حد الزوال أن يقوم الرجل مستقبل القبلة فاذا مالت الشمس عن يساره فهو
الزوال وأصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع البلخي انه يغرز عودا مستويا في أرض مستوية ويجعل على
مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينتقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينتقص فهو ساعة الزوال
واذا أخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت واذا أردت معرفة فيء الزوال فخط على رأس موضع الزيادة خطا فيكون
من رأس الخط الى العود فيء الزوال فاذا صار ظل العود مثليه من رأس الخط لا من العود خرج وقت الظهر ودخل
وقت العصر عند أبي حنيفة واذا صار ظل العود مثله من رأس الخط خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر عندهم
وجه قولهم حديث امامة جبريل عليه السلام فانه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمني جبريل عند
البيت مرتين فصلى بي الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وصلى بي العصر حين صار ظل كل شئ مثله وصلى بي
المغرب حين غربت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر الثاني وصلى بي الظهر

في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى بي المغرب في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى بي في اليوم الاول وصلى بي العشاء في اليوم الثاني حين مضى ثلث الليل وصلى بي الفجر في اليوم الثاني حين أسفر النهار ثم قال الوقت ما بين الوقتين فالاستدلال بالحديث من وجهين أحدهما انه صلى العصر في اليوم الأول حين صار ظل كل شيء مثله فدل أن أول وقت العصر هذا فكان هو آخر وقت الظهر ضرورة والثاني ان الامامة في اليوم الثاني كانت لبيان آخر الوقت ولم يؤخر الظهر في اليوم الثاني الى أن يصير ظل كل شيء مثليه فدل ان آخر وقت الظهر ما ذكرنا (ولابي) حنيفة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان مثلكم ومثل من قبلكم من الامم مثل رجل استأجر أجيرا فقال من يعمل لي من الفجر الى الظهر بقيراط فعملت اليهود ثم قال من يعمل لي من الظهر الى العصر بقيراط فعملت النصارى ثم قال من يعمل لي من العصر الى المغرب بقيراطين فعملتم أنتم فكنتم أقل عملا وأكثر أجرا فدل الحديث على أن مدة العصر أقصر من مدة الظهر وانما يكون أقصر ان لو كان الامر على ما قاله أبو حنيفة وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم والابراد يحصل بصيرورة ظل كل شيء مثليه فان الحر لا يفتر خصوصا في بلادهم على أن عند تعارض الادلة لا يمكن اثبات وقت العصر لان موضع التعارض موضع الشك وغير الثابت لا يثبت بالشك فان قيل لا يبقى وقت الظهر بالشك أيضا فالجواب انه كذلك يقول أبو حنيفة في رواية أسد بن عمرو أخذا بالمتيقن فيهما والثاني أن ما ثبت لا يبطل بالشك وغير الثابت لا يثبت بالشك وخبر امامة جبريل عليه السلام منسوخ في المتنازع فيه فان المروى انه صلى الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم الاول والاجماع منعقد على تغاير وقتي الظهر والعصر فكان الحديث منسوخا في الفرع ولا يقال معنى ما ورد انه صلى العصر في اليوم الاول حين صار ظل كل شيء مثله أي بعد ما صار ومعنى ما ورد انه صلى الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثليه أي قرب من ذلك فلا يكون منسوخا لا نا نقول هذا نسبة النبي صلى الله عليه وسلم الى الغفلة وعدم التمييز بين الوقتين أو الى التساهل في أمر تبليغ الشرائع والتسوية بين أمرين مختلفين وترك ذلك مبهما من غير بيان منه أو دليل يمكن الوصول به الى الافتراق بين الأمرين ومثله لا يظن بالنبي صلى الله عليه وسلم (وأما) أول وقت العصر فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في آخر وقت الظهر حتى روى عن أبي يوسف أنه قال خالفت أبا حنيفة في وقت العصر فقلت أوله اذا دار الظل على قامة اعتمادا على الآثار التي جاءت وآخره حين تغرب الشمس عندنا وعند الشافعي قولان في قول اذا صار ظل كل شيء مثليه يخرج وقت العصر ولا يدخل وقت المغرب حتى تغرب الشمس فيكون بينهما وقت مهمل وفي قول اذا صار ظل كل شيء مثليه يخرج وقته المستحب ويبقى أصل الوقت الى غروب الشمس والصحيح قولنا لما روى في حديث أبي هريرة رضي الله عنه في وقت العصر وآخرها حين تغرب الشمس وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من فاته العصر حتى غربت الشمس فكأنما وتر اهله وماله (وأما) أول وقت المغرب فحين تغرب الشمس بلا خلاف وفي خبر أبي هريرة رضي الله عنه وأول وقت المغرب حين تغرب الشمس وكذا حديث جبريل عليه السلام صلى المغرب بعد غروب الشمس في اليومين جميعا والصلاة في اليوم الاول كانت بيانا لاول الوقت وأما آخره فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا حين يغيب الشفق وقال الشافعي وقتها ما يتطهر الانسان ويؤذن ويقيم ويصلي ثلاث ركعات حتى لو صلاها بعد ذلك كان قضاء لا أداء عنده لحديث امامة جبريل صلى الله عليه وسلم انه صلى المغرب في المرتين في وقت واحد (ولنا) ان في حديث أبي هريرة رضي الله عنه وأول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وقت المغرب ما لم يغب الشفق وانما لم يؤخره جبريل عن أول الغروب لان التأخير عن أول الغروب مكروه الا لعذر وأنه جاء ليعلمه المباح من الاوقات الا ترى أنه لم يؤخر العصر الى الغروب

مع بقاء الوقت اليه وكذا لم يؤخر العشاء الى ما بعد ثلث الليل وان كان بعده وقت العشاء بالاجماع (وأما) أول وقت العشاء فحين يغيب الشفق بلا خلاف بين أصحابنا لما روى في خبر أبي هريرة رضي الله عنه وأول وقت العشاء حين يغيب الشفق واختلفوا في تفسير الشفق فعند أبي حنيفة هو البياض وهو مذهب أبي بكر وعمر ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي هو الحمرة وهو قول عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وهو رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة وجه قولهم ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العشاء بعد مضى ثلث الليل فلو كان الشفق هو البياض لما كان مؤخرا بل كان مصليا في أول الوقت لان البياض يبقى الى ثلث الليل خصوصا في الصيف (ولابي) حنيفة النص والاستدلال (أما) النص فقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل جعل الغسق غاية لوقت المغرب ولا غسق ما بقى النور المعترض وروى عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال آخر وقت المغرب مالم يسقط نور الشفق وبياضه والمعترض نوره وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه وان آخر وقت المغرب حين يسود الافق وانما يسود باخفائها بالظلام (وأما) الاستدلال فمن وجهين لغوى وفقهى أما اللغوى فهو ان الشفق اسم لما رق يقال ثوب شفيق أى رقيق اما من رقة النسج واما لحدوث رقة فيه من طول اللبس ومنه الشفقة وهي رقة القلب من الخوف أو المحبة ورقة نور الشمس باقية ما بقى البياض وقيل الشفق اسم لردى الشئ وباقيه والبياض باقى آثار الشمس وأما الفقهى فهو ان صلاتين يؤديان في أثر الشمس وهو المغرب مع الفجر وصلاتين تؤديان في وضح النهار وهما الظهر والعصر فيجب أن يؤدى صلاتين في غسق الليل بحيث لم يبق أثر من آثار الشمس وهما العشاء والوتر وبعد غيبوبة البياض لا يبقى أثر للشمس ولا حجة لهم في الحديث لان البياض يغيب قبل مضى ثلث الليل غالبا وأما آخر وقت العشاء فحين يطلع الفجر الصادق عندنا وعند الشافعي قولان في قول حين يمضى ثلث الليل لان جبريل عليه السلام صلى في المرة الثانية بعد مضى ثلث الليل وكان ذلك بيانا لآخر الوقت وفي قول يؤخر الى آخر نصف الليل بعذر السفر لان النبي صلى الله عليه وسلم أخر ليلة الى النصف ثم قال هو لنا بعذر السفر (ولنا) ما روى أبو هريرة وأول وقت العشاء حين يغيب الشفق وآخره حين يطلع الفجر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت أخرى وقت عدم دخول وقت الصلاة الى غاية خروج وقت صلاة أخرى فلو لم يثبت الدخول عند الخروج لم يتوقف ولان الوتر من توابع العشاء ويؤدى في وقتها وأفضل وقتها السحر دل أن السحر آخر وقت العشاء ولان أثر السفر في قصر الصلاة لا في زيادة الوقت وامامة جبريل عليه السلام كان تعليما لآخر الوقت المستحب ونحن نقول ان ذلك ثلث الليل (وأما) بيان الاوقات المستحبة فالسماء لا تخلو اما ان كانت مصحية أو مغيمة فان كانت مصحية ففي الفجر المستحب آخر الوقت والاسفار بصلاة الفجر أفضل من التغليس بها في السفر والحضر والصيف والشتاء في حق جميع الناس الا في حق الحاج بمزدلفة فان التغليس بها أفضل في حقه وقال الطحاوي ان كان من عزمه تطويل القراءة فالافضل ان يبدأ بالتغليس بها ويختم بالاسفار وان لم يكن من عزمه تطويل القراءة فالاسفار أفضل من التغليس وقال الشافعي التغليس بها أفضل في حق الكل وجملة المذهب عنده ان أداء الفرض لاول الوقت أفضل وحده مادام في النصف الاول من الوقت (واحتج) بقوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم والتعجيل من باب المسارعة الى الخير وذم الله تعالى أقواما على الكسل فقال واذا قاموا الى الصلاة قاموا كسالى والتأخير من الكسل وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الاعمال فقال الصلاة لاول وقتها وقال صلى الله عليه وسلم أول الوقت رضوان الله وآخر الوقت عفو الله أى ينال باداء الصلاة في أول الوقت رضوان الله وينال بادائها في آخره عفو الله تعالى واستيجاب الرضوان خير من استيجاب العفو لان الرضوان أكبر الثواب لقوله تعالى ورضوان من الله أكبر وينال بالطاعات والعفو ينال بشرط سابقة الجناية وروى في الفجر خاصة عن عائشة رضي الله عنها أن النساء كن

يصلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينصرفن وما يعرفن من شدة الغلس (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم أسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر رواه رافع بن خديج وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قبل ميقاتها الا صلاتين صلاة العصر بعرفة وصلاة الفجر بمزدلفة فانه قد غلس بها فسمى التغليس بالفجر صلاة قبل الميقات فعلم ان العادة كانت في الفجر الاسفار وعن ابراهيم النخعي انه قال ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شئ كاجتماعهم على تأخير العصر والتنوير بالفجر ولان في التغليس تقليل الجماعة لكونه وقت نوم وغفلة وفي الاسفار تكثيرها فكان أفضل ولهذا يستحب الابراد بالظهر في الصيف لاشتغال الناس بالقيلولة ولأن في حضور الجماعة في هذا الوقت ضرب حرج خصوصا في حق الضعفاء وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم صل بالقوم صلاة أضعفهم ولان المكث في مكان صلاة الفجر الى طلوع الشمس مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من صلى الفجر ومكث حتى تطلع الشمس فكأنما أعتق أربع رقاب من ولد اسمعيل وقلما يتمكن من احراز هذه الفضيلة عند التغليس لأنه قلما يمكث فيها طول المدة ويتمكن من احرازها عند الاسفار فكان أولى وما ذكر من الدلائل الجلية فنقول بها في بعض الصلوات في بعض الاوقات على ما نذكر لكن قامت الدلائل في بعضها على ان التأخير أفضل لمصلحة وجدت في التأخير ولهذا قال الشافعي بتأخير العشاء الى ثلث الليل لئلا يقع في السمر بعد العشاء ثم الامر بالمسارعة ينصرف الى مسارعة ورد الشرع بها الا ترى ان الاداء قبل الوقت لا يجوز وان كان فيه مسارعة لما لم يرد الشرع بها وقيل في الحديث ان العفو عبارة عن الفضل قال الله تعالى ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو أي الفضل فكان معنى الحديث على هذا والله أعلم ان من أدى الصلاة في أول الأوقات فقد نال رضوان الله وأمن من سخطه وعذابه لامتثاله أمره وأدائه ما أوجب عليه ومن أدى في آخر الوقت فقد نال فضل الله ونيل فضل الله لا يكون بدون الرضوان فكانت هذه الدرجة أفضل من تلك وأما حديث عائشة رضي الله عنها فالصحيح من الروايات اسفار رسول الله صلى الله عليه وسلم بصلاة الفجر لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه فان ثبت التغليس في وقت فلعذر الخروج الى سفر أو كان ذلك في الابتداء حين كن النساء يحضرن الجماعات ثم لما أمرن بالقرار في البيوت انتسخ ذلك والله اعلم وأما في الظهر فالمستحب هو آخر الوقت في الصيف وأوله في الشتاء وقال الشافعي ان كان يصلي وحده يعجل في كل وقت وان كان يصلي بالجماعة يؤخر يسيرا لما ذكرنا وروي عن خباب بن الارت انه قال شكونا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حر الرمضاء في جباهنا واكفنا فلم يشكنا فدل أن السنة في التعجيل (ولنا) ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم ولان التعجيل في الصيف لا يخلو عن أحد أمرين اما تقليل الجماعة لاشتغال الناس بالقيلولة واما الاضرار بهم لتأذيهم بالحر وقد انعدم هذان المعنيان في الشتاء فيعتبر فيه معنى المسارعة الى الخير وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لمعاذ رضي الله عنه حين وجهه الى اليمن اذا كان الصيف فابرد بالظهر فان الناس يقيلون فامهلهم حتى يدركوا واذا كان الشتاء فصل الظهر حين تزول الشمس فان الليالي طوال وتأويل حديث خباب انهم طلبوا ترك الجماعة أصلا فلم يشكهم لهذا على ان معنى قوله فلم يشكنا أي لم يدعنا في الشكاية بل أزال شكوانا بأن أبردها والله أعلم (وأما) العصر فالمستحب فيها هو التأخير مادامت الشمس بيضاء نقية لم يدخلها تغير في الشتاء والصيف جميعا وعند الشافعي التعجيل أفضل لما ذكرنا وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر والشمس طالعة في حجرتي وعن أنس بن مالك رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر فيذهب الذاهب الى العوالي وينحر الجزور ويطبخ القدور ويأكل قبل غروب الشمس (ولنا) ماروى عن عبد الله بن مسعود انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر والشمس بيضاء نقية وهذا منه بيان تأخيره للعصر وقيل سميت العصر لانها تعصر أي تؤخر ولان في التأخير تكثير النوافل لان النافلة بعدها مكروهة فكان التأخير أفضل ولهذا

كان التعجيل فى المغرب أفضل لان النافلة قبلها مكروهة ولان المكث بعد العصر الى غروب الشمس مندوب اليه قال النبى صلى الله عليه وسلم من صلى العصر ثم مكث فى المسجد الى غروب الشمس فكأنما أعتق ثمانيا من ولد اسماعيل وانما يمكن من احراز هذه الفضيلة بالتأخير لا بالتعجيل لانه قلما يمكث وأما حديث عائشة رضى الله عنها فقد كانت حيطان حجرتها قصيرة فتبقى الشمس طالعة فيها الى أن تتغير وأما حديث أنس فقد كان ذلك فى وقت الصيف ومثله يتأتى للمستعجل اذ كان ذلك فى وقت مخصوص لعذر والله أعلم (وأما) المغرب فالمستحب فيها التعجيل فى الشتاء والصيف جميعا وتأخيرها الى اشتباك النجوم مكروه لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا تزال أمتى بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء ولأن التعجيل سبب لتكثير الجماعة والتأخير سبب لتقليلها لان الناس يشتغلون بالتعشى والاستراحة فكان التعجيل أفضل وكذا هو من باب المسارعة الى الخير فكان أولى (وأما) العشاء فالمستحب فيها التأخير الى ثلث الليل فى الشتاء ويجوز التأخير الى نصف الليل ويكره التأخير عن النصف وأما فى الصيف فالتعجيل أفضل وعند الشافعى المستحب تعجيلها بعد غيبوبة الشفق لما ذكر عن النعمان بن بشير ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء حين يسقط القمر فى الليلة الثالثة وذلك عند غيبوبة الشفق يكون ولنا ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم أخر العشاء الى ثلث الليل ثم خرج فوجد أصحابه فى المسجد ينتظرونه فقال اما انه لا ينتظر هذه الصلاة فى هذا الوقت أحد غيركم ولولا سقم السقيم وضعف الضعيف لأخرت العشاء الى هذا الوقت وفى حديث آخر قال لولا ان أشق على أمتى لأخرت العشاء الى ثلث الليل وروى عن عمر رضى الله عنه انه كتب الى أبى موسى الأشعرى ان صل العشاء حين يذهب ثلث الليل فان أبيت فالى نصف الليل فان نمت فلا نامت عيناك وفى رواية فلا تكن من الغافلين ولأن التأخير عن النصف الاخير تعريض لها للفوات فان من لم ينم الى نصف الليل ثم نام فغلبه النوم فلا يستيقظ فى المعتاد الى ما بعد انفجار الصبح وتعريض الصلاة للفوات مكروه ولأنه لو عجل فى الشتاء ربما يقع فى السمر بعد العشاء لان الناس لا ينامون الى ثلث الليل لطول الليالى فيشتغلون بالسمر عادة وانه منهى عنه ولأن يكون اختتام صحيفته بالطاعة أولى من أن يكون بالمعصية والتعجيل فى الصيف لا يؤدى الى هذا القبيح لانهم ينامون لقصر الليالى فتعتبر فيه المسارعة الى الخير والحديث محمول على زمان الصيف أو على حال العذر وكان عيسى بن أبان يقول الأولى تعجيلها للآثار ولكن لا يكره التأخير مطلقا ألا ترى ان العذر لمرض ولسفر يؤخر المغرب للجمع بينها وبين العشاء فعلا ولو كان المذهب كراهة التأخير مطلقا لما أبيح ذلك بعذر المرض والسفر كما لا يباح تأخير العصر الى تغير الشمس هذا اذا كانت السماء مصحية فان كانت متغيمة فالمستحب فى الفجر والظهر والمغرب هو التأخير وفى العصر والعشاء التعجيل وان شئت أن تحفظ هذا فكل صلاة فى أول اسمها عين تعجل وما ليس فى أول اسمها عين تؤخر أما التأخير فى الفجر فلما ذكرنا ولانه لو غلس بها فربما تقع قبل انفجار الصبح وكذا لو عجل الظهر فربما يقع قبل الزوال ولو عجل المغرب عسى يقع قبل الغروب ولا يقال لو أخر ربما يقع فى وقت مكروه لان الترجيح عند التعارض للتأخير ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وأما تعجيل العصر عن وقتها المعتاد فلئلا يقع فى وقت مكروه وهو وقت تغير الشمس وليس فيه وهم الوقوع قبل الوقت لان الظهر قد أخر فى هذا اليوم وتعجيل العشاء كيلا تقع بعد انتصاف الليل وليس فى التعجيل توهم الوقوع قبل الوقت لان المغرب قد أخر فى هذا اليوم والله أعلم وروى الحسن عن أبى حنيفة أن التأخير فى الصلوات كلها أفضل فى جميع الاوقات والاحوال وهو اختيار الفقيه الجليل أبى أحمد العياضى وعلل وقال ان فى التأخير ترددا بين وجهى الجواز اما القضاء واما الاداء وفى التعجيل ترددا بين وجهى الجواز والفساد فكان التأخير أولى والله الموفق وعلى هذا الاصل قال أصحابنا انه لا يجوز الجمع بين فرضين فى وقت أحدهما الا بعرفة والمزدلفة فيجمع بين الظهر والعصر فى وقت الظهر بعرفة وبين المغرب والعشاء فى وقت العشاء بمزدلفة اتفق عليه رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم انه فعله ولا يجوز الجمع بعذر السفر والمطر وقال الشافعى يجمع بين الظهر والعصر فى وقت العصر وبين المغرب والعشاء

فى وقت العشاء بعذر السفر والمطر (واحتج) بما روى ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يجمع بعرفة بين الظهر والعصر وبمزدلفة بين المغرب والعشاء ولانه يحتاج الى ذلك فى السفر كيلا ينقطع به السير وفى المطر كى تكثر الجماعة اذ لو رجعوا الى منازلهم لا يمكنهم الرجوع فيجوز الجمع بهذا كما يجوز الجمع بعرفة بين الظهر والعصر وبمزدلفة بين المغرب والعشاء (ولنا) أن تأخير الصلاة عن وقتها من الكبائر فلا يباح بعذر السفر والمطر كسائر الكبائر والدليل على انه من الكبائر ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من جمع بين صلاتين فى وقت واحد فقد أتى بابا من الكبائر وعن عمر رضى الله عنه انه قال الجمع بين الصلاتين من الكبائر ولان هذه الصلوات عرفت مؤقتة بأوقاتها بالدلائل المقطوع بها من الكتاب والسنة المتواترة والاجماع فلا يجوز تغييرها عن أوقاتها بضرب من الاستدلال أو بخبر الواحد مع ان الاستدلال فاسد لان السفر والمطر لا أثر لهما فى اباحة تفويت الصلاة عن وقتها الا ترى أنه لا يجوز الجمع بين الفجر والظهر مع ماذكرتم من العذر والجمع بعرفة ما كان لتعذر الجمع بين الوقوف والصلاة لان الصلاة لا تضاد الوقوف بعرفة بل ثبت غير معقول المعنى بدليل الاجماع والتواتر عن النبى صلى الله عليه وسلم فصلح معارضا للدليل المقطوع به وكذا الجمع بمزدلفة غير معلول بالسير ألا ترى انه لا يفيد اباحة الجمع بين الفجر والظهر وما روى من الحديث فى خبر الآحاد فلا يقبل فى معارضة الدليل المقطوع به مع أنه غريب ورد فى حادثة تعم بها البلوى ومثله غير مقبول عندنا ثم هو مؤول وتأويله انه جمع بينهما فعلا لا وقتا بان أخر الاولى منهما الى آخر الوقت ثم أدى الاخرى فى أول الوقت ولا واسطة بين الوقتين فوقعتا مجتمعتين فعلا كذا فعل ابن عمر رضى الله عنه فى سفر وقال هكذا كان يفعل بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم دل عليه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم جمع من غير مطر ولا سفر وذلك لا يجوز الا فعلا وعن على رضى الله عنه انه جمع بينهما فعلا ثم قال هكذا فعل بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهكذا روى عن أنس بن مالك انه جمع بينهما فعلا ثم قال هكذا فعل بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم واما الوقت المكروه لبعض الصلوات المفروضة فهو وقت تغير الشمس للغيب لاداء صلاة العصر يكره أداؤها عنده للنهى عن عموم الصلوات فى الاوقات الثلاثة منها اذا تضيفت الشمس للمغيب على ما نذكر وقد ورد وعيد خاص فى أداء صلاة العصر فى هذا الوقت وهو ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يجلس أحدكم حتى اذا كانت الشمس بين قرنى شيطان قام فنقر أربعا لا يذكر الله فيها الا قليلا تلك صلاة المنافقين قالها ثلاثا لكن يجوز أداؤها مع الكراهة حتى يسقط الفرض عن ذمته ولا يتصور أداء الفرض وقت الاستواء قبل الزوال لانه لا فرض قبله وكذا لا يتصور اداء الفجر مع طلوع الشمس عندنا حتى لو طلعت الشمس وهو فى خلال الصلاة تفسد صلاته عندنا وعند الشافعى لا تفسد ويقول ان النهى عن النوافل لا عن الفرائض بدليل ان عصر يومه جائز بالاجماع (ونحن) نقول النهى عام بصيغته ومعناه أيضا لما نذكر فى قضاء الفرائض فى هذه الاوقات وروى عن أبى يوسف ان الفجر لا تفسد بطلوع الشمس لكنه يصبر حتى ترتفع الشمس فيتم صلاته لانا لو قلنا كذلك لكان مؤديا بعض الصلاة فى الوقت ولو أفسدنا لوقع الكل خارج الوقت ولا شك ان الاول أولى والله أعلم (والفرق) بينه وبين مؤدى العصر اذا غربت عليه الشمس وهو فى خلال الصلاة قد ذكرناه فيما تقدم (ومنها) النية وانها شرط صحة الشروع فى الصلاة لان الصلاة عبادة والعبادة اخلاص العمل بكليته لله تعالى قال الله تعالى وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين والاخلاص لا يحصل بدون النية وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا عمل لمن لا نية له وقال الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى والكلام فى النية فى ثلاث مواضع احدها فى تفسير النية والثانى فى كيفية النية والثالث فى وقت النية (أما) الاول فالنية هى الارادة فنية الصلاة هى ارادة الصلاة لله تعالى على الخلوص والارادة عمل القلب (وأما) كيفية النية فالمصلى لا يخلو اما أن يكون منفردا واما أن يكون اماما واما أن يكون مقتديا فان كان منفردا أن كان

يصلى التطوع تكفيه نية الصلاة لانه ليس لصلاة التطوع صفة زائدة على أصل الصلاة ليحتاج الى أن ينويها فكان شرط النية فيها لتصير لله تعالى وانما تصير لله تعالى بنية مطلق الصلاة ولهذا يتأدى صوم النفل خارج رمضان بمطلق النية وان كان يصلى الفرض لا يكفيه نية مطلق الصلاة لان الفرضية صفة زائدة على أصل الصلاة فلابد وأن ينويها فينوى فرض الوقت أو ظهر الوقت أو نحو ذلك ولا تكفيه نية مطلق الفرض لان غيرها من الصلوات المفروضة مشروعة فى الوقت فلابد من التعيين وقال بعضهم تكفيه نية الظهر والعصر لان ظهر الوقت هو المشروع الاصلى فيه وغيره عارض فعند الاطلاق ينصرف الى ما هو الاصل كمطلق اسم الدرهم انه ينصرف الى نقد البلد والاول أحوط وحكى عن الشافعى انه يحتاج مع نية ظهر الوقت الى نية الفرض وهذا بعيد لانه اذا نوى الظهر فقد نوى الفرض اذ الظهر لا يكون الا فرضا وكذا ينبغى أن ينوى صلاة الجمعة وصلاة العيدين وصلاة الجنازة وصلاة الوتر لان التعيين يحصل بهذا وان كان اماما فكذلك الجواب لانه منفرد فينوى ما ينوى المنفرد وهل يحتاج الى نية الامامة أما نية امامة الرجال فلا يحتاج اليها ويصح اقتداؤهم به بدون نية امامتهم وأما نية امامة النساء فشرط لصحة اقتدائهن به عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس بشرط حتى لو لم ينو لم يصح اقتداؤهن به عندنا خلافا لزفر قاس امامة النساء بامامة الرجال وهناك النية ليست بشرط كذا هذا وهذا القياس غير سديد لان المعنى يوجب الفرق بينهما وهو انه لو صح اقتداء المرأة بالرجل فربما تحاذيه فتفسد صلاته فيلحقه الضرر من غير اختياره فشرط نية اقتدائها به حتى لا يلزمه الضرر من غير التزامه ورضاه وهذا المعنى منعدم فى جانب الرجال ولانه مأمور باداء الصلاة فلابد من أن يكون متمكنا من صيانتها عن النواقض ولو صح اقتداؤها به من غير نية لم يتمكن من الصيانة لان المرأة تأتى فتقتدى به ثم تحاذيه فتفسد صلاته وأما فى الجمعة والعيدين فأكثر مشايخنا قالوا ان نية امامتهن شرط فيهما ومنهم من قال ليست بشرط لانها لو شرطت للحقها الضرر لانها لا تقدر على أداء الجمعة والعيدين وحدها ولا تجد اماما آخر تقتدى به والظاهر انها لا تتمكن من الوقوف بجنب الامام فى هاتين الصلاتين لازدحام الناس فصح اقتداؤها لدفع الضرر عنها بخلاف سائر الصلوات وان كان مقتديا فانه يحتاج الى ما يحتاج اليه المنفرد ويحتاج لزيادة نية الاقتداء بالامام لانه ربما يلحقه الضرر بالاقتداء فتفسد صلاته بفساد صلاة الامام فشرط نية الاقتداء حتى يكون لزوم الضرر مضافا الى التزامه ثم تفسير نية الاقتداء بالامام هو أن ينوى فرض الوقت والاقتداء بالامام فيه أو ينوى الشروع فى صلاة الامام أو ينوى الاقتداء بالامام فى صلاته ولو نوى الاقتداء بالامام ولم يعين صلاة الامام ولا نوى فرض الوقت هل يجزيه عن الفرض اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجزيه لان اقتداءه به يصح فى الفرض والنفل جميعا فلابد من التعيين مع ان النفل أدناهما فعند الاطلاق ينصرف الى الادنى ما لم يعين الاعلى وقال بعضهم يجزيه لان الاقتداء عبارة عن المتابعة والشركة فيقتضى المساواة ولا مساواة الا اذا كانت صلاته مثل صلاة الامام فعند الاطلاق ينصرف الى الفرض الا اذا نوى الاقتداء به فى النفل ولو نوى صلاة الامام ولم ينو الاقتداء به لم يصح الاقتداء به لانه نوى أن يصلى مثل صلاة الامام وذلك قد يكون بطريق الانفراد وقد يكون بطريق التبعية للامام فلا تتعين جهة التبعية بدون النية من مشايخنا من قال اذا انتظر تكبير الامام ثم كبر بعده كفاه عن نية الاقتداء لان انتظاره تكبيرة الامام قصد منه الاقتداء به وهو تفسير النية وهذا غير سديد لان الانتظار متردد قد يكون لقصد الاقتداء وقد يكون بحكم العادة فلا يصير مقتديا بالشك والاحتمال ولو اقتدى بامام ينوى صلاته ولم يدر انها الظهر أو الجمعة أجزأه أيهما كان لانه بنى صلاته على صلاة الامام وذلك معلوم عند الامام والعلم فى حق الأصل يغنى عن العلم فى حق التبع والأصل فيه ما روى ان عليا وأبا موسى الأشعرى رضى الله عنهما قدما من اليمن على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة فقال صلى الله عليه وسلم بم أهللتما فقالا باهلال كاهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم وجوز ذلك لهما وان لم يكن معلوما وقت الاهلال فان لم ينو صلاة الامام ولكنه نوى الظهر والاقتداء فاذا هى جمعة فصلاته فاسدة لانه نوى غير صلاة الامام وتغاير الفرضين يمنع

صحة الاقتداء على ماذكر ولو نوى صلاة الامام والجمعة فاذا هي الظهر جازت صلاته لانه لما نوى صلاة الامام فقد تحقق البناء فلا يعتبر ما زاد عليه بعد ذلك كمن نوى الاقتداء بهذا الامام وعنده انه زيد فاذا هو عمرو كان اقتداؤه صحيحا بخلاف ما اذا نوى الاقتداء بزيد والامام عمرو ثم المقتدى اذا وجد الامام في حال القيام يكبر للافتتاح قائما ثم يتابعه في القيام ويأتي بالثناء وان وجده في الركوع يكبر للافتتاح قائما ثم يكبر أخرى مع الانحطاط للركوع ويتابعه في الركوع ويأتي بتسبيحات الركوع وان وجده في القومة التي بين الركوع والسجود أو في القعدة التي بين السجدتين يتابعه في ذلك ويسكت ولا خلاف في أن المسبوق يتابع الامام في مقدار التشهد الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله وهل يتابعه في الزيادة عليه ذكر القدوري انه لا يتابعه عليه لان الدعاء مؤخر الى القعدة الأخيرة وهذه قعدة أولى في حقه وروى ابراهيم بن رستم عن محمد انه قال يدعو بالدعوات التي في القرآن وروى هشام عن محمد انه يدعو بالدعوات التي في القرآن ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يسكت وعن هشام من ذات نفسه ومحمد بن شجاع البلخي انه يكرر التشهد الى أن يسلم الامام لان هذه قعدة أولى في حقه والزيادة على التشهد في القعدة الأولى غير مسنونة ولا معنى للسكوت في الصلاة الا الاستماع فينبغي أن يكرر التشهد مرة بعد أخرى (وأما) بيان وقت النية فقد ذكر الطحاوي انه يكبر تكبيرة الافتتاح مخالطا النية اياها أي مقارنا أشار الى ان وقت النية وقت التكبير وهو عندنا محمول على الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب فان تقديم النية على التحريمة جائز عندنا اذا لم يوجد بينهما عمل يقطع أحدهما عن الآخر والقران ليس بشرط وعند الشافعي القران شرط (وجه) قوله ان الحاجة الى النية لتحقيق معنى الاخلاص وذلك عند الشروع لا قبله فكانت النية قبل التكبير هدرا وهذا هو القياس في باب الصوم الا انه سقط القران هناك لمكان الحرج لان وقت الشروع في الصوم وقت غفلة ونوم ولا حرج في باب الصلاة فوجب اعتباره (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم الأعمال بالنيات مطلقا عن شرط القران وقوله لكل امرئ ما نوى مطلقا أيضا وعنده لو تقدمت النية لا يكون له ما نوى وهذا خلاف النص ولأن شرط القران لا يخلو عن الحرج فلا يشترط كما في باب الصوم فاذا قدم النية ولم يشتغل بعمل يقطع نيته يجزئه كذا روى عن أبي يوسف ومحمد فان محمدا ذكر في كتاب المناسك ان من خرج من بيته يريد الحج فاحرم ولم تحضره نية الحج عند الاحرام يجزئه وذكر في كتاب التحري ان من أخرج زكاة ماله يريد أن يتصدق به على الفقراء فدفع ولم تحضره نية عند الدفع أجزأه وذكر محمد بن شجاع البلخي في نوادره عن محمد في رجل توضأ يريد الصلاة فلم يشتغل بعمل آخر وشرع في الصلاة جازت صلاته وان عزبت عنه النية وقت الشروع وروى عن أبي يوسف فيمن خرج من منزله يريد الفرض في الجماعة فلما انتهى الى الامام كبر ولم تحضره النية في تلك الساعة انه يجوز قال الكرخي ولا أعلم أحدا من أصحابنا خالف أبا يوسف في ذلك وذلك لانه لما عزم على تحقيق ما نوى فهو على عزمه ونيته الى أن يوجد القاطع ولم يوجد وبه تبين ان معنى الاخلاص يحصل بنية متقدمة لأنها موجودة وقت الشروع تقديرا على ما مر وعن محمد بن سلمة انه اذا كان بحال لو سئل عند الشروع أي صلاة تصلي يمكنه الجواب على البديهة من غير تأمل يجزئه والا فلا وان نوى بعد التكبير لا يجوز الا ما روى الكرخي انه اذا نوى وقت الثناء يجوز لان الثناء من توابع التكبير وهذا فاسد لان سقوط القران لمكان الحرج والحرج يندفع بتقديم النية فلا ضرورة الى التأخير ولو نوى بعد قوله الله قبل قوله أكبر لا يجوز لان الشروع يصح بقوله الله لما نذكر فكانه نوى بعد التكبير وأما نية الكعبة فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنها شرط لان التوجه الى الكعبة هو الواجب في الاصل وقد عجز عنه بالبعد فينوي بها بقلبه والصحيح انه ليس بشرط لان قبلته حالة البعد جهة الكعبة وهي المحاريب لا عين الكعبة لما بينا وبما تقدم فلا حاجة الى النية وقال بعضهم ان أتى به فحسن وان تركه لا يضره وان نوى مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام أو المسجد الحرام ولم ينو الكعبة لا يجوز لانه ليس من الكعبة وعن الفقيه الجليل أبي أحمد العياضي انه سئل عمن نوى مقام ابراهيم عليه السلام فقال ان

كان هذا الرجل لم يأت مكة أجزأه لان عنده أن البيت والمقام واحد وان كان قد أتى مكة لا يجوز لانه عرف ان المقام غير البيت (ومنها) التحريمة وهى تكبيرة الافتتاح وانها شرط صحة الشروع فى الصلاة عند عامة العلماء وقال ابن علية وأبو بكر الاصم انها ليست بشرط ويصح الشروع فى الصلاة بمجرد النية من غير تكبير فزعما ان الصلاة أفعال وليست باذكار حتى أنكرا افتراض القراءة فى الصلاة على ما ذكرنا فيما تقدم (ولنا) قول النبى صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر نفى قبول الصلاة بدون التكبير فدل على كونه شرطا لكن انما يؤخذ هذا الشرط على القادر دون العاجز فلذلك جازت صلاة الاخرس ولان الافعال أكثر من الاذكار فالقادر على الافعال يكون قادرا على الاكثر وللاكثر حكم الكل فكانه قدر على الاذكار تقديرا ثم لا بد من بيان صفة الذكر الذى يصير به شارعا فى الصلاة وقد اختلف فيه فقال أبو حنيفة ومحمد يصح الشروع فى الصلاة بكل ذكر هو ثناء خالص لله تعالى يراد به تعظيمه لا غير مثل أن يقول الله أكبر الله الاكبر الله الكبير الله أجل الله أعظم أو يقول الحمد لله أو سبحان الله أو لا اله الا الله وكذلك كل اسم ذكر مع الصفة نحو أن يقول الرحمن أعظم الرحيم أجل سواء كان يحسن التكبير أو لا يحسن وهو قول ابراهيم النخعى وقال أبو يوسف لا يصير شارعا الا بالفاظ مشتقة من التكبير وهى ثلاثة الله أكبر الله الاكبر الله الكبير الا اذا كان لا يحسن التكبير أو لا يعلم ان الشروع بالتكبير وقال الشافعى لا يصير شارعا الا بلفظين الله أكبر الله الأكبر وقال مالك لا يصير شارعا الا بلفظ واحد وهو الله أكبر واحتج بما رويناه من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر نفى القبول بدون هذه اللفظة فيجب مراعاة عين ما ورد به النص دون التعليل اذ التعليل للتعدية لا لابطال حكم النص كما فى الاذان ولهذا لا يقام السجود على الخد والذقن مقام السجود على الجبهة وبهذا يحتج الشافعى الا انه يقول فى الاكبر أتى بالمشروع وزيادة شئ فلم تكن الزيادة مانعة كما اذا قال الله أكبر كبيرا فاما العدول عما ورد الشرع به فغير جائز وأبو يوسف يحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم وتحريمها التكبير والتكبير حاصل بهذه الألفاظ الثلاثة فان أكبر هو الكبير قال الله تعالى وهو أهون عليه أى هين عليه عند بعضهم اذ ليس شئ أهون على الله من شئ بل الأشياء كلها بالنسبة الى دخولها تحت قدرته كشئ واحد والتكبير مشتق من الكبرياء والكبرياء تنبئ عن العظمة والقدم يقال هذا أكبر القوم أى أعظمهم منزلة وأشرفهم قدرا ويقال هو أكبر من فلان أى أقدم منه فلا يمكن اقامة غيره من الألفاظ مقامه لانعدام المساواة فى المعنى الا انا حكمنا بالجواز اذا لم يحسن أو لا يعلم ان الصلاة تفتتح بالتكبير للضرورة وأبو حنيفة ومحمد احتجا بقوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى والمراد منه ذكر اسم الرب لافتتاح الصلاة لانه عقب الصلاة الذكر بحرف يوجب التعقيب بلا فصل والذكر الذى تتعقبه الصلاة بلا فصل هو تكبيرة الافتتاح فقد شرع الدخول فى الصلاة بمطلق الذكر فلا يجوز التقييد باللفظ المشتق من الكبرياء باخبار الآحاد وبه تبين ان الحكم تعلق بتلك الالفاظ من حيث هى مطلق الذكر لا من حيث هى ذكر بلفظ خاص وان الحديث معلول به لانا اذا عللناه بما ذكر بقى معمولا به من حيث اشتراط مطلق الذكر ولو لم نعلل احتجنا الى رده أصلا لمخالفته الكتاب فاذا ترك التعليل هو المؤدى الى ابطال حكم النص دون التعليل على ان التكبير يذكر ويراد به التعظيم قال تعالى وكبره تكبيرا أى عظمه تعظيما وقال تعالى فلما رأينه أكبرنه أى عظمنه وقال تعالى وربك فكبر أى فعظم فكان الحديث واردا بالتعظيم وبأى اسم ذكر فقد عظم الله تعالى وكذا من سبح الله تعالى فقد عظمه ونزهه عما لا يليق به من صفات النقص وسمات الحدث فصار واصفا له بالعظمة والقدم وكذا اذا هلل لانه اذا وصفه بالتفرد والالوهية فقد وصفه بالعظمة والقدم لاستحالة ثبوت الالهية دونهما وانما لم يقم السجود على الخد مقام السجود على الجبهة للتفاوت فى التعظيم كما فى الشاهد بخلاف الاذان لان المقصود منه هو الاعلام وانه لا يحصل الا بهذه الكلمات المشهورة المتعارفة فيما بين الناس حتى لو حصل الاعلام بغير هذه

الالفاظ يجوز كذاروى الحسن عن أبي حنيفة وكذاروى أبو يوسف في الامالي والحاكم في المنتقى والدليل على ان قوله الله أكبر والرحمن أكبر سواء قوله تعالى قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أياما تدعوا فله الأسماء الحسنى ولهذا يجوز الذبح باسم الرحمن أو باسم الرحيم فكذا هذا والذى يحقق مذهبهما ماروى عن عبد الرحمن السلمى ان الانبياء صلوات الله عليهم كانوا يفتتحون الصلاة بلا اله الا الله ولنا بهم اسوة هذا اذا ذكر الاسم والصفة فاما اذا ذكر الاسم لا غير بان قال الله لا يصير شارعا عند محمد وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يصير شارعا وكذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (لمحمد) أن النص ورد بالاسم والصفة فلا يجوز الاكتفاء بمجرد الاسم (ولأبي) حنيفة ان النص معلول بمعنى التعظيم وأنه يحصل بالاسم المجرد والدليل عليه انه يصير شارعا بقوله لا اله الا الله والشروع انما يحصل بقوله الله لا بالنفي ولو قال اللهم اغفر لى لا يصير شارعا بالاجماع لانه لم يخلص تعظيما لله تعالى بل هو للمسئلة والدعاء دون خالص الثناء والتعظيم ولو قال اللهم اختلف المشايخ فيه لاختلاف اهل اللغة في معناه قال بعضهم يصير شارعا لان الميم في قوله اللهم بدل عن النداء كأنه قال يا الله وقال بعضهم لا يصير شارعا لان الميم في قوله اللهم بمعنى السؤال معناه اللهم آمنا بخير أى أردنا به فيكون دعاء لا ثناء خالصا كقوله اللهم اغفر لى ولو افتتح الصلاة بالفارسية بان قال خداى بزركتر أو خداى بزرك يصير شارعا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير شارعا الا اذا كان لا يحسن العربية ولو ذبح وسمى بالفارسية يجوز بالاجماع فابو يوسف مر على أصله في مراعاة المنصوص عليه والمنصوص عليه لفظة التكبير بقوله صلى الله عليه وسلم وتحريمها التكبير وهى لا تحصل بالفارسية وفي باب الذبح المنصوص عليه هو مطلق الذكر بقوله فاذكروا اسم الله عليها صواف وذا يحصل بالفارسية ومحمد فرق فجوز النقل الى لفظ آخر من العربية ولم يجوز النقل الى الفارسية فقال العربية لبلاغتها ووجازتها تدل على معان لا تدل عليها الفارسية فتحتمل الخلل في المعنى عند النقل منها الى الفارسية وكذا العربية من الفضيلة ما ليس لسائر الالسنة ولهذا كان الدعاء بالعربية أقرب الى الاجابة ولذلك خص الله تعالى أهل كرامته في الجنة بالتكلم بهذه اللغة فلا يقع غيرها من الالسنة موقع كلام العرب الا انه اذا لم يحسن جاز لمكان العذر وأبو حنيفة اعتمد كتاب الله تعالى في اعتبار مطلق الذكر واعتبر معنى التعظيم وكل ذلك حاصل بالفارسية ثم شرط صحة التكبير أن يوجد في حالة القيام في حق القادر على القيام سواء كان اماما او منفردا أو مقتديا حتى لو كبر قاعدا ثم قام لا يصير شارعا ولو وجد الامام في الركوع أو السجود او القعود ينبغى أن يكبر قائما ثم يتبعه في الركن الذى هو فيه ولو كبر للافتتاح في الركن الذى هو فيه لا يصير شارعا لعدم التكبير قائما مع القدرة عليه (ومنها) تقدم قضاء الفائتة التى يتذكرها اذا كانت الفوائت قليلة وفي الوقت سعة هو شرط جواز اداء الوقتية فهذا عندنا وعند الشافعى ليس بشرط ولقب المسئلة أن الترتيب بين القضاء والاداء شرط جواز الاداء عندنا وانما يسقط بمسقط وعنده ليس بشرط أصلا ويجوز اداء الوقتية قبل قضاء الفائتة فيقع الكلام فيه في الاصل في موضعين أحدهما في اشتراط هذا النوع من الترتيب والثانى في بيان ما يسقطه (أما) الاول فجملة الكلام فيه أن الترتيب في الصلاة على أربعة أقسام أحدها الترتيب في اداء هذه الصلوات الخمس والثانى الترتيب في قضاء الفائتة واداء الوقتية والثالث الترتيب في الفوائت والرابع الترتيب في أفعال الصلاة (أما) الاول فلا خلاف في أن الترتيب في اداء الصلوات المكتوبات في أوقاتها شرط جواز أدائها حتى لا يجوز اداء الظهر في وقت الفجر ولا اداء العصر في وقت الظهر لان كل واحدة من هذه الصلوات لا تجب قبل دخول وقتها واداء الواجب قبل وجوبه محال واختلف فيما سوى ذلك (أما) الترتيب بين قضاء الفائتة واداء الوقتية فقد قال أصحابنا انه شرط وقال الشافعى ليس بشرط وجه قوله أن هذا الوقت صار للوقتية بالكتاب والسنة المتواترة واجماع الامة فيجب اداؤها في وقتها كما في حال ضيق الوقت وكثرة الفوائت والنسيان (ولنا) قول النبى صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها وفي بعض الروايات لا وقت لها الا ذلك فقد جعل وقت التذكر وقت الفائتة فكان اداء الوقتية قبل قضاء الفائتة اداء قبل وقتها فلا يجوز

و روي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من نسي صلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل مع الامام وليجعلها تطوعا ثم ليقض ماتذكر ثم ليعدما كان صلاه مع الامام وهذا عين مذهبنا أنه تفسد الفرضية للصلاة اذا تذكر الفائتة فيها ويلزمه الاعادة بخلاف حال ضيق الوقت وكثرة الفوائت والنسيان لانا انما عرفنا كون هذا الوقت وقتا للوقتية بنص الكتاب والسنة المتواترة والاجماع وعرفنا كونه وقتا للفائتة بخبر الواحد والعمل بخبر الواحد انما يجب على وجه لا يؤدي الى ابطال العمل بالدليل المقطوع به والاشتغال بالفائتة عند ضيق الوقت ابطال العمل به لانه تفويت للوقتية عن الوقت وكذا عند كثرة الفوائت لان الفوائت اذا كثرت تستغرق الوقت فتفوت الوقتية عن وقتها ولان الشرع انما جعل الوقت وقتا للفائتة لتدارك مافات فلا يصير وقتا لها على وجه يؤدي الى تفويت صلاة أخرى وهي الوقتية ولان جعل الشرع وقت التذكر وقتا للفائتة على الاطلاق ينصرف الى وقت ليس بمشغول لان المشغول لا يشغل كما انصرف الى وقت لا تكره الصلاة فيه (وأما) النسيان فلان خبر الواحد جعل وقت التذكر وقتا للفائتة ولا تذكر ههنا فلم يصر الوقت وقتا للفائتة فبقي وقتا للوقتية فاما ههنا فقد وجد التذكر فكان الوقت للفائتة بخبر الواحد وليس في هذا ابطال العمل بالدليل المقطوع به بل هو جمع بين الدلائل اذ لا يفوته شئ من الصلوات عن وقتها وليس فيه أيضا شغل ماهو مشغول وهذا لانه لو أخر الوقتية وقضى الفائتة تبين أن وقت الوقتية ما اتصل به الاداء وأن ماقبل ذلك لم يكن وقتا لها بل كان وقتا للفائتة بخبر الواحد فلا يؤدي الى ابطال العمل بالدليل المقطوع به فاما عند ضيق الوقت وان لم يتصل به اداء الوقتية لا يتبين أنه ما كان وقتاله حتى تصير الصلاة فائتة وتبقى دينا عليه وعلى هذا الخلاف الترتيب في الفوائت أنه كما يجب مراعاة الترتيب بين الوقتية والفائتة عندنا يجب مراعاته بين الفوائت اذا كانت الفوائت في حد القلة عندنا أيضا لان قلة الفوائت لم تمنع وجوب الترتيب في الاداء فكذا في القضاء والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما شغل عن أربع صلوات يوم الخندق قضاهن بعد هوي من الليل على الترتيب ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي ويبنى على هذا اذا ترك الظهر والعصر من يومين مختلفين ولا يدري أيتهما أولى فانه يتحرى لانه اشتبه عليه أمر لا سبيل الى الوصول اليه بيقين وهو الترتيب فيصار الى التحري لانه عند انعدام الادلة قام مقام الدليل الشرعي كما اذا اشتبهت عليه القبلة فان مال قلبه الى شئ عمل به لانه جعل كالثابت بالدليل وان لم يستقر قلبه على شئ وأراد الاخذ بالثقة يصليهما ثم يعيد ماصلى أولا أيتهما كانت الا أن البداءة بالظهر أولى لانها أسبق وجوبا في الاصل فيصلي الظهر ثم العصر ثم الظهر لان الظهر لو كانت هي التي فاتت أولا فقد وقعت موقعها وجازت وكانت الظهر التي أداها بعد العصر ثانية نافلة له ولو كانت العصر هي المتروكة أولا كانت الظهر التي أداها قبل العصر نافلة له فاذا أدى العصر بعدها فقد وقعت موقعها وجازت ثم اذا أدى الظهر بعدها وقعت موقعها وجازت فيعمل كذلك ليخرج عما عليه بيقين وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا نأمره الا بالتحري كذا ذكره أبو الليث ولم يذكر أنه اذا استقر قلبه على شئ كيف يصنع عندهما وذكر الشيخ الامام صدر الدين أبو المعين انه يصلي كل صلاة مرة واحدة وقيل لا خلاف في هذه المسئلة على التحقيق لانه ذكر الاستحباب على قول أبي حنيفة وهما ما أبينا الاستحباب وذكر عدم وجوب الاعادة على قولهما وأبو حنيفة ما أوجب الاعادة وجه قولهما أن الواجب في موضع الشك والاشتباه هو التحري والعمل به لا الاخذ باليقين ألا ترى أن من شك في جهة القبلة يعمل بالتحري ولا يأخذ باليقين بأن يصلي صلاة واحدة أربع مرات الى أربع جهات وكذا من شك في صلاة واحدة فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا يتحرى ولا يبنى على اليقين وهو الاقل كذا هذا ولانه لو صلى احدى الصلاتين مرتين فانما يصلي مراعاة للترتيب والترتيب في هذه الحالة ساقط لانه حين بدأ باحداهما لم يعلم يقينا أن عليه صلاة أخرى قبل هذه لتصير هذه مؤداة قبل وقتها فسقط عنه الترتيب (ولابي) حنيفة أنه مهما أمكن الاخذ باليقين كان أولى الا اذا تضمن فسادا كما في مسئلة القبلة فان الاخذ بالثقة ثمة يؤدي الى الفساد

حيث يقع ثلاث من الصلوات الى غير القبلة بيقين ولا تجوز الصلاة الى غير القبلة بيقين من غير ضرورة فيتعذر العمل باليقين دفعا للفساد وههنا الافساد لان أكثر ما فى الباب أنه يصلى احدى الصلاتين مرتين فتكون احداهما تطوعا وكذا فى المسئلة الثانية انما لا يبنى على الاقل لاحتمال الفساد لجواز أنه قد صلى أربعا فيصير بالقيام الى الاخرى تاركا للقعدة الاخيرة وهى فرض فتفسد صلاته ولو أمر بالقعدة أولا لأثم بالركعة لحصلت فى الثالثة وأنه غير مشروع وههنا يصير آتيا بالواجب وهو الترتيب من غير أن يتضمن فسادا فكان الاخذ بالاحتياط أولى وصار هذا كما اذا فاتته واحدة من الصلوات الخمس ولا يدرى أيتها هى أنه يؤمر باعادة صلاة يوم وليلة احتياطا كذا ههنا (أما) قولهما حين بدأ باحداهما لا يعلم يقينا أن عليه أخرى قبل هذه فكان الترتيب عنه ساقطا فنقول حين صلى هذه يعلم يقينا أن عليه أخرى لكنه لا يعلم انها سابقة على هذه أو متأخرة عنها فان كانت سابقة عليها لم تجز المؤداة لعدم مراعاة الترتيب وان كانت المؤداة سابقة جازت فوقع الشك فى الجواز فصارت المؤداة أول مرة دائرة بين الجواز والفساد فلا يسقط عنه الواجب بيقين عند وقوع الشك فى الجواز فيؤمر بالاعادة والله أعلم ولو شك فى ثلاث صلوات الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ذكر القدورى أن المتأخرين اختلفوا فى هذا منهم من قال انه يسقط الترتيب لان ما بين الفوائت يزيد على هذا ست صلوات فصارت الفوائت فى حد الكثرة فلا يجب اعتبار الترتيب فى قضائها فيصلى أية صلاة شاء وهذا غير سديد لان موضع هذه المسائل فى حالة النسيان على ما ذكر والترتيب عند النسيان ساقط فكانت المؤديات بعد الفائتة فى أنفسها جائزة لسقوط الترتيب فبقيت الفوائت فى أنفسها فى حد القلة فوجب اعتبار الترتيب فيها فينبغى أن يصلى فى هذه الصورة سبع صلوات يصلى الظهر أولا ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر مراعاة للترتيب بيقين والأصل فى ذلك أن يعتبر الفائتتين اذا انفردتا فيعيدهما على الوجه الذى بينا ثم يأتى بالثالثة ثم يأتى بعد الثالثة ما كان يفعله فى الصلاتين وعلى هذا اذا كانت الفوائت أربعا بأن ترك العشاء من يوم آخر فانه يصلى سبع صلوات كما ذكرنا فى المغرب ثم يصلى العشاء ثم يصلى بعدها سبع صلوات مثل ما كان يصلى قبل الرابعة فان قيل فى الاحتياط ههنا حرج عظيم فانه اذا فاتته خمس صلوات الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر من أيام مختلفة لا يدرى أى ذلك أول يحتاج الى أن يؤدى احدى وثلاثين صلاة وفيه من الحرج ما لا يخفى فالجواب أن بعض مشايخنا قالوا ان ما قالاه هو الحكم المراد لانه لا يمكن ايجاب القضاء مع الاحتمال الا أن ما قاله أبو حنيفة احتياط لا حتم ومنهم من قال لا بل الاختلاف بينهم فى الحكم المراد واعادة الاولى واجبة عند أبى حنيفة لان الترتيب فى القضاء واجب فاذا لم يعلم به حقيقة وله طريق فى الجملة يجب المصير اليه وهذا وان كان فيه نوع مشقة لكنه مما لا يغلب وجوده فلا يؤدى الى الحرج ثم ما ذكرنا من الجواب فى حالة النسيان بأن صلى أياما ولم يخطر بباله أنه ترك شيأ منها ثم تذكر الفوائت ولم يتذكر الترتيب فأما اذا كان ذاكرا للفوائت حتى صلى أياما مع تذكرها ثم نسى سقط الترتيب ههنا لان الفوائت صارت فى حد الكثرة لان المؤديات بعد الفوائت عندهما فاسدة الى الست واذا فسدت كثرت الفوائت فسقط الترتيب فله أن يصلى أية صلاة شاء من غير الحاجة الى التحرى وأما على قياس قول أبى حنيفة لا يسقط الترتيب لان المؤديات عنده تنقلب الى الجواز اذا بلغت مع الفائتة ستا واذا انقلبت الى الجواز بقيت الفوائت فى حد القلة فوجب اعتبار الترتيب فيها فالحاصل أنه يجب النظر الى الفوائت فما دامت فى حد القلة وجب مراعاة الترتيب فيها واذا كثرت سقط الترتيب فيها لان كثرة الفوائت تسقط الترتيب فى الاداء فلأن يسقط فى القضاء أولى هذا اذا شك فى صلاتين فأكثر فأما اذا شك فى صلاة واحدة فاتته ولا يدرى أية صلاة هى يجب عليه التحرى لما قلنا فان لم يستقر قلبه على شئ يصلى خمس صلوات ليخرج عما عليه بيقين وقال محمد بن مقاتل الرازى انه يصلى ركعتين ينوى بهما الفجر ويصلى ثلاث ركعات أخر بتحريمة على حدة ينوى بها المغرب ثم يصلى أربعا ينوى بها ما فاتته فان كانت الفائتة ظهرا أو عصرا أو عشاء انصرفت هذه اليها وقال سفيان الثورى يصلى أربعا ينوى بها ما

عليه لكن بثلاث قعدات فيقعد على رأس الركعتين والثلاث والاربع وهو قول بشر حتى لو كانت المتروكة الفجر لجازت لقعوده على رأس الركعتين والثاني يكون تطوعا ولو كانت المغرب لجازت لقعوده على الثلاث ولو كانت من ذوات الاربع كانت كلها فرضا وخرج عن العهدة بيقين الا ان ماقلناه أحوط لان من الجائز أن يكون عليه صلاة أخرى كان تركها فى وقت آخر ولو نوى ماعليه ينصرف الى تلك الصلاة أو يقع التعارض فلا ينصرف الى هذه التى يصلى فيعيد صلاة يوم وليلة ليخرج عن عهدة ماعليه بيقين وعلى هذا لو ترك سجدة من صلب صلاة مكتوبة ولم يدر أية صلاة هى يؤمر باعادة خمس صلوات لانها من أركان الصلاة فصار الشك فيها كالشك فى الصلاة (وأما) بيان مايسقط به الترتيب فالترتيب بين قضاء الفائتة وأداء الوقتية يسقط باحد خصال ثلاث أحدها ضيق الوقت بأن يذكر فى آخر الوقت بحيث لو اشتغل بالفائتة يخرج الوقت قبل أداء الوقتية سقط عنه الترتيب فى هذه الحالة لماذكرنا ان فى مراعاة الترتيب فيها ابطال العمل بالدليل المقطوع به بدليل فيه شبهة وهذا لايجوز ولو تذكر صلاة الظهر فى آخر وقت العصر بعدما تغيرت الشمس فانه يصلى العصر ولا يجزئه قضاء الظهر لماذكرنا فيما تقدم ان قضاء الصلاة فى هذا الوقت قضاء الكامل بالناقص بخلاف عصر يومه وأما اذا تذكرها قبل تغير الشمس لكنه بحال لو اشتغل بقضائها لدخل عليه وقت مكروه ولم يذكر فى ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لايجوز له أن يؤدى العصر قبل أن يراعى الترتيب فيقضى الظهر ثم يصلى العصر لانه لايخاف خروج الوقت فلم يتضيق الوقت فبقى وجوب الترتيب وقال بعضهم لا بل يسقط الترتيب فيصلى العصر قبل الظهر ثم يصلى الظهر بعد غروب الشمس وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى وقال هذا عندى على الاختلاف الذى فى صلاة الجمعة وهو ان من تذكر فى صلاة الجمعة انه لم يصل الفجر ولو اشتغل بالفجر يخاف فوت الجمعة ولا يخاف فوت الوقت على قول أبى حنيفة وأبى يوسف يصلى الفجر ثم الظهر فلم يجعلا فوت الجمعة عذرا فى سقوط الترتيب وعلى قول محمد يصلى الجمعة ثم الفجر فجعل فوت الجمعة عذرا فى سقوط الترتيب فكذا فى هذه المسئلة على قولهما يجب أن لايجوز العصر وعليه الظهر فيصلى الظهر ثم العصر وعلى قول محمد يمضى على صلاته ولو افتتح العصر فى أول الوقت وهو ذاكر أن عليه الظهر وأطال القيام والقراءة حتى دخل عليه وقت مكروه لاتجوز صلاته لان شروعه فى العصر مع ترك الظهر لم يصح فيقطع ثم يفتتحها ثانيا ثم يصلى الظهر بعد الغروب ولو افتتحها وهو لايعلم ان عليه الظهر فأطال القيام والقراءة حتى دخل وقت مكروه ثم تذكر يمضى على صلاته لان المسقط للترتيب قد وجد عند افتتاح الصلاة واختتامها وهو النسيان وضيق الوقت ولو افتتح العصر فى حال ضيق الوقت وهو ذاكر للظهر فلما صلى منها ركعة أو ركعتين غربت الشمس القياس أن يفسد العصر لان العذر قد زال وهو ضيق الوقت فعاد الترتيب وفى الاستحسان يمضى فيها ثم يقضى الظهر ثم يصلى المغرب ذكره فى نوادر الصلاة (والثانى) النسيان لماذكرنا أن خبر الواحد جعل وقت التذكر وقتا للفائتة ولا تذكر ههنا فوجب العمل بالدليل المقطوع به وروى ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى المغرب يوما ثم قال رآنى أحد منكم صليت العصر فقالوا لا فصلى العصر ولم يعد المغرب ولو وجب الترتيب لاعاد وعلى هذا لو صلى الظهر على غير وضوء وصلى العصر بوضوء وهو ذاكر لما صنع فأعاد الظهر ولم يعد العصر وصلى المغرب وهو يظن أن العصر تجزئه أعاد العصر ولم يعد المغرب لان أداء الظهر على غير وضوء والامتناع عنه بمنزلة فوات شرط أهلية الصلاة فحين صلى العصر صلى وهو يعلم أن الظهر غير جائزة ولو لم يعلم وكان يظن انها جائزة لم يكن هذا الظن معتبرا لأنه نشأ عن جهل والظن انما يعتبر اذا نشأ عن دليل أو شبهة دليل ولم يوجد فكان هذا جهلا محضا فقد صلى العصر وهو عالم ان عليه الظهر فكان مصليا العصر فى وقت الظهر فلم يجز ولو صلى المغرب قبل اعادتهما جميعا لايجوز لانه صلى المغرب وهو يعلم أن عليه الظهر فصار المغرب فى وقت الظهر فلم يجز فأما لو كان أعاد الظهر ولم يعد العصر فظن جوازها ثم صلى المغرب فانه يؤمر باعادة العصر ولا يؤمر باعادة المغرب لأن ظنه ان عصره جائز ظن معتبر لأنه نشأ عن شبهة دليل ولهذا خفى على الشافعى فحين

صلى المغرب صلاها وعنده أن لا عصر عليه لأنه أداها بجميع أركانها وشرائطها المختصة بها انما خفى عليه ما يخفى بناء على شبهة دليل ومن صلى المغرب وعنده أن لا عصر عليه حكم بجواز المغرب كما لو كان ناسيا للعصر بل هذا فوق النسيان لان ظن الناسى لم ينشأ عن شبهة دليل بل عن غفلة طبيعة وهذا الظن نشأ عن شبهة دليل فكان هذا فوق ذلك ثم هنالك حكم بجواز المغرب فههنا أولى ثم العلم بالفائتة كما هو شرط لوجوب الترتيب فالعلم بوجوبها حال الفوات شرط لوجوب قضائها حتى ان الحربى اذا أسلم فى دار الحرب ومكث فيها سنة ولم يعلم أن عليه الصلاة فلم يصل ثم علم لا يجب عليه قضاؤها فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر عليه قضاؤها ولو كان هذا ذميا أسلم فى دار الاسلام فعليه قضاؤها استحسانا والقياس أن لا قضاء عليه وهو قول الحسن وجه قول زفر انه بالاسلام التزم أحكامه ووجوب الصلاة من أحكام الاسلام فيلزمه ولا يسقط بالجهل كما لو كان هذا فى دار الاسلام (ولنا) ان الذى أسلم فى دار الحرب منع عنه العلم لانعدام سبب العلم فى حقه ولا وجوب على من منع عنه العلم كما لا وجوب على من منع عنه القدرة بمنع سببها بخلاف الذى أسلم فى دار الاسلام لأنه ضيع العلم حيث لم يسأل المسلمين عن شرائع الدين مع تمكنه من السؤال والوجوب متحقق فى حق من ضيع العلم كما يتحقق فى حق من ضيع القدرة ولم يوجد التضييع ههنا اذ لا يوجد فى الحرب من يسأله عن شرائع الاسلام حتى لو وجد ولم يسأله يجب عليه ويؤاخذ بالقضاء اذا علم بعد ذلك لأنه ضيع العلم وما منع منه كالذى أسلم فى دار الاسلام وقد خرج الجواب عما قاله زفر أنه التزم أحكام الاسلام لانا نقول نعم لكن حكما له سبيل الوصول اليه ولم يوجد فان بلغه فى دار الحرب رجل واحد فعليه القضاء فيما يترك بعد ذلك فى قول أبى يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وفى رواية الحسن عنه لا يلزمه ما لم يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وجه هذه الرواية ان هذا خبر ملزم ومن أصله اشتراط العدد فى الخبر الملزم كما فى الحجر على المأذون وعزل الوكيل والاخبار بجناية العبد وجه الرواية الأخرى وهى الأصح ان كل واحد مأمور من صاحب الشرع بالتبليغ قال النبى صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ الشاهد الغائب وقال صلى الله عليه وسلم نضّر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها فهذا المبلغ نظير الرسول من المولى والموكل وخبر الرسول هنالك ملزم فههنا كذلك والله أعلم (والثالث) كثرة الفوائت وقال بشر المريسى الترتيب لا يسقط بكثرة الفوائت حتى ان من ترك صلاة واحدة فصلى فى جميع عمره وهو ذاكر للفائتة فصلاة عمره على الفساد ما لم يقض الفائتة وجه قوله ان الدليل الموجب للترتيب لا يوجب الفصل بين قليل الفائت وكثيره ولأن كثرة الفوائت تكون عن كثرة تفريطه فلا يستحق به التخفيف (ولنا) ان الفوائت اذا كثرت لو وجب مراعاة الترتيب معها لفاتت الوقتية عن الوقت وهذا لا يجوز لما ذكرنا ان فيه ابطال ما ثبت بالدليل المقطوع به بخبر الواحد ثم اختلف فى حد أدنى الفوائت الكثيرة فى ظاهر الرواية أن تصير الفوائت ستا فاذا خرج وقت السادسة سقط الترتيب حتى يجوز أداء السابعة قبلها وروى ابن سماعة عن محمد هو أن تصير الفوائت خمسا فاذا دخل وقت السادسة سقط الترتيب حتى يجوز أداء السادسة وعن زفر انه يلزمه مراعاة الترتيب فى صلاة شهر ولم يرو عنه أكثر من شهر فكأنه جعل حد الكثرة أن يزيد على شهر وجه ما روى عن محمد ان الكثير فى كل باب كل جنسه كالجنون اذا استغرق الشهر فى باب الصوم والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفوائت لا تدخل فى حد التكرار بدخول وقت السادسة وانما تدخل بخروج وقت السادسة لان كل واحدة منها تصير مكررة فعلى هذا لو ترك صلاة ثم صلى بعدها خمس صلوات وهو ذاكر للفائتة فانه يقضيهن لأنهن فى حد القلة بعد ومراعاة الترتيب واجبة عند قلة الفوائت لأنه يمكن جعل الوقت وقتا لهن على وجه لا يؤدى الى اخراجه من أن يكون وقتا للوقتية فصار مؤديا كل صلاة منها فى وقت المتروكة والمتروكة قبل المؤداة فصار مؤديا المؤداة قبل وقتها فلم يجز وعلى قياس ما روى عن محمد يقضى المتروكة وأربعا بعدها لان السادسة جائزة ولو لم يقضها حتى صلى السابعة فالسابعة جائزة بالاجماع لأن وقت السابعة وهى المؤداة السادسة لم يجعل وقتا للفوائت

لانه لو جعل وقتا لهن لخرج من أن يكون وقتا للوقتية لاستيعاب تلك الفوائت هذا الوقت وفيه ابطال العمل بالدليل المقطوع به بخبر الواحد على مابينا فبقي وقتا للوقتية فاذا أداها حكم بجوازها لحصولها في وقتها بخلاف ما اذا كانت المؤديات بعد المتروكة خمسا لان هناك أمكن ان يجعل الوقت وقتا للفائتة على وجه لا يخرج من أن يكون وقتا للوقتية فيجعل عملا بالدليلين ثم اذا صلى السابعة تعود المؤديات الخمس الى الجواز في قول أبي حنيفة وعليه قضاء الفائتة وحدها استحسانا وعلى قولهما عليه قضاء الفائتة وخمس صلوات بعدها وهو القياس وعلى هذا اذا ترك خمس صلوات ثم صلى السادسة وهو ذاكر للفوائت فالسادسة موقوفة عند أبي حنيفة حتى لو صلى السابعة تنقلب السادسة الى الجواز عنده وعليه قضاء الخمس وعندهما لا تنقلب وعليه قضاء الست وكذلك لو ترك صلاة ثم صلى شهرا وهو ذاكر للفائتة فعليه قضاؤها لا غير عند أبي حنيفة وعندهما عليه قضاء الفائتة وخمس بعدها الا على قياس ماروى عن محمد ان عليه قضاء الفائتة وأربع بعدها وعلى قول زفر يعيد الفائتة وجميع ماصلى بعدها من صلاة الشهر وهذه المسئلة التى يقال لها واحدة تصحح خمسا وواحدة تفسد خمسا لانه ان صلى السادسة قبل القضاء صح الخمس عند أبي حنيفة وان قضى المتروكة قبل أن يصلي السادسة فسدت الخمس وجه قولهما أن كل مؤداة الى الخمس حصلت في وقت المتروكة لانه يمكن جعل ذلك الوقت وقتا للمتروكة لكون المتروكة في حد القلة ووقت المتروكة قبل وقت هذه المؤداة فحصلت المؤداة قبل وقتها ففسدت فلا معنى بعد ذلك للحكم بجوازها ولا للحكم بتوقفها للحال (وأما) وجه قول ابي حنيفة فقد اختلف فيه عبارات المشايخ قال مشايخ بلخ انا وجدنا صلاة بعد المتروكة جائزة وهي السادسة وقد أداها على نقض التركيب وترك التأليف فكذا يحكم بجواز ماقبلها وان أداها على ترك التأليف ونقض التركيب وهذه نكتة واهية لانه جمع بين السادسة و بين ماقبلها في الجواز من غير جامع بينهما بل مع قيام المعنى المفرق لماذكرنا أن وقت السادسة ليس بوقت للمتروكة على ماقررنا ووقت كل صلاة مؤداة قبل السادسة وقت للمتروكة فكان أداء السادسة أداء في وقتها فجازت وأداء كل مؤداة أداء قبل وقتها فلم تجز (وقال) مشايخ العراق ان الكثرة علة سقوط الترتيب فاذا أدى السادسة فقد ثبتت الكثرة وهي صفة للكل لا محالة فاستندت الى أول المؤديات فتستند لحكمها فيثبت الجواز للكل وهذه نكتة ضعيفة أيضا لان الكثرة وان صارت صفة للكل لكنها تثبت للحال الا أن يتبين أن أول المؤديات كما أديت تثبت لها صفة الكثرة قبل وجود مايتعقبها لاستحالة كثرة الوجود بما هو في حيز العدم بعد ولو اتصفت هي بالكثرة ولا تتصف الذات بها وحدها لاستحالة كون الواحد كثيرا بما يتعقبها من المؤديات وتلك معدومة فيؤدي الى اتصاف المعدوم بالكثرة وهو محال فدل أن صفة الكثرة تثبت للكل مقتصرا على وجود الاخيرة منها كما اذا خلق الله تعالى جوهرا واحدا لم يتصف بكونه مجتمعا فلو خلق منضما اليه جوهرا آخر لا يطلق اسم المجتمع على كل واحد منهما مقتصرا على الحال لما بينا فكذا هذا على أنا ان سلمنا هذه الدعوى الممتنعة على طريق المساهلة فلا حجة لهم فيها أيضا لان المؤداة الاولى وان اتصفت بالكثرة من وقت وجودها لكن لا ينبغي أن يحكم بجوازها وسقوط الترتيب لان سقوط الترتيب كان متعلق المعنى وهو استيعاب الفوائت وقت الصلاة وتفويت الوقتية عن وقتها عند وجوب مراعاة الترتيب فلم تجب المراعاة لئلا يؤدي الى ابطال ماثبت بالدليل المقطوع به بما ثبت بخبر الواحد وهذا المعنى منعدم في المؤديات الخمس وان اتصفت بالكثرة ولان هذا يؤدي الى الدور فان الجواز وسقوط الترتيب بسبب صفة كثرة الفوائت ومتى حكم بالجواز لم تبق كثرة الفوائت فيجيء الترتيب ومتى جاء الترتيب جاء الفساد فلا يمكن القول بالجواز فثبت أن الوجهين غير صحيحين والوجه الصحيح لتصحيح مذهب أبي حنيفة ماذكره الشيخ الامام أبو المعين وهو أن أداء السادسة من المؤديات حصل في وقت هو وقتها بالدلائل أجمع وليس بوقت للفائتة بوجه من الوجوه لماذكرنا ان في جعل هذا الوقت وقتا للفائتة ابطال العمل بالدليل المقطوع به فسقط العمل بخبر الواحد أصلا وانتهى ماهو وقت الفائتة فاذا قضيت الفائتة بعد

أداء السادسة من المؤديات التحقت بمحلها الاصلى وهو وقتها الاصلى لانه لا بد لها من محل فالتحاقها بمحلها أولى لوجهين أحدهما أنه لا مزاحم لها فى ذلك الوقت لانه وقت متعين له وله فى هذا الوقت مزاحم لانه وقت خمس صلوات وليس البعض فى القضاء فى هذا الوقت أولى من البعض فالحاقها بوقت لا مزاحم لها فيه أولى (والثانى) أن ذلك وقته بالدليل المقطوع به وهذا وقت غيره بالدليل المقطوع به وانما يجعل وقتا له بخبر الواحد فيرجح ذلك على هذا فالتحقت بمحلها الاصلى حكما والثابت حكما كالثابت حقيقة واذا التحقت بمحلها الاصلى تبين أن الخمس المؤديات أديت فى أوقاتها فحكم بجوازها بخلاف ما اذا قضيت المتروكة قبل أداء السادسة لانها قضيت فى وقت هو وقتها من حيث الظاهر لان خبر الواحد أوجب كونه وقتا لها فاذا قضيت فيما هو وقتها ظاهرا تتقرر فيه ولا تلتحق بمحلها الاصلى فلم يتبين أن المؤديات الخمس أديت بعد الفائتة بل تبين انها أديت قبل الفائتة لاستقرار الفائتة بمحل قضائها وعدم التحاقها بمحلها الاصلى فحكم بفساد المؤديات وبخلاف حال النسيان وضيق الوقت اذا أدى الوقتية ثم قضى الفائتة حيث لا تجب اعادة الوقتية ولو التحقت الفائتة بمحلها الاصلى لوجب اعادة الوقتية لانه تبين انها حصلت قبل وقت الفائتة لان هناك المؤدى حصل فى وقت هو وقت لها من جميع الوجوه على ما مر فاداء الفائتة بعد ذلك لا يخرج هذا الوقت من أن يكون وقتا للمؤداة فتقررت المؤداة فى محلها من جميع الوجوه والتحقت الفائتة فى حق المؤداة بصلاة وقتها بعد وقت المؤداة فلم يؤثر ذلك فى افساد المؤداة وهذا بخلاف ما اذا قام المصلى وقرأ وسجد ثم ركع حيث لم يلتحق الركوع بمحله وهو قبل السجود حتى كان لا يجب اعادة السجود ومع ذلك لم يلتحق حتى يجب اعادة السجود لان الشئ انما يجعل حاصلا فى محله ان لو وجد شئ آخر فى محله بعده ووقع ذلك الشئ معتبرا فى نفسه فاذا حصل هذا التحق بمحله وهناك السجود وقع قبل أوانه فما وقع معتبرا فلغا فبعد ذلك كان الركوع حاصلا فى محله فلا بد من تحصيل السجدة بعد ذلك فى محلها والله الموفق (وقالوا) فيمن ترك صلوات كثيرة مجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل باداء الصلوات فى مواقيتها قبل أن يقضى شيأ من الفوائت فترك صلاة ثم صلى أخرى وهو ذاكر لهذه الفائتة الحديثة انه لا يجوز ويجعل الفوائت الكثيرة القديمة كانها لم تكن ويجب عليه مراعاة الترتيب والقياس أن يجوز لأن الترتيب قد سقط عنه لكثرة الفوائت وتضم هذه المتروكة الى ما مضى الا أن المشايخ استحسنوا فقالوا انه لا يجوز احتياطا زجرا للسفهاء عن التهاون بامر الصلاة ولئلا تصير المقضية وسيلة الى التخفيف ثم كثرة الفوائت كما تسقط الترتيب فى الاداء تسقطه فى القضاء لأنها لما عملت فى اسقاط الترتيب فى غيرها فلأن تعمل فى نفسها أولى حتى لو قضى فوائت الفجر كلها ثم الظهر كلها ثم العصر كلها هكذا جاز وروى ابن سماعة عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وصلى من الغد مع كل صلاة صلاة قال الفوائت كلها جائزة سواء قدمها أو أخرها وأما الوقتية فان قدمها لم يجز شئ منها لانه متى صلى واحدة منها صارت الفوائت ستا لكنه متى قضى فائتة بعدها عادت خمسا ثم فلا تعود الى الجواز وان أخرها لم يجز شئ منها الا العشاء الاخيرة لانه كلما قضى فائتة عادت الفوائت أربعا وفسدت الوقتية الا العشاء لانه صلاها وعنده أن جميع ما عليه قد قضاه فاشبه الناسى (وأما) الترتيب فى أفعال الصلاة فانه ليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر شرط وبيان ذلك فى مسائل اذا أدرك أول صلاة الامام ثم نام خلفه أو سبقه الحدث فسبقه الامام ببعض الصلاة ثم انتبه من نومه أو عاد من وضوئه فعليه أن يقضى ما سبقه الامام به ثم يتابع امامه لما نذكر ولو تابع امامه أولا ثم قضى ما فاته بعد تسليم الامام جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وكذلك اذا زحمه الناس فى صلاة الجمعة والعيدين فلم يقدر على أداء الركعة الاولى مع الامام بعد الاقتداء به وبقى قائما وأمكنه أداء الركعة الثانية مع الامام قبل أن يؤدى الاولى ثم قضى الاولى بعد تسليم الامام أجزأه عندنا وعند زفر لا يجزئه وكذلك لو تذكر سجدة فى الركوع وقضاها أو سجدة فى السجدة وقضاها فالافضل أن يعيد الركوع أو السجود الذى هو فيهما ولو اعتد بهما ولم يعد أجزأه عندنا وعند زفر لا يجوز له أن يعتد بهما وعليه اعادتهما وجه قول زفر أن المأتى به فى هذه المواضع وقع فى غير محله

فلا يقع معتدا به كما اذا قدم السجود على الركوع وجب عليه اعادة السجود لما قلنا كذا هذا (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أمر بمتابعة الامام فيما أدرك بحرف الفاء المقتضى للتعقيب بلا فصل ثم أمر بقضاء الفائتة والامر دليل الجواز ولهذا يبدأ المسبوق بما أدرك الامام فيه لا بما سبقه وان كان ذلك أول صلاته وقد آخره والثانى أنه جمع بينهما فى الأمر بحرف الواو وانه للجمع المطلق فايهما فعل يقع مأمورا به فكان معتدا به الا أن المسبوق صار مخصوصا بقول النبي صلى الله عليه وسلم سن لكم معاذ سنة حسنة فاستنوا بها والحديث حجة فى المسئلتين الاوليين بظاهره و بضرورته فى المسئلة الثالثة لان الركوع والسجود من أجزاء الصلاة فاسقاط الترتيب فى نفس الصلاة اسقاط فيما هو من أجزائها ضرورة الا انه لا يعتد بالسجود قبل الركوع لان السجود لتقييد الركعة بالسجدة وذلك لا يتحقق قبل الركوع على ما يذكر فى سجود السهو ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا بيان شرائط أركان الصلاة وهى الشرائط العامة التى تعم المنفرد والمقتدى جميعا (فاما) الذى يخص المقتدى وهو شرائط جواز الاقتداء بالامام فى صلاته فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ركن الاقتداء والثانى فى بيان شرائط الركن (أما) ركنه فهو نية الاقتداء بالامام وقد ذكر تفسيرها فيما تقدم (وأما) شرائط الركن فانواع منها الشركة فى الصلاتين واتحادهما سببا وفعلا ووصفا لان الاقتداء بناء التحريمة على التحريمة فالمقتدى عقد تحريمته لما انعقدت له تحريمة الامام فكلما انعقدت له تحريمة الامام جاز البناء من المقتدى ومالا فلا وذلك لا يتحقق الا بالشركة فى الصلاتين واتحادهما من الوجوه الذى وصفنا وعلى هذا الاصل يخرج مسائل المقتدى اذا سبق الامام بالافتتاح لم يصح اقتداؤه لان معنى الاقتداء وهو البناء لا يتصور ههنا لان البناء على العدم محال وقال النبي صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه وما لم يكبر الامام لا يتحقق الائتمام به وكذا اذا كبر قبله فقد اختلف عليه ولو جدد التكبير بعد تكبير الامام بنية الدخول فى صلاته اجزأه لانه صار قاطعا لما كان فيه شارعا فى صلاة الامام كمن كان فى النفل فكبر ونوى الفرض يصير خارجا من النفل داخلا فى الفرض وكمن باع بألف ثم بألفين كان فسخا للاول وعقدا آخر كذا هذا ولو لم يجدد حتى لم يصح اقتداؤه هل يصير شارعا فى صلاة نفسه أشار فى كتاب الصلاة الى أنه يصير شارعا لانه علل فيما اذا جدد التكبير ونوى الدخول فى صلاة الامام فقال التكبير الثانى قطع لما كان فيه وأشار فى نوادر أبى سليمان الى أنه لا يصير شارعا فى نفسه فانه ذكر أنه لو قهقه لا تنتقض طهارته ثم من مشايخنا من حمل اختلاف الجواب على اختلاف موضوع المسئلة فقال موضوع المسئلة فى النوادر أنه اذا كبر ظنا منه أن الامام كبر فيصير مقتديا بمن ليس فى الصلاة كالمقتدى بالمحدث والجنب وموضوع المسئلة فى كتاب الصلاة أنه كبر على علم منه أن الامام لم يكبر فيصير شارعا فى صلاة نفسه ومنهم من حقق الاختلاف بين الروايتين وجه رواية النوادر أنه نوى الاقتداء بمن ليس فى الصلاة فلا يصير شارعا فى صلاة نفسه كما لو اقتدى بمشرك أو جنب أو بمحدث وهذا لان صلاة المنفرد غير صلاة المقتدى بدليل أن المنفرد لو استأنف التكبير ناويا الشروع فى صلاة الامام صار شارعا مستأنفا واستقبال ما هو فيه لا يتصور دل أن هذه الصلاة غير تلك الصلاة فلا يصير شارعا فى احداهما بنية الاخرى وجه ما ذكر فى كتاب الصلاة انه نوى شيئين الدخول فى الصلاة والاقتداء بالامام فبطلت احدى نيتيه وهى نية الاقتداء لانها لم تصادف محلها فتصح الاخرى وهى نية الصلاة وصار كالشارع فى الفرض على ظن انه عليه وليس عليه بخلاف ما اذا اقتدى بالمشرك والمحدث والجنب لانهم ليسوا من أهل الاقتداء بهم فصار بالاقتداء بهم ملغيا صلاته وأما هذا فمن أهل الاقتداء به والصلاة خلفه معتبرة فلم يصر بالاقتداء به ملغيا صلاته والله أعلم هذا اذا كبر المقتدى وعلم انه كبر قبل الامام فاما اذا كبر ولم يعلم أنه كبر قبل الامام أو بعده ذكر هذه المسئلة فى الهارونيات وجعلها على ثلاثة أوجه ان كان أكبر رأيه أنه كبر قبل الامام لا يصير شارعا فى صلاة الامام وان كان أكبر رأيه أنه كبر بعد الامام يصير شارعا فى صلاته لان غالب الرأى حجة عند عدم اليقين بخلافه وان لم يقع رأيه

على شئ فالاصل فيه هو الجواز مالم يظهر أنه كبر قبل الامام بيقين ويحمل على الصواب احتياطا مالم يستيقن بالخطا كما قلنا فى باب الصلاة عند الاشتباه فى جهة القبلة ولم يخطر بباله شئ ولم يشك أن الجهة التى صلى اليها قبلة أم لا انه يقضى بجوازها مالم يظهر خطأه بيقين وكذا فى باب الزكاة كذلك ههنا ولو كبر المقتدى مع الامام الا أن الامام طول قوله حتى فرغ المقتدى من قوله الله أكبر قبل أن يفرغ الامام من قوله الله لم يصر شارعا فى صلاة الامام كذا روى ابن سماعة فى نوادره ويجب أن تكون هذه المسئلة بالاتفاق أما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلأنه يصح الشروع فى الصلاة بقوله الله وحده فاذا فرغ المقتدى من ذلك قبل فراغ الامام صار شارعا فى صلاة نفسه فلا يصير شارعا فى صلاة الامام وأما على قول أبى يوسف ومحمد فلان الشروع لا يصح الا بذكر الاسم والنعت فلا بد من المشاركة فى ذكرهما فاذا سبق الامام بالاسم حصلت المشاركة فى ذكر النعت لا غير وهو غير كاف لصحة الشروع فى الصلاة وعلى هذا لا يجوز اقتداء اللابس بالعارى لان تحريمة الامام ما انعقدت بها الصلاة مع الستر فلا يقبل البناء لاستحالة البناء على العدم ولان ستر العورة شرط لا صحة للصلاة بدونه فى الاصل الا أنه سقط اعتبار هذا الشرط فى حق العارى لضرورة العدم ولا ضرورة فى حق المقتدى فلا يظهر سقوط الشرط فى حقه فلم تكن صلاة فى حقه فلم يتحقق معنى الاقتداء وهو البناء لان البناء على العدم مستحيل ولا يصح اقتداء الصحيح بصاحب العذر الدائم لان تحريمة الامام ما انعقدت للصلاة مع انقطاع الدم فلا يجوز البناء ولان الناقض للطهارة موجود لكن لم يظهر فى حق صاحب العذر للعذر ولا عذر فى حق المقتدى ولا يجوز اقتداء القارئ بالامى والمتكلم بالاخرس لان تحريمة الامام ما انعقدت للصلاة بقراءة فلا يجوز البناء من المقتدى ولان القراءة ركن لكنه سقط عن الامى والاخرس للعذر ولا عذر فى حق المقتدى وكذا لا يجوز اقتداء الامى بالاخرس لما ذكرنا أن الاقتداء بناء التحريمة على تحريمة الامام ولا تحريمة من الامام أصلا فاستحال البناء الا أن الشرع جوز صلاته بلا تحريمة للضرورة ولان التحريمة من شرائط الصلاة لا تصح الصلاة بدونها فى الاصل وانما سقطت عن الاخرس للعذر ولا عذر فى حق الامى لانه قادر على التحريمة فنزل الامى الذى يقدر على التحريمة من الاخرس منزلة القارئ من الامى حتى انه لو لم يقدر على التحريمة جاز اقتداؤه بالاخرس لاستوائهما فى الدرجة ولا يجوز اقتداء من يركع ويسجد بالمومئ عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز وجه قوله أن فرض الركوع والسجود سقط الى خلف وهو الايماء واداء الفرض بالخلف كادائه بالاصل وصار كاقتداء الغاسل بالماسح والمتوضئ بالمتيمم (ولنا) أن تحريمة الامام ما انعقدت للصلاة بالركوع والسجود والايماء وان كان يحصل فيه بعض الركوع والسجود لما أنهما للانحناء والتطأطؤ وقد وجد أصل الانحناء والتطأطؤ فى الايماء فليس فيه كمال الركوع والسجود تنعقد تحريمته لتحصيل وصف الكمال فلم يمكن بناء كمال الركوع والسجود على تلك التحريمة ولانه لا صحة للصلاة بدون الركوع والسجود فى الاصل لانه فرض وانما سقط عن المومئ للضرورة ولا ضرورة فى حق المقتدى فلم يكن ما أتى به المومئ صلاة شرعا فى حقه فلا يتصور البناء وقد خرج الجواب عن قوله انه خلف لانا نقول ليس كذلك بل هو تحصيل بعض الركوع والسجود الا أنه اكتفى بتحصيل بعض الفرض فى حالة العذر لا ان يكون خلفا بخلاف المسح مع الغسل والتيمم مع الوضوء لان ذلك خلف فامكن أن يقام مقام الاصل ولا يجوز اقتداء من يومئ قاعدا أو قائما بمن يومئ مضطجعا لان تحريمة الامام ما انعقدت للقيام أو القعود فلا يجوز البناء ثم صلاة الامام صحيحة فى هذه الفصول كلها الا فى فصل واحد وهو أن الامى اذا أم القارئ أو القارئ والاميين فصلاة الكل فاسدة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد صلاة الامام الامى ومن لا يقرأ تامة وجه قولهما أن الامام صاحب عذر اقتدى به من هو بمثل حاله ومن لا عذر له فتجوز صلاته وصلاة من هو بمثل حاله كالعارى اذا أم العراة واللابسين وصاحب الجرح السائل يؤم الاصحاء وأصحاب الجراح والمومئ اذا أم المومئين والراكعين والساجدين أنه تصح صلاة الامام ومن بمثل حاله كذا ههنا (ولابى) حنيفة طريقتان

في المسئلة احداهما ماذكره القمي وهو أنهم لما جاؤا مجتمعين لاداء هذه الصلاة بالجماعة فالامي قادر على أن يجعل
صلاته بقراءة بان يقدم القارئ فيقتدي به فتكون قراءته قراءة له قال صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة
الامام له قراءة فاذا لم يفعل فقد ترك اداء الصلاة بقراءة مع القدرة عليها ففسدت بخلاف سائر الاعذار لأن لبس
الامام لا يكون لبسا للمقتدي وكذا ركوع الامام وسجوده ولا ينوب عن المقتدي ووضوء الامام لا يكون
وضوأ للمقتدي فلم يكن قادرا على ازالة العذر بتقديم من لا عذر له ولا يلزم على هذه الطريقة ما اذا كان الامي
يصلي وحده وهناك قارئ يصلي تلك الصلاة حيث تجوز صلاة الامي وان كان قادرا على ان يجعل صلاته بقراءة
بان يقتدي بالقارئ لان هذه المسئلة ممنوعة وذكر أبو حازم القاضي أن على قياس قول أبي حنيفة لا تجوز
صلاة الامي هو قول مالك ولئن سلمنا فلأن هناك لم يقدر على أن يجعل صلاته بقراءة اذ لم يظهر من القارئ رغبة في
اداء الصلاة بجماعة حيث اختار الانفراد بخلاف ما نحن فيه (والطريقة) الثانية ماذكره غسان وهو أن التحريمة
انعقدت موجبة للقراءة فاذا صلوا بغير قراءة فسدت صلاتهم كالقارئين وانما قلنا ان التحريمة انعقدت موجبة
للقراءة لانه وقت المشاركة في التحريمة لانها غير مفتقرة الى القراءة فانعقدت موجبة للقراءة لاشتراكها بين القارئين
وغيرهم ثم عند أوان القراءة تفسد لانعدام القراءة بخلاف سائر الاعذار لأن هناك التحريمة لم تنعقد مشتركة لان
تحريمة اللابس لم تنعقد اذا اقتدى بالعاري لافتقارها الى ستر العورة والى ارتفاع سائر الاعذار فلم تنعقد مشتركة
بخلاف ما نحن فيه فانها غير مفتقرة الى القراءة فانعقدت تحريمة القارئ مشتركة فانعقدت موجبة للقراءة
ولا يلزم على هذه الطريقة ما ذكرنا من المسئلة لان هناك تحريمة الامي لم تنعقد موجبة للقراءة لانعدام
الاشتراك بينه وبين القارئ فيها أما ههنا فبخلافه ولا يلزم ما اذا اقتدى القارئ بالامي بنية التطوع
حيث لا يلزم القضاء ولو صح شروعه في الابتداء للزمه القضاء لانه صار شارعا في صلاة لا قراءة فيها والشروع
كالنذر ولو نذر صلاة بغير قراءة لا يلزمه شيء الا في رواية عن أبي يوسف فكذلك اذا شرع فيها ولا يجوز الاقتداء
بالكافر ولا اقتداء الرجل بالمرأة لان الكافر ليس من أهل الصلاة والمرأة ليست من أهل امامة الرجال فكانت
صلاتها عدما في حق الرجل فانعدم معنى الاقتداء وهو البناء ولا يجوز اقتداء الرجل بالخنثى المشكل لجواز أن
يكون امرأة ويجوز اقتداء المرأة بالمرأة لاستواء حالهما الا ان صلاتهن فرادى أفضل لان جماعتهن منسوخة
ويجوز اقتداء المرأة بالرجل اذا نوى الرجل امامتها وعند زفر نية الامامة ليست بشرط على ما مر وروى الحسن
عن أبي حنيفة انها اذا وقفت خلف الامام جاز اقتداؤها به وان لم ينو امامتها ثم اذا وقفت الى جنبه فسدت صلاتها
خاصة لا صلاة الرجل وان كان نوى امامتها فسدت صلاة الرجل وهذا قول أبي حنيفة الاول ووجهه انها اذا
وقفت خلفه كان قصدها أداء الصلاة لا افساد صلاة الرجل فلا تشترط نية الامامة واذا قامت الى جنبه فقد قصدت
افساد صلاته فيرد قصدها بافساد صلاتها الا أن يكون الرجل قد نوى امامتها فحينئذ تفسد صلاته لانه ملتزم لهذا
الضرر وكذا يجوز اقتداؤها بالخنثى المشكل لانه ان كان رجلا فاقتداء المرأة بالرجل صحيح وان كان امرأة فاقتداء
المرأة بالمرأة جائز أيضا لكن ينبغي للخنثى أن يتقدم ولا يقوم في وسط الصف لاحتمال أن يكون رجلا فتفسد صلاته
بالمحاذاة وكذا تشترط نية امامة النساء لصحة اقتدائهن به لاحتمال انه رجل ولا يجوز اقتداء الخنثى المشكل بالخنثى
المشكل لاحتمال أن يكون الامام امرأة والمقتدي رجلا فيكون اقتداء الرجل بالمرأة على بعض الوجوه فلا يجوز
احتياطا (وأما) الاقتداء بالمحدث أو الجنب فان كان عالما بذلك لا يصح بالاجماع وان لم يعلم به ثم علم فكذلك عندنا
وقال الشافعي القياس أن لا يصح كما في الكافر لكني تركت القياس بالأثر وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال أيما رجل صلى بقوم ثم تذكر جنابة أعاد ولم يعيدوا (ولنا) ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه
ثم تذكر جنابة فأعاد وأمر أصحابه بالاعادة فأعادوا وقال أيما رجل صلى بقوم ثم تذكر جنابة أعاد وأعادوا وقد روي
نحو هذا عن عمر وعلي رضي الله عنهما حتى ذكر أبو يوسف في الأمالي ان عليا رضي الله عنه صلى باصحابه يوما ثم

علم انه كان جنبا فامر مؤذنه أن ينادي الا ان أمير المؤمنين كان جنبا فاعيدوا صلاتكم ولان معنى الاقتداء وهو البناء ههنا لا يتحقق لانعدام تصور التحريمة مع قيام الحدث والجنابة وما رواه محمول على بدو الامر قبل تعلق صلاة القوم بصلاة الامام على ما روى ان المسبوق كان اذا شرع في صلاة الامام قضى ما فاته أولا ثم يتابع الامام حتى تابع عبد الله بن مسعود أو معاذ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قضى ما فاته فصار شريعة بتقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجوز اقتداء العاري باللابس لان تحريمة الامام انعقدت لما يبنى عليه المقتدى لان الامام يأتي بما يأتي به المقتدي وزيادة فيقبل البناء وكذا اقتداء العاري بالعاري لاستواء حالهما فتتحقق المشاركة في التحريمة ثم العراة يصلون قعودا بايماء وقال بشر يصلون قياما بركوع وسجود وهو قول الشافعي وجه قولهما انهم عجزوا عن تحصيل شرط الصلاة وهو ستر العورة وقدروا على تحصيل أركانها فعليهم الاتيان بما قدروا عليه وسقط عنهم ما عجزوا عنه ولانهم لو صلوا قعودا تركوا أركانا كثيرة وهي القيام والركوع والسجود وان صلوا قياما تركوا فرضا واحدا وهو ستر العورة فكان أولى والدليل عليه حديث عمران بن حصين رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب فهذا يستطيع أن يصلي قائما فعليه الصلاة قائما (ولنا) ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه قال ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا البحر فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا بايماء وروي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انهما قالا العاري يصلي قاعدا بالايماء والمعنى فيه ان للصلاة قاعدا ترجيحا من وجهين أحدهما انه لو صلى قاعدا فقد ترك فرض ستر العورة الغليظة وما ترك فرضا آخر أصلا لانه أدى فرض الركوع والسجود ببعضهما وهو الايماء وأدى فرض القيام ببدله وهو القعود فكان فيه مراعاة الفرضين جميعا وفيما قلتم اسقاط أحدهما أصلا وهو ستر العورة فكان ما قلناه أولى والثاني ان ستر العورة أهم من أداء الأركان لوجهين أحدهما أن ستر العورة فرض في الصلاة وغيرها والأركان فرائض الصلاة لا غيرها والثاني ان سقوط هذه الأركان الى الايماء جائز في النوافل من غير ضرورة كالمتنفل على الدابة وستر العورة لا تسقط فرضيته قط من غير ضرورة فكان أهم فكان مراعاته أولى فلهذا جعلنا الصلاة قاعدا بالايماء أولى غير انه ان صلى قائما بركوع وسجود أجزأه لانه وان ترك فرضا آخر فقد كمل الاركان الثلاثة وهي القيام والركوع والسجود وبه حاجة الى تكميل هذه الاركان فصار تاركا لفرض ستر العورة الغليظة أصلا لغرض صحيح فجوزناله ذلك لوجود أصل الحاجة وحصول الغرض وجعلنا القعود بالايماء أولى لكون ذلك الفرض أهم ولمراعاة الفرضين جميعا من وجه وقد خرج الجواب عما ذكروا من المعنى وتعلقهم بحديث عمران بن حصين غير مستقيم لانه غير مستطيع حكما حيث افترض عليه ستر العورة الغليظة ثم لو كانوا جماعة ينبغي لهم أن يصلوا فرادى لانهم لو صلوا بجماعة فان قام الامام وسطهم احترازا عن ملاحظة سوأة الغير فقد ترك سنة التقدم على الجماعة والجماعة أمر مسنون فاذا كان لا يتوصل اليه الا بارتكاب بدعة وترك سنة أخرى لا يندب الى تحصيلها بل يكره تحصيلها وان تقدمهم الامام وأمر القوم بغض أبصارهم كما ذهب اليه الحسن البصري لا يسلمون عن الوقوع في المنكر أيضا فانه قلما يمكنهم غض البصر على وجه لا يقع على عورة الامام مع ان غض البصر في الصلاة مكروه أيضا نص عليه القدوري لما يذكر انه مأمور ان ينظر في كل حالة الى موضع مخصوص ليكون البصر ذا حظ من أداء هذه العبادات كسائر الأعضاء والأطراف وفي غض البصر فوات ذلك فدل انه لا يتوصل الى تحصيل الجماعة الا بارتكاب أمر مكروه فتسقط الجماعة عنهم فلو صلوا مع هذا الجماعة فالأولى لامامهم أن يقوم وسطهم لئلا يقع بصرهم على عورته فان تقدمهم جاز أيضا وحالهم في هذا الموضع كحال النساء في الصلاة الا ان الأولى أن يصلين وحدهن وان صلين بجماعة قامت امامتهن وسطهن وان تقدمتهن جاز فكذلك حال العراة ويجوز اقتداء صاحب العذر بالصحيح وبمن هو بمثل حاله وكذا اقتداء الامي بالقاري وبالامي لمامر ويجوز اقتداء المومئ بالراكع الساجد وبالمومئ لمامر ويستوى الجواب

بينما اذا كان المقتدي قاعدا يومئ بالامام القاعد المومئ و بينما اذا كان قائما والامام قاعد ولان هذا القيام ليس بركن ألا ترى ان الاولى تركه فكان وجوده وعدمه بمنزلة و يجوز اقتداء الغاسل بالماسح على الخف لان المسح على الخف بدل عن الغسل و بدل الشئ يقوم مقامه عند العجز عنه او تعذر تحصيله فقام المسح مقام الغسل فى حق تطهير الرجلين لتعذر غسلهما عند كل حدث خصوصا فى حق المسافر على ما مر فانعقدت تحريمة الامام للصلاة مع غسل الرجلين لانعقادها لما هو بدل عن الغسل فصح بناء تحريمة المقتدى على تلك التحريمة ولان طهارة القدم حصلت بالغسل السابق والخف مانع سراية الحدث الى القدم فكان هذا اقتداء الغاسل بالغاسل فصح وكذا يجوز اقتداء الغاسل بالماسح على الجبائر لما مر أنه بدل عن المسح قائم مقامه فيمكن تحقيق معنى الاقتداء فيه و يجوز اقتداء المتوضئ بالمتيمم عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز وقد مر الكلام فيه فى كتاب الطهارة و يجوز اقتداء القائم الذى يركع و يسجد بالقاعد الذى يركع و يسجد استحسانا وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وعلى هذا الاختلاف اقتداء القائم المومئ بالقاعد المومئ وجه القياس ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يؤمن أحد بعدى جالسا أى القائم لاجماعنا على انه لو أم الجالس جاز ولان المقتدى أعلى حالا من الامام فلا يجوز اقتداؤه به كاقتداء الراكع الساجد بالمومئ واقتداء القارئ بالامى (وفقهه) ما بينا ان المقتدى يبنى تحريمته على تحريمة الامام وتحريمة الامام ما انعقدت للقيام بل انعقدت للقعود فلا يمكن بناء القيام عليها كما لا يمكن بناء القراءة على تحريمة الأمى و بناء الركوع والسجود على تحريمة المومئ وجه الاستحسان ما روى ان آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثوب واحد متوشحا به قاعدا وأصحابه خلفه قيام يقتدون به فانه لما ضعف فى مرضه قال مروا أبا بكر فليصل بالناس فقالت عائشة لحفصة رضى الله عنهما قولى له ان أبا بكر رجل أسيف اذا وقف فى مكانك لا يملك نفسه فلو أمرت غيره فقالت حفصة ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أنتن صويحبات يوسف مروا أبا بكر يصلى بالناس فلما افتتح أبو بكر رضى الله عنه الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى نفسه خفة فخرج وهو يهادى بين على والعباس ورجلاه يخطان الأرض حتى دخل المسجد فلما سمع أبو بكر رضى الله عنه حسه تأخر فتقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وجلس يصلى وأبو بكر يصلى بصلاته والناس يصلون بصلاة أبى بكر يعنى ان أبا بكر رضى الله عنه كان يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكبر والناس يكبرون بتكبير أبى بكر فقد ثبت الجواز على وجه لا يتوهم ورود النسخ عليه ولو توهم ورود النسخ يثبت الجواز ما لم يثبت النسخ فاذا لم يتوهم ورود النسخ أولى ولان القعود غير القيام واذا أقيم شئ مقام غيره جعل بدلا عنه كالمسح على الخف مع غسل الرجلين وانما قلنا انهما متغايران بدليل الحكم والحقيقة (أما) الحقيقة فلأن القيام اسم لمعنيين متفقين فى محلين مختلفين وهما الانتصابان فى النصف الأعلى والنصف الأسفل فلو تبدل الانتصاب فى النصف الأعلى بما يضاده وهو الانحناء سمى ركوعا لوجود الانحناء لانه فى اللغة عبارة عن الانحناء من غير اعتبار النصف الاسفل لأن ذلك وقع وفاقا فأما هو فى اللغة فاسم لشئ واحد فحسب وهو الانحناء ولو تبدل الانتصاب فى النصف الأسفل بما يضاده وهو انضمام الرجلين والصاق الالية بالارض يسمى قعودا فكان القعود اسما لمعنيين مختلفين فى محلين مختلفين وهما الانتصاب فى النصف الاعلى والانضمام والاستقرار على الارض فى النصف الاسفل فكان القعود مضادا للقيام فى أحد معنييه وكذا الركوع والركوع مع القعود يضاد كل واحد منهما الآخر بمعنى واحد وهو صفة النصف الاعلى واسم المعنيين يفوت بالكلية بوجود مضاد احد معنييه كالبلوغ واليتم فيفوت القيام بوجود القعود أو الركوع بالكلية ولهذا لو قال قائل ما قمت بل قعدت وما أدركت القيام بل أدركت الركوع لم يعد مناقضا فى كلامه وأما الحكم فلان ما صار القيام لاجله طاعة يفوت عند الجلوس بالكلية لان القيام انما صار طاعة لا لانتصاب نصفه الاعلى بل لانتصاب رجليه لما يلحق رجليه من المشقة وهو بالكلية يفوت عند الجلوس فثبت حقيقة

وحكما ان القيام يفوت عند الجلوس فصار الجلوس بدلا عنه والبدل عند العجز عن الأصل أو تعذر تحصيله يقوم مقام الأصل ولهذا جوزنا اقتداء الغاسل بالماسح لقيام المسح مقام الغسل فى حق تطهير الرجلين عند تعذر الغسل لكونه بدلا عنه فكان القعود من الامام بمنزلة القيام لو كان قادرا عليه فجعلت تحريمة الامام فى حق الامام منعقدة للقيام لانعقادها لما هو بدل القيام فصح بناء قيام المقتدى على تلك التحريمة بخلاف اقتداء القارئ بالامى لان هناك لم يوجد ما هو بدل القراءة بل سقطت أصلا فلم تنعقد تحريمة الامام للقراءة فلا يجوز بناء القراءة عليه اما ههنا لم يسقط القيام أصلا بل أقيم بدله مقامه ألا ترى انه لو اضطجع وهو قادر على القعود لا يجوز ولو كان القيام يسقط أصلا من غير بدل وذا ليس وقت وجوب القعود بنفسه كان ينبغى انه لو صلى مضطجعا يجوز وحيث لم يجز دل انه انما لا يجوز لسقوط القيام الى بدله وجعل بدله كانه عين القيام و بخلاف اقتداء الراكع الساجد بالمومئ لما مر أن الايماء ليس عين الركوع والسجود بل هو تحصيل بعض الركوع والسجود الا أنه ليس فيه كمال الركوع والسجود فلم تنعقد تحريمة الامام للفائت وهو الكمال فلم يمكن بناء كمال الركوع والسجود على تلك التحريمة وقد خرج الجواب عما ذكر من المعنى وما روى من الحديث كان فى الابتداء فانه روى ان النبى صلى الله عليه وسلم سقط عن فرس فجحش جنبه فلم يخرج أياما ودخل عليه أصحابه فوجدوه يصلى قاعدا فافتتحوا الصلاة خلفه قياما فلما رآهم على ذلك قال استنان بالفارس والروم وأمرهم بالقعود ثم نهاهم عن ذلك فقال لا يؤمن أحد بعدى جالسا ألا ترى انه تكلم فى الصلاة فقال استنان بفارس والروم وأمرهم بالقعود فدل ان ذلك كان فى الابتداء حين كان التكلم فى الصلاة مباحا ومار وينا آخر صلاة صلاها فانتسخ قوله السابق بفعله المتأخر وعلى هذا يخرج اقتداء المفترض بالمتنفل انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى ويجوز اقتداء المتنفل بالمفترض عند عامة العلماء خلافا لمالك (احتج) الشافعى بما روى جابر بن عبد الله ان معاذا كان يصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم العشاء ثم يرجع فيصليها بقومه فى بنى سلمة ومعاذ كان متنفلا وكان يصلى خلفه المفترضون ولان كل واحد منهم يصلى صلاة نفسه لا صلاة صاحبه لاستحالة أن يفعل العبد فعل غيره فيجوز فعل كل واحد منهما سواء وافق فعل أمامه أو خالفه ولهذا جاز اقتداء المتنفل بالمفترض (ولنا) ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى بالناس صلاة الخوف وجعل الناس طائفتين وصلى بكل طائفة شطر الصلاة لينال كل فريق فضيلة الصلاة خلفه ولو جاز اقتداء المفترض بالمتنفل لاتم الصلاة بالطائفة الاولى ثم نوى النفل وصلى بالطائفة الثانية لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه من غير الحاجة الى المشى وافعال كثيرة ليست من الصلاة ولان تحريمة الامام ما انعقدت لصلاة الفرض والفرضية وان لم تكن صفة زائدة على ذات الفعل فليست راجعة الى الذات ايضا بل هى من الاوصاف الاضافية على ما عرف فى موضعه فلم يصح البناء من المقتدى بخلاف اقتداء المتنفل بالمفترض لان النفلية ليست من باب الصفة بل هى عدم اذ النفل عبارة عن أصل لا وصف له فكانت تحريمة الامام منعقدة لما يبنى عليه المقتدى و زيادة فصح البناء وقد خرج الجواب عن معناه فان كل واحد منهما يصلى صلاة نفسه لانا نقول نعم لكن احداهما بناء على الاخرى وتعذر تحقيق معنى البناء وما روى من الحديث فليس فيه ان معاذا كان يصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم الفرض فيحتمل أنه كان ينوى النفل ثم يصلى بقومه الفرض ولهذا قال له صلى الله عليه وسلم لما بلغه طول قراءته اما ان تخفف بهم والا فاجعل صلاتك معنا على انه يحتمل انه كان فى الابتداء حين كان تكرار الفرض مشروعا و ينبنى على هذا الخلاف اقتداء البالغين بالصبيان فى الفرائض انه لا يجوز عندنا لان الفعل من الصبى لا يقع فرضا فكان اقتداء المفترض بالمتنفل وعند الشافعى يصح (واحتج) بما روى ان عمر بن سلمة كان يصلى بالناس وهو ابن تسع سنين ولا يحمل على صلاة التراويح لانها لم تكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بجماعة فدل انه كان فى الفرائض والجواب ان ذلك كان فى ابتداء الاسلام حين لم تكن صلاة المقتدى متعلقة بصلاة الامام على ما ذكرنا ثم نسخ واما فى التطوعات فقد روى عن محمد بن مقاتل الرازى انه أجاز ذلك فى التراويح والاصح ان

ذلك لا يجوز عندنا لا في الفريضة ولا في التطوع لان تحريمة الصبي انعقدت لنفل غير مضمون عليه بالافساد ونفل المقتدي البالغ مضمون عليه بالافساد فلا يصح البناء وينبغي للرجل ان يؤدب ولده على الطهارة والصلاة اذا عقلهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا ولا يفترض عليه الا بعد البلوغ ونذكر حد البلوغ في موضع آخر ان شاء الله تعالى ولو احتلم الصبي ليلا ثم انتبه قبل طلوع الفجر قضى صلاة العشاء بلا خلاف لانه حكم ببلوغه بالاحتلام وقد انتبه والوقت قائم فيلزمه أن يؤديها وان لم ينتبه حتى طلع الفجر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ليس عليه قضاء صلاة العشاء لانه وان بلغ بالاحتلام لكنه نائم فلا يتناوله الخطاب ولانه يحتمل انه احتلم بعد طلوع الفجر ويحتمل قبله فلا تلزمه الصلاة بالشك وقال بعضهم عليه صلاة العشاء لان النوم لا يمنع الوجوب ولانه اذا احتمل انه احتلم قبل طلوع الفجر واحتمل بعده فالقول بالوجوب أحوط وعلى هذا لا يجوز اقتداء مصلي الظهر بمصلي العصر ولا اقتداء من يصلي ظهرا بمن يصلي ظهر يوم غير ذلك اليوم عندنا لاختلاف سبب وجوب الصلاتين وصفتهما وذلك يمنع صحة الاقتداء لما مر وروي عن أفلح بن كثير أنه قال دخلت المدينة ولم أكن صليت الظهر فوجدت الناس في الصلاة فظننت انهم في الظهر فدخلت معهم ونويت الظهر فلما فرغوا علمت انهم كانوا في العصر فقمت وصليت الظهر ثم صليت العصر ثم خرجت فوجدت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرين فاخبرتهم بما فعلت فاستصوبوا ذلك وأمروا به فانعقد الاجماع من الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا وعلى هذا لا يجوز اقتداء الناذر بالناذر بان نذر رجلان كل واحد منهما أن يصلي ركعتين فاقتدى أحدهما بالآخر فيما نذر وكذا اذا شرع رجلان كل واحد منهما في صلاة التطوع وحده ثم أفسداها على نفسه حتى وجب عليه القضاء فاقتدى أحدهما بصاحبه لا يصح لان سبب وجوب الصلاتين مختلف وهو نذر كل واحد منهما وشروعه فاختلف الواجبان وتغايرا وذلك يمنع صحة الاقتداء لما بينا بخلاف اقتداء الحالف بالحالف حيث يصح لان الواجب هنالك تحقيق البر لا نفس الصلاة فبقيت كل واحدة من الصلاتين في حق نفسها نفلا فكان اقتداء المتنفل بالمتنفل فصح وكذا لو اشتركا في صلاة التطوع بان اقتدى احدهما بصاحبه فيها ثم أفسداها حتى وجب القضاء عليهما فاقتدى أحدهما بصاحبه في القضاء جاز لانها صلاة واحدة مشتركة بينهما فكان سبب الوجوب واحدا معنى فصح الاقتداء ثم اذا لم يصح الاقتداء عند اختلاف الفرضين فصلاة الامام جائزة كيفما كان لان صلاته غير متعلقة بصلاة المقتدي وأما صلاة المقتدي اذا فسدت عن الفرضية هل يصير شارعا في التطوع ذكر في باب الاذان انه يصير شارعا في النفل وذكر في زيادات الزيادات وفي باب الحدث ما يدل على انه لا يصير شارعا فانه ذكر في باب الحدث في الرجل اذا كان يصلي الظهر وقد نوى امامة النساء فجاءت امرأة واقتدت به فرضا آخر لم يصح اقتداؤها به ولا يصير شارعا في التطوع حتى لو حاذت الامام لم تفسد عليه صلاته فمن مشايخنا من قال في المسئلة روايتان ومنهم من قال ما ذكر في باب الاذان قول أبي حنيفة وأبي يوسف وما ذكر في باب الحدث قول محمد وجعلوه فرعية مسئلة وهي ان المصلي اذا لم يفرغ من الفجر حتى طلعت الشمس بقي في التطوع عندهما الا انه يمكث حتى ترتفع الشمس ثم يضم اليها ما يتمها فيكون تطوعا وعنده يصير خارجا من الصلاة بطلوع الشمس وكذا اذا كان في الظهر فتذكر انه نسي الفجر ينقلب ظهره تطوعا عندهما وعند محمد يصير خارجا من الصلاة وجه قول محمد انه نوى فرضا عليه ولم يظهر انه ليس عليه فرض فلا يلغو نية الفرض فمن حيث انه لم يلغ نية الفرض لم يصر شارعا في النفل ومن حيث انه يخالف فرضه فرض الامام لم يصح الاقتداء فلم يصر شارعا في الصلاة أصلا بخلاف ما اذا لم يكن عليه الفرض لان نية الفرض لغت أصلا كانه لم ينو وجه قولهما انه بنى أصل الصلاة ووصفها على صلاة الامام وبناء الاصل صح وبناء الوصف لم يصح فلغا بناء الوصف وبقي بناء الاصل وبطلان بناء الوصف لا يوجب بطلان بناء الاصل لاستغناء الاصل عن هذا الوصف فيصير هذا اقتداء المتنفل بالمفترض وانه جائز وذكر في النوادر عن محمد

في رجلين يصليان صلاة واحدة ونوى كل واحد منهما أن يؤم صاحبه فيها ان صلاتهما جائزة لأن صحة
صلاة الامام غير متعلقة بصلاة غيره فصار كل واحد منهما كالمنفرد في حق نفسه ولو اقتدى كل واحد منهما
بصاحبه فيها فصلاتهما فاسدة لان صلاة المقتدى متعلقة بصلاة الامام ولا امام ههنا (ومنها) أن لا يكون
المقتدى عند الاقتداء متقدما على امامه عندنا وقال مالك هذا ليس بشرط و يجزئه اذا أمكنه متابعة الامام وجه
قوله أن الاقتداء يوجب المتابعة في الصلاة والمكان ليس من الصلاة فلا يجب المتابعة فيه الا ترى أن الامام
يصلي عند الكعبة في مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام والقوم صف حول البيت ولا شك أن أكثرهم قبل
الامام (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم ليس مع الامام من تقدمه ولانه اذا تقدم الامام يشتبه عليه حاله أو
يحتاج الى النظر وراءه في كل وقت ليتابعه فلا يمكنه المتابعة ولان المكان من لوازمه الا ترى أنه اذا كان بينه
و بين الامام نهر أو طريق لم يصح الاقتداء لانعدام التبعية في المكان كذا هذا بخلاف الصلاة في الكعبة
لان وجهه اذا كان الى الامام لم تنقطع التبعية ولا يسمى قبله بل هما متقابلان كما اذا حاذى امامه وانما تتحقق
القبلية اذا كان ظهره الى الامام ولم يوجد وكذا لا يشتبه عليه حال الامام والمأموم (ومنها) اتحاد مكان
الامام والمأموم لان الاقتداء يقتضى التبعية في الصلاة والمكان من لوازم الصلاة فيقتضى التبعية في المكان
ضرورة وعند اختلاف المكان تنعدم التبعية في المكان فتنعدم التبعية في الصلاة لانعدام لازمها ولان
اختلاف المكان يوجب خفاء حال الامام على المقتدى فتتعذر عليه المتابعة التي هي معنى الاقتداء حتى انه لو كان
بينهما طريق عام يمر فيه الناس أو نهر عظيم لا يصح الاقتداء لان ذلك يوجب اختلاف المكانين عرفا مع اختلافهما
حقيقة فيمنع صحة الاقتداء واصله ماروى عن عمر رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال من كان بينه وبين الامام نهر أو طريق أو صف من النساء فلا صلاة له ومقدار الطريق العام ذكر
في الفتاوى أنه سئل أبو نصر محمد بن محمد بن سلام عن مقدار الطريق الذي يمنع صحة الاقتداء فقال مقدار ما تمر فيه
العجلة أو تمر فيه الاوقار وسئل أبو القاسم الصفار عنه فقال مقدار ما تمر فيه الجمل وأما النهر العظيم فما لا يمكن
العبور عليه الا بعلاج كالقنطرة ونحوها وذكر الامام السرخسي أن المراد من الطريق ما تمر فيه العجلة وما
وراء ذلك طريقة لا طريق والمراد بالنهر ما تجري فيه السفن وما دون ذلك بمنزلة الجدول لا يمنع صحة الاقتداء فان
كانت الصفوف متصلة على الطريق جاز الاقتداء لان اتصال الصفوف أخرجه من أن يكون ممر الناس فلم يبق
طريقا بل صار مصلى في حق هذه الصلاة وكذلك ان كان على النهر جسر وعليه صف متصل لما قلنا ولو كان
بينهما حائط ذكر في الاصل انه يجزئه وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجزئه وهذا في الحاصل على وجهين ان كان
الحائط قصيرا ذليلا بحيث يتمكن كل أحد من الركوب عليه كحائط المقصورة لا يمنع الاقتداء لان ذلك لا يمنع التبعية
في المكان ولا يوجب خفاء حال الامام ولو كان بين الصفين حائط ان كان طويلا وعريضا ليس فيه ثقب يمنع
الاقتداء وان كان فيه ثقب لا يمنع مشاهدة حال الامام لا يمنع بالاجماع وان كان كبيرا فان كان عليه باب
مفتوح أو خوخة فكذلك وان لم يكن عليه شئ من ذلك ففيه روايتان وجه الرواية الاولى التي قال لا يصح انه
يشتبه عليه حال امامه فلا يمكنه المتابعة وجه الرواية الأخرى الوجود وهو ما ظهر من عمل الناس في الصلاة بمكة
فان الامام يقف في مقام ابراهيم صلوات الله عليه وسلامه و بعض الناس يقفون وراء الكعبة من الجانب الآخر
فبينهم و بين الامام حائط الكعبة ولم يمنعهم أحد من ذلك فدل على الجواز ولو كان بينهما صف من النساء يمنع صحة
الاقتداء لما روينا من الحديث ولان الصف من النساء بمنزلة الحائط الكبير الذي ليس فيه فرجة وذا يمنع صحة
الاقتداء كذا هذا ولو اقتدى بالامام في أقصى المسجد والامام في المحراب جاز لان المسجد على تباعد أطرافه جعل
في الحكم كمكان واحد ولو وقف على سطح المسجد واقتدى بالامام فان كان وقوفه خلف الامام أو بحذائه اجزأه
لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه وقف على سطح واقتدى بالامام وهو في جوفه ولان سطح المسجد تبع

للمسجد وحكم التبع حكم الاصل فكانه في جوف المسجد وهذا اذا كان لا يشتبه عليه حال امامه فان كان يشتبه لا يجوز وان كان وقوفه متقدما على الامام لا يجزئه لانعدام معنى التبعية كما لو كان في جوف المسجد وكذلك لو كان على سطح بجنب المسجد متصل به ليس بينهما طريق فاقتدى به صح اقتداؤه عندنا وقال الشافعي لا يصح لانه ترك مكان الصلاة بالجماعة من غير ضرورة (ولنا) ان السطح اذا كان متصلا بسطح المسجد كان تبعا لسطح المسجد وتبع سطح المسجد في حكم المسجد فكان اقتداؤه وهو عليه كاقتدائه وهو في جوف المسجد اذا كان لا يشتبه عليه حال الامام ولو اقتدى خارج المسجد بامام في المسجد ان كانت الصفوف متصلة جاز والا فلا لان ذلك الموضع بحكم اتصال الصفوف يلتحق بالمسجد هذا اذا كان الامام يصلي في المسجد فاما اذا كان يصلي في الصحراء فان كانت الفرجة التي بين الامام والقوم قدر الصفين فصاعدا لا يجوز اقتداؤهم به لان ذلك بمنزلة الطريق العام أو النهر العظيم فيوجب اختلاف المكان وذكر في الفتاوى انه سئل أبو نصر عن امام يصلي في فلاة من الارض كم مقدار ما بينهما حتى يمنع صحة الاقتداء قال اذا كان مقدار ما لا يمكن ان يصطف فيه جازت صلاتهم فقيل له لو صلى في مصلى العيد قال حكمه حكم المسجد ولو كان الامام يصلي على دكان والقوم أسفل منه أو على القلب جاز ويكره (أما) الجواز فلان ذلك لا يقطع التبعية ولا يوجب خفاء حال الامام (وأما) الكراهة فلشبهة اختلاف المكان ولما نذكر في بيان ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته ان شاء الله تعالى وانفراد المقتدي خلف الامام عن الصف لا يمنع صحة الاقتداء عند عامة العلماء وقال أصحاب الحديث منهم أحمد بن حنبل يمنع (واحتجوا) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة لمنفرد خلف الصف وعن وابصة أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي في حجرة من الارض فقال أعد صلاتك فانه لا صلاة لمنفرد خلف الصف (ولنا) ما روى عن أنس ابن مالك رضي الله عنه أنه قال أقامني النبي صلى الله عليه وسلم واليتيم وراءه وأقام أمي أم سليم وراءنا جوز اقتداءها به عن انفرادها خلف الصفوف ودل الحديث على أن محاذاة المرأة مفسدة صلاة الرجل لانه أقامها خلفهما مع نهيه عن الانفراد خلف الصف فعلم أنه انما فعل صيانة لصلاتهما وروى أن أبا بكرة رضي الله عنه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم راكع فكبر وركع ودب حتى التحق بالصفوف فلما فرغ النبي من صلاته قال زادك الله حرصا ولا تعد وقال لا تعد جوز اقتداءه به خلف الصف والدليل عليه أنه لو تبين أن من بجنبه كان محدثا تجوز صلاته بالاجماع وان كان هو منفردا خلف الصف حقيقة والحديث محمول على نفي الكمال والامر بالاعادة شاذ ولو ثبت فيحتمل أنه كان بينه وبين الامام ما يمنع الاقتداء وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال في حجرة من الارض أي ناحية لكن الاولى عندنا أن يلتحق بالصف ان وجد فرجة ثم يكبر ويكره له الانفراد من غير ضرورة ووجه الكراهة نذكره في بيان ما يكره فعله في الصلاة ولو انفرد ثم مشى ليلتحق بالصف ذكر في الفتاوى عن محمد بن سلمة انه ان مشى في صلاته مقدار صف واحد لا تفسد وان مشى أكثر من ذلك فسدت وكذلك المسبوق اذا قام الى قضاء ما سبق به فتقدم حتى لا يمر الناس بين يديه انه ان مشى قدر صف لا تفسد صلاته وان كان أكثر من ذلك فسدت وهو اختيار الفقيه أبي الليث سواء كان في المسجد أو في الصحراء ومشى مقدار صف ووقف لا تفسد صلاته وقدر بعض أصحابنا بموضع سجوده وبعضهم بمقدار الصفين ان زاد على ذلك فسدت صلاته

﴿فصل﴾ وأما واجباتها فانواع بعضها قبل الصلاة وبعضها في الصلاة وبعضها عند الخروج من الصلاة وبعضها في حرمة الصلاة بعد الخروج منها (أما) الذي قبل الصلاة فاثنان أحدهما الاذان والاقامة والكلام في الاذان يقع في مواضع في بيان وجوبه في الجملة وفي بيان كيفيته وفي بيان سببه وفي بيان محل وجوبه وفي بيان وقته وفي بيان ما يجب على السامعين عند سماعه (أما) الاول فقد ذكر محمد ما يدل على الوجوب فانه قال ان أهل بلدة لو اجتمعوا على ترك الاذان لقاتلتهم عليه ولو تركه واحد ضربته وحبسته وانما يقاتل ويضرب

ويحبس على ترك الواجب وعامة مشايخنا قالوا انهما سنتان مؤكدتان لما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في قوم صلوا الظهر أو العصر في المصر بجماعة بغير أذان ولا اقامة فقد أخطؤا السنة وخالفوا وأثموا والقولان لا يتنافيان لان السنة المؤكدة والواجب سواء خصوصا السنة التي هي من شعائر الاسلام فلا يسع تركها ومن تركها فقد أساء لان ترك السنة المتواترة يوجب الاساءة وان لم تكن من شعائر الاسلام فهذا أولى الا ترى أن أبا حنيفة سماها سنة ثم فسرها بالواجب حيث قال اخطؤا السنة وخالفوا وأثموا والاثم انما يلزم بترك الواجب ودليل الوجوب حديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه الانصاري رضي الله تعالى عنه وهو الاصل في باب الاذان فانه روى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كان تفوتهم الصلاة مع الجماعة لاشتباه الوقت عليهم وأرادوا أن ينصبوا لذلك علامة قال بعضهم نضرب بالناقوس فكرهوا ذلك لمكان النصارى وقال بعضهم نضرب بالشبور فكرهوا ذلك لمكان اليهود وقال بعضهم نوقد نارا عظيمة فكرهوا ذلك لمكان المجوس فتفرقوا من غير رأى اجتمعوا عليه فدخل عبد الله بن زيد منزله فقدمت امرأته العشاء فقال ما أنا بآكل وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يهمهم أمر الصلاة الى أن قال كنت بين النائم واليقظان اذ رأيت نازلا نزل من السماء وعليه بردان أخضران وبيده ناقوس فقلت له أتبيع مني هذا الناقوس فقال ما تصنع به فقلت أذهب به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليضرب به لوقت الصلاة فقال ألا أدلك الى ماهو خير منه فقلت نعم فوقف على حذم حائط مستقبل القبلة وقال الله أكبر الاذان المعروف الى آخره قال ثم مكث هنيهة ثم قال مثل ذلك الا أنه زاد في آخره قد قامت الصلاة مرتين قال فلما أصبحت ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه لرؤيا حق فالقها الى بلال فانه أندى وأمد صوتا منك ومره ينادي به فلما سمع عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أذان بلال خرج من المنزل يجر ذيل ردائه فقال يارسول الله والذي بعثك بالحق لقد طاف بي الليلة مثل ما طاف بعبد الله الا أنه سبقني به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله وانه لاثبت فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله أن يلقي الاذان الى بلال ويأمره ينادي به ومطلق الامر لوجوب العمل وروى عن محمد بن الحنفية انه انكر ذلك ولا معنى للانكار فانه روى عن معاذ وعبد الله بن عباس وعبد الله ابن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا ان أصل الاذان رؤيا عبد الله بن زيد الانصاري رضي الله عنه وهذا لان أصل الاذان وان كان رؤيا عبد الله لكن النبي صلى الله عليه وسلم لما شهد بحقيقة رؤياه ثبت حقيقتها ولما أمره بأن يأمر بلالا ينادي به ثبت وجوبه لما بينا ولان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه في عمره في الصلوات المكتوبات ومواظبته دليل الوجوب مهما قام عليه دليل عدم الفرضية وقد قام ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان كيفية الاذان فهو على الكيفية المعروفة المتواترة من غير زيادة ولا نقصان عند عامة العلماء وزاد بعضهم ونقص البعض فقال مالك يختم الاذان بقوله الله أكبر اعتبارا للانتهاء بالابتداء (ولنا) حديث عبد الله بن زيد وفيه الختم بلا اله الا الله وأصل الاذان ثبت بحديثه فكذا قدره وما يروون فيه من الحديث فهو غريب فلا يقبل خصوصا فيما تعم به البلوى والاعتماد في مثله على المشهور وهو ما روينا وقال مالك يكبر في الابتداء مرتين وهو رواية عن أبي يوسف اعتبارا بكلمة الشهادتين حيث يؤتى بها مرتين (ولنا) حديث عبد الله بن زيد وفيه التكبير أربع مرات بصوتين وروى عن أبي محذورة مؤذن مكة انه قال علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان تسعة عشر كلمة والاقامة سبعة عشر كلمة وانما يكون كذلك اذا كان التكبير فيه مرتين وأما الاعتبار بالشهادتين فنقول كل تكبيرتين بصوت واحد عندنا فكأنهما كلمة واحدة فيأتي بهما مرتين كما يأتي بالشهادتين وقال الشافعي فيه ترجيع وهو أن يبتدئ المؤذن بالشهادتين فيقول أشهد أن لا اله الا الله مرتين أشهد أن محمدا رسول الله مرتين يخفض بهما صوته ثم يرجع اليهما ويرفع بهما صوته (واحتج) بحديث أبي محذورة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ارجع فمد بهما صوتك (ولنا) حديث عبد الله بن زيد وليس فيه

ترجيع وكذا لم يكن فى أذان بلال وابن أم مكتوم ترجيع (وأما) حديث أبى محذورة فقد كان فى ابتداء الاسلام فانه روى انه لما أذن وكان حديث العهد بالاسلام قال الله أكبر الله أكبر أربع مرات بصوتين ومد صوته فلما بلغ الى الشهادتين خفض بهما صوته بعضهم قالوا انما فعل ذلك مخافة الكفار وبعضهم قالوا انه كان جهورى الصوت وكان فى الجاهلية يجهر بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغ الى الشهادتين استحيى فخفض بهما صوته فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرك أذنه وقال ارجع وقل أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ومد بهما صوتك غيظا للكفار (وأما) الاقامة فمثنى مثنى عند عامة العلماء كالاذان وعند مالك والشافعى فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلاة فانه يقولها مرتين عند الشافعى (واحتجا) بما روى أنس بن مالك ان بلالا رضى الله عنه أمر أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة والظاهر ان الآمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولنا) حديث عبد الله بن زيد ان النازل من السماء أتى بالاذان ومكث هنيهة ثم قال مثل ذلك الا أنه زاد فى آخره مرتين قد قامت الصلاة وروينا فى حديث أبى محذورة والاقامة سبعة عشر كلمة وانما تكون كذلك اذا كانت مثنى وقال ابراهيم النخعى كان الناس يشفعون الاقامة حتى خرج هؤلاء يعنى بنى أمية فأفردوا الاقامة ومثله لا يكذب وأشار الى كون الافراد بدعة والحديث محمول على الشفع والايتار فى حق الصوت والنفس دون حقيقة الكلمة بدليل ماذكرنا والله أعلم (وأما) التثويب فالكلام فيه فى ثلاثة مواضع أحدها فى تفسير التثويب فى الشرع والثانى فى المحل الذى شرع فيه والثالث فى وقته (أما) الأول فقد ذكره محمد رحمه الله فى كتاب الصلاة قلت أرأيت كيف التثويب فى صلاة الفجر قال كان التثويب الأول بعد الأذان الصلاة خير من النوم فأحدث الناس هذا التثويب وهو حسن فسر التثويب وبين وقته ولم يفسر التثويب المحدث ولم يبين وقته وفسر ذلك فى الجامع الصغير وبين وقته فقال التثويب الذى يصنعه الناس بين الأذان والاقامة فى صلاة الفجر حى على الصلاة حى على الفلاح مرتين حسن وانما سماه محدثا لأنه أحدث فى زمن التابعين ووصفه بالحسن لأنهم استحسنوه وقد قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح (وأما) محل التثويب فمحل الاول هو صلاة الفجر عند عامة العلماء وقال بعض الناس بالتثويب فى صلاة العشاء أيضا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى فى القديم وأنكر التثويب فى الجديد رأسا وجه قوله الأول ان هذا وقت نوم وغفلة كوقت الفجر فيحتاج الى زيادة اعلام كما فى وقت الفجر وجه قوله الآخر ان أبا محذورة علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان تسعة عشر كلمة وليس فيها التثويب وكذا ليس فى حديث عبد الله بن زيد ذكر التثويب (ولنا) ما روى عبد الرحمن بن أبى ليلى عن بلال رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا بلال ثوب فى الفجر ولا تثوب فى غيرها فبطل به المذهبان جميعا وعن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه ان بلالا أتى النبى صلى الله عليه وسلم يؤذنه بالصلاة فوجده راقدا فقال الصلاة خير من النوم فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا اجعله فى أذانك وعن أنس ابن مالك رضى الله عنه أنه قال كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة خير من النوم وتعليم النبى صلى الله عليه وسلم أبا محذورة وتعليم الملك كان تعليم أصل الأذان لا ما يذكر فيه من زيادة الاعلام وما ذكروا من الاعتبار غير سديد لأن وقت الفجر وقت نوم وغفلة بخلاف غيره من الأوقات مع انه صلى الله عليه وسلم نهى عن النوم قبل العشاء وعن السمر بعدها فالظاهر هو التيقظ (وأما) التثويب المحدث فمحله صلاة الفجر أيضا ووقته ما بين الاذان والاقامة وتفسيره أن يقول حى على الصلاة حى على الفلاح على ما بين فى الجامع الصغير غير ان مشايخنا قالوا لا بأس بالتثويب المحدث فى سائر الصلوات لفرط غلبة الغفلة على الناس فى زماننا وشدة ركونهم الى الدنيا وتهاونهم بأمور الدين فصار سائر الصلوات فى زماننا مثل الفجر فى زمانهم فكان زيادة الاعلام من باب التعاون على البر والتقوى فكان مستحسنا ولهذا قال أبو يوسف لا أرى بأسا أن يقول المؤذن السلام عليك

أيها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله لاختصاصهم بزيادة شغل بسبب النظر في أمور الرعية فاحتاجوا الى زيادة اعلام انظارهم ثم التثويب في كل بلدة على مايتعارفونه اما بالتنحنح او بقوله الصلاة الصلاة أوقامت قامت أو بايك نماز بايك كما يفعل أهل بخارى لانه الاعلام والاعلام انما يحصل بما يتعارفونه (وأما) وقته فقد بينا وقت التثويب القديم والمحدث جميعا والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما بيان سنن الاذان فسنن الاذان في الاصل نوعان نوع يرجع الى نفس الاذان ونوع يرجع الى صفات المؤذن (أما) الذي يرجع الى نفس الاذان فانواع منها أن يجهر بالاذان فيرفع به صوته لان المقصود وهو الاعلام يحصل به الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن زيد علمه بلالا فانه أندى وأمد صوتا منك ولهذا كان الافضل أن يؤذن في موضع يكون أسمع للجيران كالمئذنة ونحوها ولا ينبغي أن يجهد نفسه لانه يخاف حدوث بعض العلل كالفتق وأشباه ذلك دل عليه ماروى ان عمر رضي الله عنه قال لابي محذورة أولمؤذن بيت المقدس حين رآه يجهد نفسه في الاذان اما تخشى أن ينقطع مريطاؤك وهو مابين السرة الى العانة وكذا يجهر بالاقامة لكن دون الجهر بالاذان لان المطلوب من الاعلام بها دون المقصود من الاذان (ومنها) أن يفصل بين كلمتي الاذان بسكتة ولا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلها كلاما واحدا لان الاعلام المطلوب من الاول لا يحصل الا بالفصل والمطلوب من الاقامة يحصل بدونه (ومنها) أن يترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنه اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر وفي رواية فاحذم وفي رواية فاحذف ولان الاذان لاعلام الغائبين بهجوم الوقت وذا في الترسل أبلغ والاقامة لاعلام الحاضرين بالشروع في الصلاة وانه يحصل بالحدر ولو ترسل فيهما أو حدر أجزأه لحصول أصل المقصود وهو الاعلام (ومنها) أن يرتب بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو قدم البعض على البعض ترك المقدم ثم يرتب ويؤلف ويعيد المقدم لانه لم يصادف محله فلغا وكذلك اذا ثوب بين الاذان والاقامة في الفجر فظن انه في الاقامة فاتمها ثم تذكر قبل الشروع في الصلاة فالافضل أن يأتي بالاقامة من أولها الى آخرها مراعاة للترتيب ودليل كون الترتيب سنة أن النازل من السماء رتب وكذا المروي عن مؤذني رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم رتبوا ولان الترتيب في الصلاة فرض والاذان شبيه بها فكان الترتيب فيه سنة (ومنها) أن يوالي بين كلمات الاذان والاقامة لان النازل من السماء والى وعليه عمل مؤذني رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى انه لو أذن فظن أنه الاقامة ثم علم بعدما فرغ فالافضل أن يعيد الاذان ويستقبل الاقامة مراعاة للموالاة وكذا اذا أخذ في الاقامة وظن أنه في الاذان ثم علم فالافضل أن يبتدئ الاقامة لما قلنا وعلى هذا اذا غشى عليه في الاذان والاقامة ساعة أو مات أو ارتد عن الاسلام ثم أسلم أو أحدث فذهب وتوضأ ثم جاء فالافضل هو الاستقبال لما قلنا والاولى له اذا أحدث في أذانه أو اقامته ان يتمهما ثم يذهب ويتوضأ ويصلي لان ابتداء الاذان والاقامة مع الحدث جائز فالبناء أولى ولو أذن ثم ارتد عن الاسلام فان شاؤا أعادوا لانه عبادة محضة والردة محبطة للعبادات فيصير ملحقا بالعدم وان شاؤا اعتدوا به لحصول المقصود وهو الاعلام وكذا يكره للمؤذن أن يتكلم في أذانه او اقامته لما فيه من ترك سنة الموالاة ولانه ذكر معظم كالخطبة فلا يسع ترك حرمته ويكره له رد السلام في الاذان لما قلنا وعن سفيان الثوري أنه لا بأس بذلك لانه فرض ولكنا نقول انه يحتمل التأخير الى الفراغ من الاذان (ومنها) أن يأتي بالاذان والاقامة مستقبل القبلة لان النازل من السماء هكذا فعل وعليه اجماع الامة ولو ترك الاستقبال يجزيه لحصول المقصود وهو الاعلام لكنه يكره لتركه السنة المتواترة الا أنه اذا انتهى الى الصلاة والفلاح حول وجهه يمينا وشمالا كذا فعل النازل من السماء ولان هذا خطاب للقوم فيقبل بوجهه اليهم اعلاما لهم كالسلام في الصلاة وقدماه مكانهما ليبقى مستقبل القبلة بالقدر الممكن كما في السلام في الصلاة ويحول وجهه مع بقاء البدن مستقبل القبلة كذا ههنا وان كان في الصومعة فان كانت ضيقة لزم مكانه لانعدام الحاجة الى الاستدارة وان كانت واسعة فاستدار فيها ليخرج رأسه من نواحيها فحسن لان الصومعة اذا كانت متسعة فالاعلام لا يحصل

بدون الاستدارة (ومنها) أن يكون التكبير جزما وهو قوله الله أكبر لقوله صلى الله عليه وسلم الأذان جزم (ومنها) ترك التلحين فى الأذان لما روى أن رجلا جاء الى ابن عمر رضى الله عنه فقال انى أحبك فى الله تعالى فقال ابن عمر انى أبغضك فى الله تعالى فقال لم قال لأنه بلغنى انك تغنى فى أذانك يعنى التلحين أما التفخيم فلا بأس به لانه احدى اللغتين (ومنها) الفصل فيما سوى المغرب بين الأذان والاقامة لان الاعلام المطلوب من كل واحد منهما لا يحصل الا بالفصل والفصل فيما سوى المغرب بالصلاة أو بالجلوس مسنون والوصل مكروه وأصله ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبلال اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر وفى رواية فاحذف وفى رواية فاجذم وليكن بين اذانك واقامتك مقدار ما يفرغ الآكل من أكله والشارب من شربه والمعتصر اذا دخل لقضاء حاجته ولا تقوموا فى الصف حتى ترونى ولان الاذان لاستحضار الغائبين فلابد من الامهال ليحضروا ثم لم يذكر فى ظاهر الرواية مقدار الفصل وروى الحسن عن أبى حنيفة فى الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية وفى الظهر قدر ما يصلى أربع ركعات يقرأ فى كل ركعة نحوا من عشر آيات وفى العصر مقدار ما يصلى ركعتين يقرأ فى كل ركعة نحوا من عشر آيات وفى المغرب يقوم مقدار ما يقرأ ثلاث آيات وفى العشاء كما فى الظهر وهذا ليس بتقدير لازم فينبغى أن يفعل مقدار ما يحضر القوم مع مراعاة الوقت المستحب وأما المغرب فلا يفصل فيها بالصلاة عندنا وقال الشافعى يفصل بركعتين خفيفتين اعتبارا بسائر الصلوات (ولنا) ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال بين كل أذانين صلاة لمن شاء الا المغرب وهذا نص ولان مبنى المغرب على التعجيل لما روى أبو أيوب الانصارى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لن تزال أمتى بخير مالم يؤخروا المغرب الى اشتباك النجوم والفصل بالصلاة تأخير لها فلا يفصل بالصلاة وهل يفصل بالجلوس قال أبو حنيفة لا يفصل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفصل بجلسة خفيفة كالجلسة التى بين الخطبتين وجه قولهما أن الفصل مسنون ولا يمكن بالصلاة فيفصل بالجلسة لاقامة السنة (ولابى) حنيفة أن الفصل بالجلسة تأخير للمغرب وانه مكروه ولهذا لم يفصل بالصلاة فبغيرها أولى ولأن الوصل مكروه وتأخير المغرب أيضا مكروه والتحرز عن الكراهتين يحصل بسكتة خفيفة وبالهيئة من الترسل والحذف والجلسة لا تخلو عن احدهما وهى كراهة التأخير فكانت مكروهة (وأما) الذى يرجع الى صفات المؤذن فانواع أيضا (منها) أن يكون رجلا فيكره أذان المرأة باتفاق الروايات لانها ان رفعت صوتها فقد ارتكبت معصية وان خفضت فقد تركت سنة الجهر ولأن أذان النساء لم يكن فى السلف فكان من المحدثات وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة ولو أذنت للقوم أجزأهم حتى لا تعاد لحصول المقصود وهو الاعلام وروى عن أبى حنيفة أنه يستحب الاعادة وكذا أذان الصبى العاقل وان كان جائزا حتى لا يعاد ذكر فى ظاهر الرواية لحصول المقصود وهو الاعلام لكن أذان البالغ أفضل لأنه فى مراعاة الحرمة أبلغ وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه قال أكره أن يؤذن من لم يحتلم لأن الناس لا يعتدون بأذانه وأما أذان الصبى الذى لا يعقل فلا يجزئ ويعاد لان ما يصدر لا عن عقل لا يعتد به كصوت الطيور (ومنها) أن يكون عاقلا فيكره أذان المجنون والسكران الذى لا يعقل لأن الأذان ذكر معظم وتأذينهما ترك لتعظيمه وهل يعاد ذكر فى ظاهر الرواية أحب الى أن يعاد لأن عامة كلام المجنون والسكران هذيان فربما يشتبه على الناس فلا يقع به الاعلام (ومنها) أن يكون تقيا لقول النبى صلى الله عليه وسلم الامام ضامن والمؤذن مؤتمن والأمانة لا يؤديها الا التقى (ومنها) ان يكون عالما بالسنة لقوله صلى الله عليه وسلم يؤمكم اقرؤكم ويؤذن لكم خياركم وخيار الناس العلماء ولأن مراعاة سنن الأذان لا يتأتى الا من العالم بها ولهذا ان أذان العبد والاعرابى وولد الزنا وان كان جائزا لحصول المقصود وهو الاعلام لكن غيرهم أفضل لان العبد لا يتفرغ لمراعاة الأوقات لاشتغاله بخدمة المولى ولان الغالب عليه الجهل وكذا الاعرابى وولد الزنا الغالب عليهما الجهل (ومنها) أن يكون عالما بأوقات الصلاة حتى كان البصير أفضل من الضرير لان الضرير لا علم له بدخول الوقت والاعلام بدخول الوقت ممن لا علم له بالدخول متعذر

لكن مع هذا لو أذن يجوز لحصول الاعلام بصوته وامكان الوقوف على المواقيت من قبل غيره فى الجملة وابن أم مكتوم كان مؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعمى (ومنها) أن يكون مواظبا على الاذان لان حصول الاعلام لاهل المسجد بصوت المواظب أبلغ من حصوله بصوت من لا عهد لهم بصوته فكان أفضل وان أذن السوقى لمسجد المحلة فى صلاة الليل وغيره فى صلاة النهار يجوز لان السوقى يحرج فى الرجوع الى المحلة فى وقت كل صلاة لحاجته الى الكسب (ومنها) أن يجعل أصبعيه فى أذنيه لقول النبى صلى الله عليه وسلم لبلال اذا أذنت فاجعل أصبعيك فى أذنيك فانه أندى لصوتك وأمد بين الحكم ونبه على الحكمة وهى المبالغة فى تحصيل المقصود وان لم يفعل أجزأه لحصول أصل الاعلام بدونه وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الاحسن أن يجعل أصبعيه فى أذنيه فى الاذان والاقامة وان جعل يديه على أذنيه فحسن وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه ان جعل احدى يديه على أذنه فحسن (ومنها) أن يكون المؤذن على الطهارة لانه ذكر معظم فاتيانه مع الطهارة أقرب الى التعظيم وان كان على غير طهارة بأن كان محدثا يجوز ولا يكره حتى لا يعاد فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يعاد ووجهه ان للاذان شبها بالصلاة ولهذا يستقبل به القبلة كما فى الصلاة ثم الصلاة لا تجوز مع الحدث فما هو شبيه بها يكره معه وجه ظاهر الرواية ماروى ان بلالا ربما أذن وهو على غير وضوء ولان الحدث لا يمنع من قراءة القرآن فاولى أن لا يمنع من الاذان وأن أقام وهو محدث ذكر فى الاصل وسوى بين الاذان والاقامة فقال ويجوز الاذان والاقامة على غير وضوء وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه قال أكره اقامة المحدث (والفرق) ان السنة وصل الاقامة بالشروع فى الصلاة فكان الفصل مكروها بخلاف الاذان ولا تعاد لان تكرارها ليس بمشروع بخلاف الاذان وأما الاذان مع الجنابة فيكره فى ظاهر الرواية حتى يعاد وعن أبى يوسف انه لا يعاد لحصول المقصود وهو الاعلام والصحيح جواب ظاهر الرواية لان أثر الجنابة ظهر فى الفم فيمنع من الذكر المعظم كما يمنع من قراءة القرآن بخلاف الحدث وكذا الاقامة مع الجنابة تكره لكنها لا تعاد لما مر (ومنها) أن يؤذن قائما اذا أذن للجماعة ويكره قاعدا لان النازل من السماء أذن قائما حيث وقف على حذم حائط وكذا الناس توارثوا ذلك فعلا فكان تاركه مسيأ لمخالفته النازل من السماء واجماع الخلق ولان تمام الاعلام بالقيام ويجزئه لحصول أصل المقصود وان أذن لنفسه قاعدا فلا بأس به لان المقصود مراعاة سنة الصلاة لا الاعلام وأما المسافر فلا بأس أن يؤذن راكبا لما روى ان بلالا رضى الله عنه ربما أذن فى السفر راكبا ولان له أن يترك الأذان أصلا فى السفر فكان له أن يأتى به راكبا بطريق الاولى وينزل للاقامة لما روى ان بلالا أذن وهو راكب ثم نزل وأقام على الأرض ولأنه لو لم ينزل لوقع الفصل بين الاقامة والشروع فى الصلاة بالنزول وانه مكروه واما فى الحضر فيكره الاذان راكبا فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه قال لا بأس به ثم المؤذن يختم الاقامة على مكانه أو يتمها ماشيا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يختمها على مكانه سواء كان المؤذن اماما أو غيره وكذا روى عن ابى يوسف وقال بعضهم يتمها ماشيا وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى انه اذا بلغ قوله قد قامت الصلاة فهو بالخيار ان شاء مشى وان شاء وقف اماما كان أو غيره وبه أخذ الشافعى والفقيه أبو الليث وماروى عن أبى يوسف رحمه الله أصح (ومنها) أن يؤذن فى مسجد واحد ويكره أن يؤذن فى مسجدين ويصلى فى أحدهما لانه اذا صلى فى المسجد الاول يكون متنفلا بالأذان فى المسجد الثانى والتنفل بالأذان غير مشروع ولان الأذان يختص بالمكتوبات وهو فى المسجد الثانى يصلى النافلة فلا ينبغى أن يدعو الناس الى المكتوبة وهو لا يساعدهم فيها (ومنها) ان من أذن فهو الذى يقيم وان أقام غيره فان كان يتأذى بذلك يكره لان اكتساب أذى المسلم مكروه وان كان لا يتأذى به لا يكره وقال الشافعى يكره تأذى به أو لم يتأذ (احتج) بما روى عن أخى صداى انه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا الى حاجة له فامرنى أن أؤذن فاذنت فجاء بلال وأراد أن يقيم فنهاه عن ذلك وقال ان أخا صداى هو الذى أذن ومن أذن فهو الذى يقيم (ولنا) ماروى ان عبد الله بن زيد لما قص الرؤيا على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لقنها بلالا فاذن بلال ثم أمر النبى صلى الله

عليه وسلم عبد الله بن زيد فأقام وروى ان ابن أم مكتوم كان يؤذن و بلال يقيم و ربما أذن بلال وأقام ابن ام مكتوم وتأويل ما رواه ان ذلك كان يشق عليه لانه روى انه كان حديث عهد بالاسلام وكان يحب الأذان والاقامة (ومنها) أن يؤذن محتسبا ولا يأخذ على الاذان والاقامة أجرا ولا يحل له أخذ الاجرة على ذلك لانه استئجار على الطاعة وذا لا يجوز لان الانسان في تحصيل الطاعة عامل لنفسه فلا يجوز له أخذ الاجرة عليه وعند الشافعي يحل له أن يأخذ على ذلك أجرا وهي من مسائل كتاب الاجارات وفي الباب حديث خاص وهو ما روى عن عثمان ابن أبي العاص رضي الله عنه انه قال آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصلي بالقوم صلاة أضعفهم وان أتخذ مؤذنا لا يأخذ عليه أجرا وان علم القوم حاجته فأعطوه شيأ من غير شرط فهو حسن لانه من باب البر والصدقة والمجازاة على احسانه بمكانهم وكل ذلك حسن والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان محل وجوب الاذان فالمحل الذي يجب فيه الاذان و يؤذن له الصلوات المكتوبة التي تؤدى بجماعة مستحبة في حال الاقامة فلا أذان ولا اقامة في صلاة الجنازة لانها ليست بصلاة على الحقيقة لوجود بعض ما يتركب منه الصلاة وهو القيام اذ لا قراءة فيها ولا ركوع ولا سجود ولا قعود فلم تكن صلاة على الحقيقة ولا أذان ولا اقامة في النوافل لان الاذان للاعلام بدخول وقت الصلاة والمكتوبات هي المختصة بأوقات معينة دون النوافل ولان النوافل تابعة للفرائض فجعل أذان الأصل أذانا للتبع تقديرا ولا أذان ولا اقامة في السنن لما قلنا ولا أذان ولا اقامة في الوتر لانه سنة عندهما فكان تبعا للعشاء فكان تبعا لها في الاذان كسائر السنن وعند أبي حنيفة واجب والواجب غير المكتوبة والاذان من خواص المكتوبات ولا أذان ولا اقامة في صلاة العيدين وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء لانها ليست بمكتوبة ولا أذان ولا اقامة في جماعة النسوان والصبيان والعبيد لان هذه الجماعة غير مستحبة وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على النساء أذان ولا اقامة ولانه ليس عليهن الجماعة فلا يكون عليهن الاذان والاقامة والجمعة فيها أذان واقامة لانها مكتوبة تؤدى بجماعة مستحبة ولان فرض الوقت هو الظهر عند بعض أصحابنا والجمعة قائمة مقامه وعند بعضهم الفرض هو الجمعة ابتداء وهي آكد من الظهر حتى وجب ترك الظهر لاجلها ثم انهما وجبا لاقامة الظهر فالجمعة أحق ثم الاذان المعتبر يوم الجمعة هو ما يؤتى به اذا صعد الامام المنبر وتجب الاجابة والاستماع له دون الذي يؤتى به على المنارة وهذا قول عامة العلماء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لان الاعلام يقع به والصحيح قول العامة لما روى عن السائب بن يزيد انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى عهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أذانا واحدا حين يجلس الامام على المنبر فلما كانت خلافة عثمان رضي الله عنه وكثر الناس أمر عثمان رضي الله عنه بالاذان الثاني على الزوراء وهي المنارة وقيل اسم موضع بالمدينة وصلاة العصر بعرفة تؤدى مع الظهر في وقت الظهر باذان واحد ولا يراعى للعصر أذان على حدة لانها شرعت في وقت الظهر في هذا اليوم فكان أذان الظهر واقامته عنهما جميعا وكذلك صلاة المغرب مع العشاء بمزدلفة يكتفى فيهما باذان واحد لما ذكرنا الا ان في الجمع الاول يكتفى باذان واحد لكن باقامتين وفي الثاني يكتفى باذان واحد واقامة واحدة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر باذان واحد واقامتين كما في الجمع الاول وعند الشافعي باذانين واقامة واحدة لما نذكر في كتاب المناسك ان شاء الله تعالى ولو صلى الرجل في بيته وحده ذكر في الاصل اذا صلى الرجل في بيته واكتفى باذان الناس واقامتهم أجزأه وان أقام فهو حسن لانه ان عجز عن تحقق الجماعة بنفسه فلم يعجز عن التشبه فيندب الى أن يؤدي الصلاة على هيئة الصلاة بالجماعة ولهذا كان الافضل أن يجهر بالقراءة في صلوات الجهر وان ترك ذلك واكتفى باذان الناس واقامتهم أجزأه لما روى أن عبد الله بن مسعود صلى بعلقمة والاسود بغير أذان ولا اقامة وقال يكفينا أذان الحي واقامتهم أشار الى أن أذان الحي واقامتهم وقع لكل واحد من أهل الحي الا ترى ان على كل واحد منهم أن يحضر مسجد الحي وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في قوم صلوا في

المصر في منزل أو في مسجد منزل فاخبر وا باذان الناس واقامتهم أجزأهم وقد أساؤا بتركهما فقد فرق بين الجماعة والواحد لان أذان الحي يكون أذانا للافراد ولا يكون أذانا للجماعة هذا في المقيمين وأما المسافرون فالافضل لهم أن يؤذنوا ويقيموا ويصلوا بجماعة لان الاذان والاقامة من لوازم الجماعة المستحبة والسفر لم يسقط الجماعة فلا يسقط ماهو من لوازمها فان صلوا بجماعة وأقاموا وتركوا الاذان أجزأهم ولا يكره ويكره لهم ترك الاقامة بخلاف أهل المصر اذا تركوا الاذان وأقاموا انه يكره لهم ذلك لان السفر سبب الرخصة وقد أثر في سقوط شطر فجاز أن يؤثر في سقوط أحد الاذانين الا ان الاقامة آكد ثبوتا من الاذان فيسقط شطر الاذان دون الاقامة وأصله ماروى عن على رضى الله عنه انه قال المسافر بالخيار ان شاء أذن وأقام وان شاء أقام ولم يؤذن ولم يوجد في حق أهل المصر سبب الرخصة ولان الاذان للاعلام بهجوم وقت الصلاة ليحضروا والقوم في السفر حاضرون فلم يكره تركه لحصول المقصود بدونه بخلاف الحضر لأن الناس لتفرقهم واشتغالهم بانواع الحرف والمكاسب لا يعرفون بهجوم الوقت فيكره ترك الاعلام في حقهم بالاذان بخلاف الاقامة فانها للاعلام بالشروع في الصلاة وذا لا يختلف في حق المقيمين والمسافرين وأما المسافر اذا كان وحده فان ترك الأذان فلا بأس به وان ترك الاقامة يكره والمقيم اذا كان يصلى في بيته وحده فترك الأذان والاقامة لا يكره (والفرق) ان أذان أهل المحلة يقع أذانا لكل واحد من أهل المحلة فكانه وجد الأذان منه في حق نفسه تقديرا فاما في السفر فلم يوجد الأذان والاقامة للمسافر من غيره غير انه سقط الأذان في حقه رخصة وتيسيرا فلا بد من الاقامة ولو صلى في مسجد باذان واقامة هل يكره أن يؤذن ويقام فيه ثانيا فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مسجد اله أهل معلوم أو لم يكن فان كان له أهل معلوم فان صلى فيه غير أهله باذان واقامة لا يكره لأهله أن يعيدوا الأذان والاقامة وان صلى فيه أهله باذان واقامة أو بعض أهله يكره لغير أهله وللباقين من اهله ان يعيدوا الأذان والاقامة وعند الشافعي لا يكره وان كان مسجدا ليس له اهل معلوم بان كان على شوارع الطريق لا يكره تكرار الأذان والاقامة فيه وهذه المسئلة بناء على مسئلة أخرى وهي ان تكرار الجماعة في مسجد واحد هل يكره فهو على ماذكرنا من التفصيل والاختلاف وروى عن أبي يوسف انه انما يكره اذا كانت الجماعة الثانية كثيرة فاما اذا كانوا ثلاثة أو أربعة فقاموا في زاوية من زوايا المسجد وصلوا بجماعة لا يكره وروى عن محمد انه انما يكره اذا كانت الثانية على سبيل التداعى والاجتماع فأما اذا لم يكن فلا يكره (احتج) الشافعي بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بجماعة في المسجد فلما فرغ من صلاته دخل رجل وأراد أن يصلى وحده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يتصدق على هذا الرجل فقال أبو بكر رضى الله عنه أنا يارسول الله فقام وصلى معه وهذا أمر بتكرار الجماعة وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليأمر بالمنكر ولان قضاء حق المسجد واجب كما يجب قضاء حق الجماعة حتى ان الناس لو صلوا بجماعة في البيوت وعطلوا المساجد أثموا وخوصموا يوم القيامة بتركهم قضاء حق المسجد ولو صلوا فرادى في المساجد أثموا بتركهم الجماعة والقوم الآخرون ماقضوا حق المسجد فيجب عليهم قضاء حقه باقامة الجماعة فيه ولا يكره والدليل عليه أنه لا يكره في مساجد قوارع الطرق كذا هذا (ولنا) ماروى عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من بيته ليصلح بين الأنصار لتشاجر بينهم فرجع وقد صلى في المسجد بجماعة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم في منزل بعض أهله فجمع أهله فصلى بهم جماعة ولو لم يكره تكرار الجماعة في المسجد لما تركها رسول الله صلى الله عليه وسلم مع علمه بفضل الجماعة في المسجد وروى عن أنس بن مالك رضى الله عنه ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا اذا فاتتهم الجماعة صلوا في المسجد فرادى ولان التكرار يؤدى الى تقليل الجماعة لان الناس اذا علموا انهم تفوتهم الجماعة فيستعجلون فتكثر الجماعة واذا علموا أنها لا تفوتهم يتأخرون فتقل الجماعة وتقليل الجماعة مكروه بخلاف المساجد التى على قوارع الطرق لانها ليست لها أهل معروفون فاداء الجماعة فيها مرة بعد أخرى لا يؤدى الى تقليل الجماعات وبخلاف ما اذا صلى فيه غير أهله لانه لا يؤدى الى تقليل الجماعة لان أهل

المسجد ينتظرون أذان المؤذن المعروف فيحضرون حينئذ ولان حق المسجد لم يقض بعد لان قضاء حقه على أهله الاترى أن المرمة ونصب الامام والمؤذن عليهم فكان عليهم قضاؤه ولا عبرة بتقليل الجماعة الاولين لان ذلك مضاف اليهم حيث لم ينتظر وا حضور أهل المسجد بخلاف أهل المسجد لان انتظارهم ليس بواجب عليهم ولا حجة له فى الحديث لانه أمر واحد وذا لا يكره وانما المكروه ماكان على سبيل التداعى والاجتماع بل هو حجة عليه لانه لم يأمر أكثر من الواحد مع حاجتهم الى احراز الثواب وماذكر من المعنى غير سديد لان قضاء حق المسجد على وجه يؤدى الى تقليل الجماعة مكروه ويستوى فى وجوب مراعاة الاذان والاقامة الأداء والقضاء وجملة الكلام فيه انه لايخلواما ان كانت الفائتة من الصلوات الخمس واما ان كانت صلاة الجمعة فان كانت من الصلوات الخمس فان فاته صلاة واحدة قضاها باذان واقامة وكذا اذا فاتت الجماعة صلاة واحدة قضوها بالجماعة باذان واقامة وللشافعى قولان فى قول يصلى بغير اذان واقامة وفى قول يصلى بالاقامة لاغير (احتج) بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما شغل عن أربع صلوات يوم الاحزاب قضاهن بغير اذان ولا اقامة وروى فى قصة ليلة التعريس أن النبى صلى الله عليه وسلم ارتحل من ذلك الوادى فلما ارتفعت الشمس أمر بلالا فاقام وصلوا ولم يأمره بالأذان ولأن الأذان للاعلام بدخول الوقت ولا حاجة ههنا الى الاعلام به (ولنا) ماروى أبو قتادة الانصارى رضى الله عنه فى حديث ليلة التعريس فقال كنت مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة أو سرية فلما كان فى آخر السحر عرسنا فما استيقظنا حتى ايقظنا حر الشمس فجعل الرجل منا يثب دهشا وفزعا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ارتحلوا من هذا الوادى فانه وادى شيطان فارتحلنا ونزلنا بواد آخر فلما ارتفعت الشمس وقضى القوم حوائجهم أمر بلالا بان يؤذن فاذن وصلينا ركعتين ثم أقام فصلينا صلاة الفجر وهكذا روى عمران بن حصين هذه القصة وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حين شغلهم الكفار يوم الاحزاب عن أربع صلوات قضاهن فامر بلالا أن يؤذن ويقيم لكل واحدة منهن حتى قالوا أذن وأقام وصلى الظهر ثم أذن وأقام وصلى العصر ثم أذن وأقام وصلى المغرب ثم أذن وأقام وصلى العشاء ولان القضاء على حسب الاداء وقد فاتتهم الصلاة باذان واقامة فتقضى كذلك ولا تعلق له بحديث التعريس والاحزاب لان الصحيح انه أذن هناك وأقام على ماروينا وأما اذا فاتته صلوات فان أذن لكل واحدة وأقام فحسن وان أذن وأقام للاولى واقتصر على الاقامة للبواقى فهو جائز وقد اختلفت الروايات فى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوات التى فاتته يوم الخندق فى بعضها أنه أمر بلالا فاذن وأقام لكل صلاة على ماروينا وفى بعضها انه أذن وأقام للاولى ثم أقام لكل صلاة بعدها وفى بعضها انه اقتصر على الاقامة لكل صلاة ولاشك أن الاخذ برواية الزيادة أولى خصوصا فى باب العبادات وان فاتته صلاة الجمعة صلى الظهر بغير أذان ولا اقامة لان الاذان والاقامة للصلاة التى تؤدى بجماعة مستحبة وأداء الظهر بجماعة يوم الجمعة مكروه فى المصر كذا روى عن على رضى الله عنه

﴿فصل﴾ وأما بيان وقت الاذان والاقامة فوقتهما ماهو وقت الصلوات المكتوبات حتى لو أذن قبل دخول الوقت لايجزئه ويعيده اذا دخل الوقت فى الصلوات كلها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقد قال أبو يوسف أخيرا لا بأس بان يؤذن للفجر فى النصف الأخير من الليل وهو قول الشافعى (واحتجا) بما روى سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه رضى الله عنه أن بلالا كان يؤذن بليل وفى رواية قال لايغرنكم أذان بلال عن السحور فانه يؤذن بليل ولان وقت الفجر مشتبه وفى مراعاته بعض الحرج بخلاف سائر الصلوات (ولأبى) حنيفة ومحمد ماروى شداد مولى عياض بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لبلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يده عرضا ولان الأذان شرع للاعلام بدخول الوقت والاعلام بالدخول قبل الدخول كذب وكذا هو من باب الخيانة فى الأمانة والمؤذن مؤتمن على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا لم يجز فى سائر الصلوات ولان الاذان قبل الفجر

يؤدى الى الضرر بالناس لان ذلك وقت نومهم خصوصا فى حق من تهجد فى النصف الاول من الليل فربما يلتبس الأمر عليهم وذلك مكروه وروى أن الحسن البصرى كان اذا سمع من يؤذن قبل طلوع الفجر قال علوج فراغ لا يصلون الا فى الوقت لو أدركهم عمر لأدبهم و بلال رضى الله عنه ما كان يؤذن بليل لصلاة الفجر بل لمعان أخر لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يمنعكم من السحور أذان بلال فانه يؤذن بليل ليوقظ نائمكم ويرد قائمكم ويتسحر صائمكم فعليكم بأذان ابن أم مكتوم وقد كانت الصحابة رضى الله عنهم فرقتين فرقة يتهجدون فى النصف الاول من الليل وفرقة فى النصف الأخير وكان الفاصل أذان بلال والدليل على أن أذان بلال كان لهذه المعانى لا لصلاة الفجر ان ابن أم مكتوم كان يعيده ثانيا بعد طلوع الفجر وما ذكر من المعنى غير سديد لان الفجر الصادق المستطير فى الافق مستبين لا اشتباه فيه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجب على السامعين عند الأذان فالواجب عليهم الاجابة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أربع من الجفاء من بال قائما ومن مسح جبهته قبل الفراغ من الصلاة ومن سمع الأذان ولم يجب ومن سمع ذكرى ولم يصل على والاجابة أن يقول مثل ما قال المؤذن لقول النبى صلى الله عليه وسلم من قال مثل ما يقول المؤذن غفر الله ما تقدم من ذنبه وما تأخر فيقول مثل ما قاله الا فى قوله حى على الصلاة حى على الفلاح فانه يقول مكانه لا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم لان اعادة ذلك تشبه المحاكاة والاستهزاء وكذا اذا قال المؤذن الصلاة خير من النوم لا يعيده السامع لما قلنا ولكنه يقول صدقت وبررت أو ما يؤجر عليه ولا ينبغى أن يتكلم السامع فى حال الأذان والاقامة ولا يشتغل بقراءة القرآن ولا بشئ من الاعمال سوى الاجابة ولو كان فى القراءة ينبغى أن يقطع ويشتغل بالاستماع والاجابة كذا قالوا فى الفتاوى والله أعلم (والثانى) الجماعة والكلام فيها فى مواضع فى بيان وجوبها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من تنعقد به وفى بيان ما يفعله فائت الجماعة وفى بيان من يصلح للامامة فى الجملة وفى بيان من يصلح لها على التفصيل وفى بيان من هو أحق وأولى بالامامة وفى بيان مقام الامام والمأموم وفى بيان ما يستحب للامام أن يفعله بعد الفراغ من الصلاة (أما) الاول فقد قال عامة مشايخنا انها واجبة وذكر الكرخى انها سنة (واحتج) بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة وفى رواية بخمس وعشرين درجة جعل الجماعة لاحراز الفضيلة وذا آية السنن وجه قول العامة الكتاب والسنة وتوارث الامة أما الكتاب فقوله تعالى واركعوا مع الراكعين أمر الله تعالى بالركوع مع الراكعين وذلك يكون فى حال المشاركة فى الركوع فكان أمرا باقامة الصلاة بالجماعة ومطلق الامر لوجوب العمل (وأما) السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لقد هممت أن آمر رجلا يصلى بالناس فأنصرف الى أقوام تخلفوا عن الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بترك الواجب (وأما) توارث الامة فلان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا واظبت عليها وعلى النكير على تاركها والمواظبة على هذا الوجه دليل الوجوب وليس هذا اختلافا فى الحقيقة بل من حيث العبارة لان السنة المؤكدة والواجب سواء خصوصا ما كان من شعائر الاسلام الا ترى أن الكرخى سماها سنة ثم فسرها بالواجب فقال الجماعة سنة لا يرخص لأحد التأخر عنها الا لعذر وهو تفسير الواجب عند العامة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من تجب عليه الجماعة فالجماعة انما تجب على الرجال العاقلين الاحرار القادرين عليها من غير حرج فلا تجب على النساء والصبيان والمجانين والعبيد والمقعد ومقطوع اليد والرجل من خلاف والشيخ الكبير الذى لا يقدر على المشى والمريض (أما) النساء فلأن خروجهن الى الجماعات فتنة (وأما) الصبيان والمجانين فلعدم أهلية وجوب الصلاة فى حقهم وأما العبيد فلرفع الضرر عن مواليهم بتعطيل منافعهم المستحقة وأما المقعد ومقطوع اليد والرجل من خلاف والشيخ الكبير فلانهم لا يقدرون على المشى والمريض لا يقدر

عليه الا بحرج (وأما) الاعمى فاجمعوا على أنه اذا لم يجد قائدا لا تجب عليه وان وجد قائدا فكذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تجب والمسئلة مع حججها تأتي في كتاب الحج ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان من تنعقد به الجماعة فاقل من تنعقد به الجماعة اثنان وهو أن يكون مع الامام واحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم الاثنان فما فوقهما جماعة ولان الجماعة مأخوذة من معنى الاجتماع وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان وسواء كان ذلك الواحد رجلا أو امرأة أو صبيا يعقل لان النبي صلى الله عليه وسلم سمى الاثنين مطلقا جماعة ولحصول معنى الاجتماع بانضمام كل واحد من هؤلاء الى الامام وأما المجنون والصبي الذي لا يعقل فلا عبرة بهما لانهما ليسا من أهل الصلاة فكانا ملحقين بالعدم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يفعله بعد فوات الجماعة فلا خلاف في أنه اذا فاتته الجماعة لا يجب عليه الطلب في مسجد آخر لكنه كيف يصنع ذكر في الاصل انه اذا فاتته الجماعة في مسجد حيه فان أتى مسجدا آخر يرجو ادراك الجماعة فيه فحسن وان صلى في مسجد حيه فحسن لحديث الحسن قال كانوا اذا فاتتهم الجماعة فمنهم من يصلي في مسجد حيه ومنهم من يتبع الجماعة أراد به الصحابة رضي الله عنهم ولان في كل جانب مراعاة حرمة وترك أخرى ففي أحد الجانبين مراعاة حرمة مسجده وترك الجماعة وفي الجانب الآخر مراعاة فضيلة الجماعة وترك حق مسجده فاذا تعذر الجمع بينهما مال الى أيهما شاء وذكر القدوري انه اذا فاتته الجماعة جمع باهله في منزله وان صلى وحده جاز لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه خرج من المدينة الى صلح بين حيين من أحياء العرب فانصرف منه وقد فرغ الناس من الصلاة فمال الى بيته وجمع باهله في منزله وفي هذا الحديث دليل على سقوط الطلب اذ لو وجب لكان أولى الناس به رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الشيخ الامام السرخسي أن الاولى في زماننا انه اذا لم يدخل مسجده أن يتبع الجماعة وان دخل مسجده صلى فيه

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للامامة في الجملة فهو كل عاقل مسلم حتى تجوز امامة العبد والاعرابي والاعمى وولد الزنا والفاسق وهذا قول العامة وقال مالك لا تجوز الصلاة خلف الفاسق ووجه قوله ان الامامة من باب الأمانة والفاسق خائن ولهذا لا شهادة له لكون الشهادة من باب الامانة (ولنا) ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا خلف من قال لا اله الا الله وقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر والحديث والله أعلم وان ورد في الجمع والاعياد لتعلقهما بالامراء وأكثرهم فساق لكنه بظاهره حجة فيما نحن فيه اذ العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وكذا الصحابة رضي الله عنهم كابن عمر وغيره والتابعون اقتدوا بالحجاج في صلاة الجمعة وغيرها مع انه كان أفسق أهل زمانه حتى كان عمر بن عبد العزيز يقول لو جاءت كل أمة بخبيثها وجئنا بأبي محمد لغلبناهم وأبو محمد كنية الحجاج وروي عن أبي سعيد مولى بني أسيد انه قال عرست فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر وحذيفة وأبو سعيد الخدري فحضرت الصلاة فقدموني فصليت بهم وانا يومئذ عبد وفي رواية قال فتقدم أبو ذر ليصلي بهم فقيل له أتتقدم وأنت في بيت غيرك فقدموني فصليت بهم وأنا يومئذ عبد وهذا حديث معروف أورده محمد في كتاب المأذون وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم على الصلاة بالمدينة حين خرج الى بعض الغزوات وكان أعمى ولان جواز الصلاة متعلق باداء الاركان وهؤلاء قادرون عليها الا ان غيرهم أولى لان مبنى الامامة على الفضيلة ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤم غيره ولا يؤمه غيره وكذا كل واحد من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم في عصره ولان الناس لا يرغبون في الصلاة خلف هؤلاء فتؤدي امامتهم الى تقليل الجماعة وذلك مكروه ولأن مبنى اداء الصلاة على العلم والغالب على العبد والاعرابي وولد الزنا الجهل اما العبد فلانه لا يتفرغ عن خدمة مولاه ليتعلم العلم وقال الشافعي اذا ساوى العبد غيره في العلم والورع كان هو وغيره سواء ولا تكون الصلاة خلف غيره أحب الى (واحتج) بحديث أبي سعيد مولى بني أسيد وذا يدل على الجواز ولا كلام فيه وتقليل الجماعة وانتقاص

فضيلته

فضيلته عن فضيلة الاحرار يوجبان الكراهة وكذا الغالب على الاعرابي الجهل قال الله تعالى الاعراب أشد كفرا ونفاقا واجدر أن لا يعلموا حدود ما أنزل الله على رسوله والاعرابي هو البدوي وانه اسم ذم والعربي اسم مدح وكذا ولد الزنا الغالب من حاله الجهل لفقده من يؤدبه ويعلمه معالم الشريعة ولان الامامة أمانة عظيمة فلا يتحملها الفاسق لانه لا يؤدي الامانة على وجهها والاعمى يوجهه غيره الى القبلة فيصير في أمر القبلة مقتديا بغيره وربما يميل في خلال الصلاة عن القبلة ألا ترى الى ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان يمتنع عن الامامة بعد ما كف بصره ويقول كيف أؤمكم وأنتم تعدلونني ولانه لا يمكنه التوقي عن النجاسات فكان البصير أولى الا اذا كان في الفضل لا يوازيه في مسجده غيره فحينئذ يكون أولى ولهذا استخلف النبي صلى الله عليه وسلم ابن أم مكتوم رضي الله عنه وامامة صاحب الهوى والبدعة مكروهة نص عليه أبو يوسف في الامالي فقال أكره أن يكون الامام صاحب هوى وبدعة لان الناس لا يرغبون في الصلاة خلفه وهل تجوز الصلاة خلفه قال بعض مشايخنا ان الصلاة خلف المبتدع لا تجوز وذكر في المنتقى رواية عن أبي حنيفة انه كان لا يرى الصلاة خلف المبتدع والصحيح انه ان كان هوى يكفره لا تجوز وان كان لا يكفره تجوز مع الكراهة وكذا المرأة تصلح للامامة في الجملة حتى لو أمت النساء جاز وينبغي أن تقوم وسطهن لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها أمت نسوة في صلاة العصر وقامت وسطهن وأمت أم سلمة نساء وقامت وسطهن ولان مبنى حالهن على الستر وهذا أستر لها الا ان جماعتهن مكروهة عندنا وعند الشافعي مستحبة كجماعة الرجال ويروى في ذلك أحاديث لكن تلك كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت بعد ذلك ولا يباح للشواب منهن الخروج الى الجماعات بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه انه نهى الشواب عن الخروج ولان خروجهن الى الجماعة سبب الفتنة والفتنة حرام وما أدى الى الحرام فهو حرام وأما العجائز فهل يباح لهن الخروج الى الجماعات فنذكر الكلام فيه في موضع آخر وكذا الصبي العاقل يصلح اماما في الجملة بان يؤم الصبيان في التراويح وفي امامته البالغين فيها اختلاف المشايخ على ما مر فاما المجنون والصبي الذي لا يعقل فليسا من أهل الامامة أصلا لانهما ليسا من أهل الصلاة

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للامامة على التفصيل فكل من صح اقتداء الغير به في صلاة يصلح اماما له فيها ومن لا فلا وقد مر بيان شرائط صحة الاقتداء والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان من هو أحق بالامامة وأولى بها فالحر أولى بالامامة من العبد والتقي أولى من الفاسق والبصير أولى من الاعمى وولد الرشدة أولى من ولد الزنا وغير الاعرابي من هؤلاء أولى من الاعرابي لما قلنا ثم أفضل هؤلاء أعلمهم بالسنة وأفضلهم ورعا وأقرؤهم لكتاب الله تعالى وأكبرهم سنا ولا شك ان هذه الخصال اذا اجتمعت في انسان كان هو أولى لما بينا ان بناء أمر الامامة على الفضيلة والكمال والمستجمع فيه هذه الخصال من أكمل الناس اما العلم والورع وقراءة القرآن فظاهر واما كبر السن فلان من امتد عمره في الاسلام كان أكثر طاعة ومداومة على الاسلام فاما اذا تفرقت في أشخاص فأعلمهم بالسنة أولى اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة وذكر في كتاب الصلاة وقدم الاقرأ فقال ويؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله وأعلمهم بالسنة وأفضلهم ورعا وأكبرهم سنا والاصل فيه ما روي عن أبي مسعود الانصاري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا سواء فأكبرهم سنا فان كانوا سواء فأحسنهم خلقا فان كانوا سواء فاصبحهم وجها ثم من المشايخ من أجرى الحديث على ظاهره وقدم الاقرأ لان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ به والاصح ان الاعلم بالسنة اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة فهو أولى كذا ذكر في آثار أبي حنيفة لافتقار الصلاة بعد هذا القدر من القراءة الى العلم ليتمكن به من تدارك ما عسى ان يعرض في الصلاة من العوارض وافتقار القراءة أيضا الى العلم بالخطأ المفسد للصلاة فيها فلذلك كان الاعلم أفضل حتى قالوا ان الاعلم اذا كان ممن يجتنب الفواحش الظاهرة

والاقرأ أورع منه فالاعلم أولى الا ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم الاقرأ في الحديث لان الاقرأ في ذلك الزمان كان أعلم لتلقيهم القرآن بمعانيه وأحكامه فاما في زماننا فقد يكون الرجل ماهرا في القرآن ولا حظ له من العلم فكان الاعلم أولى فان استووا في العلم فاورعهم لان الحاجة بعد العلم والقراءة بقدر ما يتعلق به الجواز الى الورع أشد قال النبي صلى الله عليه وسلم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي وانما قدم أقدمهم هجرة في الحديث لان الهجرة كانت فريضة يومئذ ثم نسخت بقوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح فيقدم الاورع لتحصل به الهجرة عن المعاصي فان استووا في الورع فاقرؤهم لكتاب الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم أهل القرآن أهل الله وخاصته فان استووا في القراءة فاكبرهم سنا لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فان كانوا فيه سواء فاحسنهم خلقا لان حسن الخلق من باب الفضيلة ومبنى الامامة على الفضيلة فان كانوا فيه سواء فاحسنهم وجها لان رغبة الناس في الصلاة خلفه أكثر وبعضهم قالوا معنى قوله في الحديث أحسنهم وجها أي أكثرهم خبرة بالامور يقال وجه هذا الامر كذا وقال بعضهم أي أكثرهم صلاة بالليل كما جاء في الحديث من كثر صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار ولا حاجة الى هذا التكلف لان الحمل على ظاهره ممكن لما بينا ان ذلك من أحد دواعي الاقتداء فكانت امامته سببا لتكثير الجماعة فكان هو أولى ويكره للرجل أن يؤم الرجل في بيته الا باذنه لما روينا من حديث أبي سعيد مولى بني أسيد ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته أخيه الا باذنه فانه أعلم بعورات بيته وفي رواية في بيته ولان في التقدم عليه ازدراء به بين عشائره وأقاربه وذا لا يليق بمكارم الاخلاق ولو أذن له لا بأس به لان الكراهة كانت لحقه وذكر محمد في غير رواية الاصول ان الضيف اذا كان ذا سلطان جاز له أن يؤم بدون الاذن لان الاذن لمثل هذا الضيف ثابت دلالة وانه كالاذن نصا وأما اذا كان الضيف سلطانا فحق الامامة له حيثما يكون وليس للغير ان يتقدم عليه الا باذنه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان مقام الامام والمأموم فنقول اذا كان سوى الامام ثلاثة يتقدمهم الامام لعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل الامة بذلك وروى عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه قال ان جدتي مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم الى طعام فقال صلى الله عليه وسلم قوموا الاصلي بكم فاقامني واليتيم من ورائه وأمي أم سليم من ورائنا ولان الامام ينبغي أن يكون بحال يمتاز بها عن غيره ولا يشتبه على الداخل ليمكنه الاقتداء به ولا يتحقق ذلك الا بالتقدم ولو قام في وسطهم أو في ميمنة الصف أو في ميسرته جاز وقد أساء أما الجواز فلان الجواز يتعلق بالاركان وقد وجدت وأما الاساءة فلترك السنة المتواترة وجعل نفسه بحال لا يمكن الداخل الاقتداء به وفيه تعريض اقتدائه للفساد ولذلك اذا كان سواه اثنان يتقدمهما في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يتوسطهما لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه صلى بعلقمة والاسود وقام وسطهما وقال هكذا صنع بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولنا) ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بانس واليتيم وأقامهما خلفه وهو مذهب علي وابن عمر رضي الله عنهما وأما حديث ابن مسعود فهذه الزيادة وهي قوله هكذا صنع بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ترو في عامة الروايات فلم يثبت وبقي مجرد الفعل وهو محمول على ضيق المكان كذا قال ابراهيم النخعي وهو كان أعلم الناس بأحوال عبد الله ومذهبه ولو ثبتت الزيادة فهي أيضا محمولة على هذه الحالة أي هكذا صنع بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ضيق المكان على أن الاحاديث ان تعارضت وجب المصير الى المعقول الذي لاجله يتقدم الامام وهو ما ذكرنا أنه يتقدم لئلا يشتبه حاله وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه غير أن ههنا لو قام الامام وسطهما لا يكره لورود الاثر وكون التأويل من باب الاجتهاد وان كان مع الامام رجل واحد أو صبي يعقل الصلاة يقف عن يمين الامام لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال بت عند خالتي ميمونة لاراقب صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرأ آخر آل عمران ان في خلق السموات والارض الايات ثم قام الى شن

معلق فى الهواء فتوضأ وافتتح الصلاة فتوضأت ووقفت عن يساره فأخذ باذنى وفى رواية بذؤابتى وأدارنى خلفه حتى أقامنى عن يمينه فعدت الى مكانى فاعادنى ثانيا وثالثا فلما فرغ قال مامنعك ياغلام أن تثبت فى الموضع الذى أوقفتك فيه فقلت أنت رسول الله ولا ينبغى لاحد أن يساويك فى الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم فقهه فى الدين وعلمه التأويل فاعادة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه الى الجانب الايمن دليل على أن المختار هو الوقوف على يمين الامام اذا كان معه رجل واحد وكذا روى عن حذيفة رضى الله عنه أنه قام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فحوله وأقامه عن يمينه ثم اذا وقف عن يمينه لا يتأخر عن الامام فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه ينبغى أن تكون أصابعه عند عقب الامام وهو الذى وقع عند العوام ولو كان المقتدى أطول من الامام وكان سجوده قدام الامام لم يضره لان العبرة لموضع الوقوف لا لموضع السجود كالو وقف فى الصف ووقع سجوده أمام الامام لطوله ولو وقف عن يساره جاز لان الجواز متعلق بالاركان الا ترى أن ابن عباس وحذيفة رضى الله عنهما وقفا فى الابتداء عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جوز اقتداءهما به ولكنه يكره لانه ترك المقام المختار له ولهذا حول رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عباس وحذيفة ولو وقف خلفه جاز لما مر وهل يكره لم يذكر محمد الكراهة نصا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكره لان الواقف خلفه أحد الجانبين منه على يمينه فلا يتم اعراضه عن السنة بخلاف الواقف على يساره وقال بعضهم يكره لانه يصير فى معنى المنفرد خلف الصف وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لا صلاة لمنتبذ خلف الصفوف وأدنى درجات النهى هو الكراهة وانما نشأ هذا الاختلاف عن اشارة محمد فانه قال وان صلى خلفه جازت صلاته وكذلك ان وقف عن يسار الامام وهو مسىء فمنهم من صرف جواب الاساءة الى آخر الفعلين ذكرا ومنهم من صرفه اليهما جميعا وهو الصحيح لانه عطف أحدهما على الآخر بقوله وكذلك ثم أثبت الاساءة فينصرف اليهما واذا كان مع الامام امرأة أقامها خلفه لان محاذاتها مفسدة وكذلك لو كان معه خنثى مشكل لاحتمال انه امرأة ولو كان معه رجل وامرأة أو رجل وخنثى أقام الرجل عن يمينه والمرأة والخنثى خلفه ولو كان معه رجلان وامرأة أو خنثى أقام الرجلين خلفه والمرأة أو الخنثى خلفهما ولو اجتمع الرجال والنساء والصبيان والخناثى والصبيات المراهقات فارادوا أن يصطفوا للجماعة يقوم الرجال صفا مما يلى الامام ثم الصبيان بعدهم ثم الخناثى ثم الاناث ثم الصبيات المراهقات وكذلك الترتيب فى الجنائز اذا اجتمعت وفيها جنازة الرجل والصبى والخنثى والانثى والصبية المراهقة وكذلك القتلى اذا جمعت فى حفيرة واحدة عند الحاجة على مانذكر ذلك فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأفضل) مكان المأموم اذا كان رجلا حيث يكون أقرب الى الامام لقول النبى صلى الله عليه وسلم خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها واذا تساوت المواضع فى القرب الى الامام فعن يمينه أولى لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن فى الامور واذا قاموا فى الصفوف تراصوا وسووا بين مناكبهم لقوله صلى الله عليه وسلم تراصوا والصقوا المناكب بالمناكب.

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستحب للامام أن يفعله عقيب الفراغ من الصلاة فنقول اذا فرغ الامام من الصلاة فلا يخلو اما ان كانت صلاة لا تصلى بعدها سنة أو كانت صلاة تصلى بعدها سنة فان كانت صلاة لا تصلى بعدها سنة كالفجر والعصر فان شاء الامام قام وان شاء قعد فى مكانه يشتغل بالدعاء لانه لا تطوع بعد هاتين الصلاتين فلا بأس بالقعود الا أنه يكره المكث على هيئته مستقبل القبلة لما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا فرغ من الصلاة لا يمكث فى مكانه الا مقدار أن يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام وروى جلوس الامام فى مصلاه بعد الفراغ مستقبل القبلة بدعة ولان مكثه يوهم الداخل انه فى الصلاة فيقتدى به فيفسد اقتداؤه فكان المكث تعريضا لفساد اقتداء غيره به فلا يمكث ولكنه يستقبل القوم بوجهه ان شاء ان لم يكن بحذائه أحد يصلى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا فرغ من صلاة

الفجر استقبل بوجهه أصحابه وقال هل رأى أحدكم رؤيا كانه كان يطلب رؤيا فيها بشرى بفتح مكة فان كان
بحذائه أحد يصلي لا يستقبل القوم بوجهه لان استقبال الصورة الصورة في الصلاة مكروه لما روى أن عمر رضي
الله عنه رأى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال للمصلي أتستقبل الصورة وللآخر أتستقبل المصلي
بوجهك وان شاء انحرف لان بالانحراف يزول الاشتباه كما يزول بالاستقبال ثم اختلف المشايخ في كيفية الانحراف
قال بعضهم ينحرف الى يمين القبلة تبركا بالتيامن وقال بعضهم ينحرف الى اليسار ليكون يساره الى اليمين وقال
بعضهم هو مخير ان شاء انحرف يمنة وان شاء يسرة وهو الصحيح لان ما هو المقصود من الانحراف وهو زوال
الاشتباه يحصل بالامرين جميعا (وان) كانت صلاة بعدها سنة يكره له المكث قاعدا وكراهة القعود مروية
عن الصحابة رضي الله عنهم روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا اذا فرغا من الصلاة قاما كأنهما على
الرضف ولان المكث يوجب اشتباه الامر على الداخل فلا يمكث ولكن يقوم و يتنحى عن ذلك المكان ثم يتنفل
لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيعجز أحدكم اذا فرغ من صلاته أن
يتقدم أو يتأخر وعن ابن عمر رضي الله عنه انه كره للامام أن يتنفل في المكان الذي أم فيه ولان ذلك يؤدي الى
اشتباه الامر على الداخل فينبغي أن يتنحى ازالة للاشتباه أو استكثارا من شهوده على ما روي أن مكان المصلي
يشهد له يوم القيامة (وأما) المأمومون فبعض مشايخنا قالوا لا حرج عليهم في ترك الانتقال لانعدام الاشتباه على
الداخل عند معاينة فراغ مكان الامام عنه وروي عن محمد انه قال يستحب للقوم أيضا أن ينقضوا الصفوف
و يتفرقوا ليزول الاشتباه على الداخل المعاين الكل في الصلاة البعيد عن الامام وللمار و ينا من حديث أبي
هريرة رضي الله عنه (وأما) الذي هو في الصلاة فنوعان نوع هو أصلي ونوع هو عارض ثبت وجوبه بسبب عارض

﴿فصل﴾ أما الواجبات الأصلية في الصلاة فستة منها قراءة الفاتحة والسورة في صلاة ذات ركعتين وفي الاوليين
من ذوات الاربع والثلاث حتى لو تركهما أو أحدهما فان كان عامدا كان مسيأ وان كان ساهيا يلزمه سجود السهو
وهذا عندنا وقال الشافعي قراءة الفاتحة على التعيين فرض حتى لو تركها أو حرفا منها في ركعة لا تجوز صلاته وقال
مالك قراءتهما على التعيين فرض (احتجا) بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة لمن لم يقرأ
فاتحة الكتاب وروي لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها أو قال وشيء معها ولان النبي صلى الله عليه
وسلم واظب على قراءتهما في كل صلاة فيدل على الفرضية (ولنا) قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن أمر
بمطلق القراءة من غير تعيين فتعيين الفاتحة فرضا أو تعيينهما نسخ الاطلاق ونسخ الكتاب بالخبر
المتواتر لا يجوز عند الشافعي فكيف يجوز بخبر الواحد فقبلنا الحديث في حق الوجوب عملا حتى تكره ترك
قراءتهما دون الفرضية عملا بهما بالقدر الممكن كيلا يضطر الى رده لوجوب رده عند معارضة الكتاب ومواظبة
النبي صلى الله عليه وسلم على فعل لا يدل على فرضيته فانه كان يواظب على الواجبات والله أعلم (ومنها) الجهر
بالقراءة فيما يجهر وهو الفجر والمغرب والعشاء في الاوليين والمخافتة فيما يخافت وهو الظهر والعصر اذا كان اماما
والجملة فيه أنه لا يخلو اما أن يكون اماما أو منفردا فان كان اماما يجب عليه مراعاة الجهر فيما يجهر وكذا في كل صلاة
من شرطها الجماعة كالجمعة والعيدين والتراويح ويجب عليه المخافتة فيما يخافت وانما كان كذلك لان القراءة
ركن يتحمله الامام عن القوم فعلا فيجهر ليتأمل القوم و يتفكروا في ذلك فتحصل ثمرة القراءة وفائدتها للقوم
فتصير قراءة الامام قراءة لهم تقديرا كأنهم قرؤا وثمرة الجهر تفوت في صلاة النهار لان الناس في الاغلب يحضرون
الجماعات في خلال الكسب والتصرف والانتشار في الارض فكانت قلوبهم متعلقة بذلك فيشغلهم ذلك عن حقيقة
التأمل فلا يكون الجهر مفيدا بل يقع تسبيبا الى الاثم بترك التأمل وهذا لا يجوز بخلاف صلاة الليل لان الحضور اليها
لا يكون في خلال الشغل و بخلاف الجمعة والعيدين لانه يؤدي في الاحايين مرة على هيئة مخصوصة من الجمع العظيم
وحضور السلطان وغير ذلك فيكون ذلك مبعثة على احضار القلب والتأمل ولان القراءة من أركان الصلاة

والاركان فى الفرائض تؤدى على سبيل الشهرة دون الاخفاء ولهذا كان النبى صلى الله عليه وسلم يجهر فى الصلوات كلها فى الابتداء الى أن قصد الكفار أن لا يسمعوا القرآن وكادوا يلغون فيه فخافت النبى صلى الله عليه وسلم بالقراءة فى الظهر والعصر لانهم كانوا مستعدين للاذى فى هذين الوقتين ولهذا كان يجهر فى الجمعة والعيدين لانه أقامهما بالمدينة وما كان للكفار بالمدينة قوة الاذى ثم وان زال هذا العذر بقيت هذه السنة كالرمل فى الطواف ونحوه ولانه واظب على المخافتة فيهما فى عمره فكانت واجبة ولانه وصف صلاة النهار بالعجماء وهى التى لا تبين ولا يتحقق هذا الوصف لها الا بترك الجهر فيها وكذا واظب على الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت وذلك دليل الوجوب وعلى هذا عمل الامة ويخفى القراءة فيما سوى الاوليين لان الجهر صفة القراءة المفروضة والقراءة ليست بفرض فى الاخريين لما بينا فيما تقدم واذا ثبت هذا فنقول اذا جهر الامام فيما يخافت أو خافت فيما يجهر فان كان عامدا يكون مسيأ وان كان ساهيا فعليه سجود السهو لانه وجب عليه اسماع القوم فيما يجهر واخفاء القراءة عنهم فيما يخافت وترك الواجب عمدا يوجب الاساءة وسهوا يوجب سجود السهو وان كان منفردا فان كانت صلاة يخافت فيها بالقراءة خافت لا محالة وهو رواية الاصل وذكر أبو يوسف فى الاملاء ان زاد على ما يسمع أذنيه فقد أساء وذكر عصام بن أبى يوسف فى مختصره وأثبت له خيار الجهر والمخافتة استدلالا بعدم وجوب السهو عليه اذا جهر والصحيح رواية الاصل لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء من غير فصل ولان الامام مع حاجته الى اسماع غيره يخافت فالمنفرد أولى ولو جهر فيها بالقراءة فان كان عامدا يكون مسيأ كذا ذكر الكرخى فى صلاته وان كان ساهيا لا سهو عليه نص عليه فى باب السهو بخلاف الامام (والفرق) ان سجود السهو يجب لجبر النقصان والنقصان فى صلاة الامام أكثر لان اساءته أبلغ لانه فعل شيئين نهى عنهما أحدهما انه رفع صوته فى غير موضع الرفع والثانى انه أسمع من أمر بالاخفاء عنه والمنفرد رفع صوته فقط فكان النقصان فى صلاته أقل وما وجب لجبر الاعلى لا يجب لجبر الادنى وان كانت صلاة يجهر فيها بالقراءة فهو بالخيار ان شاء جهر وان شاء خافت وذكر الكرخى ان شاء جهر بقدر ما يسمع أذنيه ولا يزيد على ذلك وذكر فى عامة الروايات مفسرا انه بين خيارات ثلاث ان شاء جهر وأسمع غيره وان شاء جهر وأسمع نفسه وان شاء أسر القراءة أما كون له أن يجهر فلان المنفرد امام فى نفسه وللامام أن يجهر وله أن يخافت بخلاف الامام لأن الامام يحتاج الى الجهر لاسماع غيره والمنفرد يحتاج الى اسماع نفسه لا غير وذلك يحصل بالمخافتة وذكر فى رواية أبى حفص الكبير ان الجهر أفضل لأن فيه تشبيها بالجماعة والمنفرد ان عجز عن تحقيق الصلاة بجماعة لم يعجز عن التشبه ولهذا اذا أذن وأقام كان أفضل هذا فى الفرائض واما فى التطوعات فان كان فى النهار يخافت وان كان فى الليل فهو بالخيار ان شاء خافت وان شاء جهر والجهر أفضل لأن النوافل أتباع الفرائض والحكم فى الفرائض كذلك حتى لو كان بجماعة كما فى التراويح يجب الجهر ولا يتخير فى الفرائض وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا صلى بالليل سمعت قراءته من وراء الحجاب وروى ان النبى صلى الله عليه وسلم مر بأبى بكر رضى الله عنه وهو يتهجد بالليل ويخفى القراءة ومر بعمر وهو يتهجد و يجهر بالقراءة ومر ببلال وهو يتهجد و ينتقل من سورة الى سورة فلما أصبحوا غدوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل كل واحد منهم عن حاله فقال أبو بكر رضى الله عنه كنت أسمع من أناجى وقال عمر رضى الله عنه كنت أوقظ الوسنان وأطرد الشيطان وقال بلال رضى الله عنه كنت أنتقل من بستان الى بستان فقال النبى صلى الله عليه وسلم يا أبا بكر ارفع من صوتك قليلا و يا عمر اخفض من صوتك قليلا و يا بلال اذا افتتحت سورة فأتمها ثم المنفرد اذا خافت وأسمع أذنيه يجوز بلا خلاف لوجود القراءة بيقين اذ السماع بدون القراءة لا يتصور وأما اذا صحح الحروف بلسانه وأداها على وجهها ولم يسمع أذنيه ولكن وقع له العلم بتحريك اللسان وخروج الحروف من مخارجها فهل تجوز صلاته اختلف فيه ذكر الكرخى أنه يجوز وهو قول أبى بكر البلخى المعروف بالأعمش وعن الشيخ أبى القاسم الصفار والفقيه أبى جعفر الهندوانى

والشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل البخارى انه لا يجوز مالم يسمع نفسه وعن بشر بن غياث المريسى انه قال ان كان بحال لو أدنى رجل صماخ أذنيه الى فيه سمع كفى والا فلا ومنهم من ذكر فى المسئلة خلافا بين أبى يوسف ومحمد فقال على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز وجه قول الكرخى ان القراءة فعل اللسان وذلك بتحصيل الحروف ونظمها على وجه مخصوص وقد وجد فاما اسماعه نفسه فلا عبرة به لأن السماع فعل الأذنين دون اللسان ألا ترى ان القراءة نجدها تتحقق من الأصم وان كان لا يسمع نفسه وجه قول الفريق الثانى ان مطلق الأمر بالقراءة ينصرف الى المتعارف وقدر ما لا يسمعه ولو كان سميعا لم يعرف قراءة وجه قول بشر ان الكلام فى العرف اسم لحروف منظومة دالة على ما فى ضمير المتكلم وذلك لا يكون الا بصوت مسموع وما قاله الكرخى أقيس وأصح وذكر فى كتاب الصلاة اشارة اليه فانه قال ان شاء قرأ وان شاء جهر وأسمع نفسه ولو لم يحمل قوله قرأ فى نفسه على اقامة الحروف لأدى الى التكرار والاعادة الخالية عن الافادة ولا عبرة بالعرف فى الباب لان هذا أمر بينه وبين ربه فلا يعتبر فيه عرف الناس وعلى هذا الخلاف كل حكم تعلق بالنطق من البيع والنكاح والطلاق والعتاق والايلاء واليمين والاستثناء وغيرها والله أعلم (ومنها) الطمأنينة والقرار فى الركوع والسجود وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الطمأنينة مقدار تسبيحة واحدة فرض وبه أخذ الشافعى حتى لو ترك الطمأنينة جازت صلاته عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف والشافعى لا تجوز ولم يذكر هذا الخلاف فى ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى فى نوادره وعلى هذا الخلاف اذا ترك القومة التى بعد الركوع والقعدة التى بين السجدتين وروى الحسن عن أبى حنيفة فيمن لم يقم صلبه فى الركوع ان كان الى القيام أقرب منه الى تمام الركوع لم يجزه وان كان الى تمام الركوع أقرب منه الى القيام أجزأه اقامة للأكثر مقام الكل ولقب المسئلة ان تعديل الأركان ليس بفرض عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف والشافعى فرض (احتجا) بحديث الاعرابى الذى دخل المسجد وأخف الصلاة فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قم فصل فانك لم تصل هكذا ثلاث مرات فقال يا رسول الله لم استطع غير ذلك فعلمنى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم اذا أردت الصلاة فتطهر كما أمرك الله تعالى واستقبل القبلة وقل الله أكبر واقرأ ما معك من القرآن ثم اركع حتى يطمئن كل عضو منك ثم ارفع رأسك حتى تستقيم قائما فالاستدلال بالحديث من ثلاثة أوجه أحدها انه أمره بالاعادة والاعادة لا تجب الا عند فساد الصلاة وفسادها بفوات الركن والثانى انه نفى كون المؤدى صلاة بقوله فانك لم تصل والثالث انه أمره بالطمأنينة ومطلق الأمر للفرضية وأبو حنيفة ومحمد احتجا لنفى الفرضية بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا أمر بمطلق الركوع والسجود والركوع فى اللغة هو الانحناء والميل يقال ركعت النخلة اذا مالت الى الأرض والسجود هو التطأطؤ والخفض يقال سجدت النخلة اذا تطأطأت وسجدت الناقة اذا وضعت جرانها على الأرض وخفضت رأسها للرعى فاذا أتى بأصل الانحناء والوضع فقد امتثل لاتيانه بما ينطلق عليه الاسم فاما الطمأنينة فدوام على أصل الفعل والامر بالفعل لا يقتضى الدوام واما حديث الاعرابى فهو من الآحاد فلا يصلح ناسخا للكتاب ولكن يصلح مكملا فيحمل أمره بالاعتدال على الوجوب ونفيه الصلاة على نفى الكمال وتمكن النقصان الفاحش الذى يوجب عدمها من وجه وأمره بالاعادة على الوجوب جبرا للنقصان أو على الزجر عن المعاودة الى مثله كالامر بكسر دنان الخمر عند نزول تحريمها تكميلا للغرض على ان الحديث حجة عليهما فان النبى صلى الله عليه وسلم مكن الاعرابى من المضى فى الصلاة فى جميع المرات ولم يأمره بالقطع فلو لم تكن تلك الصلاة جائزة لكان الاشتغال بها عبثا اذ الصلاة لا يمضى فى فاسدها فينبغى أن لا يمكنه منه ثم الطمأنينة فى الركوع واجبة عند أبى حنيفة ومحمد كذا ذكره الكرخى حتى لو تركها ساهيا يلزمه سجود السهو وذكر أبو عبد الله الجرجانى انها سنة حتى لا يجب سجود السهو بتركها ساهيا وكذا القومة التى بين الركوع والسجود والقعدة التى بين السجدتين والصحيح ما ذكره الكرخى لان الطمأنينة من باب اكمال الركن واكمال الركن واجب كاكمال القراءة بالفاتحة ألا ترى ان النبى صلى الله عليه وسلم

ألحق صلاة الاعرابى بالعدم والصلاة انما يقضى عليها بالعدم اما لانعدامها أصلا بترك الركن أو بانتقاصها بترك الواجب فتصير عدما من وجه فاما ترك السنة فلا يلتحق بالعدم لانه لا يوجب نقصانا فاحشا ولهذا يكره تركها أشد الكراهة حتى روى عن أبى حنيفة انه قال أخشى أن لا تجوز صلاته (ومنها) القعدة الاولى للفصل بين الشفعين حتى لو تركها عامدا كان مسيأ ولو تركها ساهيا يلزمه سجود السهو لان النبى صلى الله عليه وسلم واظب عليها فى جميع عمره وذا يدل على الوجوب اذا قام دليل عدم الفرضية وقد قام ههنا لانه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قام الى الثالثة فسبح به فلم يرجع ولو كانت فرضا لرجع وأكثر مشايخنا يطلقون اسم السنة عليها اما لان وجوبها عرف بالسنة فعلا أو لان السنة المؤكدة فى معنى الواجب ولان الركعتين أدنى ما يجوز من الصلاة فوجبت القعدة فاصلة بينهما وبين ما يليهما والله أعلم (ومنها) التشهد فى القعدة الاخيرة وعند الشافعى فرض وجه قوله ان النبى صلى الله عليه وسلم واظب عليه فى جميع عمره وهذا دليل الفرضية وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه قال كنا نقول قبل أن يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فالتفت الينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قولوا التحيات لله أمرنا بالتشهد بقوله قولوا ونص على فرضيته بقوله قبل أن يفرض التشهد (ولنا) قول النبى صلى الله عليه وسلم للاعرابى اذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتك أثبت تمام الصلاة عند مجرد القعدة ولو كان التشهد فرضا لما ثبت التمام بدونه دل انه ليس بفرض لكنه واجب بمواظبة النبى صلى الله عليه وسلم ومواظبته دليل الوجوب فيما قام دليل على عدم فرضيته وقد قام ههنا وهو ما ذكرنا فكان واجبا لا فرضا والله أعلم والأمر فى الحديث يدل على الوجوب دون الفرضية لانه خبر واحد وانه يصلح للوجوب لا للفرضية وقوله قبل أن يفرض أى قبل أن يقدر على هذا التقدير المعروف اذ الفرض فى اللغة التقدير (ومنها) مراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال فى الصلاة وهو السجدة لمواظبة النبى صلى الله عليه وسلم على مراعاة الترتيب فيه وقيام الدليل على عدم فرضيته على ما ذكرنا حتى لو ترك السجدة الثانية من الركعة الاولى ثم تذكرها فى آخر صلاته سجد المتروكة وسجد للسهو بترك الترتيب لانه ترك الواجب الاصلى ساهيا فوجب سجود السهو والله الموفق (واما) الذى ثبت وجوبه فى الصلاة بعارض فنوعان أيضا أحدهما سجود السهو والآخر سجود التلاوة (اما) سجود السهو فالكلام فيه فى مواضع فى بيان وجوبه وفى بيان سبب الوجوب وفى بيان ان المتروك من الافعال والاذكار ساهيا هل يقضى أم لا وفى بيان محل السجود وفى بيان قدر سلام السهو وصفته وفى بيان عمله انه يبطل التحريمة أم لا وفى بيان من يجب عليه سجود السهو ومن لا يجب عليه (أما) الاول فقد ذكر الكرخى ان سجود السهو واجب وكذا نص محمد فى الاصل فقال اذا سها الامام وجب على المؤتم أن يسجد وقال بعض أصحابنا انه سنة وجه قولهم ان العود الى سجدتى السهو لا يرفع التشهد حتى لو تكلم بعد ما سجد للسهو وقبل أن يقعد لا تفسد صلاته ولو كان واجبا لرفع كسجدة التلاوة ولانه مشروع فى صلاة التطوع كما هو مشروع فى صلاة الفرض والفائت من التطوع كيف يجبر بالواجب والصحيح انه واجب لما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من شك فى صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليتحر أقربه الى الصواب وليبن عليه وليسجد للسهو بعد السلام ومطلق الامر لوجوب العمل وعن ثوبان رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لكل سهو سجدتان بعد السلام فيجب تحصيلهما تصديقا للنبى صلى الله عليه وسلم فى خبره وكذا النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم واظبوا عليه والمواظبة دليل الوجوب ولانه شرع جبرا لنقصان العبادة فكان واجبا كدماء الجبر فى باب الحج وهذا لان اداء العبادة بصفة الكمال واجب ولا تحصل صفة الكمال الا بجبر النقصان فكان واجبا ضرورة اذ لا حصول للواجب الا به الا ان العود الى سجود السهو لا يرفع التشهد لا لان السجود ليس بواجب بل لمعنى آخر وهو ان السجود وقع فى محله لان محله بعد القعدة فالعود اليه لا يكون رافعا للقعدة

الواقعة فى محلها فاما سجدة التلاوة فمحلها قبل القعدة فالعود اليها يرفع القعدة كالعود الى السجدة الصلبية فهو الفرق (اما) قولهم ان له مدخلا فى صلاة التطوع فنقول أصل الصلاة وان كانت تطوعا لكن لها أركان لا تقوم بدونها و واجبات تنتقص بفواتها او تغييرها عن محلها فيحتاج الى الجابر مع ما ان النفل يصير واجبا عندنا بالشروع و يلتحق بالواجبات الأصلية فى حق الأحكام على ما يبين فى مواضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما بيان سبب الوجوب فسبب وجوبه ترك الواجب الأصلى فى الصلاة أو تغييره أو تغيير فرض منها عن محله الأصلى ساهيا لان كل ذلك يوجب نقصانا فى الصلاة فيجب جبره بالسجود ويخرج على هذا الأصل مسائل وجملة الكلام فيه ان الذى وقع السهو عنه لا يخلو اما ان كان من الأفعال واما ان كان من الأذكار اذ الصلاة أفعال واذكار فان كان من الأفعال بان قعد فى موضع القيام أو قام فى موضع القعود سجد للسهو لوجود تغيير الفرض وهو تأخير القيام عن وقته أو تقديمه على وقته مع ترك الواجب وهو القعدة الاولى وقد روى عن المغيرة ابن شعبة ان النبى صلى الله عليه وسلم قام من الثانية الى الثالثة ساهيا فسبحوا به فلم يقعد فسبحوا به فلم يعد وسجد للسهو وكذا اذا ركع فى موضع السجود أو سجد فى موضع الركوع أو ركع ركوعين أو سجد ثلاث سجدات لوجود تغيير الفرض عن محله أو تأخير الواجب وكذا اذا ترك سجدة من ركعة فتذكرها فى آخر الصلاة سجدها وسجد للسهو لانه أخرها عن محلها الأصلى وكذا اذا قام الى الخامسة قبل أن يقعد قدر التشهد أو بعد ما قعد وعاد سجد للسهو لوجود تأخير الفرض عن وقته الأصلى وهو القعدة الأخيرة أو تأخير الواجب وهو السلام ولو زاد على قراءة التشهد فى القعدة الاولى وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ذكر فى أمالى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان عليه سجود السهو وعندهما لا يجب (لهما) انه لو وجب عليه سجود السهو لوجب جبر النقصان لانه شرع له ولا يعقل تمكن النقصان فى الصلاة بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وأبو حنيفة يقول لا يجب عليه بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم بل بتأخير الفرض وهو القيام الا ان التأخير حصل بالصلاة فيجب عليه من حيث انه تأخير لا من حيث انه صلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ولو تلا سجدة فنسى ان يسجد ثم تذكرها فى آخر الصلاة فعليه أن يسجدها ويسجد للسهو لانه أخر الواجب عن وقته ولو سلم مصلى الظهر على رأس الركعتين على ظن انه قد أتمها ثم علم انه صلى ركعتين وهو على مكانه يتمها ويسجد للسهو اما الاتمام فلانه سلام سهو فلا يخرجه عن الصلاة واما وجوب السجدة فلتأخير الفرض وهو القيام الى الشفع الثانى بخلاف ما اذا سلم على رأس الركعتين على ظن انه مسافر او مصلى الجمعة ثم علم انه تفسد صلاته لان هذا الظن نادر فكان سلامه سلام عمد وانه قاطع للصلاة ولو ترك تعديل الاركان او القومة التى بين الركوع والسجود أو القعدة التى بين السجدتين ساهيا اختلف المشايخ فيه على قول ابى حنيفة ومحمد بناء على ان تعديل الاركان عندهما واجب أو سنة وقد بينا ذلك فيما تقدم وعلى هذا اذا شك فى شئ من صلاته فتفكر فى ذلك حتى استيقن وهو على وجهين اما ان شك فى شئ من هذه الصلاة التى هو فيها فتفكر فى ذلك واما ان شك فى صلاة قبل هذه الصلاة فتفكر فى ذلك وهو فى هذه وكل وجه على وجهين اما ان طال تفكره بان كان مقدار ما يمكنه أن يؤدى فيه ركنا من أركان الصلاة كالركوع والسجود أو لم يطل فان لم يطل تفكره فلا سهو عليه سواء كان تفكره فى غير هذه الصلاة او فى هذه الصلاة لانه اذا لم يطل لم يوجد سبب الوجوب الاصلى وهو ترك الواجب أو تغيير فرض أو واجب عن وقته الاصلى ولان الفكر القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان عفوا دفعا للحرج وان طال تفكره فان كان تفكره فى غير هذه الصلاة فلا سهو عليه وان كان فى هذه الصلاة فكذلك فى القياس وفى الاستحسان عليه السهو وجه القياس ان الموجب للسهو تمكن النقصان فى الصلاة ولم يوجد لان الكلام فيما اذا تذكر انه أداها فبقى مجرد الفكر وانه لا يوجب السهو كالفكر القليل وكما لو شك فى صلاة أخرى وهو فى هذه الصلاة ثم تذكر انه أداها لا سهو عليه وان طال فكره كذا هذا وجه الاستحسان أن الفكر الطويل فى هذه الصلاة

مما يؤخر الأركان عن أوقاتها فيوجب تمكن النقصان فى الصلاة فلابد من جبره بسجدتى السهو بخلاف التفكر القصير و بخلاف ما اذا شك فى صلاة أخرى وهو فى هذه الصلاة لان الموجب للسهو فى هذه الصلاة سهو وهذه الصلاة لا سهو صلاة أخرى ولو شك فى سجود السهو يتحرى ولا يسجد لهذا السهو لان تكرار سجود السهو فى صلاة واحدة غير مشروع على ما نذكر ولانه لو سجد لا يسلم عن السهو فيه ثانيا وثالثا فيؤدى الى ما لا يتناهى (وحكى) ان محمد بن الحسن قال للكسائى وكان الكسائى ابن خالته لم لا تشتغل بالفقه مع هذا الخاطر فقال من أحكم علما فذلك يهديه الى سائر العلوم فقال محمد انا ألقى عليك شيأ من مسائل الفقه فخرج جوابه من النحو فقال هات قال فما تقول فيمن سها فى سجود السهو فتفكر ساعة ثم قال لا سهو عليه فقال من أى باب من النحو خرجت هذا الجواب فقال من باب انه لا يصغر المصغر فتحير من فطنته ولو شرع فى الظهر ثم توهم انه فى العصر فصلى على ذلك الوهم ركعة أو ركعتين ثم تذكر انه فى الظهر فلا سهو عليه لان تعيين النية شرط افتتاح الصلاة لا شرط بقائها كاصل النية فلم يوجد تغيير فرض ولا ترك واجب فان تفكر فى ذلك تفكرا شغله عن ركن فعليه سجود السهو استحسانا على ما مر ولو افتتح الصلاة فقرأ ثم شك فى تكبيرة الافتتاح فاعاد التكبير والقراءة ثم علم انه كان كبر فعليه سجود السهو لانه بزيادة التكبير والقراءة أخر ركنا وهو الركوع ثم لا فرق بين ما اذا شك فى خلال صلاته فتفكر حتى استيقن و بين ما اذا شك فى آخر صلاته بعد ما قعد قدر التشهد الأخير ثم استيقن فى حق وجوب السجدة لانه أخر الواجب وهو السلام ولو شك بعد ما سلم تسليمة واحدة ثم استيقن لا سهو عليه لانه بالتسليمة الاولى خرج عن الصلاة وانعدمت الصلاة فلا يتصور تنقيصها بتفويت واجب منها فاستحال ايجاب الجابر وكذا لا فرق بينه و بين ما اذا سبقه الحدث فى الصلاة فعاد الى الوضوء ثم شك قبل أن يعود الى الصلاة فتفكر ثم استيقن حتى يجب عليه سجود السهو فى الحالين جميعا اذا طال تفكره لانه فى حرمة الصلاة وان كان غير مؤد لها والله أعلم هذا الذى ذكرنا حكم الشك فى الصلاة فيما يرجع الى سجود السهو وأما حكم الشك فى الصلاة فيما يرجع الى البناء والاستقبال فنقول اذا سها فى صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فان كان ذلك أول ما سها استقبل الصلاة ومعنى قوله أول ما سها ان السهو لم يصر عادة له لا أنه لم يسه فى عمره قط وعند الشافعى يبنى على الاقل (احتج) بما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليلغ الشك وليبن على الاقل أمر بالبناء على الاقل من غير فصل ولان فيما قلنا اخذا باليقين من غير ابطال العمل فكان أولى (ولنا) ما روى عبد الله ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك أحدكم فى صلاته انه كم صلى فليستقبل الصلاة أمر بالاستقبال وكذا روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهم انهم قالوا هكذا وروى عنهم بألفاظ مختلفة ولانه لو استقبل أدى الفرض بيقين كاملا ولو بنى على الاقل ما أداه كاملا لانه ربما يؤدى زيادة على المفروض وادخال الزيادة فى الصلاة نقصان فيها وربما يؤدى الى افساد الصلاة بان كان أدى أربعا وظن انه أدى ثلاثا فبنى على الاقل وأضاف اليها أخرى قبل أن يقعد و به تبين ان الاستقبال ليس ابطالا للصلاة لان الافساد ليؤدى أكمل لا يعد افسادا والاكمال لا يحصل الا بالاستقبال على ما مر والحديث محمول على ما اذا وقع ذلك له مرارا ولم يقع تحريه على شئ بدليل ما روينا هذا اذا كان ذلك أول ما سها فان كان يعرض له ذلك كثيرا تحرى و بنى على ما وقع عليه التحرى فى ظاهر الروايات وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يبنى على الاقل وهو قول الشافعى لما روينا فى المسئلة الاولى من غير فصل ولان المصير الى التحرى للضرورة ولا ضرورة ههنا لانه يمكنه ادراك اليقين بدونه بان يبنى على الاقل فلا حاجة الى التحرى (ولنا) ما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليتحر أقربه الى الصواب وليبن عليه ولانه تعذر عليه الوصول الى ما اشتبه عليه بدليل من الدلائل والتحرى عند انعدام الادلة مشروع كما فى أمر القبلة ولا وجه للاستقبال لانه عسى أن يقع ثانيا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى ولا وجه للبناء على الاقل

لان ذلك لا يوصله الى ما عليه لما مر فى المسئلة المتقدمة ومار واه الشافعى محمول على ما اذا تحرى ولم يقع تحريه
على شئ وعندنا اذا تحرى ولم يقع تحريه على شئ يبنى على الاقل وكيفية البناء على الاقل انه اذا وقع الشك فى
الركعة والركعتين يجعلها ركعة واحدة وان وقع الشك فى الركعتين أو الثلاث جعلها ركعتين وان وقع فى الثلاث
والاربع جعلها ثلاثا وأتم صلاته على ذلك وعليه أن يتشهد لا محالة فى كل موضع يتوهم انه آخر الصلاة لان القعدة
الاخيرة فرض والاشتغال بالنفل قبل اكمال الفرض مفسد له فلذلك يقعد وأما الشك فى أركان الحج ذكر الجصاص
ان ذلك ان كان يكثر يتحرى أيضا كما فى باب الصلاة وفى ظاهر الرواية يؤخذ باليقين (والفرق) ان الزيادة فى
باب الحج وتكرار الركن لا يفسد الحج فامكن الاخذ باليقين فاما الزيادة فى باب الصلاة اذا كانت ركعة فانها تفسد
الصلاة اذا وجدت قبل القعدة الاخيرة فكان العمل بالتحرى أحوط من البناء على الاقل وأما الاذكار فالاذكار
التى يتعلق سجود السهو بها أربعة القراءة والقنوت والتشهد وتكبيرات العيدين (أما) القراءة فاذا ترك القراءة
فى الاولين قرأ فى الاخريين وسجد للسهو لان القراءة فى الاولين على التعيين غير واجبة عند بعض مشايخنا وانما
الفرض فى ركعتين منها غير عين وترك الواجب ساهيا يوجب السهو وعند بعضهم هى فرض فى الاولين عينا
وتكون القراءة فى الاخريين عند تركها فى الاولين قضاء عن الاولين فاذا تركها فى الاولين أو فى احداهما فقد
غير الفرض عن محل ادائه سهوا فيلزمه سجود السهو ولو سها عن الفاتحة فيهما أو فى احداهما أو عن السورة
فيهما أو فى احداهما فعليه السهو لان قراءة الفاتحة على التعيين فى الاولين واجبة عندنا وعند الشافعى رحمه الله
تعالى فرض على ما بينا فيما تقدم وكذا قراءة السورة على التعيين أو قراءة مقدار سورة قصيرة وهى ثلاث آيات
واجبة فيتعلق السجود بالسهو عنهما ولو غير صفة القراءة سهوا بان جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر فهذا على
وجهين اما ان كان اماما أو منفردا فان كان اماما سجد للسهو عندنا وعند الشافعى لا سهو عليه وجه قوله ان
الجهر والمخافتة من هيئة الركن وهو القراءة فيكون سنة كهيئة كل ركن نحو الاخذ بالركب وهيئة القعدة
(ولنا) ان الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجبة على الامام لما بينا فيما تقدم ثم اختلفت الروايات عن
أصحابنا فى مقدار ما يتعلق به سجود السهو من الجهر والمخافتة ذكر فى نوادر أبى سليمان وفصل بين الجهر والمخافتة
فى المقدار فقال ان جهر فيما يخافت فعليه السهو قل ذلك أو كثر وان خافت فيما يجهر فان كان فى أكثر الفاتحة أو فى
ثلاث آيات من غير الفاتحة فعليه السهو والا فلا وروى ابن سماعة عن محمد التسوية بين الفصلين انه ان تمكن
التغيير فى ثلاث آيات أو أكثر فعليه سجود السهو والا فلا وروى الحسن عن أبى حنيفة ان تمكن التغيير فى آية
واحدة فعليه السجود وروى عن أبى يوسف انه اذا جهر بحرف يسجد وجه رواية أبى سليمان ان المخافتة فيما
يخافت الزم من الجهر فيما يجهر ألا ترى ان المنفرد يتخير بين الجهر والمخافتة ولا خيار له فيما يخافت فاذا جهر فيما
يخافت فقد تمكن النقصان فى الصلاة بنفس الجهر فيجب جبره بالسجود فاما بنفس المخافتة فيما يجهر فلا يتمكن
النقصان ما لم يكن مقدار ثلاث آيات أو أكثر وجه رواية ابن سماعة ما روى عن ابى قتادة ان النبى صلى الله عليه
وسلم كان يسمعنا الآية والآيتين احيانا فى الظهر والعصر وهذا جهر فيما يخافت فاذا ثبت فيه ثبت فى المخافتة فيما
يجهر لانهما يستويان ثم لما ورد الحديث مقدرا بآية أو آيتين ولم يرد بازيد من ذلك كانت الزيادة تركا للواجب
فيوجب السهو وجه رواية الحسن بناء على ان فرض القراءة عند أبى حنيفة يتأدى بآية واحدة وان كانت
قصيرة فاذا غير صفة القراءة فى هذا القدر تعلق به السهو وعندهما لا يتأدى فرض القراءة الا بآية طويلة أو ثلاث
آيات قصار فما لم يتمكن التغيير فى هذا المقدار لا يجب السهو وهذا اذا كان اماما فاما اذا كان منفردا فلا سهو عليه
أما اذا خافت فيما يجهر فلا شك فيه لانه مخير بين الجهر والمخافتة لما ذكرنا فيما تقدم ان الجهر على الامام انما
وجب تحصيلا لثمرة القراءة فى حق المقتدى وهذا المعنى لا يوجد فى حق المنفرد فلم يجب الجهر فلا يتمكن النقص
فى الصلاة بتركه وكذا اذا جهر فيما يخافت لان المخافتة فى الاصل انما وجبت صيانة للقراءة عن المغالبة واللغو فيها

لان صيانة القراءة عن ذلك واجبة وذلك فى الصلاة المؤداة على طريق الاشتهار وهى الصلاة بجماعة فاما صلاة المنفرد فما كان يوجد فيها المغالبة فلم تكن الصيانة بالمخافتة واجبة فلم يترك الواجب فلا يلزمه سجود السهو ولو أراد أن يقرأ سورة فاخطأ وقرأ غيرها لا سهو عليه لانعدام سبب الوجوب وهو تغيير فرض أو واجب أو تركه اذ لا توقيت فى القراءة وروى عن محمد انه قال فيمن قرأ الحمد مرتين فى الاوليين فعليه السهو لانه أخر السورة بتكرار الفاتحة ولو قرأ الحمد ثم السورة ثم الحمد لا سهو عليه وصار كانه قرأ سورة طويلة ولو تشهد مرتين لا سهو عليه ولو قرأ القرآن فى ركوعه أو فى سجوده أو فى قيامه لا سهو عليه لانه ثناء وهذه الاركان مواضع الثناء (وأما) القنوت فتركه سهوا يوجب سجود السهو لانه واجب لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذلك تكبيرات العيدين اذا تركها أو نقص منها لانها واجبة وكذا اذا زاد عليها أو أتى بها فى غير موضعها لانه يحصل تغيير فرض أو واجب وكذلك قراءة التشهد اذا سها عنها فى القعدة الاخيرة ثم تذكرها قبل السلام أو بعد ما سلم ساهيا قرأها وسلم وسجد للسهو لانها واجبة وأما فى القعدة الاولى فكذلك استحسانا والقياس فى هذا وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين سواء ولا سهو عليه لان هذه الاذكار سنة ولا يتمكن بتركها كبير نقصان فى الصلاة فلا يوجب السهو كما اذا ترك الثناء والتعوذ وجه الاستحسان ان هذه الاذكار واجبة أما وجوب القنوت وتكبيرات العيدين فلما نذكر فى موضعه وأما وجوب التشهد فى القعدة الاولى فلمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على قراءته ومواظبة الصحابة رضى الله عنهم وأما سائر الاذكار من الثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود وتسبيحاتهما فلا سهو فيها عند عامة العلماء وقال مالك اذا سها عن ثلاث تكبيرات فعليه السهو قياسا على تكبيرات العيدين وهذا قياس عندنا غير سديد لان تكبيرات العيد واجبة لما نذكر فجاز أن يتعلق بها السهو بخلاف تكبيرات الركوع والسجود فانها من السنن ونقصان السنة لا يجبر بسجود السهو لان سجود السهو واجب ولا يجب جبر الشئ بما هو فوق الفائت بخلاف الواجب لان الشئ يجبر بمثله ولهذا لا يتعلق السهو بترك الواجب عمدا لان النقص المتمكن بترك الواجب عمدا فوق النقص المتمكن بتركه سهوا والشرع لما جعل السجود جابرا لما فات سهوا كان مثلا للفائت سهوا واذا كان مثلا للفائت سهوا كان دون ما فات عمدا والشئ لا يجبر بما هو دونه ولهذا لا يجبر به النقص المتمكن بفوات الفرض ولو سلم عن يساره قبل سلامه عن يمينه فلا سهو عليه لان الترتيب فى السلام من باب السنن فلا يتعلق به سجود السهو ولو نسى التكبير فى أيام التشريق لا سهو عليه لانه لم يترك واجبا من واجبات الصلاة ولو سها فى صلاته مرارا لا يجب عليه الا سجدتان وعند بعضهم يلزمه لكل سهو سجدتان لقوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام ولان كل سهو اوجب نقصانا فيستدعى جابرا (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال سجدتان تجزيان لكل زيادة ونقصان وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم ترك القعدة الاولى وسجد لها سجدتين وكان سها عن القعدة وعن التشهد حيث تركهما وعن القيام حيث أتى به فى غير محله ثم لم يزد على سجدتين فعلم ان السجدتين كافيتان ولان سجود السهو انما أخر عن محل النقصان الى آخر الصلاة لئلا يحتاج الى تكراره لو وقع السهو بعد ذلك والا لم يكن للتأخير معنى والحديث محمول على جنس السهو الموجود فى صلاة واحدة لا انه عين السهو بدليل ما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان المتروك ساهيا هل يقضى أم لا فنقول وبالله التوفيق ان المتروك الذى يتعلق به سجود السهو من الفرائض والواجبات لا يخلو اما ان كان من الافعال أو من الاذكار ومن أى القسمين كان وجب أن يقضى ان أمكن التدارك بالقضاء وان لم يمكن فان كان المتروك فرضا تفسد الصلاة وان كان واجبا لا تفسد ولكن تنتقص وتدخل فى حد الكراهة وبيان هذه الجملة أما الافعال فاذا ترك سجدة صلبية من ركعة ثم تذكرها آخر الصلاة قضاها وتمت صلاته عندنا وقال الشافعى يقضيها ويقضى ما بعدها وجه قوله ان ما صلى بعد المتروك حصل قبل

أوانه فلا يعتد به لان هذه عبادة شرعت مرتبة فلا تعتبر بدون الترتيب كما لو قدم السجود على الركوع انه لا يعتد
بالسجود لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان الركعة الثانية صادفت محلها لان محلها بعد الركعة الاولى وقد وجدت
الركعة الاولى لان الركعة تتقيد بسجدة واحدة وانما الثانية تكرار ألا ترى انه ينطلق عليها اسم الصلاة حتى لو حلف
لا يصلي فقيد الركعة بالسجدة يحنث فكان اداء الركعة الثانية معتبرا معتدا به فلا يلزمه الا قضاء المتروك بخلاف
ما اذا قدم السجود على الركوع لان السجود ما صادف محله لان محله بعد الركوع لتقييد الركعة والركعة
بدون الركوع لا تتحقق فلم يقع معتدا به فهو الفرق وعلى هذا الخلاف اذا تذكر سجدتين من ركعتين في آخر
الصلاة قضاهما وتمت صلاته عندنا ويبدأ بالاولى منهما ثم بالثانية لان القضاء على حسب الاداء ثم الثانية مرتبة
على الاولى في الاداء فكذا في القضاء ولو كانت احداهما سجدة تلاوة تركها من الركعة الاولى والاخرى صلبية
تركها من الثانية يراعي الترتيب أيضا فيبدأ بالتلاوة عند عامة العلماء وقال زفر يبدأ بالثانية لانها أقوى (ولنا) أن
القضاء معتبر بالاداء وقد تقدم وجوب التلاوة اداء فيجب تقديمها في القضاء ولو تذكر سجدة صلبية وهو راكع أو
ساجد خر لها من ركوعه و رفع رأسه من سجوده فسجدها والافضل أن يعود الى حرمة هذه الاركان فيعيدها
ليكون على الهيئة المسنونة وهي الترتيب وان لم يعد أجزأه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجزئه لان الترتيب
في أفعال الصلاة فرض عنده فالتحقت هذه السجدة بمحلها فبطل ما أدى من القيام والقراءة والركوع لترك
الترتيب وعندنا الترتيب في أفعال صلاة واحدة ليس بفرض ولهذا يبدأ المسبوق بما أدرك الامام فيه دون
ما سبقه ولئن كان فرضا فقد سقط بعذر النسيان فوقع الركوع والسجود معتبرا لمصادفته محله وعن أبي يوسف
رحمه الله ان عليه اعادة الركوع اذا خر لها من الركوع بناء على أصله ان القومة التي بين الركوع والسجود فرض
بخلاف ما اذا سبقه الحدث في ركوعه أو سجوده انه يتوضأ و يعيد بعدما أحدث فيه لا محالة لان الجزء الذي
لاقاه الحدث من الركن قد فسد فكان ينبغي أن يفسد كل الصلاة لانها لا تتجزأ الا انا تركنا هذا القياس
بالنص والاجماع في حق جواز البناء فيعمل به في حق الركن الذي أحدث فيه ولو لم يسجدها حتى سلم فلا يخلو
اما ان سلم وهو ذاكر لها أو ساه عنها فان سلم وهو ذاكر لها فسدت صلاته وان كان ساهيا لا تفسد والاصل ان
السلام العمد يوجب الخروج عن الصلاة الا سلام من عليه السهو وسلام السهو لا يوجب الخروج عن الصلاة
لان السلام محلل في الشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم ولانه كلام والكلام مضاد للصلاة الا
ان الشرع منعه عن العمل حالة السهو ضرورة دفع الحرج لان الانسان قلما يسلم عن النسيان وفي حق من عليه سهو
ضرورة تمكنه من سجود السهو ولا ضرورة في غير حالة السهو وفي حق من لا سهو عليه فوجب اعتباره محللا منافيا
للصلاة اذا عرفنا هذا فنقول اذا سلم وهو ذاكر ان عليه سجدة صلبية فسدت صلاته وعليه الاعادة لان سلام العمد
قاطع للصلاة وقد بقي عليه ركن من أركانها ولا وجود للشئ بدون ركنه وان كان ساهيا لا تفسد لانه ملحق بالعدم
ضرورة دفع الحرج على ما مر ثم ان سلم وهو في مكانه لم يصرف وجهه عن القبلة ولم يتكلم يعود الى قضاء ما عليه ولو
اقتدى به رجل صح اقتداؤه واذا عاد الى السجدة يتابعه المقتدي فيها ولكن لا يعتد بهذه السجدة لانه لم يدرك
الركوع و يتابعه في التشهد دون التسليم و بعد التسليم يتابعه في سجود السهو فاذا سلم الامام ساهيا لا يتابعه ولكنه
يقوم الى قضاء ما سبق به وان لم يعد الامام الى قضاء السجدة فسدت صلاته لانه بقي عليه ركن من أركان الصلاة
وفسدت صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام بعد صحة الاقتداء به وفائدة صحة اقتدائه به انه لو كان اقتدى به بنية
التطوع في صلاة الظهر أو العصر أو العشاء فعليه قضاء أربع ركعات ان كان الامام مقيما وان كان مسافرا فعليه
قضاء ركعتين وأما اذا صرف وجهه عن القبلة فان كان في المسجد ولم يتكلم فكذلك الجواب استحسانا والقياس
أن لا يعود وهو رواية محمد وجه القياس ان صرف الوجه عن القبلة مفسد للصلاة بمنزلة الكلام فكان مانعا من
البناء وجه الاستحسان ان المسجد كله في حكم مكان واحد لانه مكان الصلاة ألا ترى انه صح اقتداء من هو في

المسجد بالامام وان كان بينهما فرجة واختلاف المكان يمنع صحة الاقتداء فكان بقاؤه فيه كبقائه في مكان صلاته وصرف الوجه عن القبلة مفسد في غير حالة العذر والضرورة فاما في حال العذر والضرورة فلا بخلاف الكلام لانه مضاد للصلاة فيستوى فيه الحالان وان كان خرج من المسجد ثم تذكر لا يعود وتفسد صلاته لان الخروج من مكان الصلاة مانع من البناء وقد بقي عليه ركن من أركان الصلاة فيلزمه الاستقبال وأما اذا كان في الصحراء فان تذكر قبل أن يجاوز الصفوف من خلفه أو من قبل اليمين أو اليسار عاد الى قضاء ما عليه والا فلا لان ذلك الموضع بحكم اتصال الصفوف التحق بالمسجد ولهذا صح الاقتداء وان مشى أمامه لم يذكر في الكتاب وقيل ان مشى قدر الصفوف التي خلفه عاد وبنى والا فلا وهو مروى عن أبي يوسف اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر وقيل اذا جاوز موضع سجوده لا يعود وهو الاصح لان ذلك القدر في حكم خروجه من المسجد فكان مانعا من البناء وهذا اذا لم يكن بين يديه سترة فان كان يعود ما لم يجاوزها لان داخل السترة في حكم المسجد والله أعلم هذا اذا سلم وعليه سجدة صلبية فان سلم وعليه سجدة تلاوة أو قراءة التشهد الاخير فان سلم وهو ذاكر لها سقطت عنه لان سلامه سلام عمد فيخرجه عن الصلاة حتى لو اقتدى به رجل لا يصح اقتداؤه ولو ضحك قهقهة لا تنتقض طهارته ولو كان مسافرا فنوى الاقامة لا ينقلب فرضه أربعا ولا تفسد صلاته لانه لم يبق عليه ركن من أركان الصلاة لكنها تنتقص لترك الواجب وان كان ساهيا عنها لا تسقط لان سلام السهو لا يخرج عن الصلاة حتى يصح الاقتداء به وينتقض وضوؤه بالقهقهة ويتحول فرضه بنية الاقامة لو كان مسافرا أربعا ثم الأمر في العود الى قضاء السجدة وقراءة التشهد على التفصيل الذي ذكرنا في الصلبية غير ان ههنا لو تذكر بعد ما خرج عن المسجد أو جاوز الصفوف سقط عنه ولا تفسد صلاته لان الجواز متعلق بالاركان وقد وجدت الا أنها تنتقص لما بينا ثم العود الى هذه المتروكات وهي السجدة الصلبية وسجدة التلاوة وقراءة التشهد يرفع التشهد حتى لو تكلم أو قهقه أو أحدث متعمدا فسدت صلاته بخلاف العود الى سجدتي السهو وقد مر الفرق ولو سلم وعليه سجدة صلبية وسجدتا سهو فان سلم وهو ذاكر لهما أو للصلبية خاصة فسدت صلاته لانه سلام عمد وقد بقي عليه ركن من أركان الصلاة وان كان ساهيا عنهما وذاكر السهو خاصة لا تفسد صلاته أما اذا كان ساهيا عنهما فلا شك فيه وكذا اذا كان ذاكر السهو لانه سلام من عليه السهو وعليه أن يعود فيسجد أولا للصلبية ويتشهد لان تشهده انتقض بالعود اليها ثم يسلم ثم يسجد سجدتي السهو ولو سلم وعليه سجدة التلاوة والسهو فان كان ذاكرا لهما أو للتلاوة خاصة سقطتا عنه لانه سلام عمد فيخرجه عن الصلاة ولكن لا تفسد صلاته لما مر وان كان ساهيا عنهما أو ذاكرا لسجدتي السهو خاصة لا يسقطان عنه لانه سلام سهو وسلام من عليه السهو وعليه أن يسجد التلاوة أولا ثم يتشهد لما مر ثم يسلم ويسجد سجدتي السهو ولو سلم وعليه سجدة صلبية وسجدة التلاوة فان كان ساهيا عنهما يعود فيقضيهما الاول فالاول وان كان ذاكرا لهما أو للصلبية خاصة فسدت صلاته لأنه سلام عمد وان كان ذاكرا للتلاوة خاصة فكذلك في ظاهر الرواية وعلى هذا اذا كان عليه مع الصلبية والتلاوة سجدتا السهو ان كان ساهيا عن الكل أو ذاكرا للسهو خاصة لا تفسد صلاته لانه سلام سهو فيعود فيقضي الاول فالاول ان كانت الصلبية أولا بدأ بها وان كانت التلاوة أولا بدأ بها عنده خلافا لزفر على ما مر ثم يتشهد بعدهما ويسلم ثم يسجد سجدتي السهو وان كان ذاكرا للصلبية خاصة فسدت صلاته لانه سلام عمد وان كان ذاكرا للتلاوة ساهيا عن الصلبية فكذلك في ظاهر الرواية وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أنه لا تفسد صلاته في الفصلين (ووجهه) أن سلامه في حق الركن سلام سهو وذا لا يوجب فساد الصلاة وبعض الطاعنين على محمد في هذه المسئلة قرروا هذا الوجه فقالوا ان هذا سلام سهو في حق الركن وسلام عمد في حق الواجب وسلام السهو لا يخرجه وسلام العمد يخرجه فوقع الشك والتحريمة صحيحة فلا تبطل بالشك بخلاف ما اذا كان ذاكرا للصلبية غير ذاكر للتلاوة لأن هناك ترجح جانب الركن على جانب الواجب وفيما قاله محمد ترجيح جانب

الواجب وهذا لا يجوز الا أن هذا الطعن فاسد لان جانب العمد يخرج وجانب الشك مسكوت عنه لا يخرج ولا يمنع غيره عن الاخراج فلا يقع التعارض بين الواجب والركن وانما يقع التعارض ان لو كان أحدهما مخرجا والآخر مبقيا وههنا جانب الواجب يوجب الخروج وجانب الركن لا يوجب ولكن لا يمنع غيره عن الاخراج فانى يقع التعارض على أن كل سلام ينبغى أن يكون مخرجا لانه جعل محللا شرعا لقول النبى صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم ولانه من باب الكلام على ما مر الا أنه منع من الاخراج حالة السهو دفعا للحرج لكثرة السهو وغلبة النسيان ولا يكره سلام من علم ان عليه الواجب لان الظاهر من حال المسلم انه لا يترك الواجب فبقى مخرجا على أصل الوضع ولانا لو لم نحكم بفساد صلاته حتى لو أتى بالصلبية يلزمنا القول بأنه يأتى بسجدة التلاوة أيضا لبقاء التحريمة ولا سبيل اليه لانه سلم وهو ذاكر للتلاوة فكان سلام عمد فى حقه وقراءة التشهد الاخير فى هذا الحكم كسجدة التلاوة لانها واجبة ولو سلم وعليه سجود السهو والتكبير والتلبية بان كان محرما وهو فى أيام التشريق لا يسقط عنه شئ من ذلك سواء كان ساهيا عن الكل أو ذاكرا للكل لان موضع هذه الأشياء بعد السلام فاذا أراد أن يؤدى بدأ بالسهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية لان سجود السهو يختص بتحريمة الصلاة والتكبير يؤتى به فى حرمة الصلاة لا فى تحريمتها والتلبية لا تختص بحرمة الصلاة ولو بدأ بالتلبية سقط عنه السهو والتكبير وكذا اذا لبى بعد السهو وقبل التكبير سقط عنه التكبير لان سجود السهو يختص بتحريمة الصلاة والتكبير يختص بحرمتها وقد بطل ذلك كله بالتلبية لانها كلام لكونها جوابا لخطاب ابراهيم عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى وأذن فى الناس بالحج ولو بدأ بالتكبير لا يسقط عنه السهو لانه كلام قربة فلا يوجب القطع وعليه اعادة التكبير بعد السلام لانه لم يقع موقعه ولا تفسد صلاته فى الاحوال كلها لاستجماع شرائطها وأركانها ولو سلم وعليه سجدة صلبية وسجدة التلاوة والسهو والتكبير والتلبية بأن كان محرما فى أيام التشريق فان كان ذاكرا للصلبية والتلاوة أو للصلبية دون التلاوة فسدت صلاته وكذا اذا كان ذاكرا للتلاوة دون الصلبية على ظاهر الرواية لما مر وان كان ساهيا عنها لا يخرج عن الصلاة وعليه أن يسجد لكل واحدة منهما الأول فالأول منهما ثم يتشهد بعدهما ويسلم ثم يسجد سجدتى السهو ثم يتشهد ثم يسلم ثم يكبر ثم يلبى لما مر ولو بدأ بالتلبية قبل هذه الاشياء فسدت صلاته ولو بدأ بالتكبير لا تفسد لما مر وعليه اعادة التكبير بعد السلام لان [illegible] الصلاة فى حرمتها فاذا كبر فى الصلاة لم يقع موقعه فلذلك تلزمه الاعادة (وأما) اذا كان المتروك ركوعا فلا يتصور فيه القضاء وكذا اذا ترك سجدتين من ركعة وبيان ذلك اذا افتتح الصلاة فقرأ وسجد قبل أن يركع ثم قام الى الثانية فقرأ وركع وسجد فهذا قد صلى ركعة واحدة فلا يكون هذا الركوع قضاء عن الاول لانه اذا لم يركع لا يعتد بذلك السجود لعدم مصادفته محله لان محله بعد الركوع فالتحق السجود بالعدم فكأنه لم يسجد فكان اداء هذا الركوع فى محله فاذا أتى بالسجود بعده صار مؤديا ركعة تامة وكذا اذا افتتح الصلاة فقرأ وركع ولم يسجد ثم رفع رأسه فقرأ ولم يركع ثم سجد فهذا قد صلى ركعة واحدة ولا يكون هذا السجود قضاء عن الاول لان ركوعه وقع معتبرا لمصادفته محله لان محله بعد القراءة وقد وجدت الا أنه توقف على أن تتقيد بالسجدة فاذا قام وقرأ لم يقع قيامه ولا قراءته معتدا به لانه لم يقع فى محله فلغا فاذا سجد صادف السجود محله لوقوعه بعد ركوع معتبر فتقيد ركوعه به فقد وجد انضمام السجدتين الى الركوع فصار مصليا ركعة وكذا اذا قرأ وركع ثم رفع رأسه وقرأ وركع وسجد فانما صلى ركعة واحدة لانه تقدمه ركوعان ووجد السجود فيلحق بأحدهما ويلغو الآخر غير أن فى باب الحدث جعل المعتبر الركوع الاول وفى باب السهو من نوادر أبى سليمان جعل المعتبر الركوع الثانى حتى ان من أدرك الركوع الثانى لا يصير مدركا للركعة على رواية باب الحدث وعلى رواية هذا الباب يصير مدركا للركعة والصحيح رواية باب الحدث لان ركوعه الاول صادف محله لحصوله بعد القراءة فوقع الثانى مكررا فلا يعتد به فاذا سجد يتقيد به الركوع الاول فصار مصليا ركعة وكذلك اذا قرأ

ولم يركع وسجد ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ ولم يركع وسجد فانما صلى ركعة واحدة لان سجوده الاول لم
يصادف محله لحصوله قبل الركوع فلم يقع معتدا به فاذا قرأ وركع توقف هذا الركوع على أن يتقيد بسجوده بعده
فاذا سجد بعد القراءة تقيد ذلك الركوع به فصار مصليا ركعة وكذلك ان ركع فى الاولى ولم يسجد ثم ركع فى الثانية ولم
يسجد وسجد فى الثالثة ولم يركع فلاشك أنه صلى ركعة واحدة لما مر غير أن هذا السجود يلتحق بالركوع الاول أم
بالثانى فعنه روايتان على ما مر وعليه سجود السهو فى هذه المواضع لادخاله الزيادة فى الصلاة لأن ادخال
الزيادة فى الصلاة نقص فيها ولا تفسد صلاته الا فى رواية عن محمد فانه يقول زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة
بناء على أصله أن السجدة الواحدة قربة وهى سجود الشكر وعند أبى حنيفة وأبى يوسف السجدة الواحدة
ليست بقربة الا سجدة التلاوة ثم ادخال الركوع الزائد أو السجود الزائد لا يوجب فساد الفرض لانه من أفعال
الصلاة والصلاة لا تفسد بوجود أفعالها بل بوجود ما يضادها بخلاف ما اذا زاد ركعة كاملة لانها فعل صلاة كاملا
فانعقد نفلا فصار منتقلا اليه ولا يبقى فى الفرض ضرورة لمكان فساد فرض بهذا الطريق لا بطريق المضادة
بخلاف زيادة ما دون الركعة لانها ليست بفعل كامل ليصير منتقلا اليه وهذا لان فساد الصلاة بأحد أمرين اما
بوجود ما يضادها أو بالانتقال الى غيرها وقد انعدم الامران جميعا والله أعلم ولو ترك القعدة الاخيرة من ذوات
الاربع وقام الى الخامسة فان لم يقيدها بالسجدة يعود الى القعدة لانه لما لم يقيد الخامسة بالسجدة لم يكن ركعة
فلم يكن فعل صلاة كاملا وما لم يكمل بعد فهو غير ثابت على الاستقرار فكان قابلا للرفع ويكون رفعه فى الحقيقة
دفعا ومنعا عن الثبوت فيدفع ليتمكن من الخروج عن الفرض وهو القعدة الاخيرة وقد روى أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قام الى الخامسة فسبح به فعاد وان قيد الخامسة بالسجدة لا يعود وفسد فرضه عندنا وعند الشافعى
لا يفسد فرضه ويعود بناء على أن الركعة الواحدة عنده محل النقص وبه حاجة الى النقص لبقاء فرض عليه
وهو الخروج بلفظ السلام وانا نقول وجد فعل كامل من أفعال الصلاة وقد انعقد نفلا فصار به خارجا عن الفرض
لان من ضرورة حصوله فى النفل خروجه عن الفرض لتغايرهما فيستحيل كونه فيهما وقد حصل فى النفل
فصار خارجا عن الفرض ضرورة ولو ترك القعدة الاولى من ذوات الاربع وقام الى الثالثة فان استتم قائما
لا يعود لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قام من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسبحوا به فلم يعد ولكن سبح
بهم فقاموا وما روى انهم سبحوا به فعاد محمول على ما اذا لم يستتم قائما وكان الى القعود أقرب توفيقا بين الحديثين
ولان القيام فريضة والقعدة الاولى واجبة فلا يترك الفرض لمكان الواجب وانما عرفنا جواز الانتقال من
القيام الى سجدة التلاوة بالاثر لحاجة المصلى الى الاقتداء بمن أطاع الله تعالى واظهار مخالفة من عصاه
واستنكف عن سجدته وأما اذا لم يستتم قائما فان كان الى القيام أقرب فكذلك الجواب لوجود حد
القيام وهو انتصاب النصف الاعلى والنصف الاسفل جميعا وما بقى من الانحناء قليل غير معتبر وان كان الى القعود
أقرب يقعد لانعدام القيام الذى هو فرض ولم يذكر محمد انه هل يسجد سجدتى السهو أم لا وقد اختلف المشايخ فيه كان
الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل البخارى يقول لا يسجد سجدتى السهو لانه اذا كان الى القعود أقرب كان كانه لم يقم ولهذا
يجب عليه أن يقعد وقال غيره من مشايخنا انه يسجد لانه بقدر ما اشتغل بالقيام أخر واجبا وجب وصله بما قبله من
الركن فلزمه سجود السهو (واما) الاذكار فنقول اذا ترك القراءة فى الاولين قضاها فى الاخريين وذكر القدورى من
أصحابنا ان هذا عندى أداء وليس بقضاء لان الفرض هو القراءة فى ركعتين غير عين فاذا قرأ فى الاخريين كان
مؤديا لا قاضيا وقال غيره من أصحابنا انه يكون قاضيا ومسائل الاصل تدل عليه فانه قال فى المسافر اذا اقتدى بالمقيم
فى الشفع الثانى بعد خروج الوقت انه لا يجوز وان لم يكن قرأ الامام فى الشفع الاول ولو كانت القراءة فى الاولين
اداء لجاز لانه يكون اقتداء المفترض بالمفترض فى حق القراءة ولكن لما كانت القراءة فى الاخريين قضاء عن
الاولين التحقت بالاولين فخلت الاخريان عن القراءة المفروضة فيصير فى حق القراءة اقتداء المفترض بالمتنفل

وانه فاسد وذكر في باب السهو من الاصل ان الامام اذا كان لم يقرأ في الاولين فاقتدى به انسان في الاخريين وقرأ الامام فيهما ثم قام المسبوق الى قضاء ما فاته فعليه القراءة وان ترك ذلك لم تجزه لانه ولو كان فرض القراءة في ركعتين غير عين لكان الامام مؤديا فرض القراءة في الاخريين وقد أدركهما المسبوق فحصل فرض القراءة عينا بقراءة الامام فينبغي أن لا يجب عليه القراءة ومع هذا وجب فعلم ان الاولين محل أداء فرض القراءة عينا والقراءة في الاخريين قضاء عن الاولين فاذا قرأ الامام في الاخريين فقد قضى ما فاته من القراءة في الاولين والفائت اذا قضى يلتحق بمحله فخلت الاخريان عن القراءة المفروضة فقد فات على المسبوق القراءة فلابد من تحصيلها لان الصلاة بلا قراءة غير جائزة وكذا لو كان قرأ الامام في الاولين لان القراءة في الاخريين وان وجدت لم تكن فرضا لافتراضها في ركعتين فحسب فقد فات الفرض على المسبوق فيجب عليه تحصيلها انما يقضى ولو تركها في الاولين في صلاة الفجر أو المغرب فسدت صلاته ولا يتصور القضاء ههنا ولو ترك الفاتحة في الركعة الاولى وبدأ بغيرها فلما قرأ بعض السورة تذكر يعود فيقرأ بفاتحة الكتاب ثم السورة لان الفاتحة سميت فاتحة لافتتاح القراءة بها في الصلاة فاذا تذكر في محلها كان عليه مراعاة الترتيب كما لو سها عن تكبيرات العيد حتى اشتغل بالقراءة ثم تذكر انه لم يكبر يعود الى التكبيرات ويقرأ بعدها كذا هذا ولو ترك الفاتحة في الاولين وقرأ السورة لم يقضها في الاخريين في ظاهر الرواية وعن الحسن بن زياد انه يقضي الفاتحة في الاخريين لان الفاتحة أوجب من السورة ثم السورة تقضى فلان تقضى الفاتحة أولى (ولنا) ان الاخريين محل الفاتحة أداء فلا تكونا محلا لها قضاء بخلاف السورة ولانه لو قضاها في الاخريين يؤدي الى تكرار الفاتحة في ركعة واحدة وانه غير مشروع ولو قرأ الفاتحة في الاولين ولم يقرأ السورة قضاها في الاخريين وعن أبي يوسف انه لا يقضيها كما لا يقضي الفاتحة لانها سنة فاتت عن موضعها والصحيح ظاهر الرواية لما روى عن عمر رضي الله عنه انه ترك القراءة في ركعة من صلاة المغرب فقضاها في الركعة الثالثة وجهر وروى عن عثمان رضي الله عنه انه ترك السورة في الاولين فقضاها في الاخريين وجهر لان الاخريين ليستا محلا للسورة أداء فجاز أن يكونا محلا لها قضاء ثم قال في الكتاب وجهر ولم يذكر انه جهر بهما أو بالسورة خاصة وفسره البلخي فقال أتى بالسورة خاصة لان القضاء بصفة الاداء ويجهر بالسورة أداء فكذا قضاء فأما الفاتحة فهي في محلها ومن سنتها الاخفاء فيخفي بها وعن أبي يوسف انه يخافت بهما لانه يفتتح القراءة بالفاتحة والسورة تبنى عليها ثم السنة في الفاتحة المخافتة فكذا فيما يبنى عليها والاصح انه يجهر بهما لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة غير مشروع وقد وجب عليه الجهر بالسورة فيجهر بالفاتحة أيضا وهذا كله اذا تذكر بعد ما قيد الركعة بالسجدة فان تذكر قراءة الفاتحة أو السورة في الركوع أو بعد ما رفع رأسه منه يعود الى القراءة وينتقض ركوعه بخلاف القنوت والفرق بينهما نذكره في صلاة الوتر ولو ترك تكبيرات العيد فتذكر في الركوع قضاها في الركوع بخلاف القنوت اذا تذكر في الركوع حيث يسقط ونذكر الفرق هناك أيضا ولو ترك قراءة التشهد في القعدة الاخيرة وقام ثم تذكر يعود ويتشهد اذا لم يقيد الركعة بالسجدة لانه لو كان قرأ التشهد ثم تذكر يعود ليكون خروجه من الصلاة على الوجه المسنون فههنا أولى وكذا اذا لم يقم وتذكرها قبل السلام أو بعد ما سلم ساهيا ولو سلم وهو ذاكر لها سقطت عنه وسقط سجدتا السهو لما مر ولو ترك قراءة التشهد في القعدة الاولى وقام الى الثالثة ثم تذكر فان استتم قائما لا يعود لان القيام فرض وليس من الحكمة ترك الفرض لتحصيل الواجب وان لم يستتم قائما فان كان الى القيام أقرب لا يعود وتسقط وان كان الى القعود أقرب يعود لما ذكرنا في القعدة الاخيرة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل السجود للسهو فمحله المسنون بعد السلام عندنا سواء كان السهو بادخال زيادة في الصلاة أو نقصان فيها وعند الشافعي قبل السلام بعد التشهد فيهما جميعا وقال مالك ان كان يسجد للنقصان فقبل السلام وان كان يسجد للزيادة فبعد السلام (احتج) الشافعي بما روى عبد الله بن بحينة ان النبي صلى الله عليه وسلم

سجد للسهو قبل السلام وماروى انه سجد للسهو بعد السلام فمحمول على التشهد كما حملتم السلام على التشهد فى قوله صلى الله عليه وسلم وفى كل ركعتين فسلم أى فتشهد و يرجح مارو يناءبمعاضدة المعنى اياه من وجهين أحدهما ان السجدة انما يؤتى بها جبرا للنقصان المتمكن فى الصلاة والجابر يجب تحصيله فى موضع النقص لا فى غير موضعه والاتيان بالسجدة بعد السلام تحصيل الجابر لا فى محل النقصان والاتيان بها قبل السلام تحصيل الجابر فى محل النقصان فكان أولى والثانى ان جبر النقصان انما يتحقق حال قيام الاصل وبالسلام القاطع لتحريمة الصلاة يفوت الاصل فلا يتصور جبر النقصان بالسجود بعده (واحتج) مالك بما روى المغيرة بن شعبة ان النبى صلى الله عليه وسلم قام فى مثنى من صلاته فسجد سجدتى السهو قبل السلام وكان سهوا فى نقصان وعن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا فسجد سجدتى السهو بعد السلام وكان سهوا فى الزيادة ولان السهو اذا كان نقصانا فالحاجة الى الجابر فيؤتى به فى محل النقصان على ماقاله الشافعى فاما اذا كان زيادة فتحصيل السجدة قبل السلام يوجب زيادة أخرى فى الصلاة ولا يوجب رفع شئ فيؤخر الى مابعد السلام ولنا حديث ثوبان رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لكل سهو سجدتان بعد السلام من غير فصل بين الزيادة والنقصان وروى عن عمران بن الحصين والمغيرة بن شعبة وسعد بن أبى وقاص رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم سجد للسهو بعد السلام وكذا روى ابن مسعود وعائشة وأبو هريرة رضى الله عنهم وروينا عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من شك فى صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليتحر أقرب ذلك الى الصواب وليبن عليه وليسجد سجدتين بعد السلام ولان سجود السهو أخر عن محل النقصان بالاجماع وانما كان لمعنى ذلك المعنى يقتضى التأخير عن السلام وهو انه لو أداه هنالك ثم سها مرة ثانية وثالثة ورابعة يحتاج الى أدائه فى كل محل وتكرار سجود السهو فى صلاة واحدة غير مشروع فأخر الى وقت السلام احترازا عن التكرار فينبغى أن يؤخر أيضا عن السلام حتى انه لو سها عن السهو لا يلزمه أخرى فيؤدى الى التكرار ولان ادخال الزيادة فى الصلاة يوجب نقصانا فيها فلو أتى بالسجود قبل السلام يؤدى الى أن يصير الجابر للنقصان موجبا زيادة نقص وذا غير صواب (وأما) الجواب عن تعلقهم بالاحاديث فهو ان رواية الفعل متعارضة فبقى لنا رواية القول من غير تعارض أو ترجح ماذكرنا لمعاضدة ماذكرنا من المعنى اياه أو يوفق فيحمل مارويناه على انه سجد بعد السلام الاول ولا محمل له سواه فكان محكما وما رواه محتمل يحتمل انه سجد قبل السلام الاول ويحتمل انه سجد قبل السلام الثانى فكان متشابها فيصرف الى موافقة المحكم وهو انه سجد قبل السلام الاخير لا قبل السلام الاول ردا للمحتمل الى المحكم وماذكر مالك من الفصل بين الزيادة والنقصان غير سديد لانه سواء نقص أو زاد كل ذلك كان نقصانا ولانه لو سها مرتين احداهما بالزيادة والاخرى بالنقصان ماذا يفعل وتكرار سجدتى السهو غير مشروع وقد روى ان أبا يوسف ألزم مالكا بين يدى الخليفة بهذا الفصل فقال أرأيت لو زاد ونقص كيف يصنع فتحير مالك وقد خرج الجواب عن أحد معنى الشافعى ان الجابر يحصل فى محل الجبر لما مر انه لا يؤتى به فى محل الجبر بالاجماع بل يؤخر عنه لمعنى يوجب التأخير عن السلام وأما قوله ان الجبر لا يتحقق الا حال قيام أصل الصلاة فنعم لكن لم قلتم ان سلام من عليه السهو قاطع لتحريمة الصلاة وقد اختلف مشايخنا فى ذلك فعند محمد وزفر لا يقطع التحريمة أصلا فيتحقق معنى الجبر وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يقطعها على تقدير العود الى السجود أو يقطعها ثم يعود بالعود الى السجود فيتحقق معنى الجبر واذا عرف ان محله المسنون بعد السلام فاذا فرغ من التشهد الثانى يسلم ثم يكبر ويعود الى سجود السهو ثم يرفع رأسه مكبرا ثم يتشهد ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويأتى بالدعوات وهو اختيار الكرخى واختيار عامة مشايخنا بما وراء النهر وذكر الطحاوى انه يأتى بالدعاء قبل السلام وبعده وهو اختيار بعض مشايخنا والأول أصح لان الدعاء انما شرع بعد الفراغ من الافعال والاذكار الموضوعة فى الصلاة ومن عليه السهو قد بقى عليه بعد التشهد الاول من الافعال والاذكار وهو سجود السهو والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فلم يتحقق الفراغ

فلذلك كان التأخير الى التشهد الثانى أحق ولكن ينبغى أن لا يأتى بدعوات تشبه كلام الناس لئلا تفسد صلاته هذا الذى ذكرنا بيان محله المسنون وأما محل جوازه فنقول جواز السجود لا يختص بما بعد السلام حتى لو سجد قبل السلام يجوز ولا يعيد لانه أداء بعد الفراغ من أركان الصلاة الا انه ترك سنته وهو الاداء بعد السلام وترك السنة لا يوجب سجود السهو ولان الاداء بعد السلام سنة ولو أمرناه بالاعادة كان تكرارا وانه بدعة وترك السنة أولى من فعل البدعة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما قدر سلام السهو وصفته فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وهو اختيار الشيخ الزاهد فخر الاسلام على بن محمد البزدوى وقال لو سلم تسليمتين تبطل التحريمة لأن التسليمة الثانية لمعنى التحية ومعنى التحية ساقط عن سلام السهو فكان الاشتغال بالتسليمة الثانية عبثا خالوا عن الفائدة المطلوبة منه فكان قاطعا للتحريمة وعامتهم على انه يسلم تسليمتين عن يمينه وعن يساره لقول النبى صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام ذكر السلام بالالف واللام فينصرف الى الجنس أو الى المعهود وهما التسليمتان

﴿فصل﴾ وأما عمل سلام السهو انه هل يبطل التحريمة أم لا فقد اختلف فيه قال محمد وزفر لا يقطع التحريمة أصلا وعند أبى حنيفة وأبى يوسف الأمر موقوف ان عاد الى سجدتى السهو وصح عوده اليهما تبين انه لم يقطع وان لم يعد تبين انه قطع حتى لو ضحك بعد ما سلم قبل أن يعود الى سجدتى السهو لا تنتقض طهارته عندهما وعند محمد وزفر تنتقض ومن مشايخنا من قال لا توقف فى انقطاع التحريمة بسلام السهو عند أبى حنيفة وأبى يوسف بل تنقطع من غير توقف وانما التوقف عندهما فى عود التحريمة ثانيا ان عاد الى سجدتى تعود والا فلا وهذا أسهل لتخريج المسائل والأول وهو التوقف فى بقاء التحريمة وبطلانها أصح لان التحريمة تحريمة واحدة فاذا بطلت لا تعود الا باعادة ولم توجد وجه قول محمد وزفر ان الشرع ابطل عمل سلام من عليه سجدتا السهو لان سجدتى السهو يؤتى بهما فى تحريمة الصلاة لانهما شرعتا لجبر النقصان وانما ينجبران حصلتا فى تحريمة الصلاة ولهذا يسقطان اذا وجد بعد القعود قدر التشهد ما ينافى التحريمة ولا يمكن تحصيلهما فى تحريمة الصلاة الا بعد بطلان عمل هذا السلام فصار وجوده وعدمه فى هذه الحالة بمنزلة ولو انعدم حقيقة كانت التحريمة باقية فكذا اذا التحق بالعدم (ولابى) حنيفة وأبى يوسف ان السلام جعل محللا فى الشرع قال النبى صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم والتحليل ما يحصل به التحلل ولانه خطاب للقوم فكان من كلام الناس وانه مناف للصلاة غير ان الشرع أبطل عمله فى هذه الحالة لحاجة المصلى الى جبر النقصان ولا ينجبر الا عند وجود الجابر فى التحريمة ليلتحق الجابر بسبب بقاء التحريمة بمحل النقصان فينجبر النقصان فنفينا التحريمة مع وجود المنافى لها لهذه الضرورة فان اشتغل بسجدتى السهو وصح اشتغاله بهما تحققت الضرورة الى بقاء التحريمة فبقيت وان لم يشتغل لم تتحقق الضرورة فيعمل السلام فى الاخراج عن الصلاة وابطال التحريمة عمله ويبنى على هذا الاصل ثلاث مسائل احداها اذا قهقه قبل العود الى السجود بعد السلام تمت صلاته وسقط عنه السهو بالاجماع ولا تنتقض طهارته عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول زفر بناء على أصله فى القهقهة انها فى كل موضع لا توجب فساد الصلاة لا توجب انتقاض الطهارة كما اذا قعد قدر التشهد الاخير قبل السلام وعند محمد تنتقض طهارته والثانية اذا سلم وعليه سجدتا السهو فجاء رجل فاقتدى به قبل أن يعود الى السجود فاقتداؤه موقوف عند أبى حنيفة وأبى يوسف فان عاد الى السجود صح والا فلا وعند محمد وزفر صح اقتداؤه به عاد او لم يعد وقال بشر لا يصح اقتداؤه به عاد او لم يعد فكأنه جعل السلام قاطعا للتحريمة جزما والثالثة المسافر اذا سلم على رأس الركعتين فى ذوات الاربع وعليه سهو فنوى الاقامة قبل أن يعود اليه لا ينقلب فرضه أربعا ويسقط عنه السهو عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر ينقلب فرضه أربعا وعليه سجدتا السهو لكنه يؤخرهما الى آخر الصلاة وأجمعوا على انه لو عاد الى سجود السهو ثم اقتدى به رجل يصح اقتداؤه به الا عند بشر وكذلك لو قهقه فى هذه الحالة تنتقض طهارته الا عند زفر وكذلك لو نوى الاقامة فى هذه

الحالة ينقلب فرضه أربعا ويؤخر سجود السهو الى آخر الصلاة سواء نوى الاقامة بعد ما سجد سجدة واحدة أو سجدتين ثم لا يفترق الحال في سجود السهو سيما اذا سلم وهو ذاكر له أو ساه عنه ومن نيته أن يسجد له أولا يسجد حتى لا يسقط عنه في الاحوال كلها لان محله بعد السلام الا اذا فعل فعلا يمنعه من البناء بأن تكلم أو قهقه أو أحدث متعمدا أو خرج عن المسجد أو صرف وجهه عن القبلة وهو ذاكر له لانه فات محله وهو تحريمة الصلاة فيسقط ضرورة فوات محله وكذا اذا طلعت الشمس بعد السلام في صلاة الفجر أو احمرت في صلاة العصر سقط عنه السهو لان السجدة جبر للنقص المتمكن فيجري مجرى القضاء وقد وجبت كاملة فلا يقضى الناقص

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يجب عليه سجود السهو ومن لا يجب عليه فسجود السهو يجب على الامام وعلى المنفرد مقصودا لتحقق سبب الوجوب منهما وهو السهو فأما المقتدي اذا سها في صلاته فلا سهو عليه لانه لا يمكنه السجود لانه ان سجد قبل السلام كان مخالفا للامام وان أخره الى ما بعد سلام الامام يخرج من الصلاة بسلام الامام لانه سلام عمد ممن لا سهو عليه فكان سهوه فيما يرجع الى السجود ملحقا بالعدم لتعذر السجود عليه فسقط السجود عنه أصلا وكذلك اللاحق وهو المدرك لاول صلاة الامام اذا فاته بعضها بعد الشروع بسبب النوم أو الحدث السابق بأن نام خلف الامام ثم انتبه وقد سبقه الامام بركعة أو فرغ من صلاته أو سبقه الحدث فذهب وتوضأ وقد سبقه الامام بشئ من صلاته أو فرغ عنها فاشتغل بقضاء ما سبق به فسها فيه لا سهو عليه لانه في حكم المصلي خلف الامام ألا ترى انه لا قراءة عليه وأما المسبوق اذا سها فيما يقضي وجب عليه السهو لانه فيما يقضي بمنزلة المنفرد ألا ترى انه يفترض عليه القراءة وأما المقيم اذا اقتدى بالمسافر ثم قام الى اتمام صلاته وسها هل يلزمه سجود السهو ذكر في الأصل وقال انه يتابع الامام في سجود السهو واذا سها فيما يتم فعليه سجود السهو أيضا وذكر الكرخي في مختصره انه كاللاحق لا يتابع الامام في سجود السهو واذا سها فيما يتم لا يلزمه سجود السهو لانه مدرك لأول الصلاة فكان في حكم المقتدي فيما يؤديه بتلك التحريمة كاللاحق ولهذا لا يقرأ كاللاحق والصحيح ما ذكر في الأصل لأنه ما اقتدى بامامه الا بقدر صلاة الامام فاذا انقضت صلاة الامام صار منفردا فيما وراء ذلك وانما لا يقرأ فيما يتم لأن القراءة فرض في الأوليين وقد قرأ الامام فيهما فكانت قراءة له وسهو الامام يوجب السجود عليه وعلى المقتدي لأن متابعة الامام واجبة قال النبي صلى الله عليه وسلم تابع امامك على أي حال وجدته ولأن المقتدي تابع للامام والحكم في التبع ثبت بوجود السبب في الأصل فكان سهو الامام سببا لوجوب السهو عليه وعلى المقتدي ولهذا لو سقط عن الامام بسبب من الأسباب بأن تكلم أو أحدث متعمدا أو خرج من المسجد يسقط عن المقتدي وكذلك اللاحق يسجد لسهو الامام اذا سها في حال نوم اللاحق أو ذهابه الى الوضوء لأنه في حكم المصلي خلفه ولكن لا يتابع الامام في سجود السهو اذا انتبه في حال اشتغال الامام بسجود السهو أو جاء اليه من الوضوء في هذه الحالة بل يبدأ بقضاء ما فاته ثم يسجد في آخر صلاته بخلاف المسبوق أو المقيم خلف المسافر حيث يتابع الامام في سجود السهو ثم يشتغل بالاتمام (والفرق) ان اللاحق التزم متابعة الامام فيما اقتدى به على نحو ما فصل الامام وانه اقتدى به في حق جميع الصلاة فيتابعه في جميعها على نحو ما يؤدي الامام والامام أدى الأول فالأول وسجد لسهوه في آخر صلاته فكذا هو فأما المسبوق فقد التزم بالاقتداء به متابعته بقدر ما هو صلاة الامام وقد أدرك هذا القدر فيتابعه فيه ثم ينفرد وكذا المقيم المقتدي بالمسافر ولو سجد اللاحق مع الامام للسهو وتابعه فيه لم يجزه لأنه سجد قبل أوانه في حقه فلم يقع معتدا به فعليه أن يعيد اذا فرغ من قضاء ما عليه ولكن لا تفسد صلاته لأنه ما زاد الا سجدتين بخلاف المسبوق اذا تابع الامام في سجود السهو ثم تبين انه لم يكن على الامام سهو حيث تفسد صلاة المسبوق اذا تابع الامام وما زاد الا سجدتين لأن من الفقهاء من قال لا تفسد صلاة المسبوق على ما نذكره ثم الفرق ان فساد الصلاة هنالك ليس لزيادة السجدتين بل للاقتداء في موضع كان عليه الانفراد في ذلك الموضع ولم يوجد ههنا لان اللاحق مقتد في جميع ما يؤدي فلهذا لم تفسد صلاته وكذلك المسبوق يسجد

لسهو الامام سواء كان سهوه بعد الاقتداء به أو قبله بأن كان مسبوقا بركعة وقد سها الامام فيها وعن ابراهيم النخعي انه لا يسجد لسهوه أصلا لأن محل السهو بعد السلام وانه لا يتابعه في السلام فلا يتصور المتابعة في السهو (ولنا) ان سجود السهو يؤدى في تحريمة الصلاة فكانت الصلاة باقية واذا بقيت الصلاة بقيت التبعية فيتابعه فيما يؤدى من الافعال بخلاف التكبير والتلبية حتى لا يلبي المسبوق ولا يكبر مع الامام في أيام التشريق لان التكبير والتلبية لا يؤديان في تحريمة الصلاة ألا ترى انه لو ضحك قهقهة في تلك الحالة لا تنتقض طهارته ولو اقتدى به انسان لا يصح بخلاف سجدتي السهو فانهما يؤديان في تحريمة الصلاة بخلاف انتقاض الطهارة بالقهقهة وصح الاقتداء به في تلك الحالة (فان) قيل ينبغي أن لا يسجد المسبوق مع الامام لانه ربما يسهو فيما يقضي فيلزمه السجود أيضا فيؤدى الى التكرار وانه غير مشروع ولانه لو تابعه في السجود يقع سجوده في وسط الصلاة وذا غير صواب (فالجواب) ان التكرار في صلاة واحدة غير مشروع وهما صلاتان حكما وان كانت التحريمة واحدة لان المسبوق فيما يقضي كالمنفرد ونظيره المقيم اذا اقتدى بالمسافر فسها الامام يتابعه المقيم في السهو وان كان المقتدي ربما يسهو في اتمام صلاته وعلى تقدير السهو يسجد في أصح الروايتين على ما مر لكن لما كان منفردا في ذلك كانا صلاتين حكما وان كانت التحريمة واحدة كذا ههنا ثم المسبوق انما يتابع الامام في السهو دون السلام بل ينتظر الامام حتى يسلم فيسجد فيتابعه في سجود السهو لا في سلامه وان سلم فان كان عامدا تفسد صلاته وان كان ساهيا لا تفسد ولا سهو عليه لأنه مقتد وسهو المقتدي باطل فاذا سجد الامام للسهو يتابعه في السجود ويتابعه في التشهد ولا يسلم اذا سلم الامام لان هذا السلام للخروج عن الصلاة وقد بقي عليه أركان الصلاة فاذا سلم مع الامام فان كان ذاكرا لما عليه من القضاء فسدت صلاته لانه سلام عمد وان لم يكن ذاكرا له لا تفسد لانه سلام سهو فلم يخرجه عن الصلاة وهل يلزمه سجود السهو لاجل سلامه ينظر ان سلم قبل تسليم الامام أو سلما معا لا يلزمه لان سهوه سهو المقتدي وسهو المقتدي متعطل وان سلم بعد تسليم الامام لزمه لان سهوه سهو المنفرد فيقضي ما فاته ثم يسجد للسهو في آخر صلاته ولو سها الامام في صلاة الخوف سجد للسهو وتابعه فيهما الطائفة الثانية وأما الطائفة الاولى فانما يسجدون بعد الفراغ من الاتمام لان الطائفة الثانية بمنزلة المسبوقين اذ لم يدركوا مع الامام أول الصلاة والطائفة الأولى بمنزلة اللاحقين لادراكهم أول صلاة الامام ولو قام المسبوق الى قضاء ما سبق به ولم يتابع الامام في السهو سجد في آخر صلاته استحسانا والقياس أن يسقط لأنه منفرد فيما يقضي وصلاة المنفرد غير صلاة المقتدي فصار كمن لزمته السجدة في صلاة فلم يسجد حتى خرج منها ودخل في صلاة أخرى لا يسجد في الثانية بل يسقط كذا هذا وجه الاستحسان أن التحريمة متحدة فان المسبوق يبني ما يقضي على تلك التحريمة فجعل الكل كأنها صلاة واحدة لاتحاد التحريمة واذا كان الكل صلاة واحدة وقد تمكن فيها النقصان بسهو الامام ولم يجبر ذلك بالسجدتين فوجب جبره وقد خرج الجواب عن وجه القياس انه منفرد في القضاء لانا نقول نعم في الافعال أما هو مقتد في التحريمة ألا ترى انه لا يصح اقتداء غيره فجعل كأنه خلف الامام في حق التحريمة ولو سها فيما يقضي ولم يسجد لسهو الامام كفاه سجدتان لسهوه ولما عليه من قبل الامام لان تكرار السهو في صلاة واحدة غير مشروع ولو سجد لسهو الامام ثم سها فيما يقضي فعليه السهو لما مر ان ذلك اذا سهوين في صلاتين حكما فلم يكن تكرارا ولو أدرك الامام بعد ما سلم للسهو فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أدركه قبل السجود أو في حال السجود أو بعد ما فرغ من السجود فان أدركه قبل السجود أو في حال السجود يتابعه في السجود لانه بالاقتداء التزم متابعة الامام فيما أدرك من صلاته وسجود السهو من أفعال صلاة الامام فيتابعه فيه وليس عليه قضاء السجدة الأولى اذا أدركه في الثانية لان المسبوق لم يوجد منه السهو وانما يجب عليه السجود لسهو الامام لتمكن النقص في تحريمة الامام وحين دخل في صلاة الامام كان النقصان بقدر ما يرتفع بسجدة واحدة وهو قد أتى بسجدة واحدة فانجبر النقص فلا يجب عليه شئ آخر بخلاف ما اذا اقتدى به قبل أن يسجد شيأ ثم لم يتابع امامه وقام وأتم صلاته حيث يسجد السجدتين استحسانا لان

هنالك اقتدى بالامام وتحريمته ناقصة نقصانا لا ينجبر الا بسجدتين و بقي النقصان لانعدام الجابر فيأتي به في آخر الصلاة لاتحاد التحريمة على ما مر وان أدركه بعد ما فرغ من السجود صح اقتداؤه به وليس عليه السهو بعد فراغه من صلاة نفسه لما ذكرنا ان وجوب السجود على المسبوق بسبب سهو الامام لتمكن النقص في تحريمة الامام وحين دخل في صلاة الامام كان النقص انجبر بالسجدتين ولا يعقل وجود الجابر من غير نقص والله أعلم ومن سلم وعليه سهو فسبقه الحدث فهذا لا يخلو اما ان كان منفردا أو اماما فان كان منفردا توضأ وسجد لان الحدث السابق لا يقطع التحريمة ولا يمنع بناء بعض الصلاة على البعض فلان لا يمنع بناء سجدتي السهو أولى وان كان اماما استخلف لانه عجز عن سجدتي السهو فيقدم الخليفة ليسجد كما لو بقي عليه ركن أو التسليم ثم لا ينبغي أن يقدم المسبوق ولا للمسبوق أن يتقدم لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام بل يقدم رجلا أدرك أول صلاة الامام فيسلم بهم و يسجد سجدتي السهو ولكن مع هذا لو قدمه أو تقدم جاز لانه قادر على اتمام الصلاة في الجملة ولا يأتي بسجدتي السهو لان أوان السجود بعد التسليم وهو عاجز عن التسليم لان عليه البناء فلو سلم افسدت صلاته لانه سلام عمد وعليه ركن وحينئذ يتعذر عليه البناء فيتأخر ويقيم مدركا ليسلم بهم و يسجد سجدتي السهو و يسجد هو معهم كما لو كان الامام هو الذي يسجد لسهوه ثم يقوم الى قضاء ما سبق به وحده وان لم يسجد مع خليفته سجد في آخر صلاته استحسانا على ما ذكرنا في حق الامام الأول فان لم يجد الامام المسبوق مدركا وكان الكل مسبوقين قاموا وقضوا ما سبقوا به فرادى لان تحريمة المسبوق انعقدت للاداء على الانفراد ثم اذا فرغوا لا يسجدون في القياس وفي الاستحسان يسجدون وقد بينا وجه القياس والاستحسان ولو قام المسبوق الى قضاء ما سبق به بعد ما سلم الامام ثم تذكر الامام ان عليه سجود السهو فسجدهما يعود الى صلاة الامام ولا يقتدي ولا يعتد بما قرأ أو ركع (والجملة) في المسبوق اذا قام الى قضاء ما عليه فقضاه انه لا يخلو ما قام اليه وقضاه اما أن يكون قبل أن يقعد الامام قدر التشهد أو بعد ما قعد قدر التشهد فان كان ما قام اليه وقضاه قبل أن يقعد الامام قدر التشهد لم يجزه لان الامام ما بقي عليه فرض لم ينفرد المسبوق به عنه لانه التزم متابعته فيما بقي عليه من الصلاة وهو قد بقي عليه فرض وهو القعدة فلم ينفرد فبقي مقتديا وقراءة المقتدي خلف الامام لا تعتبر قراءة من صلاته وانما تعتبر من قيامه وقراءته ما كان بعد ذلك فان كان مسبوقا بركعة او ركعتين فوجد بعد ما قعد الامام قدر التشهد قيام وقراءة قدر ما تجوز به الصلاة جازت صلاته لانه لما قعد الامام قدر التشهد فقد انفرد لانقطاع التبعية بانقضاء اركان صلاة الامام فقد أتى بما فرض عليه من القيام والقراءة في أوانه فكان معتدا به وان لم يوجد مقدار ذلك أو وجد القيام دون القراءة لا تجوز صلاته لانعدام ما فرض عليه في أوانه وان كان مسبوقا بثلاث ركعات فان لم يركع حتى فرغ الامام من التشهد ثم ركع وقرأ في الركعتين بعد هذه الركعة جازت صلاته لان القيام فرض في كل ركعة وفرض القراءة في الركعتين ولا يعتد بقيامه ما لم يفرغ الامام من التشهد فاذا فرغ الامام من التشهد قبل أن يركع هو فقد وجد القيام وان قل في هذه الركعة و وجدت القراءة في الركعتين بعد هذه الركعة فقد أتى بما فرض عليه فتجوز صلاته وان كان ركع قبل فراغ الامام من التشهد لا تجز صلاته لانه لم يوجد قيام معتد به في هذه الركعة لان ذلك هو القيام بعد تشهد الامام ولم يوجد فلهذا فسدت صلاته وأما اذا قام المسبوق الى قضاء ما عليه بعد فراغ الامام من التشهد قبل السلام فقضاه أجزأه وهو مسيء أما الجواز فلان قيامه حصل بعد فراغ الامام من أركان الصلاة وأما الاساءة فلتركه انتظار سلام الامام لان أوان قيامه للقضاء بعد خروج الامام من الصلاة فينبغي أن يؤخر القيام عن السلام ولو قام بعد ما سلم ثم تذكر الامام سجدتي السهو فخر لهما فهذا على وجهين اما ان كان المسبوق قيد ركعته بالسجدة أو لم يقيد فان لم يقيد ركعته بالسجدة رفض ذلك و يسجد مع الامام لان ما أتى به ليس بفعل كامل وكان محتملا للرفض و يكون تركه قبل التمام منعا له عن الثبوت حقيقة فجعل كان لم يوجد فيعود و يتابع امامه لان متابعة الامام في الواجبات واجبة وبطل ما أتى به من القيام والقراءة والركوع لما بينا فان لم يعد الى متابعة الامام ومضى على قضائه جازت صلاته لان عود

الامام الى سجود السهو لا يرفع التشهد والباقى على الامام سجود السهو وهو واجب والمتابعة فى الواجب واجبة فترك الواجب لا يوجب فساد الصلاة ألا ترى لو تركه الامام لا تفسد صلاته فكذا المسبوق ويسجد سجدتى السهو بعد الفراغ من قضائه استحسانا وان كان المسبوق قيد ركعته بالسجدة لا يعود الى متابعة الامام لان الانفراد قد تم وليس على الامام ركن ولو عاد فسدت صلاته لانه اقتدى بغيره بعد وجود الانفراد ووجوبه فتفسد صلاته ولو ذكر الامام سجدة تلاوة فسجدها فان كان المسبوق لم يقيد ركعته بالسجدة فعليه أن يعود الى متابعة الامام لما مر فيسجد معه للتلاوة ويسجد للسهو ثم يسلم الامام ويقوم المسبوق الى قضاء ما عليه ولا يعتد بما أتى به من قبل لما مر ولو لم يعد فسدت صلاته لان عود الامام الى سجدة التلاوة يرفض القعدة فى حق الامام وهو بعد لم يصر منفردا الا ان ما أتى به دون فعل صلاة فترتفض القعدة فى حقه أيضا فاذا ارتفضت فى حقه لا يجوز له الانفراد لان هذا أوان وجوب المتابعة والانفراد فى هذه الحالة مفسد للصلاة وان كان قد قيد ركعته بالسجدة فان عاد الى متابعة الامام فسدت صلاته رواية واحدة وان لم يعد ومضى عليها ففيه روايتان ذكر فى الاصل أن صلاته فاسدة وذكر فى نوادر أبى سليمان أنه لا تفسد صلاته وجه رواية الاصل أن العود الى سجدة التلاوة يرفض القعدة فتبين أن المسبوق انفرد قبل أن يقعد الامام والانفراد فى موضع يجب فيه الاقتداء مفسد للصلاة وجه نوادر أبى سليمان أن ارتفاض القعدة فى حق الامام لا يظهر فى حق المسبوق لان ذلك بالعود الى التلاوة والعود حصل بعد ما تم انفراده عن الامام وخرج عن متابعته فلا يتعدى حكمه اليه ألا ترى أن جميع الصلاة لو ارتفضت بعد انقطاع المتابعة لا يظهر فى حق المؤتم بأن ارتد الامام بعد الفراغ من الصلاة والعياذ بالله بطلت صلاته ولا تبطل صلاة القوم ففى حق القعدة أولى ولهذا لو صلى الظهر بقوم يوم الجمعة ثم راح الى الجمعة فادركها ارتفض ظهره ولم يظهر الرفض فى حق القوم بخلاف ما اذا لم يقيد ركعته بالسجدة لان هناك الانفراد لم يتم على ما قررنا (ونظير) هذه المسئلة مقيم اقتدى بمسافر وقام الى اتمام صلاته بعد ما تشهد الامام قبل أن يسلم ثم نوى الامام الاقامة حتى تحول فرضه أربعا فان لم يقيد ركعته بالسجدة فعليه أن يعود الى متابعة الامام وان لم يعد فسدت صلاته وان كان قيد ركعته بالسجدة فان عاد فسدت صلاته وان لم يعد ومضى عليها أتم صلاته لا تفسد ولو ذكر الامام ان عليه سجدة صلبية فان كان المسبوق لم يقيد ركعته بالسجدة لا شك انه يجب عليه العود ولو لم يعد فسدت صلاته لما مر فى سجدة التلاوة وان قيد ركعته بالسجدة فصلاته فاسدة عاد الى المتابعة أو لم يعد فى الروايات كلها لانه انتقل عن صلاة الامام وعلى الامام ركنان السجدة والقعدة وهو عاجز عن متابعته بعد اكمال الركعة ولو انتقل وعليه ركن واحد وعجز عن متابعته تفسد صلاته فههنا أولى (رجل) صلى الظهر خمسا ثم تذكر فهذا لا يخلوا اما ان قعد فى الرابعة قدر التشهد أو لم يقعد وكل وجه على وجهين اما ان قيد الخامسة بالسجدة أو لم يقيد فان قعد فى الرابعة قدر التشهد وقام الى الخامسة فان لم يقيدها بالسجدة حتى تذكر يعود الى القعدة ويتمها ويسلم لما مر وان قيدها بالسجدة لا يعود عندنا خلافا للشافعى على ما مر ثم عندنا اذا كان ذلك فى الظهر أو فى العشاء فالاولى أن يضيف اليها ركعة أخرى ليصير اله نفلا اذ التنفل بعدهما جائز وما دون الركعتين لا يكون صلاة تامة كما قال ابن مسعود والله ما أجزأت ركعة قط وان كان فى العصر لا يضيف اليها ركعة أخرى بل يقطع لان التنفل بعد العصر غير مشروع وروى هشام عن محمد أنه يضيف اليها أخرى أيضا لان التنفل بعد العصر انما يكره اذا شرع فيه قصدا فاما اذا وقع فيه بغير قصده فلا يكره وان لم يضف اليها ركعة أخرى فى الظهر بل قطعها لا قضاء عليه عندنا وعند زفر يقضى ركعتين وهى مسئلة الشروع فى الصلاة المظنونة والصوم المظنون لان الشروع ههنا فى الخامسة على ظن أنها عليه وان أضاف اليها أخرى فى الظهر هل تجزئ هاتان الركعتان عن السنة التى بعد الظهر قال بعضهم يجزيان لان السنة بعد الظهر ليست الا ركعتين يؤديان نفلا وقد وجد والصحيح انهما لا يجزيان عنها لان السنة أن يتنفل بركعتين بتحريمة على حدة لا بناء على تحريمة غيرها فلم يوجد هيئة السنة فلا تنوب عنها وبه كان يفتى الشيخ أبو عبد الله الجراجرى ثم اذا أضاف اليها ركعة

أخرى فعليه السهو استحسانا والقياس أن لا سهو عليه لان السهو تمكن في الفرض وقد أدى بعدها صلاة أخرى وجه الاستحسان أنه انما بنى النفل على تلك التحريمة وقد تمكن فيها النقص بالسهو فيجبر بالسجدتين على ماذكرنا في المسبوق (ثم) اختلف أصحابنا أن هاتين السجدتين للنقص المتمكن في الفرض أو للنقص المتمكن في النفل فعند أبي يوسف للنقص المتمكن في النفل لدخوله فيه لا على وجه السنة وعند محمد للنقص الذي تمكن في الفرض فالحاصل أن عند أبي يوسف انقطعت تحريمة الفرض بالانتقال الى النفل فلا وجه الى جبر نقصان الفرض بعد الخروج منه وانقطاع تحريمته وعند محمد التحريمة باقية لأنها اشتملت على أصل الصلاة ووصفها وبالانتقال الى النفل انقطع الوصف لا غير فبقيت التحريمة الا ترى أن بناء النفل على تحريمة الفرض جائز في حق الاقتداء حتى جاز اقتداء المتنفل بالمفترض فكذا بناء فعل نفسه على تحريمة فرضه يكون جائزا والاصل في البناء هو البناء في احرام واحد وفائدة هذا الخلاف أنه لو جاء انسان واقتدى به في هاتين الركعتين يصلي ركعتين عند أبي يوسف ولو أفسده يلزمه قضاء ركعتين وان كان الامام لو أفسده لا قضاء عليه عند أصحابنا الثلاثة ومن هذا صحح مشايخ بلخ اقتداء البالغين بالصبيان في التطوعات فقالوا يجوز أن تكون الصلاة مضمونة في حق المقتدي وان لم تكن مضمونة في حق الامام استدلالا بهذه المسئلة ومشايخنا بما وراء النهر لم يجوزوا ذلك وعند محمد يصلي ستا ولو أفسدها لا يجب عليه القضاء كما لا يجب على الامام وذكر الشيخ أبو منصور الماتريدي أن الاصح أن تجعل السجدتان جبرا للنقص المتمكن في الاحرام وهو احرام واحد فيجبر بهما النقص المتمكن في الفرض والنفل جميعا واليه ذهب الشيخ أبو بكر بن أبي سعيد هذا الذي ذكرنا اذا قعد في الرابعة قدر التشهد فأما اذا لم يقعد وقام الى الخامسة فان لم يقيدها بالسجدة يعود لما مر وان قيد فسد فرضه وعند الشافعي لا يفسد ويعود الى القعدة ويخرج عن الفرض بلفظ السلام بعد ذلك وصلاته تامة بناء على أصله الذي ذكرنا أن الركعة الكاملة في احتمال النقص وما دونها سواء فكان كما لو تذكر قبل أن يقيد الخامسة بسجدة وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه كان قعد في الرابعة ولا انه أعاد صلاته (ولنا) ماذكرنا أنه وجد فعل كامل من افعال الصلاة وقد انعقد نفلا فصار خارجا من الفرض ضرورة حصوله في النفل لاستحالة كونه فيهما وقد بقي عليه فرض وهو القعدة الاخيرة والخروج عن الصلاة مع بقاء فرض من فرائضها يوجب فساد الصلاة وأما الحديث فتأويله انه كان قعد في الرابعة الا ترى أن الراوي قال صلى الظهر والظهر اسم لجميع أركانها ومنها القعدة وهذا هو الظاهر أنه قام الى الخامسة على تقدير أن هذه القعدة هي القعدة الأولى لان هذا أقرب الى الصواب فيحمل فعله عليه والله اعلم ثم الفساد عند أبي يوسف بوضع رأسه بالسجدة وعند محمد برفع رأسه عنها حتى لو سبقه الحدث في هذه الحالة لا تفسد صلاته عند محمد وعليه أن ينصرف ويتوضأ ويعود ويتشهد ويسلم ويسجد سجدتي السهو لان السجدة لا تصح مع الحدث فكأنه لم يسجد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف فسدت صلاته بنفس الوضع فلا يعود ثم الذي يفسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف الفرضية لا أصل الصلاة حتى كان الاولى ان يضيف اليها ركعة أخرى فتصير الست له نفلا ثم يسلم ثم يستقبل الظهر وعند محمد يفسد اصل الصلاة بناء على أن أصل الفرضية متى بطلت بطلت التحريمة عنده وعندهما لا تبطل وهذا الخلاف غير منصوص عليه وانما استخرج من مسئلة ذكرها في الاصل في باب الجمعة وهو أن مصلي الجمعة اذا خرج وقتها وهو وقت الظهر قبل اتمام الجمعة ثم قهقه تنتقض طهارته عندهما وعنده لا تنتقض وهذا يدل على أنه يبقى نفلا عندهما خلافا له وكذا ترك القعدة في كل شفع من التطوع عنده مفسد وعندهما غير مفسد وهذه مسئلة عظيمة لها شعب كثيرة أعرضنا عن ذكر تفاصيلها وجملها ومعاني الفصول وعللها حالة الى الجامع الصغير وانما أفردنا هذه المسئلة بالذكر وان كان بعض فروعها دخل في بعض ماذكرنا من الاقسام لما أن لها فروعا أخر لا تناسب مسائل الفصل وكرهنا قطع الفرع عن الاصل فرأينا الصواب في ايرادها بفروعها في آخر الفصل تتميما للفائدة والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما سجدة التلاوة فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان سبب

الوجوب وفي بيان من تجب عليه ومن لا تجب ويتضمن بيان شرائط الوجوب وفي بيان شرائط جوازها وفي بيان محل ادائها وفي بيان كيفية ادائها وفي بيان سببها وفي بيان مواضعها من القرآن أما الاول فقد قال أصحابنا انها واجبة وقال الشافعي انها مستحبة وليست بواجبة واحتج بحديث الاعرابي حين علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الشرائع فقال هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع فلو كانت سجدة التلاوة واجبة لما احتمل ترك البيان بعد السؤال وعن عمر رضي الله عنه أنه تلا آية السجدة على المنبر وسجد ثم تلاها في الجمعة الثانية فتشوف الناس للسجود فقال أما انها لم تكتب علينا الا ان نشاء (ولنا) ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا تلا ابن آدم آية السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي ويقول أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة وأمرت بالسجود فلم أسجد فلي النار والاصل أن الحكيم متى حكى عن غير الحكيم أمرا ولم يعقبه بالنكير يدل ذلك على أنه صواب فكان في الحديث دليل على كون ابن آدم مأمورا بالسجود ومطلق الأمر للوجوب ولان الله تعالى ذم أقواما بترك السجود فقال واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون وانما يستحق الذم بترك الواجب ولان مواضع السجود في القرآن منقسمة منها ما هو أمر بالسجود والزام للوجوب كما في آخر سورة القلم ومنها ما هو اخبار عن استكبار الكفرة عن السجود فيجب علينا مخالفتهم بتحصيله ومنها ما هو اخبار عن خشوع المطيعين فيجب علينا متابعتهم لقوله تعالى فبهداهم اقتده وعن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا السجدة على من تلاها وعلى من سمعها وعلى من جلس لها على اختلاف الفاظهم وعلى كلمة ايجاب وأما حديث الاعرابي ففيه بيان الواجب ابتداء لا ما يجب بسبب يوجد من العبد الا ترى أنه لم يذكر المنذور وهو واجب وأما قول عمر رضي الله عنه فنقول بموجبه انها لم تكتب علينا بل أوجبت وفرق بين الفرض والواجب على ما عرف في موضعه

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوبها فاما خارج الصلاة فانها تجب على سبيل التراخي دون الفور عند عامة أهل الاصول لان دلائل الوجوب مطلقة عن تعيين الوقت فتجب في جزء من الوقت غير عين ويتعين ذلك بتعيينه فعلا وانما يتضيق عليه الوجوب في آخر عمره كما في سائر الواجبات الموسعة (وأما) في الصلاة فانها تجب على سبيل التضييق لقيام دليل التضييق وهو انها وجبت بما هو من أفعال الصلاة وهو القراءة فالتحقت بأفعال الصلاة وصارت جزأ من أجزائها ولهذا يجب اداؤها في الصلاة ولا يوجب حصولها في الصلاة نقصانا فيها وتحصيل ما ليس من الصلاة في الصلاة ان لم يوجب فسادها يوجب نقصانا واذا التحقت بأفعال الصلاة وجب اداؤها مضيقا كسائر افعال الصلاة بخلاف خارج الصلاة لان هناك لا دليل على التضييق ولهذا قلنا اذا تلا آية السجدة فلم يسجد ولم يركع حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى السجود لم يجزه وكذا اذا نواها في السجدة الصلبية لانها صارت دينا والدين يقضى بماله لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين على ما نذكر ولهذا قلنا انه لا يجوز التيمم للتلاوة في المصر لأن عدم الماء في المصر لا يتحقق عادة والجواز بالتيمم مع وجود الماء لن يكون الا لخوف الفوت أصلا كما في صلاة الجنازة والعيد ولا خوف ههنا لانعدام وقت معين لها خارج الصلاة فلم يتحقق التيمم طهارة والطهارة شرط لادائها بالاجماع

﴿فصل﴾ وأما سبب وجوب السجدة فسبب وجوبها أحد شيئين التلاوة أو السماع كل واحد منهما على حاله موجب فيجب على التالي الاصم والسامع الذي لم يتل أما التلاوة فلا يشكل وكذا السماع لما بينا أن الله تعالى الحق اللائمة بالكفار لتركهم السجود اذا قرئ عليهم القرآن بقوله تعالى فما لهم لا يؤمنون واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون وقال تعالى انما يؤمن بآياتنا الذين اذا ذكروا بها خروا سجدا الآية من غير فصل في الآيتين بين التالي والسامع وروينا عن كبار الصحابة رضي الله عنهم السجدة على من سمعها ولان حجة الله تعالى تلزمه بالسماع كما تلزمه بالتلاوة فيجب أن يخضع لحجة الله تعالى بالسماع كما يخضع بالقراءة ويستوي الجواب في حق التالي

بين ما اذا تلى السجدة بالعربية أو بالفارسية فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى قال أبو حنيفة يلزمه السجود فى الحالين وأما فى حق السامع فان سمعها ممن يقرأ بالعربية فقالوا يلزمه بالاجماع فهم أو لم يفهم لان السبب قد وجد فيثبت حكمه ولا يقف على العلم اعتبارا بسائر الاسباب وان سمعها ممن يقرأ بالفارسية فكذلك عند أبى حنيفة بناء على أصله ان القراءة بالفارسية جائزة وقال أبو يوسف فى الامالى ان كان السامع يعلم انه يقرأ القرآن فعليه السجدة والا فلا وهذا ليس بسديد لانه ان جعل الفارسية قرآنا ينبغى ان يجب سواء فهم أو لم يفهم كما لو سمعها ممن يقرأ بالعربية وان لم يجعله قرآنا ينبغى أن لا يجب وان فهم ولو اجتمع سببا الوجوب وهما التلاوة والسماع بان تلا السجدة ثم سمعها أو سمعها ثم تلاها أو تكرر أحدهما فنقول الاصل ان السجدة لا يتكرر وجوبها الا بأحد أمور ثلاثة اما اختلاف المجلس أو التلاوة أو السماع حتى ان من تلا آية واحدة مرارا فى مجلس واحد تكفيه سجدة واحدة والاصل فيه ما روى ان جبريل عليه السلام كان ينزل بالوحى فيقرأ آية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسمع ويتلقن ثم يقرأ على أصحابه وكان لا يسجد الا مرة واحدة وروى عن أبى عبد الرحمن السلمى معلم الحسن والحسين رضى الله عنهم انه كان يعلم الآية مرارا وكان لا يزيد على سجدة واحدة والظاهر أن عليا رضى الله عنه كان عالما بذلك ولم ينكر عليه وروى عن أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه انه كان يكرر آية السجدة حين كان يعلم الصبيان وكان لا يسجد الا مرة واحدة ولان المجلس الواحد جامع للكلمات المتفرقة كما فى الايجاب والقبول ولان فى ايجاب السجدة فى كل مرة ايقاعا فى الحرج لكون المعلمين مبتلين بتكرار الاية لتعليم الصبيان والحرج منفى بنص الكتاب ولان السجدة متعلقة بالتلاوة والمرة الاولى هى الحاصلة للتلاوة فاما التكرار فلم يكن لحق التلاوة بل للتحفظ أو للتدبر والتأمل فى ذلك وكل ذلك من عمل القلب ولا تعلق لوجوب السجدة به فجعل الاجراء على اللسان الذى هو من ضرورة ما هو فعل القلب أو وسيلة اليه من أفعاله فالتحق بما هو فعل القلب وذلك ليس بسبب كذا علل الشيخ أبو منصور (وأما) الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم بان ذكره أو سمع ذكره فى مجلس واحد مرارا فلم يذكر فى الكتب وذهب المتقدمون من أصحابنا الى انه يكفيه مرة واحدة قياسا على السجدة وقال بعض المتأخرين يصلى عليه فى كل مرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تجفونى بعد موتى فقيل له وكيف نجفوك يا رسول الله فقال ان أذكر فى موضع فلا يصلى على وبه تبين انه حق رسول الله صلى الله عليه وسلم وحقوق العباد لا تتداخل وعلى هذا اختلفوا فى تشميت العاطس ان من عطس وحمد الله تعالى فى مجلس واحد مرارا فقال بعضهم ينبغى للسامع أن يشمت فى كل مرة لانه حق العاطس والاصح انه اذا زاد على الثلاث لا يشمته لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال للعاطس فى مجلسه بعد الثلاث قم فانتثر فانك مزكوم (ثم) لا فرق ههنا بين ما اذا تلا مرارا ثم سجد وبين ما اذا تلا وسجد ثم تلا بعد ذلك مرارا فى مجلس واحد حتى لا يلزمه سجدة أخرى فرق بين هذا وبين ما اذا زنى مرارا انه لا يحد الا مرة واحدة ولو زنى مرة ثم حد ثم زنى مرة أخرى يحد ثانيا وكذا ثالثا ورابعا والفرق ان هناك تكرر السبب لمساواة كل فعل الأول فى المأثم والقبح وفساد الفراش وكل معنى صار به الاول سببا الا انه لما أقيم عليه الحد جعل ذلك حكما لكل سبب فجعل بكماله حكما لهذا وحكما لذاك وجعل كان كل سبب ليس معه غيره فى حق نفسه لحصول ما شرع له الحد وهو الزجر عن المعاودة فى المستقبل فاذا وجد الزنا بعد ذلك انعقد سببا كالذى تقدم فلا بد من وجود حكمه بخلاف ما نحن فيه لان ههنا السبب هو التلاوة والمرة الاولى هى الحاصلة بحق التلاوة على ما مر فلم يتكرر السبب وهذا المعنى لا يتبدل بتخلل السجدة بينهما وعدم التخلل لحصول الثانية بحق التأمل والتحفظ فى الحالين وكذا السامع لتلك التلاوات المتكررة لا يلزمه الا بالمرة الاولى لان ما وراءها فى حقه جعل غير سبب بل تابعا للتأمل والحفظ لانه فى حقه يفيد المعنيين جميعا أعنى الاعانة على الحفظ والتدبر بخلاف ما اذا سمع انسان آخر المرة الثانية أو الثالثة أو الرابعة وذلك فى حقه أول ما سمع حيث تلزمه السجدة لان ذلك فى حقه سماع التلاوة ولان كل مرة تلاوة حقيقة الا ان الحقيقة جعلت ساقطة

فى حق من تكررت فى حقه فنى حق من لم تتكرر بقيت على حقيقتها وبخلاف ما اذا قرأ آية واحدة فى مجالس مختلفة لان هنالك النصوص منعدمة والجامع وهو المجلس غير ثابت والحرج منفى ومعنى التذكر والتدبر زائل لانها فى المجلس الآخر حصلت بحق التلاوة لينال ثوابها فى ذلك المجلس وبخلاف ما اذا قرأ آيات متفرقة فى مجلس واحد لزوال هذه المعانى أيضا أما النصوص فلا تشكل وكذا المعنى الجامع لان المجلس لا يجعل الكلمات المختلفة الجنس بمنزلة كلمة واحدة كمن أقر لانسان بألف درهم ولآخر بمائة دينار واعبده بالعتق فى مجلس واحد لا يجعل المجلس الكل اقرارا واحدا وكذا الحرج منتف وكذا التلاوة الثانية لا تكون للتدبر فى الاولى والله أعلم ولو تلاها فى مكان وذهب عنه ثم انصرف اليه فاعادها فعليه أخرى لانها عند اختلاف المجلس حصلت بحق التلاوة فتجدد السبب وعن محمد ان هذا اذا بعد عن ذلك المكان فان كان قريبا منه لم يلزمه أخرى ويصير كانه تلاها فى مكانه لحديث أبى موسى الاشعرى انه كان يعلم الناس بالبصرة وكان يزحف الى هذا تارة والى هذا تارة أخرى فيعلمهم آية السجدة ولا يسجد الا مرة واحدة ولو تلاها فى موضع ومعه رجل يسمعها ثم ذهب التالى عنه ثم انصرف اليه فاعادها والسامع على مكانه سجد التالى لكل مرة لتجدد السبب فى حقه وهو التلاوة عند اختلاف المجلس وأما السامع فليس عليه الا سجدة واحدة لان السبب فى حقه سماع التلاوة والثانية ما حصلت بحق التلاوة فى حقه لاتحاد المجلس وكذلك اذا كان التالى على مكانه ذلك والسامع يذهب ويجىء ويسمع تلك الآية سجد السامع لكل مرة سجدة وليس على التالى الا سجدة واحدة لتجدد السبب فى حق السامع دون التالى على ما مر ولو تلاها فى مسجد جماعة أو فى المسجد الجامع فى زاوية ثم تلاها فى زاوية أخرى لا يجب عليه الا سجدة واحدة لان المسجد كله جعل بمنزلة مكان واحد فى حق الصلاة ففى حق السجدة أولى وكذا حكم السماع وكذلك البيت والمحمل والسفينة فى حكم التلاوة والسماع سواء كانت السفينة واقفة أو جارية بخلاف الدابة على ما نذكر ولو تلاها وهو يمشى لزمه لكل مرة سجدة لتبدل المكان وكذلك لو كان يسبح فى نهر عظيم أو بحر لما ذكرنا فان كان يسبح فى حوض أو غدير له حد معلوم قيل يكفيه سجدة واحدة ولو تلاها على غصن ثم انتقل الى غصن آخر اختلف المشايخ فيه وكذا فى التلاوة عند الكرس وقالوا فى تسدية الثوب انه يتكرر الوجوب ولو قرأ آية السجدة مرارا وهو يسير على الدابة ان كان خارج الصلاة سجد لكل مرة سجدة على حدة بخلاف ما اذا قرأها فى السفينة وهى تجرى حيث تكفيه واحدة (والفرق) ان قوائم الدابة جعلت كرجليه حكما لنفوذ تصرفه عليها فى السير والوقوف فكان تبدل مكانها كتبدل مكانه فحصلت القراءة فى مجالس مختلفة فتعلقت بكل تلاوة سجدة بخلاف السفينة فانها لم تجعل بمنزلة رجلى الراكب لخروجها عن قبول تصرفه فى السير والوقوف ولهذا أضيف سيرها اليها دون راكبها قال الله تعالى حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم وقال وهى تجرى بهم فى موج كالجبال فلم يجعل تبدل مكانها تبدل مكانه بل مكانه ما استقر هو فيه من السفينة من حيث الحقيقة والحكم وذلك لم يتبدل فكانت التلاوة متكررة فى مكان واحد فلم يجب لها الا سجدة واحدة كما فى البيت وعلى هذا حكم السماع بان سمعها من غيره مرتين وهو يسير على الدابة لتبدل مكان السامع هذا اذا كان خارج الصلاة فاما اذا كان فى الصلاة بان تلاها وهو يسير على الدابة ويصلى عليها ان كان ذلك فى ركعة واحدة لا يلزمه الا سجدة واحدة بالاجماع لان الشرع حيث جوز صلاته عليها مع حكمه ببطلان الصلاة فى الاماكن المختلفة دل على انه أسقط اعتبار اختلاف الأمكنة أو جعل مكانه فى هذه الحالة ظهر الدابة لا ما هو مكان قوائمها وهذا أولى من اسقاط اعتبار الاماكن المختلفة لانه ليس بتغيير للحقيقة أو هو أقل تغييرا لها وذلك تغيير للحقيقة من جميع الوجوه والظهر متحد فلا يلزمه الا سجدة واحدة وصار راكب الدابة فى هذه الحالة كراكب السفينة يحققه ان الشرع جوز صلاته ولو جعل مكانه أمكنة قوائم الدابة لصار هو ماشيا بمشيها والصلاة ماشيا لا تجوز (واما) اذا كرر التلاوة فى ركعتين فالقياس ان يكفيه سجدة واحدة وهو قول أبى يوسف الأخير وفى الاستحسان يلزمه لكل تلاوة سجدة وهو قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد وهذه من المسائل الثلاث التى رجع فيها أبو يوسف

عن الاستحسان الى القياس احداها هذه المسئلة والثانية أن الرهن بمهر المثل لا يكون رهنا بالمتعة قياسا وهو قول أبي يوسف الأخير وفي الاستحسان يكون رهنا وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد والثالثة ان العبد اذا جنى جناية فيما دون النفس فاختار المولى الفداء ثم مات المجني عليه القياس ان يخير المولى ثانيا وهو قول أبي يوسف الأخير وفي الاستحسان لا يخير وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد لا يخير وعلى هذا الخلاف اذا صلى على الارض وقرأ آية السجدة في ركعتين ولا خلاف فيما اذا قرأها في ركعة واحدة وجه الاستحسان وهو قول محمد ان المكان ههنا وان اتحد حقيقة وحكما لكن مع هذا لا يمكن أن يجعل الثانية تكرارا لان لكل ركعة قراءة مستحقة فلو جعلنا الثانية تكرارا للاولى والتحقت القراءة بالركعة الاولى لخلت الثانية عن القراءة ولفسدت وحيث لم تفسد دل انه لم تجعل مكررة بخلاف ما اذا كرر التلاوة في ركعة واحدة لان هنالك أمكن جعل التلاوة المتكررة متحدة حكما وجه القياس أن المكان متحد حقيقة وحكما فيوجب كون الثانية تكرارا للاولى كما في سائر المواضع وما ذكره محمد لا يستقيم لان القراءة لها حكمان جواز الصلاة ووجوب سجدة التلاوة ونحن انما نجعل القراءة الثانية ملتحقة بالأولى في حق وجوب السجدة لا في غيره من الاحكام ولو افتتح الصلاة على الدابة بالايماء فقرأ آية السجدة في الركعة الاولى فسجد بالايماء ثم أعادها في الركعة الثانية فعلى قول أبي يوسف الاخير لا يشكل أنه لا يلزمه أخرى واختلف المشايخ على قوله الاول وهو قول محمد قال بعضهم يلزمه أخرى وقال بعضهم يكفيه سجدة واحدة ثم تبدل المجلس قد يكون حقيقة وقد يكون حكما بان تلا آية السجدة ثم أكل أو نام مضطجعا أو ارضعت صبيا أو أخذ في بيع أو شراء أو نكاح أو عمل يعرف أنه قطع لما كان قبل ذلك ثم أعادها فعليه سجدة أخرى لان المجلس يتبدل بهذه الاعمال الا ترى أن القوم يجلسون لدرس العلم فيكون مجلسهم مجلس الدرس ثم يشتغلون بالنكاح فيصير مجلسهم مجلس النكاح ثم بالبيع فيصير مجلسهم مجلس البيع ثم بالاكل فيصير مجلسهم مجلس الاكل ثم بالقتال فيصير مجلسهم مجلس القتال فصار تبدل المجلس بهذه الاعمال كتبدله بالذهاب والرجوع لما مر ولو نام قاعدا أو أكل لقمة أو شرب شربة أو تكلم بكلمة أو عمل عملا يسيرا ثم أعادها فليس عليه أخرى لان بهذا القدر لا يتبدل المجلس والقياس فيهما سواء أنه لا يلزمه أخرى لاتحاد المكان حقيقة الا انا استحسنا اذا طال العمل اعتبارا بالمخيرة اذا عملت عملا كثيرا خرج الامر عن يدها وكان قطعا للمجلس بخلاف ما اذا أكل لقمة أو شرب شربة ولو قرأ آية السجدة فاطال القراءة بعدها أو أطال الجلوس ثم أعادها ليس عليه سجدة أخرى لان مجلسه لم يتبدل بقراءة القرآن وطول الجلوس وكذا لو اشتغل بالتسبيح أو بالتهليل ثم أعادها لا يلزمه أخرى وان قرأها وهو جالس ثم قام فقرأها وهو قائم الا أنه في مكانه ذلك يكفيه سجدة واحدة لان المجلس لم يتبدل حقيقة وحكما أما الحقيقة فلانه لم يبرح مكانه وأما الحكم فلان الموجود قيام وهو عمل قليل كاكل لقمة أو شرب شربة وبمثله لا يتبدل المجلس وهذا بخلاف ما اذا خير امرأته فقامت من مجلسها حيث خرج الامر من يدها كما لو انتقلت الى مجلس آخر لان خروج الامر من يدها موجب الاعراض عن قبول التمليك اذ التخيير تمليك على ما يعرف في كتاب الطلاق ومن ملك شيئا فاعرض عنه يبطل ذلك التمليك وهذا لان القيام دليل الاعراض لان اختيارها نفسها أو زوجها أمر تحتاج فيه الى الرأي والتدبير لتنظر أي ذلك أعود لها وانفع والقعود أجمع للذهن وأشد احضارا للرأي فالقيام من هذه الحالة الى ما يوجب تفرق الذهن وفوات الرأي دليل الاعراض اما ههنا فالحكم يختلف باتحاد المجلس وتعدده لا بالاعراض وعدمه والمجلس لم يتبدل فلم يعد متعددا متفرقا وكذلك لو قرأها وهو قائم فقعد ثم أعادها يكفيه سجدة واحدة لما قلنا ولو قرأها في مكان ثم قام وركب الدابة على مكانه ثم أعادها قبل أن يسير فعليه سجدة واحدة على الارض ولو سارت الدابة ثم تلا بعدها فعليه سجدتان وكذلك اذا قرأها راكبا ثم نزل قبل السير فاعادها يكفيه سجدة واحدة استحسانا وفي القياس عليه سجدتان لتبدل مكانه بالنزول أو الركوب وجه الاستحسان أن النزول أو الركوب عمل قليل فلا يوجب تبدل المجلس وان كان سار ثم نزل فعليه سجدتان لان سير الدابة بمنزلة مشيه فيتبدل به المجلس وكذلك لو قرأها ثم قام في مكانه ذلك وركب ثم نزل

قبل السير فاعادها لا تجب عليه الا سجدة واحدة لما قلنا ولو قرأها راكبا ثم نزل ثم ركب فاعادها وهو على مكانه
فعليه سجدة واحدة لما بينا والاصل أن النزول والركوب ليسا بمكانين ولو قرأ آية السجدة خارج الصلاة ولم يسجد
لها ثم افتتح الصلاة وتلاها فى عين ذلك المكان صارت احدى السجدتين تابعة للاخرى فتستتبع التى وجدت فى
الصلاة التى وجدت قبلها ويسقط اعتبار تلك التلاوة وتجعل كانه لم يتل الا فى الصلاة حتى انه لو سجد للمتلوة فى
الصلاة خرج عن عهدة الوجوب واذا لم يسجد لم يبق عليه شئ الا المأثم وهذا على رواية الجامع الكبير وكتاب الصلاة
من الاصل ونوادر الصلاة التى رواها الشيخ أبو حفص الكبير ولنا على رواية الصلاة التى رواها أبو سليمان لا تستتبع
احداهما الاخرى بل كل واحدة منهما تستقل بنفسها ولا يسقط اعتبار تلك التلاوة الاولى وبقيت السجدة واجبة
عليه سواء سجد للمتلوة فى الصلاة أو لم يسجد وأما اذا تلاها وسجد لها ثم افتتح الصلاة وأعادها فى ذلك المكان يسجد
للمتلوة فى الصلاة باتفاق الروايتين أما على رواية النوادر فلعدم الاستتباع وثبوت الاستقلال وأما على رواية الجامع
والمبسوط فلكون الموجودة خارج الصلاة تابعة للموجودة فى الصلاة والتابع لا يستتبع المتبوع فلا تصير السجدة
لتلك التلاوة مانعة من لزوم السجدة بهذه التلاوة وجه رواية نوادر أبى سليمان أن الآية تليت فى مجلسين مختلفين
حكما لان الاولى وجدت فى مجلس التلاوة والثانية فى مجلس الصلاة والمجلس يتبدل بتبدل الافعال فيه لما ذكرنا أنه
قد يكون مجلس عقد ثم يصير مجلس مذاكرة ثم يصير مجلس اكل واعتبر هذا التبدل فى حق الايجاب والقبول فى باب
العقود وكل ما يتعلق باتحاد المجلس فكذا هذا لان التعدد الحكمى ملحق بالتعدد الحقيقى فى المواضع أجمع فيتعلق
بكل تلاوة حكم ولا تستتبع احداهما الاخرى ولان الثانية أن تفوت لا لحاقها بأجزاء الصلاة لتعلقها بما هو ركن
من الصلاة فلم يمكن أن تجعل تابعة للاولى فالاولى أيضا تفوت بالسبق فلا تصير تابعة لما بعدها اذ الشئ لا يتبع
ما بعده ولا يستتبع ما قبله وجه رواية الجامع والمبسوط أن المجلس متحد حقيقة وحكما أما الحقيقة فظاهرة وأما
الحكم فلانه وان صار مجلس صلاة ولكن فى الصلاة تلاوة مفروضة فكان مجلس الصلاة مجلس التلاوة ضرورة
فلم يوجد التبدل لا حقيقة ولا حكما فلا بد من اثبات صفة الاتحاد من حيث الحكم للتلاوتين المتعددتين حقيقة
لوجود الموجب لصفة الاتحاد وهو المجلس المتحد وكذا المتعدد من أسباب السجدة قابل للاتحاد حكما كالسماع
والتلاوة فان كل واحد منهما على الانفراد سبب ثم من قرأ وسمع من نفسه لا يلزمه الا سجدة واحدة فالتحق السببان
بسبب واحد فدل أن المتعدد من أسباب السجدة قابل للاتحاد حكما فصار متحدا حكما وزمان وجود الواحد واحد
فجعل كان التلاوتين وجدتا فى زمان واحد ولا وجه أن يجعل كانهما وجدتا خارج الصلاة ولان الموجودة فى
الصلاة تين متقررة فى محلها بدليل جواز الصلاة ولو جعل كانهما وجدتا خارج الصلاة فى حق وجوب السجدة دون
جواز الصلاة لبقى التعدد من وجه مع وجود دليل الاتحاد ومهما أمكن العمل بالدليلين من جميع الوجوه كان
أولى من العمل بالدليل من وجه دون وجه ولا يمكن أن تجعل الموجودة فى الصلاة فى حكم التفكر لتعلق جواز الصلاة
بها وهو من أحكام القراءة دون التفكر ولا مانع من أن تجعل الاولى كانها وجدت فى الصلاة فصار كما لو تليتا فى
الصلاة فى ركعة واحدة ولو كان كذلك لا يتعلق بذلك الا سجدة واحدة وهى من جملة الصلاة كذا هذا وعلى
هذا اذا سمع من غيره آية السجدة ثم شرع فى الصلاة فى ذلك المكان وتلا تلك الآية بعينها فى الصلاة فهذا والذى
تلا بنفسه ثم شرع فى الصلاة مكانه ثم أعادها سواء وقد مر الكلام فيه ولو قرأها فى الصلاة أولا ثم سلم فاعادها قبل
أن يبرح مكانه ذكر فى كتاب الصلاة أنه يلزمه أخرى وذكر فى النوادر أنه لا يلزمه وجه رواية النوادر أن الموجودة
فى الصلاة تفوت بالسبق وحرمة الصلاة جميعا فيستتبع الادنى درجة المتأخرة وقتا وبهذه المسئلة تبين أن التعليل
لرواية النوادر فى المسئلة الاولى باختلاف المجلس حكما ليس بصحيح وجه رواية كتاب الصلاة أن المتلوة فى الصلاة
لا وجود لها بعد الصلاة لا حقيقة ولا حكما أما الحقيقة فلا يشكل وكذا الحكم فان بعد انقطاع التحريمة لا بقاء لما هو
من أجزاء الصلاة أصلا والموجود هو الذى يستتبع دون المعدوم بخلاف ما اذا كانت الاولى متلوة خارج الصلاة فان

تلك باقية بعد التلاوة من حيث الحكم لبقاء حكمها وهو وجوب السجدة فاذا تلاها فى الصلاة وجدت والاولى موجودة فاستتبع الاقوى الاضعف الاولى وهى وذكر الامام السرخسى أنه انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة فى النوادر فيما اذا أعادها بعد ماسلم قبل أن يتكلم وبالسلام لم ينقطع فور الصلاة فكانه أعادها فى الصلاة ووضعها فى كتاب الصلاة فيما اذا أعادها بعد ماسلم وتكلم وبالكلام ينقطع فور الصلاة الاترى أنه لو تذكر سجدة تلاوة بعد السلام يأتى بها او بعد الكلام لا يأتى بها فيكون هذا فى معنى تبدل المجلس وان لم يسجدها فى الصلاة حتى سجدها الآن قال فى الاصل أجزأه عنهما وهو محمول على ما اذا أعادها بعد السلام قبل الكلام لانه لم يخرج عن حرمة الصلاة فكانه كررها فى الصلاة وسجدها فلا يستقيم هذا الجواب فيما اذا أعادها بعد الكلام لان الصلاتية قد سقطت عنه بالكلام ولو تلاها فى صلاته ثم سمعها من أجنبى أجزأته سجدة واحدة وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا تجزيه لان السماعية ليست بصلاتية والتى أداها صلاتية فلا تنوب عما ليست بصلاتية وجه ظاهر الرواية أن التلاوة الاولى من أفعال صلاته والثانية لا حصلت الثانية تكرارا للاولى من حيث الاصل والاولى باقية فجعل وصف الاولى للثانية فصارت من الصلاة فيكتفى بسجدة واحدة وقالوا على رواية النوادر أيضا تكون تكرارا لان الثانية ليست بمستحقة بنفسها فى محلها فتلتحق بالاولى بخلاف تلك المسئلة لان الثانية ركن من أركان الصلاة فكانت مستحقة بنفسها فى محلها فلا يمكن أن تجعل ملحقة بالاولى ولو سمعها أولا من أجنبى وهو فى الصلاة ثم تلاها بنفسه ففيه روايتان على ما نذكر ولو تلاها فى الصلاة ثم سجد ثم أحدث فذهب وتوضأ ثم عاد الى مكانه وبنى على صلاته ثم قرأ ذلك الاجنبى تلك الآية فعلى هذا للمصلى أن يسجدها اذا فرغ من صلاته لانه تحول عن مكانه فسمع الثانية بعد ما تبدل المجلس وفرق بين هذا وبين ما اذا قرأ آية سجدة ثم سبقه الحدث فذهب وتوضأ ثم جاء وقرأ مرة أخرى لا يلزمه سجدة أخرى وان قرأ الثانية بعد ما تبدل المكان والفرق أن فى هذه المسئلة الاولى المكان قد تبدل حقيقة وحكما أما الحقيقة فلا يشكل وأما الحكم فلان التحريمة لا تجعل الاماكن المتفرقة كمكان واحد فى حق ما ليس من أفعال الصلاة وسماع السجدة ليس من أفعال الصلاة فلم يتحد المكان حقيقة وحكما فيلزمه بكل مرة سجدة على حدة بخلاف تلك المسئلة فان هناك القراءة من أفعال الصلاة والتحريمة تجعل الأماكن المتفرقة مكانا واحدا حكما لان الصلاة الواحدة لا تجوز فى الاماكن المختلفة فجعلت الامكنة كمكان واحد فى حق أفعال الصلاة لضرورة الجواز والقراءة من أفعال الصلاة فصار المكان فى حقها متحدا فاما السماع فليس من أفعال الصلاة فتبقى الامكنة فى حقه متفرقة لعدم ضرورة توجب الاتحاد والحقائق لا يسقط اعتبارها حكما الا لضرورة ولو سمعها رجل من امام ثم دخل فى صلاته فان كان الامام لم يسجدها سجدها مع الامام وان كان سجدها الامام سقطت عنه حتى لا يجب عليه قضاؤها خارج الصلاة لانه لما اقتدى بالامام صارت قراءة الامام قراءة له وجعل من حيث التقدير كان الامام قرأها ثانيا فصارت تلك السجدة من أفعال الصلاة ولو قرأ ثانيا لا يجب عليه مرة أخرى لان الاولى صارت من أفعال الصلاة فكذا ههنا واذا صارت من أفعال صلاته لا تؤدى خارج الصلاة لما مر وذكر فى زيادات الزيادات انه يسجد لما سمع قبل الاقتداء بعد ما فرغ من صلاته وذكر فى نوادر الصلاة لابى سليمان انه لو تلا ما سمع خارج الصلاة فى صلاة نفسه فى غير ذلك المكان وسجدها لا يسقط عنه ما لزمه خارج الصلاة وهذا موافق لما ذكره فى زيادات الزيادات فصار فى المسئلة روايتان وجه تلك الرواية ان الثانية ليست بتكرار للاولى لان التكرار اعادة الشئ بصفته وههنا الاولى لم تكن واجبة ولا فعلا من أفعال الصلاة والثانية واجبة وهى فعل من أفعال الصلاة فاختلف الوصف فلم تكن اعادة بخلاف ما اذا كانتا فى الصلاة أو كانتا جميعا خارج الصلاة حيث كان تكرارا لاتحاد الوصف ألا ترى ان من باع بالف ثم باع بمائة دينار ما كان تكرارا بل كان فسخا للاول ولو باع فى الثانية بالف كان تكرارا واذا لم يكن تكرارا جعل كانه قرأ آيتين مختلفتين فى مكان أو آية فى مكانين فيتعلق بكل واحدة منهما حكم على حدة دل عليه انه لو كان

قرأ الأولى وسجد ثم شرع فى الصلاة فى غير ذلك المكان وأعادها يلزمه أخرى فى الروايات أجمع لما بينا انه ليس باعادة ولو كان اعادة لما لزمه أخرى وجه ظاهر الرواية ان الثانية اعادة للاولى من حيث الاصل لانها عين تلك الآية وليست باعادة من حيث الوصف لان وصف كونها ركنا من أركان الصلاة لم يكن فى الاولى ووجد فى الثانية والأولى باقية حكما البقاء حكمها وهو وجوب السجدة فاذا كانت باقية والثانية من حيث الأصل تكرار للاولى جعلت من حيث الأصل كانها عين الاولى فبقيت الصفة الثانية للتلاوة الثانية للاولى لصيرورة الثانية عين الاولى فتصير صفتها صفة تلك فصارت هى أيضا موصوفة بكونها صلاتية فلا تؤدى خارج الصلاة لما مر بخلاف ما اذا كان سجد للاولى لانها لم تبق حكما بل انقضت بنفسها وحكمها فلم يجعل وصف الثانية وصفا للاولى فبقيت الثانية اعادة من حيث الأصل ابتداء من حيث الوصف فتجب سجدة أخرى من حيث الوصف ولا تجب من حيث الأصل فلم يعتبر جانب الأصل وان كان هو المتبوع لما ان الاحتياط فى باب العبادات اعتبار جانب الوجوب فيرجح جانب الوصف فوجبت سجدة أخرى على ان اعتبار جانب الوصف موجب واعتبار جانب الاصل ليس بمانع لكنه ليس بموجب فلم يقع التعارض والله أعلم ولو قرأ الامام سجدة فى ركعة وسجدها ثم أحدث فى الركعة الثانية فقدم رجلا جاء ساعتئذ فقرأ تلك السجدة فعليه ان يسجدها لوجود سبب الوجوب فى حقه وهو ابتداء التلاوة ولم يوجد منه أداء قبل هذا وعلى القوم أن يسجدوها معه لانهم التزموا متابعته

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من تجب عليه فكل من كان أهلا لوجوب الصلاة عليه اما أداء أو قضاء فهو من أهل وجوب السجدة عليه ومن لا فلا لان السجدة جزء من أجزاء الصلاة فيشترط لوجوبها أهلية وجوب الصلاة من الاسلام والعقل والبلوغ والطهارة من الحيض والنفاس حتى لا تجب على الكافر والصبى والمجنون والحائض والنفساء قرؤا أو سمعوا لأن هؤلاء ليسوا من أهل وجوب الصلاة عليهم وتجب على المحدث والجنب لانهما من أهل وجوب الصلاة عليهما وكذا تجب على السامع بتلاوة هؤلاء الا المجنون لان التلاوة منهم صحيحة كتلاوة المؤمن والبالغ وغير الحائض والمتطهر لان تعلق السجدة بقليل القراءة وهو مادون آية فلم يتعلق به النهى فينظر الى أهلية التالى وأهليته بالتميز وقد وجد فوجد سماع تلاوة صحيحة فتجب السجدة بخلاف السماع من الببغاء والصدى فان ذلك ليس بتلاوة وكذا اذا سمع من المجنون لان ذلك ليس بتلاوة صحيحة لعدم أهليته لانعدام التميز

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فكل ما هو شرط جواز الصلاة من طهارة الحدث وهى الوضوء والغسل وطهارة النجس وهى طهارة البدن والثوب ومكان السجود والقيام والقعود فهو شرط جواز السجدة لانها جزء من أجزاء الصلاة فكانت معتبرة بسجدات الصلاة ولهذا لا يجوز اداؤها بالتيمم الا أن لا يجد الماء أو يكون مريضا لان شرط صيرورة التيمم طهارة حال وجود الماء خشية الفوت ولم يوجد لان وجوبها على التراخى على ما بينا فيما تقدم وكذا لا يجوز اداؤها الا الى القبلة حال الاختيار اذا تلاها على الأرض ولا يجزيه الايماء كما فى سجدات الصلاة فان اشتبهت عليه القبلة فتحرى وسجد الى جهة فأخطأ القبلة أجزأه لان الصلاة بالتحرى الى غير جهة القبلة جائزة فالسجدة أولى ولو تلاها على الراحلة وهو مسافر أو تلاها على الأرض وهو مريض لا يستطيع السجود أجزأه الايماء والقياس أن لا يجزئه الايماء على الراحلة وهو قول بشر لانها واجبة فلا يجوز اداؤها على الراحلة من غير عذر كالنذر فان الراكب اذا نذر أن يصلى ركعتين لم يجز أن يؤديهما على الدابة من غير عذر كذا هذا (ولنا) ان التلاوة أمر دائم بمنزلة التطوع فكان فى اشتراط النزول حرج بخلاف الفرض والنذر وما وجب من السجدة فى الارض لا يجوز على الدابة وما وجب على الدابة يجوز على الأرض لان ما وجب على الأرض وجب تاما فلا يسقط بالايماء الذى هو بعض السجود فاما ما وجب على الدابة وجب بالايماء لما روى عن على رضى الله عنه انه قال اسجدة وهو راكب فأومأ بها ايماء وروى عن ابن عمر انه سئل عمن سمع سجدة وهو راكب قال فليوم

إيماء وإذا وجب الإيماء فإذا نزل وأداها على الأرض فقد أداها تامة فكانت أولى بالجواز كما في الصلاة على ما مر ولو تلاها على الدابة فنزل ثم ركب فأداها بالإيماء جاز إلا على قول زفر هو يقول لما نزل وجب أداؤها على الأرض فصار كما لو تلاها على الأرض (ولنا) أنه لو أداها قبل نزوله بالإيماء جاز فكذلك بعد ما نزل وركب لأنه يؤديها بالإيماء في الوجهين جميعا وقد وجبت بهذه الصفة وصار كما لو افتتح الصلاة في وقت مكروه فأفسدها ثم قضاها في وقت آخر مكروه وأجزأه لأنه أداها على الوصف الذي وجبت كذا هذا وكذا يشترط لها ستر العورة لما قلنا ويشترط النية لأنها عبادة فلا تصح بدون النية وكذا الوقت حتى لو تلاها أو سمعها في وقت غير مكروه فأداها في وقت مكروه لا تجزئه لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص كالصلاة ولو تلاها في وقت مكروه وسجدها فيه أجزأه لأنه أداها كما وجبت وإن لم يسجدها في ذلك الوقت وسجدها في وقت آخر مكروه جاز أيضا لأنه أداها كما وجبت لأنها وجبت ناقصة وأداها ناقصة كما في الصلاة إلا أنه لا يشترط لها التحريمة عندنا لأنها لتوحيد الأفعال المختلفة ولم توجد وكذلك كل ما يفسد الصلاة عندنا من الحدث والعمل والكلام والقهقهة فهو مفسد لها وعليه إعادتها كما لو وجدت في سجدة الصلاة وقيل هذا على قول محمد لأن العبرة عنده لتمام الركن وهو الرفع ولم يحصل بعد فأما عند أبي يوسف فقد حصل الوضع قبل هذه العوارض والعبرة عنده للوضع فينبغي أن لا تفسدها إلا أنه لا وضوء عليه في القهقهة فيها لما ذكرنا في كتاب الطهارة وكذا محاذاة المرأة الرجل فيها لا تفسد عليه السجدة وإن نوى إمامتها لانعدام الشركة إذ هي مبنية على التحريمة ولا تحريمة لهذه السجدة ولأن المحاذاة إنما عرفناها مفسدة بأمر الشرع بتأخيرها والأمر ورد في صلاة مطلقة وهذه ليست بصلاة مطلقة فلم تكن المحاذاة فيها مفسدة كما في صلاة الجنازة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان محل أدائها فما تلا خارج الصلاة لا يؤديها في الصلاة وكذا ما تلا في الصلاة لا يؤديها خارج الصلاة وإنما كان كذلك لأن ما وجب خارج الصلاة فليس بفعل من أفعال الصلاة لأنه ما وجب بحكم الفعل من أفعال الصلاة لخروج التلاوة خارج الصلاة عن أفعال الصلاة فإذا أداها في الصلاة فقد أدخل في الصلاة ما ليس منها فهي وإن لم تفسد لعدم المضادة تنتقص لإدخاله فيها ما ليس منها لأن الزائد الداخل فيها لا بد أن يقطع نظمها ويمنع وصل فعل بفعل وذا ترك الواجب فصار المؤدى منهيا عنه وهو وجب خارج الصلاة على وجه الكمال فلا يسقط بأدائه على وجه يكون منهيا عنه وأما ما تلا في الصلاة فقد صار فعلا من أفعال الصلاة لكونه حكما لما هو من أركان الصلاة وهو القراءة ولهذا يجب أداؤه في الصلاة فلا يوجب نقصانها وأداء ما هو من أفعال الصلاة لا يتصور بدون التحريمة فلا يجوز الأداء خارج الصلاة ولا في صلاة أخرى لأنه ليس من أفعال هذه الصلاة لأنه ليس بحكم لقراءة هذه الصلاة فلا يتصور أداؤه فسقط إذا عرف هذا الأصل فنقول إذا قرأ الرجل آية السجدة في الصلاة وهو إمام أو منفرد فلم يسجدها حتى سلم وخرج من الصلاة سقطت عنه لما قلنا وكذلك لو سمعها في صلاته ممن ليس معه في الصلاة لم يسجدها في الصلاة لما قلنا وإن سجدها فيها كان مسيئا لما ذكرنا ولا تسقط عنه السجدة لكن لا تفسد صلاته في ظاهر الرواية وروي عن محمد أنها تفسد لأن هذه السجدة معتبرة في نفسها لأنها وجبت بسبب مقصود فكان إدخالها في الصلاة رفضا لها (ولنا) أن هذه زيادة من جنس ما هو مشروع في الصلاة وهو دون الركعة فلا تفسد الصلاة كما لو سجد سجدة زائدة في الصلاة تطوعا وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا قرأ المقتدي آية السجدة خلف الإمام فسمعها الإمام والقوم فنقول أجمعوا على أنه لا يجب على المقتدي أن يسجدها في الصلاة وكذا على الإمام والقوم لأنه لو سجد بنفسه إذا خافت فقد انفرد عن إمامه فصار مختلفا عليه ولو سجدوا السماع تلاوته إذا جهر به لانقلب التبع متبوعا لأن التالي يكون بمنزلة الإمام للسامعين وفي حق بقية المقتدين تصير صلاتهم بإمامين من غير أن يكون أحدهما قائما مقام الآخر وكل ذلك لا يجوز وأما بعد الفراغ فلا يسجدون أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يسجدون ولو سمعوا ممن ليس في صلاتهم لا يسجدون في الصلاة ويسجدون بعد الفراغ

بالاجماع ولو سمع من المقتدى من ليس فى صلاته يسجد كذا ذكر فى نوادر الصلاة عقيب قول محمد وجه قول محمد أن السبب قد تحقق وهو التلاوة الصحيحة فى حق المؤتم وسماعها فى حق الامام والقوم ولهذا يجب على من سمع منه وهو ليس فى صلاتهم الا انه لا يمكنهم الأداء فى الصلاة لان تلاوته ليست من أعمال الصلاة لان قراءة المقتدى غير محسوبة من الصلاة فيجب عليهم الأداء خارج الصلاة كما اذا سمعوا ممن ليس فى صلاتهم (ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الوجوب بعقد القدرة على الاداء وهم يعجزون عن أدائها الا انه لا وجه الى الاداء فى الصلاة لما مر ولا وجه الى الأداء بعد الفراغ من الصلاة لان هذه السجدة من أفعال هذه الصلاة لأنها وجبت بسبب التلاوة وتلاوة المقتدى محسوبة من صلاته لان الصلاة مفتقرة الى القراءة الا أن الامام يتحمل عنه هذه القراءة فاذا أدى بنفسه ما يتحمل عنه غيره وقع موقعه فكانت القراءة محسوبة من هذه الصلاة فصار ما هو حكم هذه القراءة من أفعال الصلاة فصارت السجدة من أفعال هذه الصلاة واذا صارت فى حق التالى من أفعال هذه الصلاة صارت فى حق الكل من أفعال هذه الصلاة لان مبنى الصلاة على انها جعلت من أناس مختلفين عند اتحاد التحريمة فى حق القراءة كالموجودة من شخص واحد لحصول ثمرات القراءة بالسماع ولهذا جعلت القراءة الموجودة من الامام كالقراءة الموجودة من الكل بخلاف غيرها من الاركان وقياس هذه النكتة يقتضى أن الامام لو لم يقرأ كانت هذه القراءة قراءة للكل فى حق جواز الصلاة الا أن ذلك لم يمكن لئلا ينقلب التبع متبوعا والمتبوع تبعا فبقيت فى حق كونها من الصلاة مشتركة فى حق الكل فصارت السجدة من أفعال الصلاة فى حق الكل واذا صارت من أفعال الصلاة لا يتصور أداؤها بلا تحريمة الصلاة فلا تؤدى بعد الصلاة ومن سلك هذه الطريقة يقول تجب على من سمع هذه التلاوة من المقتدى ممن لا يشاركه فى الصلاة لأنها ليست فى حقه من أفعال الصلاة وبخلاف ما اذا سمع المصلى ممن ليس معه فى الصلاة حيث يسجد خارج الصلاة لان السجدة وجبت عليه وليست من أفعال الصلاة لأن تلك التلاوة ليست من أفعال الصلاة لعدم الشركة بينه وبين التالى فى الصلاة والوجوب عليه بسبب سماعه والسماع ليس من أفعال الصلاة واذا لم يكن من أفعال الصلاة أمكن أداؤها خارج الصلاة فيؤدى ومن أصحابنا من قال ان هذه القراءة منهى عنها فلا يتعلق بها حكم يؤمر به بخلاف قراءة الصبى والكافر حيث يوجب السجدة على من سمعها لانهما ليسا منهيين وبخلاف الجنب والحائض لانهما لم ينهيا عما يتعلق به وجوب السجدة لان ذلك القدر دون الآية وهما ليسا منهيين عن تلاوة ما دون الآية اما المقتدى فهو منهى عن قراءة كلمة واحدة فكان منهيا عن قدر ما يتعلق به وجوب السجدة فلم يجب أو نقول ان المقتدى محجور عليه فى حق القراءة بدليل نفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا ينعقد فى حق الحكم ومن سلك هاتين الطريقتين يقول لا تجب السجدة على السامع الذى لا يشاركهم فى الصلاة أيضا ولهذا اختلف المشايخ فى هذه المسئلة لاختلاف الطرق

﴿ فصل ﴾ وأما كيفية أدائها فان كان تلا خارج الصلاة يؤديها على نعت سجدات الصلاة وان كان تلا فى الصلاة فالافضل ان يؤديها على هيئة السجدات أيضا كذا روى عن أبى حنيفة لأنه اذا سجد ثم قام وقرأ وركع حصلت له قربتان ولو ركع تحصل له قربة واحدة ولأنه لو سجد لادى الواجب بصورته ومعناه ولو ركع لاداه بمعناه لا بصورته ولا شك ان الاول أفضل ثم اذا سجد وقام يكره له ان يركع كما رفع رأسه سواء كانت آية السجدة فى وسط الصورة أو عند ختمها أو بقى بعدها الى الختم قدر آيتين أو ثلاث آيات لانه يصير بانيا للركوع على السجود فينبغى أن يقرأ ثم يركع فينظر ان كانت آية السجدة فى وسط السورة فينبغى ان يختم السورة ثم يركع وان كانت عند ختم السورة فينبغى أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع وان كان بقى منها الى الختم قدر آيتين أو ثلاث آيات كما فى سورة بنى اسرائيل وسورة اذا السماء انشقت ينبغى أن يقرأ بقية السورة ثم يركع ان شاء وان شاء وصل اليها سورة أخرى فهو أفضل لان الباقى من خاتمة السورة دون ثلاث آيات فكان الاولى ان يقرأ ثلاث آيات كيلا يكون بانيا للركوع على السجود فلو لم يفعل ذلك ولكنه ركع كما رفع رأسه من السجدة

أجزأه لحصول القراءة قبل السجدة ولو لم يأت بها على هيئة السجدة ولكنه ركع بها ذكر في الأصل ان القياس أن الركوع والسجود سواء وفي الاستحسان ينبغي أن يسجد قال وبالقياس نأخذ وانما أخذ أصحابنا بالقياس لان التفاوت ما بين القياس والاستحسان ان ما ظهر من المعاني فهو قياس وما خفي منها فهو استحسان ولا يرجح الخفي لخفائه ولا الظاهر لظهوره فيرجع في طلب الرجحان الى ما اقترن بهما من المعاني فمتى قوي الخفي أخذوا به ومتى قوي الظاهر أخذوا به وههنا قوي دليل القياس على ما نذكر فأخذوا به ثم ان مشايخنا اختلفوا في محل القياس والاستحسان لاختلافهم فيما يقوم مقام سجدة التلاوة فقال عامة مشايخنا ان الركوع هو القائم مقام سجدة التلاوة ومحل القياس والاستحسان هذا أن القياس أن يقوم الركوع مقامها وفي الاستحسان لا يقوم وقال بعضهم محل القياس والاستحسان خارج الصلاة بان تلاها في غير الصلاة وركع في القياس يجزئه وفي الاستحسان لا يجزئه وهذا ليس بسديد بل لا يجزئه ذلك قياسا واستحسانا لان الركوع خارج الصلاة لم يجعل قربة فلا ينوب مناب القربة وذكر الشيخ صدر الدين أبو المعين وقال رأيت في فتاوى أهل بلخ بخط الشيخ أبي عبد الله الجديدي عن محمد بن سلمة أنه قال السجدة الصلبية هي التي تقوم مقام سجدة التلاوة لا الركوع فكان القياس على قوله ان تقوم الصلبية مقام التلاوة وفي الاستحسان لا تقوم وجه قوله ان التحقيق لكون الجواز ثابتا بالقياس وعدم الجواز في الاستحسان ان يتصور الا على هذا فان القياس ان يجوز لان الواجب السجدة وقد وجدت وسقوط ما وجب من السجدة بالسجدة أمر ظاهر فكان قياسا وفي الاستحسان لا يجوز لان السجدة قائمة مقام نفسها فلا تقوم مقام غيرها كصوم يوم من رمضان لا يقع عن نفسه وعن قضاء يوم آخر عليه فكذا هذا ولا شك أن دليل القياس أظهر ودليل الاستحسان أخفى لان التسوية بين الشيئين من نوع واحد واقامة أحدهما مقام الآخر أمر ظاهر والتفرقة بينهما المعنى من المعاني أمر خفي لان التسوية باعتبار الذات والتفرقة باعتبار المعاني والعلم بذات ما يعاين أظهر من العلم بوصفه لحصول العلم بالذات بالحس وبالمعنى بالعقل عقيب التأمل ولا شك أن ذلك أظهر فثبت أن التسمية لكون الجواز ثابتا بالقياس وعدم الجواز بالاستحسان ممكن من هذا الوجه فاما لو كان الكلام في قيام الركوع مقام السجود فالقياس يأبى الجواز وفي الاستحسان يجوز لان الركوع مع السجود مختلفان ذاتا فلو ثبت بينهما مساواة لثبت من حيث المعنى فكان عدم جواز اقامة أحدهما مقام صاحبه من توابع الذات والعلم به ظاهر وجواز القيام من توابع المعنى والعلم به خفي فاذا كانت قضية القياس أن لا يجوز وقضية الاستحسان ان يجوز وجواب الكتاب على القلب من هذا فدل أن الصحيح ما ذكرنا وعامة مشايخنا يقولون لا بل الركوع هو القائم مقام سجدة التلاوة كذا ذكر محمد في الكتاب فانه قال في الكتاب قلت فان أراد أن يركع بالسجدة بعينها هل يجزئه ذلك قال أما في القياس فالركعة في ذلك والسجدة سواء لان كل ذلك صلاة الا ترى الى قوله تعالى وخر راكعا وتفسيرها خر ساجدا فالركعة والسجدة سواء في القياس وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجد وبالقياس نأخذ وهذا كله لفظ محمد فثبت أن محل القياس والاستحسان ما بينا وما قاله محمد بن سلمة خلاف الرواية وذكر أبو يوسف في الامالي واذا قرأ آية السجدة في الصلاة فان شاء ركع لها وان شاء سجد لها يعني ان شاء أقام ركوع الصلاة مقامها وان شاء سجد لها ذكر هذا التفسير أبو يوسف في الاملاء عن أبي حنيفة وجه القياس على ما ذكر ان معنى التعظيم فيهما ظاهر فكانا في حق حصول التعظيم بهما جنسا واحدا والحاجة الى تعظيم الله تعالى أما اقتداء بمن عظم الله تعالى واما مخالفة لمن استكبر عن تعظيم الله تعالى فكان الظاهر هو الجواز وجه الاستحسان أن الواجب هو التعظيم بجهة مخصوصة وهي السجود بدليل انه لو لم يركع على الفور حتى طالت القراءة ثم نوى بالركوع ان يقع عن السجدة لا يجوز وكذا خارج الصلاة لو تلا آية السجدة وركع ولم يسجد لا يخرج عن الواجب كذا ههنا ثم أخذوا بالقياس لقوة دليله وذلك لما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما انهما

كانا أجازا أن يركع عن السجود فى الصلاة ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فكان ذلك بمنزلة الاجماع والمعنى ما بينا أن الواجب هو التعظيم لله تعالى عند قراءة آية السجدة وقد وجد التعظيم وهذا لان الخضوع لله والتعظيم له بالركوع ليس بأدون من الخضوع والتعظيم له بالسجود ولا حاجة هنا الى السجود لعينه بل الحاجة الى تعظيم الله تعالى مخالفة لمن استكبر عن تعظيمه أو اقتداء بمن خضع له واذعن لربوبيته واعترف على نفسه بالعبودية وقد حصلت هذه المعانى بالركوع حسب حصولها بالسجود وهذا المعنى يقتضى انه لو ركع خارج الصلاة مكان السجود ان يكون جائزا غير انه لم يجز لا لمكان أن الركوع أدون من السجود ولكن لان الركوع لم يجعل عبادة يتقرب بها الى الله تعالى اذا انفرد عن تحريمة الصلاة والسجود جعل عبادة بدون تحريمة الصلاة ثبت ذلك شرعا غير معقول المعنى فاذا لم توجد تحريمة الصلاة لم يكن الركوع مما يتقرب به الى الله تعالى فلا يتأدى به التعظيم والخضوع لله اللذان وجبا بالتلاوة بخلاف السجدة و بخلاف ما اذا ركع مكان السجدة الصلبية لأن الواجب هناك عين السجدة مقصودة بنفسها فلا يقوم غيرها من حيث الصورة مقامها و بيان هذا أن الصلاة عبادة اشتملت على افعال مختلفة شكرا لما أنعم الله عليه من التقلب فى الاحوال المختلفة بهذه الاعضاء اللينة والمفاصل السليمة و بالركوع لا يحصل شكر حالة السجود فيتعلق ذلك بعين السجود لا بما يوازيه فى كونه تعظيما لله تعالى أما ههنا فبخلافه و بخلاف ما اذا لم يركع عقيب التلاوة ولم يسجد حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى الركوع عن السجدة حيث لم يجز لأنها تجب فى الصلاة مضيقا لانه لو وجوبها بما هو من أفعال الصلاة التحقت بأفعال الصلاة ولهذا يجب اداؤها فى الصلاة ولا يوجب حصولها فيها انتقاصا ما فيها او تحصيل ما ليس من الصلاة فيها ان لم يوجب فسادها يوجب نقصا ولهذا لا تؤدى بعد الفراغ من الصلاة لو ترك اداءها فى الصلاة لانها صارت جزأ من أجزاء الصلاة لما بينا فلا يتصور اداؤها الا بتحريمة الصلاة كسائر أفعال الصلاة ومبنى أفعال الصلاة أن يؤدى كل فصل منها فى محله المخصوص فكذا هذه واذا لم تؤد فى محلها حتى فات صار دينا والدين يقضى بما له لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين بخلاف ما اذا لم يصر دينا بعد لان الحاجة هناك الى التعظيم والخضوع وقد وجد فيكتفى بذلك كداخل المسجد اذا اشتغل بالفرض ناب ذلك مناب تحية المسجد لحصول تعظيم المسجد والمعتكف فى رمضان اذا صام عن رمضان وكان أوجب اعتكاف شهر رمضان على نفسه كان ذلك كافيا عن صوم هو شرط الاعتكاف و بمثله لو أوجب على نفسه اعتكاف شعبان فلم يعتكف حتى دخل رمضان فاعتكف لا ينوب ذلك عما وجب عليه من الصوم الذى هو شرط صحة الاعتكاف لان ذلك صار دينا عليه حقا لله تعالى بمضى الوقت والدين يؤدى بما هو له لمن هو عليه لا بما عليه فكذا هذا وهذا بخلاف ما اذا نذر أن يصلى ركعتين يوم الجمعة فلم يصل حتى مضى يوم الجمعة ثم أداها بوضوء حصل بقصد التبرد حيث يجوز ولا يقال ان الوضوء الذى هو شرط صحة هذه العبادة وجب عليه بوجوب العبادة ثم بالفوات عن الوقت المعين صار دينا عليه والدين يؤدى بما له لا بما عليه أو فاتته فريضة عن وقتها فاداها بوضوء حصل للتبرد أو للتعليم جاز لان هناك الوضوء شرط الاهلية وليس هو مما يتقرب به الى الله تعالى فلم يصر بفواته عن محله حقا لله تعالى بل بقى فى نفسه غير عبادة فيجب تحصيله ضرورة حصول الاهلية لاداء ما عليه وقد حصل بأى طريق كان فاما السجدة والصوم فكل واحد منهما مما يتقرب به الى الله تعالى فاذا فاتا عن المحل وجبا صارا حقين لله تعالى فلا يجوز اداؤهما بما عليه وهذا بخلاف ما اذا فاتت السجدة عن محلها فى الصلاة وصارت بمحل القضاء فركع ينوى به قضاء السجدة الفائتة أنه لم يجز وان حصل الركوع فى تحريمة الصلاة وهو فيها مما يتقرب به الى الله تعالى و يحصل بذلك التعظيم لله تعالى والواجب عليه هذا القدر وذلك لان الركوع لم يعرف قربة فى الشريعة فى غير محله المخصوص فما امكننا جعله قربة فلم يحصل به التعظيم بخلاف السجدة فانها عرفت قربة فى غير محلها الذى تكون فيه ولهذا يجبر بها النقص المتمكن فى الصلاة بطريق السهو ولا يجبر

بالركوع

بالركوع ثم اذاركع قبل أن يطول القراءة هل تشترط النية لقيام الركوع مقام سجدة التلاوة فقياس ماذكرنا من النكتة يوجب أن لا يحتاج الى النية لان الحاجة الى تحصيل الخضوع والتعظيم فى هذه الحالة وقد وجدا نوى أولم ينو كالمعتكف فى رمضان اذا لم ينو بصيامه عن الاعتكاف والذى دخل المسجد اذا اشتغل بالفرض غيرنا وأن يقوم مقام تحية المسجد ومن مشايخنا من قال يحتاج ههنا الى النية ويدعى أن محمدا أشار اليه فانه قال اذا تذكر سجدة تلاوة فى الركوع يخر ساجدا فيسجدها كما تذكر ثم يقوم فيعود الى الركوع ولم يفصل بين أن يكون الركوع الذى تذكر فيه التلاوة كان عقيب التلاوة بلا فصل أو تخلل بينهما فاصل ولو كان الركوع مما ينوب عن السجدة من غير نية لكان لا يأمره بأن يسجد للتلاوة بل قام نفس الركوع مقام التلاوة ولكنا نقول ليس فى هذه المسئلة كثير اشارة لان المسئلة موضوعة فيما اذا تخلل بين التلاوة والركوع ما يوجب صيرورة السجدة دينا لانه قال تذكر سجدة والتذكر انما يكون بعد النسيان والنسيان لسجدة التلاوة عند عدم تخلل شئ بين التلاوة والركوع ممتنع أو نادر غاية الندرة بحيث لا ينبنى عليه حكم ثم يحتاج هذا القائل الى الفرق بين هذا وبين المعتكف فى رمضان حيث لا يحتاج الى أن ينوى كون صومه شرطا للاعتكاف لحصول ما هو المقصود وكذا الذى دخل المسجد وادى الفرض كما دخل فاشتغل بالفرق بينهما فقال الواجب الاصلى ههنا هو السجود الا أن الركوع أقيم مقامه من حيث المعنى وبينهما من حيث الصورة فرق فلموافقة المعنى تتأدى السجدة بالركوع اذا نوى ولمخالفة الصورة لا تتأدى اذا لم ينو بخلاف صوم الشهر فان بينه وبين صوم الاعتكاف موافقة من جميع الوجوه وكذا فى الصلاة ولكن هذا غير سديد لان المخالفة من حيث الصورة ان كان لها عبرة فلا يتأدى الواجب به وان نوى فان من نوى اقامة غير ما وجب عليه مقام ما وجب لا يقوم اذا كان بينهما تفاوت وان لم يكن لها عبرة فلا يحتاج الى النية كما فى الصوم والصلاة وعذر الصوم ليس بمستقيم لان بين الصومين مخالفة من حيث سبب الوجوب فكانا جنسين مختلفين ولهذا قال هذا القائل انه لو لم ينو بالركوع أن يكون قائما مقام سجدة التلاوة ولم يقم يحتاج فى السجدة الصلبية الى أن ينوى أيضا لان بينهما مخالفة لاختلاف سبب وجوبهما فدل أنه ليس بمستقيم وذكر القاضى الامام الاسبيجابى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه اذا أراد أن يركع يحتاج الى النية ولو لم يوجد منه النية عند الركوع لا يجزئه ولو نوى فى الركوع اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز ولو نوى بعد ما رفع رأسه من الركوع لا يجوز بالاجماع هذا الذى ذكرنا فى قيام الركوع مقام السجود فيما اذا لم تطل القراءة بين آية السجدة وبين الركوع فأما اذا طال فقد فاتت السجدة وصارت دينا فلا يقوم الركوع مقامها وأكثر مشايخنا لم يقدروا فى ذلك تقديرا فكان الظاهر أنهم فوضوا ذلك الى رأى المجتهد كما فعلوا فى كثير من المواضع وبعض مشايخنا قالوا ان قرأ آية أو آيتين لم تطل القراءة وان قرأ ثلاث آيات طالت وصارت السجدة بمحل القضاء ثم انه ناقض فانه قال لو لم ينو بالركوع أن يقوم مقام التلاوة ونوى بالسجدة الصلبية قام ولا شك أن مدة أداء الركوع ورفع الرأس من الركوع والانحطاط الى السجود يكون مثل مدة قراءة ثلاث آيات وكذا ان كانت تلك قراءة معتبرة فالركوع ركن معتبر والاوجه أن يفوض ذلك الى رأى المجتهد أو يعتبر ما يعد طويلا على ان جعل ثلاث آيات قاطعة للفور وادخالها فى حد الطول خلاف الرواية فان محمدا ذكر فى كتاب الصلاة قلت أرأيت الرجل يقرأ السجدة وهو فى الصلاة والسجدة فى آخر السورة الا آيات بقيت من السورة بعد آية السجدة قال هو بالخيار ان شاء ركع بها وان شاء سجد بها قلت فان أراد أن يركع بها ختم السورة ثم ركع بها قال نعم قلت فان أراد أن يسجد بها عند الفراغ من السجدة ثم يقوم فيتلو ما بعدها من السورة وهو آيتان أو ثلاث ثم يركع قال نعم ان شاء وان شاء وصل اليها سورة أخرى وهذا نص على أن ثلاث آيات ليست بقاطعة للفور ولا مدخلة للسجدة فى حيز القضاء

﴿فصل﴾ وأما بيان وقت ادائها فما وجب اداؤها خارج الصلاة فوقتها جميع العمر لان وجوبها على التراخى على ما مر وأما ما وجب اداؤها فى الصلاة فوقتها فور الصلاة لما مر أن وجوبها فى الصلاة على الفور وهو أن

لا تطول المدة بين التلاوة و بين السجدة فاما اذا طالت فقد دخلت فى حيز القضاء وصار آثما بالتفويت عن الوقت ثم الامر فى مقدار الطول على ما ذكرنا من اختلاف المشايخ

﴿فصل﴾ وأما سنن السجود فمنها أن يكبر عند السجود وعند رفع الرأس من السجود وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يكبر عند الانحطاط وهى رواية عن أبى يوسف لان التكبير للانتقال من الركن ولم يوجد ذلك عند الانحطاط ووجد عند الرفع والصحيح ظاهر الرواية لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال للتالى اذا قرأت سجدة فكبر واسجد واذا رفعت رأسك فكبر ولو ترك التحريمة يجوز عندنا وقال الشافعى لا يجوز لان هذا ركن من أركان الصلاة فلا يتأدى بدون التحريمة كالقيام فى صلاة الجنازة الا ترى أنه يشترط له جميع شرائط الصلاة من ستر العورة واستقبال القبلة ويفسدها الكلام عند محمد وحرمة ما وراءها من الافعال أن يكون بدون التحريمة (ولنا) أن الامر تعلق بمطلق السجود فلو أوجبنا شيأ آخر لزدنا على النص ولان السجود وجب تعظيما لله تعالى وخضوعا له وترك التحريمة ليس بمناف للتعظيم وأما انكشاف العورة واستدبار القبلة والتكلم بما هو من كلام الناس فينافى التعظيم والخشوع وحرمة الكلام ممنوعة بل لا يعتد بالسجود مع الكلام لانعدام ما هو المقصود ولان السجود فعل واحد والتحريمة تجعل الافعال المختلفة عبادة واحدة وههنا الفعل واحد فلا حاجة الى التحريمة بخلاف صلاة الجنازة لان هناك كل تكبيرة بمنزلة ركعة على ما يعرف هناك ان شاء الله تعالى ومنها أن يقول فى هذه السجدة من التسبيح ما يقول فى سجدة الصلاة فيقول سبحان ربى الاعلى ثلاثا وذلك أدناه وبعض المتأخرين استحبوا أن يقول فيها سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا لقوله تعالى يخرون للاذقان سجدا ويقولون سبحان ربنا الآية واستحبوا أيضا أن يقوم فيسجد لان الخرور سقوط من القيام والقرآن ورد به وان لم يفعل لم يضره ومنها أن الرجل اذا قرأ آية السجدة ومعه قوم فسمعوها فالسنة أن يسجدوا معه لا يسبقونه بالوضع ولا بالرفع لان التالى امام السامعين لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال للتالى كنت امامنا لو سجدت لسجدنا معك وان فعلوا أجزأهم لأنه لا مشاركة بينه وبينهم فى الحقيقة ألا ترى انه لو فسدت سجدته بسبب لا يتعدى اليهم ولا تشهد فى هذه السجدة وكذا لا تسليم فيها لأن التسليم تحليل ولا تحريمة لها عندنا فلا يعقل التحليل وعلى قياس مذهب الشافعى يسلم للخروج عن التحريمة ويكره للرجل ترك آية السجدة من سورة يقرأها لأنه قطع لنظم القرآن وتغيير لتأليفه واتباع النظم والتأليف مأمور به قال الله تعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه أى تأليفه فكان التغيير مكروها ولأنه فى صورة الفرار عن وجوب العبادة والاعراض عن تحصيلها بالفعل وذلك مكروه وكذا فيه صورة هجر آية السجدة وليس شئ من القرآن مهجورا ولو قرأ آية السجدة من بين السورة لم يضره ذلك لأنها من القرآن وقراءة ما هو من القرآن طاعة كقراءة سورة من بين السور والمستحب أن يقرأ معها آيات لتكون أدل على مراد الآية وليحصل بحق القراءة لا بحق ايجاب السجدة اذ القراءة للسجود ليست بمستحبة فيقرأ معها آيات ليكون قصده الى التلاوة لا الى الزام السجود ولو قرأ آية السجدة وعنده ناس فان كانوا متوضئين متهيئين للسجدة قرأها فان كانوا غير متهيئين ينبغى أن يخفض قراءتها لأنه لو جهر بها لصار موجبا عليهم شيأ ربما يتكاسلون عن أدائه فيقعون فى المعصية ويكره للامام أن يتلو آية السجدة فى صلاة يخافت فيها بالقراءة وعند الشافعى لا يكره واحتج بما روى عن أبى سعيد الخدرى انه قال سجد بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى احدى صلاتى العشاء اما الظهر واما العصر حتى ظننا انه قرأ الم السجدة ولو كان مكروها لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم (ولنا) ان هذا لا ينفك عن أمر مكروه لأنه اذا تلا ولم يسجد فقد ترك الواجب وان سجد فقد لبس على القوم لأنهم يظنون انه سها عن الركوع واشتغل بالسجدة الصلبية فيسبحون ولا يتابعونه وذا مكروه وما لا ينفك عن مكروه كان مكروها وفعل النبى صلى الله عليه وسلم محمول على بيان الجواز فلم يكن مكروها وان تلاها مع ذلك سجد بها لتقرر السبب فى حقه وهو التلاوة وسجد القوم معه لوجوب المتابعة عليهم ألا ترى انه سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وسجد القوم معه ولو

تلاها الامام على المنبر يوم الجمعة سجدها وسجد معه من سمعها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تلا سجدة على المنبر فنزل وسجد وسجد الناس معه وفيه دليل على ان السامع يتبع التالي في السجدة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مواضع السجدة في القرآن فنقول انها في أربعة عشر موضعا من القرآن أربع في النصف الأول في آخر الاعراف وفي الرعد وفي النحل وفي بني اسرائيل وعشر في النصف الآخر في مريم وفي الحج في الاولى وفي الفرقان وفي النمل وفي الم تنزيل السجدة وفي ص وفي حم السجدة وفي النجم وفي اذا السماء انشقت وفي اقرأ وقد اختلف العلماء في ثلاثة مواضع منها أحدها ان في سورة الحج عندنا سجدة واحدة وعند الشافعي سجدتان احداهما في قوله تعالى اركعوا واسجدوا واحتج بما روى عن عقبة بن عامر الجهني انه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أفي سورة الحج سجدتان قال نعم أوقال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأها وهكذا روى عن عمر وعلي وابن عمر وأبي الدرداء رضي الله عنهم انهم قالوا فضلت سورة الحج بسجدتين وانا ما روى عن أبي رضي الله عنه انه عد السجدات التي سمعها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد في الحج سجدة واحدة وقال عبد الله ابن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم سجدة التلاوة في الحج هي الأولى والثانية سجدة الصلاة وهو تأويل الحديث وهذا لأن السجدة متى قرنت بالركوع كانت عبارة عن سجدة الصلاة كما في قوله تعالى فاسجدي واركعي والثاني ان في سورة ص عندنا سجدة التلاوة وعند الشافعي سجدة الشكر وفائدة الخلاف انه لو تلاها في الصلاة سجد عندنا وعنده لا يسجدها واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قرأ آية السجدة في ص وسجدها ثم قال سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا وروى عن أبي سعيد الخدري أنه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر سورة ص فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية قرأها فتشوف الناس للسجود فنزل وسجد وسجد الناس معه وقال لم أرد أن أسجدها فانها توبة نبي من الأنبياء وانما سجدت لأني رأيتكم تشوفتم للسجود (ولنا) حديث عثمان رضي الله عنه انه قرأ في الصلاة سورة ص وسجد وسجد الناس معه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد ولو لم تكن واجبة لما جاز ادخالها في الصلاة وروى ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت كما يرى النائم كأني أكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة سجدت الدواة والقلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نحن أحق بها من الدواة والقلم فأمر حتى تليت في مجلسه وسجدها مع أصحابه وما تعلق به الشافعي فهو دليلنا فانا نقول نحن نسجد ذلك شكرا لما أنعم الله على داود بالغفران والوعد بالزلفى وحسن المآب ولهذا لا يسجد عندنا عقيب قوله وأناب بل عقيب قوله مآب وهذه نعمة عظيمة في حقنا فانه يطمعنا في اقالة عثراتنا وغفران خطايانا وزلاتنا فكانت سجدة تلاوة لأن سجدة التلاوة ما كان سببها التلاوة وسبب وجوب هذه السجدة تلاوة هذه الآية التي فيها الاخبار عن هذه النعم على داود عليه الصلاة والسلام واطماعنا في نيل مثله وكذا سجدة النبي صلى الله عليه وسلم في الجمعة الأولى وترك الخطبة لأجلها يدل على انها سجدة تلاوة وتركه في الجمعة الثانية لا يدل على انها ليست بسجدة تلاوة بل كان يريد التأخير وهي عندنا لا تجب على الفور فكان يريد أن لا يسجدها على الفور والثالث أن في المفصل عندنا ثلاث سجدات وعند مالك لا سجدة في المفصل واحتج بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسجد في المفصل بعدما هاجر الى المدينة (ولنا) ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال اقرأني رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل وعن علي رضي الله تعالى عنه انه قال عزائم السجود في القرآن أربعة الم تنزيل السجدة وحم السجدة والنجم واقرأ باسم ربك وعن ابن مسعود قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة النجم بمكة فسجد وسجد معه الناس المسلمون والمشركون الا شيخا وضع كفا من تراب على جبهته وقال هذا يكفيني فلقيته قتل كافرا وعن أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ اذا السماء انشقت فسجد وسجد معه أصحابه ولأنه أمر بالسجود في سورة النجم واقرأ باسم ربك والأمر للوجوب وحديث ابن عباس رضي الله عنهما

محمول على أنه كان لا يسجدها عقيب التلاوة كما كان يسجد من قبل نحمله على هذا بدليل ماروينا ثم فى سورة حم السجدة عندنا السجدة عند قوله وهم لا يسأمون وهو مذهب عبد الله بن عباس ووائل بن حجر وعند الشافعى عند قوله ان كنتم اياه تعبدون وهو مذهب على رضى الله عنه واحتج بما روى عن ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهما هكذا ولأن الأمر بالسجود ههنا فكان السجود عنده (ولنا) أن السجود مرة بالأمر ومرة بذكر استكبار الكفار فيجب علينا مخالفتهم ومرة عند ذكر خشوع المطيعين فيجب علينا متابعتهم وهذه المعانى تتم عند قوله وهم لا يسأمون فكان السجود عنده أولى ولأن فيما ذهب اليه أصحابنا أخذا بالاحتياط عند اختلاف مذاهب الصحابة رضى الله عنهم فان السجدة لو وجبت عند قوله تعبدون فالتأخير الى قوله لا يسأمون لا يضر ويخرج عن الواجب ولو وجبت عند قوله لا يسأمون لكانت السجدة المؤداة قبله حاصلة قبل وجوبها ووجود سبب وجوبها فيوجب نقصانا فى الصلاة ولم يؤد الثانية فيصير المصلى تاركا ما هو واجب فى الصلاة فيصير النقص متمكنا فى الصلاة من وجهين ولا نقص فيما قلنا البتة وهذا هو امارة التبحر فى الفقه والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذى هو عند الخروج من الصلاة فلفظ السلام عندنا وعند مالك والشافعى فرض والكلام فى التسليم يقع فى مواضع فى بيان صفته انه فرض أم لا وفى بيان قدره وفى بيان كيفيته وفى بيان سننه وفى بيان حكمه أما صفته فاصابة لفظة السلام ليست بفرض عندنا ولكنها واجبة ومن المشايخ من أطلق اسم السنة عليها وانها لا تنافى الوجوب لما عرف وعند مالك والشافعى فرض حتى لو تركها عامدا كان مسيأ ولو تركها ساهيا يلزمه سجود السهو عندنا وعندهما لو تركها تفسد صلاته احتجا بقوله صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم خص التسليم بكونه محللا فدل ان التحليل بالتسليم على التعيين فلا يتحلل بدونه ولان الصلاة عبادة لها تحليل وتحريم فيكون التحليل فيها ركنا قياسا على الطواف فى الحج (ولنا) ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد قضيت ما عليك ان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعله قاضيا ما عليه عند هذا الفعل أو القول وما للعموم فيما لا يعلم فيقتضى أن يكون قاضيا جميع ما عليه ولو كان التسليم فرضا لم يكن قاضيا جميع ما عليه بدونه لأن التسليم يبقى عليه والثانى انه خيره بين القيام والقعود من غير شرط لفظ التسليم ولو كان فرضا ما خيره ولان ركن الصلاة ما تتأدى به الصلاة والسلام خروج عن الصلاة وترك لها لانه كلام وخطاب لغيره فكان منافيا للصلاة فكيف يكون ركنا لها وأما الحديث فليس فيه نفى التحليل بغير التسليم الا أنه خص التسليم لكونه واجبا والاعتبار بالطواف غير سديد لان الطواف ليس بمحلل انما المحلل هو الحلق الا أنه توقف بالاحلال على الطواف فاذا طاف حل بالحلق لا بالطواف والحلق ليس بركن فنزل السلام فى باب الصلاة منزلة الحلق فى باب الحج وينبنى على هذا ان السلام ليس من الصلاة عندنا وعند الشافعى التسليمة الاولى من الصلاة والصحيح قولنا لما بينا (وأما) الكلام فى قدره فهو انه يسلم تسليمتين احداهما عن يمينه والاخرى عن يساره عند عامة العلماء وقال بعضهم يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وهو قول مالك وقيل هو قول الشافعى وقال بعضهم يسلم تسليمة واحدة عن يمينه وقال مالك فى قول يسلم المقتدى تسليمتين ثم يسلم تسليمة ثالثة ينوى بها رد السلام على الامام واحتجوا بما روى عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة تلقاء وجهه وروى عن سهل بن سعد رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة عن يمينه ولان التسليم شرع للتحليل وانه يقع بالواحدة فلا معنى للثانية (ولنا) ماروى عن عبد الله بن مسعود انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وكانوا يسلمون تسليمتين عن ايمانهم وعن شمائلهم وروى عن على انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم تسليمتين أولهما أرفعهما ولان احدى التسليمتين للخروج عن الصلاة والثانية للتسوية بين القوم فى التحية وأما الاحاديث فالاخذ بما رويناأولى لان عليا وابن مسعود كانا من كبار الصحابة وكانا يقومان بقربه صلى الله عليه وسلم كما قال ليلينى منكم أولوا الاحلام والنهى فكانا أعرف بحال

النبي صلى الله عليه وسلم وعائشة رضي الله عنها كانت تقوم في حيز صفوف النساء وهو آخر الصفوف وسهل بن سعد كان من الصغار وكان في أخريات الصفوف وكانا يسمعان التسليمة الاولى لرفعه صلى الله عليه وسلم بها صوته ولا يسمعان الثانية لخفضه بها صوته وقولهم التحليل يحصل بالاولى فكذلك ولكن الثانية ليست للتحليل بل للتسوية بين القوم في التسليم عليهم والتحية وبه تبين انه لا حاجة الى التسليمة الثالثة لانه لا يحصل بها التحليل ولا التسوية بين القوم في التحية ورد السلام على الامام يحصل بالتسليمتين اليه أشار أبو حنيفة حين سأله أبو يوسف هل يرد على الامام السلام من خلفه فيقول وعليك قال لا وتسليمهم رد عليه ولان التسليمة الثالثة لو كانت ثابتة لفعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولعلمها الامة فعلا كما فعلوا التسليمتين (وأما) كيفية التسليم فهو أن يقول السلام عليكم ورحمة الله وهذا قول عامة العلماء وقال مالك يقول السلام عليكم ولا يزيد عليه والصحيح قول العامة لما روى عن ابن مسعود وعمار وعتبة وغيرهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقول هكذا (وأما) سنن التسليم فنذكرها في باب سنن هذه الصلوات (وأما) حكمه فهو الخروج من الصلاة ثم الخروج يتعلق باحدى التسليمتين عند عامة العلماء وروى عن محمد انه قال التسليمة الاولى للخروج والتحية والتسليمة الثانية للتحية خاصة وقال بعضهم لا يخرج ما لم يوجد التسليمتين جميعا وهو خلاف اجماع السلف ولان التسليم تكليم القوم لانه خطاب لهم فكان منافيا للصلاة الا ترى انه لو وجد في وسط الصلاة يخرجه عن الصلاة

﴿فصل﴾ وأما الذي هو في حرمة الصلاة بعد الخروج منها فالتكبير في أيام التشريق والكلام فيه يقع في مواضع في تفسيره وفي وجوبه وفي وقته وفي محل أدائه وفيمن يجب عليه وفي انه هل يقضى بعد الفوات في الصلاة التي دخلت في حد القضاء (أما) الاول فقد اختلفت الروايات عن الصحابة رضي الله عنهم في تفسير التكبير روى الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وكان ابن عمر يقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر وأجل الله أكبر ولله الحمد وبه أخذ الشافعي وكان ابن عباس يقول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله الحي القيوم يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير وانما أخذنا بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما لانه المشهور والمتوارث من الامة ولانه أجمع لاشتماله على التكبير والتهليل والتحميد فكان أولى

﴿فصل﴾ (وأما) بيان وجوبه فالصحيح انه واجب وقد سماه الكرخي سنة ثم فسره بالواجب فقال تكبير التشريق سنة ماضية نقلها أهل العلم وأجمعوا على العمل بها واطلاق اسم السنة على الواجب جائز لان السنة عبارة عن الطريقة المرضية أو السيرة الحسنة وكل واجب هذه صفته ودليل الوجوب قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات وقوله وأذن في الناس بالحج الى قوله في أيام معلومات قيل الايام المعدودات أيام التشريق والمعلومات أيام العشر وقيل كلاهما أيام التشريق وقيل المعلومات يوم النحر ويومان بعده والمعدودات أيام التشريق لانه أمر في الايام المعدودات بالذكر مطلقا وذكر في الايام المعلومات الذكر على ما رزقهم من بهيمة الانعام وهي الذبائح وأيام الذبائح يوم النحر ويومان بعده ومطلق الامر للوجوب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما من أيام أحب الى الله تعالى العمل فيهن من هذه الايام فاكثروا فيها من التكبير والتهليل والتسبيح

﴿فصل﴾ وأما وقت التكبير فقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في ابتداء وقت التكبير وانتهائه اتفق شيوخ الصحابة نحو عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم على البداية بصلاة الفجر من يوم عرفة وبه أخذ علماؤنا في ظاهر الرواية واختلفوا في الختم قال ابن مسعود يختم عند العصر من يوم النحر يكبر ثم يقطع وذلك ثمان صلوات وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله وقال علي يختم عند العصر من آخر أيام التشريق فيكبر لثلاث وعشرين صلاة وهو احدى الروايتين عن عمر رضي الله عنه وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وفي رواية عن عمر رضي الله عنه يختم عند الظهر من آخر أيام التشريق وأما الشبان من الصحابة منهم ابن عباس وابن عمر فقد اتفقوا على البداية بالظهر من يوم النحر وروى عن أبي يوسف انه أخذ به غير انهما اختلفا في الختم فقال ابن عباس يختم عند

الظهر من آخر أيام التشريق وقال ابن عمر يختم عند الفجر من آخر أيام التشريق وبه أخذ الشافعي (اما) الكلام
في البداية فوجه رواية أبي يوسف قول الله تعالى فاذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله أمر بالذكر عقيب قضاء
المناسك وقضاء المناسك انما يقع في وقت الضحوة من يوم النحر فاقتضى وجوب التكبير في الصلاة التي تليه وهي
الظهر وجه ظاهر الرواية قوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وهي أيام العشر فكان ينبغي أن يكون التكبير
في جميعها واجبا الا ان ماقبل يوم عرفة خص باجماع الصحابة ولا اجماع في يوم عرفة والاضحى فوجب التكبير
فيهما عملا بعموم النص ولان التكبير لتعظيم الوقت الذي شرع فيه المناسك وأوله يوم عرفة اذ فيه يقام معظم
أركان الحج وهو الوقوف ولهذا قال مكحول يبدأ بالتكبير من صلاة الظهر من يوم عرفة لان وقت الوقوف بعد
الزوال ولا حجة له في الآية لانها ساكتة عن الذكر قبل قضاء المناسك فلا يصح التعلق بها (واما) الكلام في الختم
فالشافعي مر على أصله من الاخذ بقول الأحداث من الصحابة رضي الله عنهم لوقوفهم على ما استقر من
الشرائع دون ما نسخ خصوصا في موضع الاحتياط لكون رفع الصوت بالتكبير بدعة الا في موضع ثبت
بالشرع وأبو يوسف ومحمد احتجا بقوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات وهي أيام التشريق فكان التكبير
فيها واجبا ولأن التكبير شرع لتعظيم أمر المناسك وأمر المناسك انما ينتهي بالرمي فيمتد التكبير الى آخر وقت الرمي
ولأن الأخذ بالاكثر من باب الاحتياط لان الصحابة اختلفوا في هذا ولان يأتي بما ليس عليه أولى من ان
يترك ما عليه بخلاف تكبيرات العيد حيث لم نأخذ هناك بالاكثر لان الأخذ بالاحتياط عند تعارض الأدلة
وهناك ترجح قول ابن مسعود لما نذكر في موضعه والأخذ بالراجح أولى وههنا لا رجحان بل استوت مذاهب
الصحابة رضي الله عنهم في الثبوت وفي الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الأخذ بالاحتياط ولابي
حنيفة ان رفع الصوت بالتكبير بدعة في الأصل لانه ذكر والسنة في الأذكار المخافتة لقوله تعالى ادعوا ربكم
تضرعا وخفية ولقول النبي صلى الله عليه وسلم خير الدعاء الخفي ولذا هو أقرب الى التضرع والأدب وأبعد عن الرياء
فلا يترك هذا الأصل الا عند قيام الدليل المخصص جاء المخصص للتكبير من يوم عرفة الى صلاة العصر من يوم
النحر وهو قوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وهي عشر ذي الحجة والعمل بالكتاب واجب الا فيما
خص بالاجماع وانعقد الاجماع فيما قبل يوم عرفة انه ليس بمراد ولا اجماع في يوم عرفة ويوم النحر فوجب العمل
بظاهر الكتاب عند وقوع الشك في الخصوص واما فيما وراء العصر من يوم النحر فلا تخصيص لاختلاف الصحابة
وتردد التكبير بين السنة والبدعة فوقع الشك في دليل التخصيص فلا يترك العمل بدليل عموم قوله تعالى ادعوا ربكم
تضرعا وخفية وبه تبين ان الاحتياط في الترك لا في الاتيان لان ترك السنة أولى من اتيان البدعة وأما قولهم ان
أمر المناسك انما ينتهي بالرمي فنقول ركن الحج الوقوف بعرفة وطواف الزيارة وانما يحصلان في هذين اليومين
فاما الرمي فمن توابع الحج فيعتبر في التكبير وقت الركن لا وقت التوابع واما الآية فقد اختلف أهل التأويل
فيها قال بعضهم المراد من الآية الذكر على الاضاحي وقال بعضهم المراد منها الذكر عند رمي الجمار دليله قوله تعالى
فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه والتعجل والتأخير انما يقعان في رمي الجمار لا في التكبير

(فصل) واما محل ادائه فدبر الصلاة واثرها وفورها من غير ان يتخلل ما يقطع حرمة الصلاة حتى لو قهقه أو
أحدث متعمدا أو تكلم عامدا أو ساهيا أو خرج من المسجد أو جاوز الصفوف في الصحراء لا يكبر لان التكبير
من خصائص الصلاة حيث لا يؤتى به الا عقيب الصلاة فيراعى لاتيانه حرمة الصلاة وهذه العوارض تقطع
حرمة الصلاة فيقطع التكبير ولو صرف وجهه عن القبلة ولم يخرج من المسجد ولم يجاوز الصفوف أو سبقه
الحدث يكبر لان حرمة الصلاة باقية لبقاء التحريمة الا ترى انه يبني والأصل ان كل ما يقطع البناء يقطع التكبير
ومالا فلا واذا سبقه الحدث فان شاء ذهب فتوضأ ورجع فكبر وان شاء كبر من غير تطهير لانه لا يؤدي في تحريمة
الصلاة فلا تشترط له الطهارة قال الشيخ الامام السرخسي رحمه الله والاصح عندي انه يكبر ولا يخرج من المسجد

للطهارة لان التكبير لما لم يفتقر الى الطهارة كان خروجه مع عدم الحاجة قاطعا الفور والصلاة فلا يمكنه التكبير
بعد ذلك فيكبر للحال جزما ولو نسي الامام التكبير فللقوم ان يكبروا وقد ابتلي به أبو يوسف رحمه الله تعالى ذكر
في الجامع الصغير قال أبو يعقوب صليت بهم المغرب فقمت وسهوت ان كبر فكبر أبو حنيفة رحمه الله تعالى
وفرق بين هذا وبين سجدتي السهو اذا سلم الامام وعليه سهو فلم يسجد لسهوه ليس للقوم ان يسجدوا حتى لو قام
وخرج من المسجد أو تكلم سقط عنه وعنهم والفرق ان سجود السهو جزء من أجزاء الصلاة لانه قائم مقام الجزء
الفائت من الصلاة والجابر يكون بمحل النقص ولهذا يؤدى في تحريمة الصلاة بالاجماع اما لانه لم يخرج
أو لانه عاد وشيء من الصلاة لا يؤدى بعد انقطاع التحريمة ولا تحريمة بعد قيام الامام فلا يأتي به المقتدي
فاما التكبير فليس من أجزاء الصلاة فيشترط له التحريمة ويوجب المتابعة لانه يؤتى به بعد التحلل فلا يجب فيه
متابعة الامام غير انه ان أتى به الامام يتبعه في ذلك لانه يؤتى به عقيب الصلاة متصلا بها فيندب الى اتباع من كان
متبوعا في الصلاة فاذا لم يأت به الامام أتى به القوم لانعدام المتابعة بانقطاع التحريمة كالسامع مع التالي أي ان سجد
التالي يسجد معه السامع وان لم يسجد التالي يأتي به السامع كذا ههنا ولهذا لا يتبع المقتدي رأي امامه حتى ان الامام
لو رأى رأي ابن مسعود والمقتدي يرى رأي علي فصلى صلاة بعد يوم النحر فلم يكبر الامام اتباعا لرأيه يكبر المقتدي
اتباعا لرأي نفسه لانه ليس بتابع له لانقطاع التحريمة التي بها صار تابعا له فكذا هذا وعلى هذا اذا كان محرما وقد سها
في صلاته سجد ثم كبر ثم لبى لان سجود السهو يؤتى به في تحريمة الصلاة لما ذكرنا ولهذا يسلم بعده ولو اقتدى به
انسان في سجود السهو صح اقتداؤه فاما التكبير والتلبية فكل واحد منهما يؤتى به بعد الفراغ من الصلاة ولهذا
لا يسلم بعده ولا يصح اقتداء المقتدي به اتباعا لرأي نفسه لانه ليس بتابع له لانقطاع التحريمة التي بها صار تابعا له
فكذلك هذا وعلى هذا اذا كان محرما وقد سها به في حال التكبير والتلبية فيقدم السجدة ثم يأتي بالتكبير ثم بالتلبية
لان التكبير وان كان يؤتى به خارج الصلاة فهو من خصائص الصلاة فلا يؤتى به الا عقيب الصلاة والتلبية ليست
من خصائص الصلاة بل يؤتى بها عند اختلاف الأحوال كلما هبط واديا أو علا شرفا أو لقي ركبا وما كان من
خصائص الشيء يجعل كانه منه فيجعل التكبير كانه من الصلاة وما لم يفرغ من الصلاة لم يوجد اختلاف الحال فكذا
ما لم يفرغ من التكبير يجعل كانه لم يتبدل الحال فلا يأتي بالتلبية ولو سها وبدأ بالتكبير قبل السجدة لا يوجب
ذلك قطع صلاته وعليه سجدتا السهو لان التكبير ليس من كلام الناس ولو لبى أولا فقد انقطعت صلاته وسقطت
عنه سجدتا السهو والتكبير لان التلبية تشبه كلام الناس لانها في الوضع جواب لكلام الناس وغيرها من كلام
الناس يقطع الصلاة فكذا هي وتسقط سجدة السهو لانها لم تشرع الا في التحريمة ولا تحريمة ويسقط التكبير
أيضا لانه غير مشروع الا متصلا بالصلاة وقد زال الاتصال وعلى هذا المسبوق لا يكبر مع الامام لما بينا ان التكبير
مشروع بعد الفراغ من الصلاة والمسبوق بعد في خلال الصلاة فلا يأتي به

(فصل) وأما بيان من يجب عليه فقد قال أبو حنيفة انه لا يجب الا على الرجال العاقلين المقيمين الأحرار من أهل
الأمصار والمصلين المكتوبة بجماعة مستحبة فلا يجب على النسوان والصبيان والمجانين والمسافرين وأهل القرى
ومن يصلي التطوع والفرض وحده وقال أبو يوسف ومحمد يجب على كل من يؤدي مكتوبة في هذه الايام على أي
وصف كان في أي مكان كان وهو قول ابراهيم النخعي وقال الشافعي في أحد قوليه يجب على كل مصل فرضا كانت
الصلاة أو نفلا لان النوافل اتباع الفرائض فما شرع في حق الفرائض يكون مشروعا في حق تبعها بطريق التبعية (ولنا)
ما روي عن علي وابن مسعود انهما كانا لا يكبران عقيب التطوعات ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فحل محل الاجماع
ولان الجهر بالتكبير بدعة الا في موضع ثبت بالنص وما ورد النص الا عقيب المكتوبات ولان الجماعة شرط عند
أبي حنيفة لما ذكر والنوافل لا تؤدى بجماعة وكذا لا يكبر عقيب الوتر عندنا أما عند أبي يوسف ومحمد فلانه
نفل وأما عند أبي حنيفة فلانه لا يؤدى بجماعة في هذه الايام ولانه وان كان واجبا فليس بمكتوبة والجهر

بالتكبير بدعة الا في مورد النص والاجماع ولا نص ولا اجماع الا في المكتوبات وكذا لا يكبر عقيب صلاة العيد عندنا لما قلنا ويكبر عقيب الجمعة لانها فريضة كالظهر وأما الكلام مع أصحابنا فهما احتجا بقوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وقوله واذكروا الله في أيام معدودات من غير تقييد بمكان أو جنس او حال ولأنه من توابع الصلاة بدليل ان ما يوجب قطع الصلاة من الكلام ونحوه يوجب قطع التكبير فكل من صلى المكتوبة ينبغي أن يكبر ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى قول النبي صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وقول على رضي الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا في مصر جامع والمراد من التشريق هو رفع الصوت بالتكبير هكذا قال النضر بن شميل وكان من أرباب اللغة فيجب تصديقه ولان التشريق في اللغة هو الاظهار والشروق هو الظهور يقال شرقت الشمس اذا طلعت وظهرت سمي موضع طلوعها وظهورها مشرقا لهذا والتكبير نفسه اظهار الكبرياء لله وهو اظهار ما هو من شعار الاسلام فكان تشريقا ولا يجوز حمله على صلاة العيد لان ذلك مستفاد بقوله ولا فطر ولا أضحى في حديث على رضي الله عنه ولا على القاء لحوم الأضاحي بالمشرقة لان ذلك لا يختص بمكان دون مكان فتعين التكبير مرادا بالتشريق ولان رفع الصوت بالتكبير من شعائر الاسلام واعلام الدين وما هذا سبيله لا يشرع الا في موضع يشتهر فيه ويشيع وليس ذلك الا في المصر الجامع ولهذا اختص به الجمع والاعياد وهذا المعنى يقتضي أن لا يأتي به المنفرد والنسوان لان معنى الاشتهار يختص بالجماعة دون الافراد ولهذا لا يصلي المنفرد صلاة الجمعة والعيد وأمر النسوان مبني على الستر دون الاشهار وأما الآية الثانية فقد ذكرنا اختلاف أهل التأويل فيها وأما الاولى فنحملها على خصوص المكان والجنس والحال عملا بالدليلين بقدر الامكان وما ذكروا من معنى التبعية مسلم عند وجود شرط المصر والجماعة وغيرهما من الشرائط فاما عند عدمها فلا نسلم التبعية ولو اقتدى المسافر بالمقيم وجب عليه التكبير لانه صار تبعا لامامه ألا ترى انه تغير فرضه أربعا فيكبر بحكم التبعية وكذا النساء اذا اقتدين برجل وجب عليهن على سبيل المتابعة فان صلين بجماعة وحدهن فلا تكبير عليهن لما قلنا وأما المسافرون اذا صلوا في المصر بجماعة ففيه روايتان روى الحسن عن أبي حنيفة ان عليهم التكبير والاصح أن لا تكبير عليهم لان السفر مغير للفرض مسقط للتكبير ثم في تغير الفرض لا فرق بين أن يصلوا في المصر أو خارج المصر فكذا في سقوط التكبير ولان المصر الجامع شرط والمسافر ليس من اهل المصر فالتحق المصر في حقه بالعدم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التكبير فيما دخل من الصلوات في حد القضاء فنقول لا يخلوا اما ان فاتته الصلاة في غير أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق أو فاتته في هذه الايام فقضاها في غير هذه الايام أو فاتته في هذه الايام فقضاها في العام القابل من هذه الايام أو فاتته في هذه الايام فقضاها في هذه الأيام من هذه السنة فان فاتته في غير أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق لا يكبر عقيبها لان القضاء على حسب الاداء وقد فاتته بلا تكبير فيقضيها كذلك وان فاتته في هذه الايام فقضاها في غير هذه الايام لا يكبر عقيبها أيضا وان كان القضاء على حسب الاداء وقد فاتته مع التكبير لان رفع الصوت بالتكبير بدعة في الاصل الا حيث ورد الشرع والشرع ما ورد به في وقت القضاء فبقي بدعة فان فاتته في هذه الايام وقضاها في العام القابل في هذه الأيام لا يكبر أيضا وروى عن أبي يوسف انه يكبر والصحيح ظاهر الرواية لما بينا ان رفع الصوت بالتكبير بدعة الا في مورد الشرع والشرع ورد بجعل هذا الوقت وقتا لرفع الصوت بالتكبير عقيب صلاة هي من صلوات هذه الايام ولم يرد الشرع بجعله وقتا لغير ذلك فبقي بدعة كالضحية فاتت عن وقتها انه لا يمكن التقرب باراقة دمها في العام القابل وان عاد الوقت وكذا رمي الجمار لما ذكرنا فكذا هذا وان فاتته في هذه الايام وقضاها في هذه الايام من هذه السنة يكبر لان التكبير سنة الصلاة الفائتة وقد قدر على القضاء لكون الوقت وقتا لتكبيرات الصلوات المشروعات فيها

﴿فصل﴾ وأما سننها فكثيرة بعضها صلاة بنفسه و بعضها من لواحق الصلاة أما الذي هو صلاة بنفسه فالسنن

المعهودة التي يؤدي بعضها قبل المكتوبة وبعضها بعد المكتوبة ولها فصل منفرد نذكرها فيه بعلائقها وأما الذي هو من لواحق الصلاة فثلاثة أنواع نوع يؤتى به عند الشروع في الصلاة ونوع يؤتى به بعد الشروع في الصلاة ونوع يؤتى به عند الخروج من الصلاة أما الذي يؤتى به عند الشروع في الصلاة فسنن الافتتاح وهي أنواع منها أن تكون النية مقارنة للتكبير لان اشتراط النية لاخلاص العمل لله تعالى وقران النية أقرب الى تحقيق معنى الاخلاص فكان افضل وهذا عندنا وعند الشافعي فرض والمسئلة قد مرت (ومنها) أن يتكلم بلسانه ما نواه بقلبه ولم يذكره في كتاب الصلاة نصا ولكنه أشار اليه في كتاب الحج فقال واذا أردت أن تحرم بالحج ان شاء الله فقل اللهم اني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني فكذا في باب الصلاة ينبغي أن يقول اللهم اني أريد صلاة كذا فيسرها لي وتقبلها مني لان هذا سؤال التوفيق من الله تعالى للاداء والقبول بعده فيكون مسنونا (ومنها) حذف التكبير لما روي عن ابراهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم ولان ادخال المد في ابتداء اسم الله تعالى يكون للاستفهام والاستفهام يكون للشك والشك في كبرياء الله تعالى كفر وقوله أكبر لا مد فيه لانه على وزن افعل وأفعل لا يحتمل المد لغة ومنها رفع اليدين عند تكبيرة الافتتاح والكلام فيه يقع في مواضع في أصل الرفع وفي وقته وفي كيفيته وفي محله اما أصل الرفع فلما روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما موقوفا عليهما ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن وذكر من جملتها تكبيرة الافتتاح وعن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه انه كان في عشرة رهط من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم ألا أحدثكم عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا هات فقال رأيته اذا كبر عند فاتحة الصلاة رفع يديه وعلى هذا اجماع السلف وأما وقته فوقت التكبير مقارنا له لانه سنة التكبير شرع لاعلام الاصم الشروع في الصلاة ولا يحصل هذا المقصود الا بالقران وأما كيفيته فلم يذكر في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي انه يرفع يديه ناشرا أصابعه مستقبلا بهما القبلة فمنهم من قال أراد بالنشر تفريج الاصابع وليس كذلك بل أراد أن يرفعهما مفتوحتين لا مضمومتين حتى تكون الاصابع نحو القبلة وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه لا يفرج كل التفريج ولا يضم كل الضم بل يتركهما على ما عليه الأصابع في العادة بين الضم والتفريج وأما محله فقد ذكر في ظاهر الرواية انه يرفع يديه حذاء أذنيه وفسره الحسن بن زياد في المجرد فقال قال أبو حنيفة يرفع حتى يحاذي بابهاميه شحمة أذنيه وكذلك في كل موضع ترفع فيه الايدي عند التكبير وقال الشافعي يرفع حذو منكبيه وقال مالك حذاء رأسه احتج الشافعي بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة كبر ورفع يديه حذو منكبيه (ولنا) ما روى أبو يوسف في الامالي باسناده عن البراء بن عازب أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة كبر ورفع يديه حذاء أذنيه ولان هذا الرفع شرع لاعلام الاصم الشروع في الصلاة ولهذا لم يرفع في تكبيرة هي علم للانتقال عندنا لان الاصم يرى الانتقال فلا حاجة الى رفع اليدين وهذا المقصود انما يحصل اذا رفع يديه الى أذنيه وأما الحديث فالتوفيق عند تعارض الاخبار واجب فما روي محمول على حالة العذر حين كانت عليهم الاكسية والبرانس في زمن الشتاء فكان يتعذر عليهم الرفع الى الاذنين يدل عليه ما روى وائل بن حجر أنه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون أيديهم الى الآذان ثم قدمت عليهم من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون أيديهم الى المناكب أو نقول المراد بما روينا رؤس الاصابع وبما روي الاكف والارساغ عملا بالدلائل بقدر الامكان وهذا حكم الرجل فاما المرأة فلم يذكر حكمها في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجل سواء لان كفيها ليسا بعورة وروى محمد بن مقاتل الرازي عن أصحابنا أنها ترفع يديها حذو منكبيها لان ذلك استر لها وبناء أمرهن على الستر الا ترى أن الرجل يعتدل في سجوده ويبسط ظهره في ركوعه والمرأة تفعل كاستر ما يكون لها ومنها أن الامام يجهر بالتكبير ويخفي به المنفرد والمقتدي لان الاصل في الاذكار هو الاخفاء وانما الجهر في حق الامام

لحاجته الى الاعلام فان الاعمى لا يعلم بالشروع الا باسماع التكبير من الامام ولا حاجة اليه فى حق المنفرد والمقتدى ومنها أن يكبر المقتدى مقارنا لتكبير الامام فهو أفضل باتفاق الروايات عن أبى حنيفة وفى التسليم عنه روايتان فى رواية يسلم مقارنا لتسليم الامام كالتكبير وفى رواية يسلم بعد تسليم الامام بخلاف التكبير وقال أبو يوسف السنة أن يكبر بعد فراغ الامام من التكبير وان كبر مقارنا لتكبيره فعن أبى يوسف فيه روايتان فى رواية يجوز وفى رواية لا يجوز وعن محمد يجوز ويكون مسيأ وجه قولهما أن المقتدى تبع للامام ومعنى التبعية لا تتحقق فى القران (ولابى) حنيفة أن الاقتداء مشاركة وحقيقة المشاركة المقارنة اذ بها تتحقق المشاركة فى جميع اجزاء العبادة وبهذا فارق التسليم على احدى الروايتين لانه اذا سلم بعده فقد وجدت المشاركة فى جميع الصلاة لانه يخرج عنها بسلام الامام ومنها أن المؤذن اذا قال قد قامت الصلاة كبر الامام فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى لا يكبر حتى يفرغ المؤذن من الاقامة والجملة فيه أن المؤذن اذا قال حى على الفلاح فان كان الامام معهم فى المسجد يستحب للقوم أن يقوموا فى الصف وعند زفر والحسن بن زياد يقومون عند قوله قد قامت الصلاة فى المرة الاولى ويكبرون عند الثانية لان المنبئ عن القيام قوله قد قامت الصلاة لا قوله حى على الفلاح ولنا أن قوله حى على الفلاح دعاء الى ما به فلاحهم وأمر بالمسارعة اليه فلا بد من الاجابة الى ذلك ولن تحصل الاجابة الا بالفعل وهو القيام اليها فكان ينبغى أن يقوموا عند قوله حى على الصلاة لما ذكرنا غير أنا نمنعهم عن القيام كيلا يلغو قوله حى على الفلاح لان من وجدت منه المبادرة الى شئ فدعاؤه اليه بعد تحصيله اياه لغو من الكلام أما قوله ان المنبئ عن القيام قوله قد قامت الصلاة فنقول قوله قد قامت الصلاة ينبئ عن قيام الصلاة لا عن القيام اليها وقيامها وجودها وذلك بالتحريمة ليتصل بها جزء من أجزائها تصديقا له على ما نذكر ثم اذا قاموا الى الصلاة اذا قال المؤذن قد قامت الصلاة كبروا على الاختلاف الذى ذكرنا وجه قول أبى يوسف والشافعى أن فى اجابة المؤذن فضيلة وفى ادراك تكبيرة الافتتاح فضيلة فلا بد من الفراغ احرازا للفضيلتين من الجانبين ولان فيما قلنا تكون جميع صلاتهم بالاقامة وفيما قالوا بخلافه (ولابى) حنيفة ومحمد ما روى عن سويد بن غفلة أن عمر كان اذا انتهى المؤذن الى قوله قد قامت الصلاة كبر وروى عن بلال رضى الله عنه أنه قال يا رسول الله ان كنت تسبقنى بالتكبير فلا تسبقنى بالتامين ولو كبر بعد الفراغ من الاقامة لما سبقه بالتكبير فضلا عن التأمين فلم يكن للسؤال معنى ولأن المؤذن مؤتمن الشرع فيجب تصديقه وذلك فيما قلنا لما ذكرنا أن قيام الصلاة وجودها فلا بد من تحصيل التحريمة المقترنة بركن من أركان الصلاة ليوجد جزء من أجزائها فيصير المخبر عن قيامها صادقا فى مقالته لان المخبر عن المتركب من اجزاء لا بقاء لها لن يكون الا عن وجود جزء منها وان كان الجزء وحده مما لا ينطلق عليه اسم المتركب كمن يقول فلان يصلى فى الحال يكون صادقا وان كان لا يوجد فى الحالة الا خبار الا جزء منها لاستحالة اجتماع اجزائها فى الوجود فى حالة واحدة وبه تبين أن ما ذكروا من المعنيين لا يعتبر بمقابلة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضى الله عنه ثم نقول فى تصديق المؤذن فضيلة كما أن فى اجابته فضيلة بل فضيلة التصديق فوق فضيلة الاجابة مع أن فيما قالوه فوات فضيلة الاجابة أصلا اذ لا جواب لقوله قد قامت الصلاة من حيث القول وليس فيما قلنا تفويت فضيلة الاجابة أصلا بل حصلت الاجابة بالفعل وهو اقامة الصلاة فكان ما قلناه سببا لاستدراك الفضيلتين فكان أحق وبه تبين أن لا بأس باداء بعض الصلاة بعد أكثر الاقامة واداء أكثرها بعد جميع الاقامة اذا كان سببا لاستدراك الفضيلتين وبعض مشايخنا اختاروا فى الفعل مذهب ابى يوسف لتعذر احضار النية عليهم فى حال رفع المؤذن صوته بالاقامة هذا اذا كان الامام فى المسجد فان كان خارج المسجد لا يقومون ما لم يحضر لقول النبى صلى الله عليه وسلم لا تقوموا فى الصف حتى ترونى خرجت وروى عن على رضى الله عنه أنه دخل المسجد فرأى الناس قياما ينتظرونه فقال مالى أراكم سامدين أى واقفين متحيرين ولان القيام لاجل الصلاة ولا يمكن اداؤها بدون الامام فلم يكن القيام مفيدا ثم ان دخل الامام من قدام الصفوف

فكمارأوه قاموا لانه كمادخل المسجد قام مقام الامامة وان دخل من وراء الصفوف فالصحيح أنه كلما جاوز صفا قام ذلك الصف لانه صار بحال لو اقتدوا به جاز فصار في حقهم كأنه أخذ مكانه وأما الذي يؤتى به بعد الفراغ من الافتتاح فنقول اذا فرغ من تكبيرة الافتتاح يضع يمينه على شماله والكلام فيه في أربعة مواضع أحدها في أصل الوضع والثاني في وقت الوضع والثالث في محل الوضع والرابع في كيفية الوضع أما الاول فقد قال عامة العلماء ان السنة هي وضع اليمين على الشمال. وقال مالك السنة هي الارسال وجه قوله أن الارسال أشق على البدن والوضع للاستراحة دل عليه ما روى عن ابراهيم النخعي أنه قال انهم كانوا يفعلون ذلك مخافة اجتماع الدم في رؤس الاصابع لانهم كانوا يطيلون الصلاة وأفضل الاعمال أحمزها على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث من سنن المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور وأخذ الشمال باليمين في الصلاة وفي رواية وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة وأما وقت الوضع فكما فرغ من التكبير في ظاهر الرواية وروى عن محمد في النوادر أنه يرسلهما حالة الثناء فاذا فرغ منه يضع بناء على أن الوضع سنة القيام الذي له قرار في ظاهر المذهب وعن محمد سنة القراءة واجمعوا على أنه لا يسن الوضع في القيام المتخلل بين الركوع والسجود لانه لا قرار له ولا قراءة فيه والصحيح جواب ظاهر الرواية لقوله صلى الله عليه وسلم انا معشر الانبياء أمرنا أن نضع أيماننا على شمائلنا في الصلاة من غير فصل بين حال وحال فهو على العموم الا ما خص بدليل ولان القيام من أركان الصلاة والصلاة خدمة الرب تعالى وتعظيم له والوضع في التعظيم أبلغ من الارسال كما في الشاهد فكان أولى وأما القيام المتخلل بين الركوع والسجود في صلاة الجمعة والعيدين فقال بعض مشايخنا الوضع أولى لان له ضرب قرار وقال بعضهم الارسال أولى لانه كما يضع يحتاج الى الرفع فلا يكون مفيدا وأما في حال القنوت فذكر في الاصل اذا أراد أن يقنت كبر ورفع يديه حذاء أذنيه ناشرا أصابعه ثم يكفهما قال أبو بكر الاسكاف معناه يضع يمينه على شماله وكذلك روى عن أبي حنيفة ومحمد أنه يضعهما كما يضع يمينه على يساره في الصلاة وذكر الكرخي والطحاوي أنه يرسلهما في حالة القنوت وكذا روى عن أبي يوسف واختلفوا في تفسير الارسال قال بعضهم لا يضع يمينه على شماله ومنهم من قال لا بل يضع ومعنى الارسال أن لا يبسطهما كما روى عن أبي يوسف أنه يبسط يديه بسطا في حالة القنوت وهو الصحيح لعموم الحديث الذي روينا ولان هذا قيام في الصلاة له قرار فكان الوضع فيه أقرب الى التعظيم فكان أولى وأما في صلاة الجنازة فالصحيح أيضا أنه يضع لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى على جنازة ووضع يمينه على شماله تحت السرة ولان الوضع أقرب الى التعظيم في قيام له قرار فكان الوضع أولى وأما محل الوضع فما تحت السرة في حق الرجل والصدر في حق المرأة وقال الشافعي محله الصدر في حقهما جميعا واحتج بقوله تعالى فصل لربك وانحر قوله وانحر أي ضع اليمين على الشمال في النحر وهو الصدر وكذا روى عن علي في تفسير الآية ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث من سنن المرسلين من جملتها وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة وأما الآية فمعناه أي صل صلاة العيد وانحر الجزور وهو الصحيح من التأويل لانه حينئذ يكون عطف الشيء على غيره كما هو مقتضى العطف في الاصل ووضع اليد من أفعال الصلاة وابعاضها ولا مغايرة بين البعض وبين الكل أو يحتمل ما قلنا فلا يكون حجة مع الاحتمال على انه روى عن علي وأبي هريرة رضي الله عنهما انهما قالا السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة فلم يكن تفسير الآية عنه وأما كيفية الوضع فلم يذكر في ظاهر الرواية واختلف فيها قال بعضهم يضع كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى وقال بعضهم يضع على ذراعه اليسرى وقال بعضهم يضع على المفصل وذكر في النوادر اختلافا بين أبي يوسف ومحمد فقال على قول أبي يوسف يقبض بيده اليمنى على رسغ يده اليسرى وعند محمد يضع كذلك وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه قال قول أبي يوسف أحب الي لأن في القبض وضعا وزيادة وهو اختيار مشايخنا بما وراء النهر فيأخذ المصلي رسغ يده اليسرى بوسط كفه اليمنى ويحلق ابهامه وخنصره وبنصره ويضع الوسطى والمسبحة على

معصمه ليصير جامعا بين الأخذ والوضع وهذا لأن الاخبار اختلفت ذكر فى بعضها الوضع وفى بعضها الاخذ فكان الجمع بينهما عملا بالدلائل أجمع فكان أولى ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك سواء كان اماما أو مقتديا أو منفردا هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وزاد عليه فى كتاب الحج وجل ثناؤك وليس ذلك فى المشاهير ولا يقرأ انى وجهت وجهى لا قبل التكبير ولا بعده فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال فى الاملاء يقول مع التسبيح انى وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين ولا يقول وأنا أول المسلمين لأنه كذب وهل تفسد صلاته اذا قال ذلك قال بعضهم تفسد لانه أدخل الكذب فى الصلاة وقال بعضهم لا تفسد لانه من القرآن ثم عن أبى يوسف روايتان فى رواية يقدم التسبيح عليه وفى رواية هو بالخيار ان شاء قدم وان شاء أخر وهو أحد قولى الشافعى وفى قول يفتتح بقوله وجهت وجهى لا بالتسبيح واحتجا بحديث ابن عمر أن النبى كان اذا افتتح الصلاة قال وجهت وجهى الخ وقال سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره والشافعى زاد عليه ما رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله اللهم انى ظلمت نفسى ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا أنت فاغفر لى مغفرة من عندك وتب على انك أنت التواب الرحيم وفى بعض الروايات اللهم أنت الملك لا اله الا أنت أنت ربى وأنا عبدك وأنا على عهدك ووعدك ما استطعت أبوء لك بنعمتك على وأبوء لك بذنبى فاغفر لى ذنوبى انه لا يغفر الذنوب الا أنت واهدنى لاحسن الاخلاق انه لا يهدى لاحسنها الا أنت واصرف عنى سيئها انه لا يصرف عنى سيئها الا أنت أنا بك ولك تباركت وتعاليت أستغفرك وأتوب اليك وجه ظاهر الرواية قوله تعالى فسبح بحمد ربك حين تقوم ذكر الجصاص عن الضحاك عن عمر رضى الله عنه انه قول المصلى عند الافتتاح سبحانك اللهم وبحمدك وروى هذا الذكر عمر وعلى وعبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يقول عند الافتتاح ولا تجوز الزيادة على الكتاب والخبر المشهور بالآحاد ثم تأويل ذلك كله انه كان يقول ذلك فى التطوعات والامر فيها أوسع فاما فى الفرائض فلا يزاد على ما اشتهر فيه الاثر أو كان فى الابتداء ثم نسخ بالآية أو تأيد ما روينا بمعاضدة الآية ثم لم يرو عن أصحابنا المتقدمين انه يأتى به قبل التكبير وقال بعض مشايخنا المتأخرين انه لا بأس به قبل التكبير لاحضار النية وهذا القنوه العوام ثم يتعوذ بالله من الشيطان الرجيم فى نفسه اذا كان منفردا أو اماما والكلام فى التعوذ فى مواضع فى بيان صفته وفى بيان وقته وفى بيان من يسن فى حقه وفى بيان كيفيته اما الاول فالتعوذ سنة فى الصلاة عند عامة العلماء وعند مالك ليس بسنة والصحيح قول العامة لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم من غير فصل بين حال الصلاة وغيرها وروى ان أبا الدرداء قام ليصلى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم تعوذ بالله من الشيطان الرجيم ومن شياطين الانس والجن وكذا الناقلون صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم نقلوا تعوذه بعد الثناء قبل القراءة وأما وقت التعوذ فبعد الفراغ من التسبيح قبل القراءة عند عامة العلماء وقال أصحاب الظواهر وقته ما بعد القراءة لظاهر قوله تعالى فاذا قرأت القرآن الآية أمر بالاستعاذة بعد قراءة القرآن لان الفاء للتعقيب ولنا ان الذين نقلوا صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم نقلوا تعوذه بعد الثناء قبل القراءة ولان التعوذ شرع صيانة للقراءة عن وساوس الشيطان ومعنى الصيانة انما يحتاج اليه قبل القراءة لا بعدها والارادة مضمرة فى الآية معناه فاذا أردت قراءة القرآن فاستعذ بالله كذا قال أهل التفسير كما فى قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة أى اذا أردتم القيام اليها وأما من يسن فى حقه التعوذ فهو الامام والمنفرد دون المقتدى فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هو سنة فى حقه أيضا ذكر الاختلاف فى السير الكبير وحاصل الخلاف راجع الى أن التعوذ تبع للثناء أو تبع للقراءة فعلى قولهما تبع للقراءة لانه شرع لافتتاح القراءة صيانة لها عن وساوس الشيطان فكان كالشرط لها وشرط الشئ تبع له وعلى قوله تبع للثناء لانه شرع بعد الثناء وهو من جنسه وتبع الشئ كاسمه ما يتبعه ويتفرع على هذا الاصل ثلاث مسائل احداها انه لا تعوذ على المقتدى عندهما

لانه لا قراءة عليه وعنده يتعوذ لانه يأتى بالثناء فيأتى بما هو تبع له والثانية المسبوق اذا شرع فى صلاة الامام وسبح لا يتعوذ فى الحال وانما يتعوذ اذا قام الى قضاء ما سبق به عندهما لان ذلك وقت القراءة وعنده يتعوذ بعد الفراغ من التسبيح لانه تبع له والثالثة الامام فى صلاة العيد يأتى بالتعوذ بعد التكبيرات عندهما اذا كان يرى رأى ابن عباس أو رأى ابن مسعود لان ذلك وقت القراءة وعنده يأتى به بعد التسبيح قبل التكبيرات لكونه تبعا له وأما كيفية التعوذ فالمستحب له أن يقول استعيذ بالله من الشيطان الرجيم أو أعوذ بالله من الشيطان الرجيم لان أولى الالفاظ ما وافق كتاب الله وقد ورد هذان اللفظان فى كتاب الله تعالى ولا ينبغى أن يزيد عليه ان الله هو السميع العليم لان هذه الزيادة من باب الثناء وما بعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء وينبغى أن لا يجهر بالتعوذ لان الجهر بالتعوذ لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن على وابن مسعود رضى الله عنهما انهما قالا أربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ ولان الاصل فى الاذكار هو الاخفاء لقوله تعالى واذكر ربك فى نفسك تضرعا وخيفة فلا يترك الا لضرورة ثم يخفى بسم الله الرحمن الرحيم وقال الشافعى يجهر به والكلام فى التسمية فى مواضع أحدها انها من القرآن أم لا والثانى انها من الفاتحة أم لا والثالث انها من رأس كل سورة أم لا وينبنى على كل فصل ما يتعلق به من الاحكام أما الاول فالصحيح من مذهب أصحابنا انها من القرآن لان الامة أجمعت على ان ما كان بين الدفتين مكتوبا بقلم الوحى فهو من القرآن والتسمية كذلك وكذا روى المعلى عن محمد فقال قلت لمحمد التسمية آية من القرآن أم لا فقال ما بين الدفتين كله قرآن فقلت فما بالك لا تجهر بها فلم يجبنى وكذا روى الجصاص عن محمد انه قال التسمية آية من القرآن انزلت للفصل بين السورة للبداءة بها تبركا وليست بآية من كل واحدة منها واليه أشار فى كتاب الصلاة فانه قال ثم يفتتح القراءة ويخفى بسم الله الرحمن الرحيم وينبنى على هذا ان فرض القراءة فى الصلاة يتأدى بها عند أبى حنيفة اذا قرأها على قصد القراءة دون الثناء عند بعض مشايخنا لانها آية من القرآن وكذا روى عن عبد الله بن المبارك ان من ترك بسم الله الرحمن الرحيم فى القرآن فقد ترك مائة وثلاثة عشر آية وقال بعضهم لا يتأدى لان فى كونها آية تامة احتمال فانه روى عن الاوزاعى انه قال ما أنزل الله فى القرآن بسم الله الرحمن الرحيم الا فى سورة النمل وانها فى النمل وحدها ليست بآية تامة وانما الآية قوله انه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم فوقع الشك فى كونها آية تامة فلا تجوز الصلاة بالشك وكذا يحرم على الجنب والحائض والنفساء قراءتها على قصد القرآن اما على قياس رواية الكرخى فظاهر لان ما دون الآية يحرم عليهم وكذا على رواية الطحاوى لاحتمال انها آية تامة فتحرم قراءتها عليهم احتياطا واما الثانى والثالث فعند أصحابنا ليست من الفاتحة ولا من رأس كل سورة وقال الشافعى انها من الفاتحة قولا واحدا وله فى كونها من رأس كل سورة قولان وقال الكرخى لا أعرف فى هذه المسئلة بعينها عن متقدمى أصحابنا فى الاختلاف نصا لكن أمرهم بالاخفاء دليل على انها ليست من الفاتحة لامتناع أن يجهر ببعض السورة دون البعض احتج الشافعى بما روى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يقول الحمد لله رب العالمين سبع آيات احداهن بسم الله الرحمن الرحيم فقد عد التسمية آية من الفاتحة دل انها من الفاتحة ولانها كتبت فى المصاحف على رأس الفاتحة وكل سورة بقلم الوحى فكانت من الفاتحة ومن كل سورة ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم خبرا عن الله تعالى انه قال قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين فاذا قال العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدنى عبدى واذا قال الرحمن الرحيم قال الله تعالى مجدنى عبدى واذا قال مالك يوم الدين قال الله تعالى أثنى على عبدى واذا قال اياك نعبد واياك نستعين قال الله تعالى هذا بينى وبين عبدى نصفين ولعبدى ما سأل ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما انه بدأ بقوله الحمد لله رب العالمين لا بقوله بسم الله الرحمن الرحيم ولو كانت من الفاتحة لكانت البداءة بها لا بالحمد والثانى انه نص على المناصفة ولو كانت التسمية من الفاتحة لم تتحقق المناصفة بل يكون ما لله أكثر لانه يكون فى النصف الاول أربع آيات ونصف ولان كون الآية من سورة كذا ومن موضع كذا لا يثبت الا بالدليل المتواتر من النبى صلى الله عليه

وسلم وقد ثبت بالتواتر انها مكتوبة فى المصاحف ولا تواتر على كونها من السورة ولهذا اختلف أهل العلم فيه فعدها قراء أهل الكوفة من الفاتحة ولم يعدها قراء أهل البصرة منها وذا دليل عدم التواتر ووقوع الشك والشبهة فى ذلك فلا يثبت كونها من السورة مع الشك ولأن كون التسمية من كل سورة مما اختص به الشافعى لا يوافقه فى ذلك أحد من سلف الأمة وكفى به دليلا على بطلان المذهب والدليل عليه ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال سورة فى القرآن ثلاثون آية شفعت لصاحبها حتى غفر له تبارك الذى بيده الملك وقد اتفق القراء وغيرهم على انها ثلاثون آية سوى بسم الله الرحمن الرحيم ولو كانت هى منها لكانت احدى وثلاثين آية وهو خلاف قول النبى صلى الله عليه وسلم وكذا انعقد الاجماع من الفقهاء والقراء أن سورة الكوثر ثلاث آيات وسورة الاخلاص أربع آيات ولو كانت التسمية منها لكانت سورة الكوثر أربع آيات وسورة الاخلاص خمس آيات وهو خلاف الاجماع وأما ما روى من الحديث ففيه اضطراب فان بعضهم شك فى ذكر أبى هريرة فى الاسناد ولأن مداره على عبد الحميد بن جعفر عن نوح بن أبى بلال عن سعيد المقبرى عن أبى هريرة ولم يرفعه وذكر أبو بكر الحنفى وقال لقيت نوحا فحدثنى به عن سعيد المقبرى عن أبى هريرة ولم يرفعه والاختلاف فى السند والوقف والرفع يوجب ضعفا فيه ولانه فى حد الآحاد وخبر الواحد لا يوجب العلم وكون التسمية من الفاتحة لا يثبت الا بالنقل الموجب للعلم مع انه عارضه ما هو أقوى منه وأثبت وأشهر وهو حديث القسمة فلا يقبل فى معارضته أما قوله انها كتبت فى المصاحف بقلم الوحى على رأس السور فنعم لكن هذا يدل على كونها من القرآن لا على كونها من السور لجواز انها كتبت للفصل بين السور لا لانها منها فلا يثبت كونها من السور بالاحتمال وينبنى على هذا انه لا يجهر بالتسمية فى الصلاة عندنا لانه لا نص فى الجهر بها وليست من الفاتحة حتى يجهر بها ضرورة الجهر بالفاتحة وعنده يجهر بها فى الصلوات التى يجهر فيها بالقراءة كما يجهر بالفاتحة لكونها من الفاتحة ولان التسمية متى ترددت بين أن تكون من الفاتحة وبين أن لا تكون تردد الجهر بين السنة والبدعة لانها اذا لم تكن منها فالسنة فى الأذكار والجهر بالأذكار بدعة والفعل اذا تردد بين السنة والبدعة تغلب جهة البدعة لان الامتناع عن البدعة فرض ولا فرضية فى تحصيل السنة أو الواجب فكان الاخفاء بها أولى والدليل عليه ما روى عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن المغفل وعبد الله بن عباس وأنس وغيرهم رضى الله عنهم انهم كانوا يخفون التسمية وكثير منهم قال الجهر بالتسمية اعرابية والمنسوب اليهم باطل لغلبة الجهل عليهم بالشرائع وروى عن أنس رضى الله عنه انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وكانوا لا يجهرون بالتسمية ثم عندنا ان لم يجهر بالتسمية لكن يأتى بها الامام لافتتاح القراءة بها تبركا كما يأتى بالتعوذ فى الركعة الأولى باتفاق الروايات وهل يأتى بها فى أول الفاتحة فى الركعات الأخر عن أبى حنيفة روايتان روى الحسن عنه انه لا يأتى بها الا فى الركعة الأولى لانها ليست من الفاتحة عندنا وانما يفتتح القراءة بها تبركا وذلك مختص بالركعة الأولى كالتعوذ وروى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه يأتى بها فى كل ركعة وهو قول أبى يوسف ومحمد لان التسمية ان لم تجعل من الفاتحة قطعا بخبر الواحد لكن خبر الواحد يوجب العمل فصارت من الفاتحة عملا فمن لزمه قراءة الفاتحة يلزمه قراءة التسمية احتياطا وأما عند رأس كل سورة فى الصلاة فلا يأتى بالتسمية عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يأتى بها احتياطا كما فى أول الفاتحة والصحيح قولهما لان احتمال كونها من السورة منقطع باجماع السلف على ما مر وفى انها ليست من الفاتحة لا اجماع فبقى الاحتمال فوجب العمل به فى حق القراءة احتياطا ولكن لا يعتبر هذا الاحتمال فى حق الجهر لان المخافتة أصل فى الأذكار والجهر بها بدعة فى الأصل فاذا احتمل انها ذكر فى هذه الحالة واحتمل انها من الفاتحة كانت المخافتة أبعد عن البدعة فكانت أحق وروى عن محمد انه اذا كان يخفى بالقراءة يأتى بالتسمية بين الفاتحة والسورة لانه أقرب الى متابعة المصحف واذا كان يجهر بها لا يأتى لانه لو فعل لاخفى بها فيكون

سكتة له فى وسط القراءة وذلك غير مشروع ثم يقرأ بفاتحة الكتاب والسورة وقد بينا أصل فرضية القراءة وقدرها ومحل القراءة المفروضة فى بيان أركان الصلاة وههنا نذكر المقدار الذى يخرج به عن حد الكراهة والمقدار المستحب من القراءة أما الاول فالقدر الذى يخرج به عن حد الكراهة هو أن يقرأ الفاتحة وسورة قصيرة قدر ثلاث آيات أو ثلاث آيات من أى سورة كانت حتى لو قرأ الفاتحة وحدها أو قرأ معها آية أو آيتين يكره لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وأقصر السور ثلاث آيات ولم يرد به نفى الجواز بل نفى الكمال وأداء المفروض على وجه النقصان مكروه وأما القدر المستحب من القراءة فقد اختلفت الروايات فيه عن أبى حنيفة ذكر فى الأصل ويقرأ الامام فى الفجر فى الركعتين جميعا بأربعين آية مع فاتحة الكتاب أى سواها وذكر فى الجامع الصغير بأربعين خمسين ستين سوى فاتحة الكتاب وروى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة ما بين ستين الى مائة وانما اختلفت الروايات لاختلاف الأخبار روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يقرأ فى صلاة الفجر سورة ق حتى أخذ بعض النسوان منه فى صلاة الفجر منهن أم هشام بنت الحرث بن النعمان وعن مورق العجلى قال تلقنت سورة ق واقترب من فى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كثرة قراءته لهما فى صلاة الفجر وعن أبى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قرأ فى صلاة الفجر والمرسلات وعم يتساءلون وفى رواية اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت وروى ابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الركعة الأولى من الفجر بالم تنزيل السجدة وفى الاخرى بهل أتى على الانسان وعن ابى برزة الأسلمى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى صلاة الفجر ما بين ستين آية الى مائة كذا ذكر وكيع وروى ان أبا بكر قرأ فى الفجر سورة البقرة فلما فرغ قال له عمر كادت الشمس تطلع يا خليفة رسول الله فقال رضى الله عنه لو طلعت لم تجدنا غافلين وروى ان عمر رضى الله عنه قرأ سورة يوسف فلما انتهى الى قوله انما أشكو بثى وحزنى الى الله خنقته العبرة فركع ووفق بعضهم بين الروايات فقال المساجد ثلاثة مسجد له قوم زهاد وعباد يرغبون فى العبادة ومسجد له قوم كسالى غير راغبين فى العبادة ومسجد له قوم أوساط فينبغى للامام أن يعمل بأكثر الروايات قراءة فى الاول وبأدناها قراءة فى الثانى وبأوسطها قراءة فى الثالث عملا بالروايات كلها بقدر الامكان ويجوز أن يكون اختلاف الروايات محمولا على هذا ويقرأ فى الظهر بنحو من ذلك أو دونه ذكره فى الأصل لما روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه انه قال حزرنا قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الظهر فى الركعتين بثلاثين آية وعن عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه انه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر وقرأ والسماء والطارق والشمس وضحاها وفى العصر يقرأ بعشرين آية مع فاتحة الكتاب أى سواها ذكره فى الأصل لما روى عن أبى هريرة وجابر بن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى العصر بسورة سبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية وفى العشاء مثل ذلك فى رواية الاصل لقول النبى صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين كان قرأ البقرة فى صلاة العشاء أين أنت من الشمس وضحاها والليل اذا يغشى ولانها تؤخر الى ثلث الليل فلو طول القراءة لتشوش أمر الصلاة على القوم لغلبة النوم اياهم وفى المغرب بسورة قصيرة خمس آيات أو ست آيات مع فاتحة الكتاب أى سواها ذكره فى الاصل لما روى عن عمر رضى الله عنه انه كتب الى أبى موسى الاشعرى ان اقرأ فى الفجر والظهر بطوال المفصل وفى العصر والعشاء بأوساط المفصل وفى المغرب بقصار المفصل ولانا أمرنا بتعجيل المغرب وفى تطويل القراءة تأخيرها وذكر فى الجامع الصغير ويقرأ فى الظهر فى الاوليين مثل ركعتى الفجر والعصر والعشاء سواء والمغرب دون ذلك وروى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة انه يقرأ فى الظهر بعبس أو اذا الشمس كورت فى الاولى وفى الثانية بلا أقسم أو والشمس وضحاها وفى العصر يقرأ فى الاولى والضحى أو والعاديات وفى الثانية بالهاكم أو ويل لكل همزة وفى المغرب فى الاولى مثل ما فى العصر وفى العشاء فى الاوليين مثل ما فى الظهر فقد جعلها فى الاصل كالعصر وفى المجرد كالظهر وذكر الكرخى

وقال وقدر القراءة فى الفجر للمقيم قدر ثلاثين آية الى ستين آية سوى الفاتحة فى الركعة الاولى وفى الثانية مابين عشر ين الى ثلاثين وفى الظهر فى الركعتين جميعا سوى فاتحة الكتاب مثل القراءة فى الركعة الاولى من الفجر وفى العصر والعشاء يقرأ فى كل ركعة قدر عشر ين آية سوى فاتحة الكتاب وفى المغرب فى الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورة من قصار المفصل قال وهذه الرواية أحب الروايات التى رواها المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة و يحتمل أن يكون اختلاف مقادير القراءة فى الصلوات لاختلاف أحوال الناس فوقت الفجر وقت نوم وغفلة فتطول فيه القراءة كيلا تفوتهم الجماعة وكذا وقت الظهر فى الصيف لانهم يقيلون ووقت العصر وقت رجوع الناس الى منازلهم فينقص عما فى الظهر والفجر وكذا وقت العشاء وقت عزمهم على النوم فكان مثل وقت العصر ووقت المغرب وقت عزمهم على الاكل فقصر فيها القراءة لقلة صبرهم عن الاكل خصوصا للصائمين وهذا كله ليس بتقدير لازم بل يختلف باختلاف الوقت والزمان وحال الامام والقوم والجملة فيه انه ينبغى للامام أن يقرأ مقدار مايخف على القوم ولا يثقل عليهم بعد ان يكون على التمام لما روى عن عثمان بن أبى العاص الثقفى انه قال آخر ماعهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصلى بالقوم صلاة أضعفهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من أم قوما فليصل بهم صلاة أضعفهم فان فيهم الصغير والكبير وذا الحاجة وروى ان قوم معاذ لما شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويل القراءة دعاه فقال أفتان أنت يامعاذ قالها ثلاثا أين أنت من والسماء والطارق والشمس وضحاها قال الراوى فما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى موعظة أشد منه فى تلك الموعظة وعن أنس رضى الله عنه أنه قال ماصليت خلف احد اتم وأخف مما صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أنه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين فى صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا أوجزت فقال صلى الله عليه وسلم سمعت بكاء صبى فخشيت على أمه أن تفتتن دل أن الامام ينبغى له أن يراعى حال قومه ولان مراعاة حال القوم سبب لتكثير الجماعة فكان ذلك مندوبا اليه هذا الذى ذكرنا فى المقيم فأما المسافر فينبغى أن يقرأ مقدار مايخف عليه وعلى القوم بأن يقرأ الفاتحة وسورة من قصار المفصل لما روى عن عقبة بن عامر الجهنى أنه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السفر صلاة الفجر فقرأ بفاتحة الكتاب والمعوذتين ولان السفر مكان المشقة فلو قرأ فيه مثل مايقرأ فى الحضر لوقعوا فى الحرج وانقطع بهم السير وهذا لايجوز ولهذا أثر فى قصر الصلاة فلان يؤثر فى قصر القراءة أولى و يستحب للامام أن يفضل الركعة الاولى فى القراءة على الثانية فى الفجر بالاجماع وأما فى سائر الصلوات فيسوى بينهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يفضل فى الصلوات كلها وكذا هذا الاختلاف فى الجمعة والعيدين واحتج محمد بما روى أبو قتادة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الاولى على غيرها فى الصلوات كلها ولان التفضيل تسبب الى ادراك الجماعة فيفضل كما فى صلاة الفجر ولهما ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ فى الجمعة سورة الجمعة فى الركعة الاولى وفى الثانية سورة المنافقين وهما فى الآى مستويتان وكان يقرأ فى الاولى سورة الاعلى وفى الثانية الغاشية وهما مستويتان ولانهما مستويتان فى استحقاق القراءة فلا تفضل احداهما على الأخرى الابداع وقد وجد الداعى فى الفجر وهو الحاجة الى الاعانة على ادراك الجماعة لكون الوقت وقت نوم وغفلة فكان التفضيل من باب النظر ولا داعى له فى سائر الصلوات لكون الوقت وقت يقظة فالتخلف عن الجماعة يكون تقصيرا والمقصر لايستحق النظر وأما الحديث فنقول كان يطيل الركعة الاولى بالثناء فى أول الصلاة لا بالقراءة والمستحب أن يقرأ فى كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة تامة كذا ورد فى الحديث ولو قرأ سورة واحدة فى الركعتين قال بعض المشايخ يكره لانه خلاف ماجاء به الاثر وقال عامتهم لا يكره وكذا روى عيسى بن أبان عن أصحابنا أنه لايكره وروى فى ذلك حديثا باسناده عن ابن مسعود أنه قرأ فى الفجر سورة بنى اسرائيل الى قوله قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن فى الركعة الاولى ثم قام الى الثانية وختم السورة ولو جمع بين السورتين فى ركعة

لايكره

لايكره لماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أوتر بسبع سور من المفصل والافضل أن لايجمع ولو قرأ من وسط السورة أو آخرها لابأس به كذا روى الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله لكن المستحب ماذكرنا فاذا فرغ من الفاتحة يقول آمين اماما كان أو مقتديا أو منفردا وهذا قول عامة العلماء وقال بعض الناس لا يؤتى بالتأمين أصلا وقال مالك يأتى به المقتدى دون الامام والمنفرد والصحيح قول العامة لماروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا أمن الامام فأمنوا فان الملائكة تؤمن فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفرله ماتقدم من ذنبه وما تأخر حثنا على التأمين من غير فصل ثم السنة فيه المخافتة عندنا وعند الشافعى الجهر فى صلاة الجهر واحتج بماروينا من الحديث ووجه التعلق به أنه صلى الله عليه وسلم علق تأمين القوم بتأمين الامام ولو لم يكن مسموعا لم يكن معلوما فلامعنى للتعلق وعن وائل بن حجر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال آمين ومد بها صوته (ولنا) ماروى عن وائل بن حجر أن النبى صلى الله عليه وسلم أخفى بالتأمين وهو قول على وابن مسعود وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين فان الامام يقولها ولو كان مسموعا لما احتيج الى قوله فان الامام يقولها ولانه من باب الدعاء لان معناه اللهم أجب أو ليكن كذلك قال الله تعالى قد أجيبت دعوتكما وموسى كان يدعو وهارون كان يؤمن والسنة فى الدعاء الاخفاء وحديث وائل طعن فيه النخعى وقال أشهد وائل وغاب عبد الله على أنه يحتمل أنه صلى الله عليه وسلم جهر مرة للتعليم ولا حجة له فى الحديث الآخر لان مكانه معلوم وهو ما بعد الفراغ من الفاتحة فكان التعليق صحيحا واذا فرغ من القراءة ينحط للركوع ويكبر مع الانحطاط ولا يرفع يديه أما التكبير عند الانتقال من القيام الى الركوع فسنة عند عامة العلماء وقال بعضهم لا يكبر حال ماركع وانما يكبر حال مارفع رأسه من الركوع والصحيح قول العامة لماروى عن على وابن مسعود وأبى موسى الاشعرى وغيرهم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وروى أنه كان يكبر وهو يهوى والواو للحال ولأن الذكر سنة فى كل ركن ليكون معظما لله تعالى فيما هو من أركان الصلاة بالذكر كما هو معظم له بالفعل فيزداد معنى التعظيم والانتقال من ركن الى ركن بمعنى الركن لكونه وسيلة اليه فكان الذكر فيه مسنونا وأما رفع اليدين عند التكبير فليس بسنة فى الفرائض عندنا الا فى تكبيرة الافتتاح وقال الشافعى يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع وقال بعضهم يرفع يديه عند كل تكبيرة واجمعوا على أنه يرفع الايدى فى تكبير القنوت وتكبيرات العيدين احتج الشافعى بماروى عن جماعة من الصحابة مثل على وابن عمر ووائل بن حجر وأبى هريرة رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع (ولنا) ماروى أبو حنيفة باسناده عن عبد الله بن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود بعد ذلك وعن علقمة أنه قال صليت خلف عبد الله بن مسعود فلم يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع فقلت له لم لا ترفع يديك فقال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر فلم يرفعوا أيديهم الا فى التكبيرة التى تفتتح بها الصلاة وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ان العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة ما كانوا يرفعون أيديهم الا لافتتاح الصلاة وخلاف هؤلاء الصحابة قبيح وفى المشاهير أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن عند افتتاح الصلاة وفى العيدين والقنوت فى الوتر وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وعند المقامين عند الجمرتين وروى أنه صلى الله عليه وسلم رأى بعض أصحابه يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع فقال مالى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذناب خيل شمس اسكنوا فى الصلاة وفى رواية قاروا فى الصلاة ولان هذه تكبيرة يؤتى بها فى حالة الانتقال فلا يسن رفع اليدين عندها كتكبيرة السجود وتأثيره أن المقصود من رفع اليدين اعلام الاصم الذى خلفه وانما يحتاج الى الاعلام بالرفع فى التكبيرات التى يؤتى بها فى حالة الاستواء كتكبيرات الزوائد فى العيدين وتكبير القنوت فاما فيما يؤتى به فى حالة الانتقال فلا حاجة اليه لأن الاصم يرى

الانتقال فلا حاجة الى رفع اليدين وما رواه منسوخ فانه روى أنه صلى الله عليه وسلم كان يرفع ثم ترك ذلك بدليل ما روى ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرفعنا وترك فتركنا دل عليه أن مدار حديث الرفع على على وابن عمر وعاصم بن كليب قال صليت خلف على سنتين فكان لا يرفع يديه الا فى تكبيرة الافتتاح ومجاهد قال صليت خلف عبد الله بن عمر سنتين فكان لا يرفع يديه الا فى تكبيرة الافتتاح فدل عملهما على خلاف ما رويا على معرفتهما انتساخ ذلك على ان ترك الرفع عند تعارض الاخبار أولى لانه لو ثبت الرفع لا تربو درجته على السنة ولو لم يثبت كان بدعة وترك البدعة أولى من اتيان السنة ولان ترك الرفع مع ثبوته لا يوجب فساد الصلاة والتحصيل مع عدم الثبوت يوجب فساد الصلاة لانه اشتغال بعمل ليس من أعمال الصلاة باليدين جميعا وهو تفسير العمل الكثير وقد بينا المقدار المفروض من الركوع فى موضعه وأما سنن الركوع فمنها أن يبسط ظهره لما روى عن أبى هريرة وعائشة رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع بسط ظهره حتى لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر ومنها أن لا ينكس رأسه ولا يرفعه أى يسوى رأسه بعجزه لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع لم يرفع رأسه ولم ينكسه وروى أنه نهى أن يدبج المصلى تدبيج الحمار وهو أن يطأطئ رأسه اذا شم البول أو أراد أن يتمرغ ولان بسط الظهر سنة وأنه لا يحصل مع الرفع والتنكيس ومنها أن يضع يديه على ركبتيه وهو قول عامة الصحابة وقال ابن مسعود السنة هى التطبيق وهو أن يجمع بين كفيه ويرسلهما بين فخذيه والصحيح قول العامة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لانس رضى الله عنه اذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك وفرج بين أصابعك وفى رواية وفرق بين أصابعك وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال سنت لكم الركب فخذوا بالركب والتطبيق منسوخ لما روى أن سعيد بن العاص رأى ابنه يطبق فى الصلاة فنهاه عن ذلك فقال رأيت ابن مسعود يطبق فى الصلاة فقال رحم الله ابن مسعود كنا نطبق فى الابتداء ثم نهينا عنه فيحتمل أن ابن مسعود كان يفعله لان النسخ لم يبلغه ومنها أنه يفرق بين أصابعه لما روينا ولان السنة هى الوضع مع الاخذ لحديث عمر رضى الله عنه والتفريق أمكن من الاخذ ومنها أن يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وهذا قول العامة وقال مالك فى قول من ترك التسبيح فى الركوع تبطل صلاته وفى رواية عنه أنه قال لا نجد فى الركوع دعاء موقتا وروى عن أبى مطيع البلخى أنه قال من نقص من الثلاث فى تسبيحات الركوع والسجود لم تجزه صلاته وهذا فاسد لان الامر تعلق بفعل الركوع والسجود مطلقا عن شرط التسبيح فلا يجوز نسخ الكتاب بخبر الواحد فقلنا بالجواز مع كون التسبيح سنة عملا بالدليلين بقدر الامكان ودليل كونه سنة ما روى عن عقبة بن عامر أنه قال لما نزل قوله تعالى فسبح باسم ربك العظيم قال النبى صلى الله عليه وسلم اجعلوها فى ركوعكم ولما نزل قوله تعالى سبح اسم ربك الاعلى قال اجعلوها فى سجودكم ثم السنة فيه أن يقول ثلاثا وذلك أدناه وقال الشافعى يقول مرة واحدة لان الأمر بالفعل لا يقتضى التكرار فيصير ممتثلا بتحصيله مرة واحدة ولنا ما روى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا صلى أحدكم فليقل فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وفى سجوده سبحان ربى الأعلى ثلاثا وذلك أدناه والأمر بالفعل يحتمل التكرار فيحمل عليه عند قيام الدليل وروى عن محمد انه اذا سبح مرة واحدة يكره لان الحديث جعل الثلاث أدنى التمام فما دونه يكون ناقصا فيكره ولو زاد على الثلاث فهو أفضل لان قوله وذلك أدناه دليل استحباب الزيادة وهذا اذا كان منفردا فان كان مقتديا يسبح الى أن يرفع الامام رأسه واما اذا كان اماما فينبغى أن يسبح ثلاثا ولا يطول على القوم لما روينا من الأحاديث ولأن التطويل سبب التنفير وذلك مكروه وقال بعضهم يقولها أربعا حتى يتمكن القوم من أن يقولوها ثلاثا وعن سفيان الثورى انه يقولها خمسا وقال الشافعى يزيد فى الركوع على التسبيحة الواحدة اللهم لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت وبك آمنت وعليك توكلت ويقول فى السجود سجد وجهى للذى خلقه وشق سمعه وبصره فتبارك الله أحسن الخالقين كذا روى عن على رضى الله عنه وهو عندنا محمول

على

على النوافل ثم الامام اذا كان فى الركوع فسمع خفق النعل ممن دخل المسجد هل ينتظره أم لا قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة وابن أبى ليلى عن ذلك فكرهاه وقال أبو حنيفة أخشى عليه أمرا عظيما يعنى الشرك وروى هشام عن محمد انه كره ذلك وعن أبى مطيع انه كان لا يرى به بأسا وقال الشافعى لا بأس به مقدار تسبيحة أو تسبيحتين وقال بعضهم يطول التسبيحات ولا يزيد على العدد وقال أبو القاسم الصفار ان كان الرجل غنيا لا يجوز له الانتظار وان كان فقيرا يجوز وقال الفقيه أبو الليث ان كان الامام قد عرف الجائى فانه لا ينتظره لانه يشبه الميل وان لم يعرفه فلا بأس به لان فى ذلك اعانة على الطاعة واذا اطمأن راكعا رفع رأسه وقال سمع الله لمن حمده ولم يرفع يديه فيحتاج فيه الى بيان المفروض والمسنون اما المفروض فقد ذكرناه وهو الانتقال من الركوع الى السجود لما بينا أنه وسيلة الى الركن فاما رفع الرأس وعوده الى القيام فهو تعديل الانتقال وانه ليس بفرض عند أبى حنيفة ومحمد بل هو واجب أو سنة عندهما وعند أبى يوسف والشافعى فرض على ما مر وأما سنن هذا الانتقال فمنها ان يأتى بالذكر لان الانتقال فرض فكان الذكر فيه مسنونا واختلفوا فى ماهية الذكر والجملة فيه ان المصلى لا يخلو اما ان كان اماما أو مقتديا أو منفردا فان كان اماما يقول سمع الله لمن حمده ولا يقول ربنا لك الحمد فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى يجمع بين التسميع والتحميد وروى عن أبى حنيفة مثل قولهما احتجوا بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رفع رأسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد وغالب أحواله كان هو الامام وكذا روى أبو هريرة رضى الله عنه ولان الامام منفرد فى حق نفسه والمنفرد يجمع بين هذين الذكرين فكذا الامام ولان التسميع تحريض على التحميد فلا ينبغى ان يأمر غيره بالبر وينسى نفسه كيلا يدخل تحت قوله تعالى أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم وأنتم تتلون الكتاب واحتج أبو حنيفة بما روى أبو موسى الاشعرى وأبو هريرة رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فأنصتوا واذا قال ولا الضالين فقولوا آمين واذا ركع فاركعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد قسم التحميد والتسميع بين الامام والقوم فجعل التحميد لهم والتسميع له وفى الجمع بين الذكرين من أحد الجانبين ابطال هذه القسمة وهذا لا يجوز وكان ينبغى ان لا يجوز للامام التأمين أيضا بقضية هذا الحديث والا ما عرفناه لما روينا من الحديث ولان اتيان التحميد من الامام يؤدى الى جعل التابع متبوعا والمتبوع تابعا وهذا لا يجوز بيان ذلك ان الذكر يقارن الانتقال فاذا قال الامام مقارنا للانتقال سمع الله لمن حمده يقول المقتدى مقارنا له ربنا لك الحمد فلو قال الامام بعد ذلك لوقع قوله بعد قول المقتدى فينقلب المتبوع تابعا والتابع متبوعا ومراعاة التبعية فى جميع اجزاء الصلاة واجبة بقدر الامكان وحديث عائشة رضى الله عنها محمول على حالة الانفراد فى صلاة الليل وقولهم الامام منفرد فى حق نفسه مسلم لكن المنفرد لا يجمع بين الذكرين على احدى الروايتين عن أبى حنيفة ولان ما ذكرنا من معنى التبعية لا يتحقق فى المنفرد فبطل الاستدلال وأما قولهم انه يأمر غيره بالبر فينبغى أن لا ينسى نفسه فنقول اذا أتى بالتسميع فقد صار دالا على التحميد والدال على الخير كفاعله فلم يكن ناسيا نفسه هذا اذا كان اماما فان كان مقتديا يأتى بالتحميد لا غير عندنا وعند الشافعى يجمع بينهما استدلالا بالمنفرد لان الاقتداء لا أثر له فى اسقاط الاذكار بالاجماع وان اختلفا فى القراءة (ولنا) ان النبى صلى الله عليه وسلم قسم التسميع والتحميد بين الامام والمقتدى وفى الجمع بينهما من الجانبين ابطال القسمة وهذا لا يجوز ولان التسميع دعاء الى التحميد وحق من دعى الى شئ الاجابة الى ما دعى اليه لا اعادة قول الداعى وان كان منفردا فانه يأتى بالتسميع فى ظاهر الرواية وكذا يأتى بالتحميد عندهم وعن أبى حنيفة روايتان روى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه يأتى بالتسميع دون التحميد واليه ذهب الشيخ الامام أبو القاسم الصفار والشيخ أبو بكر الاعمش وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجمع بينهما وذكر فى بعض النوادر عنه انه يأتى بالتحميد لا غير وفى الجامع الصغير ما يدل عليه فان أبا يوسف قال سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى عن الرجل يرفع رأسه من

الركوع في الفريضة أي قول اللهم اغفر لي قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وما أراد به الامام لانه لا يأتي بالتحميد
عنده فكان المراد منه المنفرد وجه هذه الرواية ان التسميع ترغيب في التحميد وليس معه من يرغبه والانسان
لا يرغب نفسه فكانت حاجته الى التحميد لا غير وجه رواية المعلى أن التحميد يقع في حالة القومة وهي مسنونة
وسنة الذكر تختص بالفرائض والواجبات كالتشهد في القعدة الاولى ولهذا لم يشرع في القعدة بين السجدتين وجه
رواية الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بينهما في حديث عائشة رضي الله عنها ولا محمل له سوى حالة
الانفراد لما مر ولهذا كان عمل الامة على هذا وما كان الله ليجمع أمة محمد صلى الله عليه وسلم على ضلالة واختلفت
الاخبار في لفظ التحميد في بعضها ربنا لك الحمد وفي بعضها ربنا ولك الحمد وفي بعضها اللهم ربنا لك الحمد والاشهر هو
الاول واذا اطمأن قائما ينحط للسجود لانه فرغ من الركوع وأتى به على وجه التمام فيلزمه الانتقال الى ركن
آخر وهو السجود اذ الانتقال من ركن الى ركن فرض لانه وسيلة الى الركن لما مر ومن سنن الانتقال أن يكبر مع
الانحطاط ولا يرفع يديه لما تقدم ومنها أن يضع ركبتيه على الارض ثم يديه وهذا عندنا وقال مالك والشافعي يضع
يديه أولا واحتجا بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بروك الجمل في الصلاة وهو يضع ركبتيه أولا
ولنا عين هذا الحديث لان الجمل يضع يديه أولا وروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما مثل قولنا وهذا اذا كان
الرجل حافيا يمكنه ذلك فان كان ذا خف لا يمكنه وضع الركبتين قبل اليدين فانه يضع يديه أولا ويقدم اليمنى على
اليسرى ومنها أن يضع جبهته ثم أنفه وقال بعضهم أنفه ثم جبهته والكلام في فرضية أصل السجود والقدر المفروض
منه ومحل اقامة الفرض قد مر في موضعه وههنا نذكر سنن السجود منها أن يسجد على الاعضاء السبعة لما
روينا فيما تقدم ومنها أن يجمع في السجود بين الجبهة والانف فيضعهما وعند الشافعي فرض لقوله صلى الله عليه
وسلم لا يقبل الله صلاة من لم يمس أنفه الارض كما يمس جبهته وهو عندنا محمول على التهديد ونفي الكمال لما مر ومنها
أن يسجد على الجبهة والانف من غير حائل من العمامة والقلنسوة ولو سجد على كور العمامة ووجد صلابة الارض
جاز عندنا كذا ذكر محمد في الآثار وقال الشافعي لا يجوز والصحيح قولنا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم
كان يسجد على كور عمامته ولانه لو سجد على عمامته وهي منفصلة عنه ووجد صلابة الارض يجوز فكذا اذا كانت
متصلة به ولو سجد على حشيش أو قطن ان تسفل جبينه فيه حتى وجد حجم الارض أجزأه والا فلا وكذا اذا صلى على
طنفسة محشوة جاز اذا كان متلبدا وكذا اذا صلى على الثلج اذا كان موضع سجوده متلبدا يجوز والا فلا ولو زحمه الناس
فلم يجد موضعا للسجود فسجد على ظهر رجل أجزأه لقول عمر اسجد على ظهر أخيك فانه مسجد لك وروى الحسن
عن أبي حنيفة انه ان سجد على ظهر شريكه في الصلاة يجوز والا فلا لان الجواز للضرورة وذلك عند المشاركة
في الصلاة ومنها أن يضع يديه في السجود حذاء أذنيه لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد وضع يديه
حذاء أذنيه ومنها أن يوجه أصابعه نحو القبلة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا سجد العبد سجد كل
عضو منه فليوجه من أعضائه الى القبلة ما استطاع ومنها أن يعتمد على راحتيه لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله
ابن عمر اذا سجدت فاعتمد على راحتيك ومنها أن يبدي ضبعيه لقوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر وابد ضبعيك أي
أظهر الضبع وهو وسط العضد بلحمه وروى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد جافى
عضديه عن جنبيه حتى يرى بياض ابطيه ومنها أن يعتدل في سجوده ولا يفترش ذراعيه لما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال اعتدلوا في السجود ولا يفترش أحدكم ذراعيه افتراش الكلب وقال مالك يفترش في النفل دون
الفرض وهو فاسد لما روينا من الحديث من غير فصل وهذا في حق الرجل فاما المرأة فينبغي أن تفترش ذراعيها
وتنخفض ولا تنتصب كانتصاب الرجل وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك أستر لها ومنها أن يقول في سجوده سبحان
ربي الاعلى ثلاثا وذلك أدناه لما ذكرنا ثم يرفع رأسه ويكبر حتى يطمئن قاعدا والرفع فرض لان السجدة
الثانية فرض فلا بد من الرفع للانتقال اليها والطمأنينة في القعدة بين السجدتين للاعتدال وليست بفرض في قول

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولكنها سنة أو واجبة وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى فرض على ما مر وأما مقدار الرفع بين السجدتين فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيمن رفع رأسه من السجدة مقدار ما تمر الريح بينه وبين الأرض انه تجوز صلاته وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه اذا رفع رأسه مقدار ما يسمى به رافعا جاز وكذا قال محمد بن سلمة انه اذا رفع رأسه مقدار ما لا يشكل على الناظر انه رفع رأسه جاز وهو الصحيح لأنه وجد الفصل بين الركنين والانتقال وهذا هو المفروض فأما الاعتدال فمن باب السنة أو الواجب على ما مر والسنة فيه أن يكبر مع الرفع لما مر ثم ينحط للسجدة الثانية مكبرا ويقول ويفعل فيها مثل ما فعل في الاولى ثم ينهض على صدور قدميه ولا يقعد يعني اذا قام من الاولى الى الثانية ومن الثالثة الى الرابعة وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم يقوم واحتج بما روى مالك بن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع رأسه من السجدة الثانية استوى قاعدا واعتمد بيديه على الارض حالة القيام ولنا ما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قام من السجدة الثانية ينهض على صدور قدميه وروى عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم انهم كانوا ينهضون على صدور أقدامهم وما رواه الشافعي محمول على حالة الضعف حتى كان يقول لأصحابه لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت أي كبرت وأسننت فاختار أيسر الأمرين ويعتمد بيديه على ركبتيه لا على الأرض ويرفع يديه قبل ركبتيه وعند الشافعي يعتمد بيديه على الأرض ويرفع ركبتيه قبل يديه لما روينا من حديث مالك بن الحويرث ولنا ما روى عن علي انه قال من السنة في الصلاة المكتوبة أن لا يعتمد بيديه على الارض الا أن يكون شيخا كبيرا وبه تبين ان النبي صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك في حالة العذر ثم يفعل ذلك في الركعة الثانية مثل ما فعل في الأولى ويقعد على رأس الركعتين وقد بينا فيما تقدم صفة القعدة الأولى وانها واجبة شرعت للفصل بين الشفعين وههنا نذكر كيفية القعدة وذكر القعدة اما كيفيتها فالسنة أن يفترش رجله اليسرى في القعدتين جميعا ويقعد عليها وينصب اليمنى نصبا وقال الشافعي السنة في القعدة الاولى كذلك فأما في الثانية فانه يتورك وقال مالك يتورك فيهما جميعا وتفسير التورك أن يضع أليتيه على الأرض ويخرج رجليه الى الجانب الأيمن ويجلس على وركه الأيسر احتج الشافعي بما روى عن أبي حميد الساعدي انه قال فيما وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا جلس في الاولى فرش رجله اليسرى وقعد عليها ونصب اليمنى نصبا واذا جلس في الثانية اماط رجليه وأخرجهما من تحت وركه اليمنى ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قعد فرش رجله اليسرى وقعد عليها ونصب اليمنى نصبا وروى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن التورك في الصلاة وحديث أبي حميد محمول على حال الكبر والضعف وهذا في حق الرجل فأما المرأة فانها تقعد كأستر ما يكون لها فتجلس متوركة لان مراعاة فرض الستر أولى من مراعاة سنة القعدة ويوجه أصابع رجله اليمنى نحو القبلة لما مر وينبغي أن يضع يده اليمنى على فخذه الايمن واليسرى على فخذه الايسر في حالة القعدة كذا روى عن محمد في النوادر وذكر الطحاوي انه يضع يديه على ركبتيه والاول أفضل لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قعد وضع مرفقه اليمنى على فخذه الايمن وكذا اليسرى على فخذه الايسر ولان في هذا توجيه أصابعه الى القبلة وفيما قاله الطحاوي توجيهها الى الارض وأما ذكر القعدة فالتشهد والكلام في التشهد في مواضع في بيان كيفية التشهد وفي بيان قدر التشهد وفي بيان انه واجب أو سنة وفي بيان سنة التشهد اما الاول فقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في كيفيته وأصحابنا أخذوا بتشهد عبد الله بن مسعود وهو أن يقول التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله والشافعي أخذ بتشهد عبد الله بن عباس وهو أن يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ومالك أخذ بتشهد عمر رضي الله عنه وهو أن يقول

التحيات الناميات الزاكيات المباركات الطيبات لله والباقي كتشهد ابن مسعود رضي الله عنه ومن الناس من اختار تشهد أبي موسى الاشعري وهو أن يقول التحيات لله الطيبات والصلوات لله والباقي كتشهد ابن مسعود وفي هذا حكاية فانه روي ان اعرابيا دخل على أبي حنيفة فقال أبواو أم بواوين فقال بواوين فقال الاعرابي بارك الله فيك كما بارك في لا ولا ثم ولى فتحير أصحابه فسألوه عن سؤاله فقال ان هذا سألني عن التشهد أبواوين كتشهد ابن مسعود أم بواو كتشهد أبي موسى الاشعري فقلت بواوين قال بارك الله فيك كما بارك في شجرة مباركة زيتونة لا شرقية ولا غربية وانما أوردت هذه الحكاية ليعلم كمال فطنة أبي حنيفة ونفاذ بصيرته حيث كان يقف على المراد بحرف تغمده الله برحمته احتج الشافعي بأن ابن عباس كان من شبان الصحابة وانما كان يختار ما استقر عليه الامر فاما ابن مسعود فهو من الشيوخ ينقل ما كان في الابتداء كما نقل عنه التطبيق وغيره ولان هذا موافق لكتاب الله لان فيه وصف التحية بالبركة على ما قال الله تعالى تحية من عند الله مباركة طيبة وفيه ذكر السلام منكرا كما في قوله تعالى سلام على نوح في العالمين سلام على ابراهيم سلام على موسى وهارون سلام قولا من رب رحيم فكان الاخذ به أولى احتج مالك بأن عمر رضي الله عنه علم الناس التشهد بهذه الصفة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روي عن عبد الله بن مسعود انه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني السورة من القرآن وقال قل التحيات لله والصلوات والطيبات الى آخرها وقال اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك وأخذ اليد عند التعليم لتأكيد التعليم وتقريره عند المتعلم وكذا أمر به بقوله قل وكذا علق تمام الصلاة بهذا التشهد فمن لم يأت به لا توصف صلاته بالتمام ولان هذا التشهد هو المستفيض في الامة الشائع في الصحابة فانه روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه علم الناس التشهد على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فكان اجماعا وكذا روى ابن عمر عن الصديق رضي الله عنهما انه كان يعلم الناس التشهد كما يعلم الصبيان في الكتاب وذكر مثل تشهد ابن مسعود وكذا روي عن معاوية انه علم الناس التشهد على المنبر على نحو ما نقله ابن مسعود وكذا المروي عن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه التشهد وذكر تشهد ابن مسعود وكذا المروي عن عائشة رضي الله عنها وقالت هكذا تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان تشهد ابن مسعود أبلغ في الثناء لان الواو توجب عطف بعض الكلمات على البعض فكان كل لفظ ثناء على حدة وفيما ذكره ابن عباس اخراج الكلام مخرج الصفة فيكون الكل كلاما واحدا كما في اليمين فان قوله والله والرحمن والرحيم ثلاثة أيمان وقوله والله الرحمن الرحيم يمين واحد وكذا السلام في هذا التشهد مذكور بالالف واللام وفي ذلك التشهد مذكور على طريق التنكير ولا شك ان اللام أبلغ لأن اللام لاستغراق الجنس مع ان هذا موافق لكتاب الله أيضا قال الله تعالى والسلام على من اتبع الهدى والسلام علي يوم ولدت وما ذكر الشافعي من الترجيح غير سديد لانه يؤدي الى تقديم رواية الاحداث على رواية المهاجرين واحد لا يقول به وما ذكره مالك ضعيف فان أبا بكر رضي الله عنه علم الناس التشهد على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما هو تشهد ابن مسعود فكان الاخذ به أولى وأما مقدار التشهد فمن قوله التحيات لله الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ويكره أن يزيد في التشهد حرفا أو يبتدئ بحرف قبله لما روي عن ابن مسعود انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأخذ علينا التشهد بالواو والالف فهذا نص على انه لا يجوز الزيادة عليه وما نقل في أول التشهد باسم الله وبالله أو باسم الله خير الاسماء وفي آخره ارسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون فشاذ لم يشتهر فلا يقبل في معارضة المشهور وكذا لا يزيد على هذا المقدار من الصلوات والدعوات في القعدة الاولى عندنا وعند مالك والشافعي يزيد عليه اللهم صل على محمد واحتجا بقول النبي صلى الله عليه وسلم وفي كل ركعتين فتشهد وسلم على المرسلين وعلى من تبعهم من عباد الله الصالحين ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان لا يزيد في الركعتين الاولين على التشهد وروي انه كان يسرع النهوض في الشفع الاول ولا يزيد على التشهد ولان الزيادة على التشهد

بمخالفة للاجماع فان الطحاوى قال من زاد على هذا فقد خالف الاجماع وهو كان أعلم الناس بمذاهب السلف وكفى بمخالفة الاجماع فسادا فى المذهب ولان هذا دعاء ومحل الدعاء آخر الصلاة والمراد من الحديث سلام التشهد أو نحمله على التطوعات لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة ولو زاد على التشهد قوله اللهم صل على محمد ساهيا لا يلزمه سجود السهو عند أبى يوسف ومحمد وذكر فى أمالى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه يلزمه والمسئلة قد مرت وأما فى القعدة الأخيرة فيدعو بعد التشهد ويسأل حاجته لقوله تعالى فاذا فرغت فانصب جاء فى التفسير أن المراد منه الدعاء فى آخر الصلاة أى فانصب للدعاء وقال صلى الله عليه وسلم لابن مسعود اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك ثم اختر من الدعوات ما شئت ولكن ينبغى أن يدعو بما لا يشبه كلام الناس حتى يكون خروجه من الصلاة على وجه السنة وهو اصابة لفظة السلام وفسره أصحابنا فقالوا ما يشبه كلام الناس هو ما لا يستحيل سؤاله من غيره تعالى كقوله أعطنى كذا أو زوجنى امرأة وما لا يشبه كلام الناس هو ما يستحيل سؤاله من غيره كقوله اللهم اغفر لى ونحو ذلك ثم لم يذكر فى الأصل انه يقدم الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وذكر الطحاوى فى مختصره انه بعد التشهد يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يدعو بحاجته ويستغفر لنفسه ولوالديه ان كانا مؤمنين وللمؤمنين والمؤمنات وهذا هو الصحيح أن يقدم الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم على الدعاء ليكون أقرب الى الاجابة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا صلى أحدكم فليبدأ بالحمد والثناء على الله ثم بالصلاة علىّ ثم بالدعاء والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ما هو المعروف المتداول على السنة الأمة ولا يكره أن يقول فيها وارحم محمدا عند عامة المشايخ وبعضهم كرهوا ذلك وزعموا انه يوهم التقصير منه فى الطاعة ولهذا لا يقال عند ذكره رحمه الله والصحيح انه لا يكره لان أحدا وان جل قدره من العباد لا يستغنى عن رحمة الله تعالى وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يدخل الجنة أحد بعمله الا برحمة الله قيل ولا أنت يا رسول الله فقال ولا أنا الا أن يتغمدنى الله برحمته دل عليه انه جاز قوله اللهم صل على محمد والصلاة من الله رحمة ثم الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى الصلاة ليست بفرض عندنا بل هى سنة مستحبة وعند الشافعى فرض لا تجوز الصلاة بدونها وهى اللهم صل على محمد وله فى فرضية الصلاة فى الاولى قولان واحتج بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه ومطلق الامر للفرضية وقال صلى الله عليه وسلم لا صلاة لمن لم يصل علىّ فى صلاته ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود وعبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بتمام الصلاة عند القعود قدر التشهد من غير شرط الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ولا حجة فى الآية لان المراد منها الندب بدليل ما رويناه وروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما انهما قالا الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم سنة فى الصلاة على ان الأمر المطلق لا يقتضى التكرار بل يقتضى الفعل مرة واحدة وقد قال الكرخى من أصحابنا ان الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فرض العمر كالحج وليس فى الآية تعيين حالة الصلاة والحديث محمول على نفى الكمال لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد وبه نقول وأما الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى غير حالة الصلاة فقد كان الكرخى يقول انها فريضة على كل بالغ عاقل فى العمر مرة واحدة وقال الطحاوى كلما ذكره أو سمع اسمه تجب وجه قول الكرخى ما ذكرنا ان الأمر المطلق لا يقتضى التكرار فاذا امتثل مرة فى الصلاة أو فى غيرها سقط الفرض عنه كما يسقط فرض الحج بالحج مرة واحدة وجه ما ذكره الطحاوى ان سبب وجوب الصلاة هو الذكر أو السماع والحكم يتكرر بتكرر السبب كما يتكرر وجوب الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات بتكرر أسبابها وأما بيان انه واجب أو سنة فاما التشهد فى القعدة الأولى فواجب استحسانا وقال القاضى أبو جعفر الاستروشنى انه سنة وهذا أقرب الى القياس لان ذكر التشهد أدنى رتبة من القعدة ألا ترى ان القعدة الاخيرة لما كانت فرضا كانت القراءة فيها واجبة فالقعدة الاولى لما كانت واجبة يجب أن تكون القراءة فيها سنة ليظهر انحطاط رتبته والصحيح انه واجب فان محمدا أوجب سجود السهو بتركه ساهيا وأنه لا يجب الا

بترك الواجب على ماذكرنا فيما تقدم وكذا في القعدة الأخيرة عندنا حتى لو تركه عمدا لا تفسد صلاته ولكن يكون مسيأ ولو تركه سهوا يلزمه سجود السهو وعند الشافعي فرض حتى لا تجوز الصلاة بدونه وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وأما سنة التشهد فهي الاخفاء لما روي عن ابن مسعود انه قال أربع يخفيهن الامام وعد منها التشهد ولانه من باب الثناء والأصل في الأثنية والادعية هو الاخفاء وهل يشير بالمسبحة اذا انتهى الى قوله أشهد أن لا اله الا الله قال بعض مشايخنا لا يشير لان فيه ترك سنة اليد وهي الوضع وقال بعضهم يشير فان محمدا قال في كتاب المسبحة حدثنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يشير بأصبعه فيفعل مثل ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ويصنع ما صنعه وهو قول أبي حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال أهل المدينة يعقد ثلاثة وخمسين ويشير بالمسبحة وذكر الفقيه أبو جعفر الهند واني انه يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى مع الابهام ويشير بالسبابة وقال ان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا كان يفعل والله أعلم وأما الذي يؤتى به عند الخروج من الصلاة وهو التسليم فالكلام في صفة التسليم وقدره وكيفيته وحكمه قد ذكرناه فيما تقدم وههنا نذكر سنن التسليم فمنها أن يبدأ بالتسليم عن اليمين لما روينا من الاحاديث ولان لليمين فضلا على الشمال فكانت البداية بها أولى ولو سلم أولا عن يساره أو سلم تلقاء وجهه روى الحسن عن أبي حنيفة انه اذا سلم عن يساره يسلم عن يمينه ولا يعيد التسليم عن يساره ولو سلم تلقاء وجهه سلم بعد ذلك عن يساره ومنها ان يبالغ في تحويل الوجه في التسليمتين ويسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر لما روى عن ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحول وجهه في التسليمة الاولى حتى يرى بياض خده الايمن أو قال خده الايسر ولا يكون ذلك الا عند شدة الالتفات ومنها أن يجهر بالتسليم ان كان اماما لان التسليم للخروج من الصلاة فلابد من الاعلام ومنها أن يسلم مقارنا لتسليم الامام ان كان مقتديا في رواية عن أبي حنيفة كما في التكبير وفي رواية يسلم بعد تسليمه وهو قول أبي يوسف ومحمد كما قالا في التكبير وقد مر الفرق لابي حنيفة على احدى الروايتين ومنها أن ينوي من يخاطبه بالتسليم لان خطاب من لا ينوي خطابه لغو وسفه ثم لا يخلو اما ان كان اماما أو منفردا أو مقتديا فان كان اماما ينوي بالتسليمة الاولى من على يمينه من الحفظة والرجال والنساء وبالتسليمة الثانية من على يساره منهم كذا ذكر في الاصل وأخر ذكر الحفظة في الجامع الصغير فمن مشايخنا من ظن ان في المسئلة روايتين في رواية كتاب الصلاة يقدم الحفظة في النية لان السلام خطاب فيبدأ بالنية الاقرب فالاقرب وهم الحفظة ثم الرجال ثم النساء وفي رواية الجامع الصغير يقدم البشر في النية استدلالا بالسلام في التشهد وهو قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين قدم ذكر البشر على الملائكة اذ المراد بالصالحين الملائكة فكذا في السلام في آخر الصلاة ومنهم من قال ان أبا حنيفة كان يرى تفضيل الملائكة على البشر ثم رجع فرأى تفضيل البشر على الملائكة وهذا كله غير سديد لان الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وانه لا يوجب الترتيب ولان النية من عمل القلب وهي تنتظم الكل جملة بلا ترتيب ألا ترى ان من يسلم على جماعة لا يمكنه أن يرتب في النية فيقدم الرجال على الصبيان ثم اختلف المشايخ في كيفية نية الحفظة قال بعضهم ينوي الكرام الكاتبين واحدا عن يمينه وواحدا عن يساره والصحيح انه ينوي الحفظة عن يمينه وعن يساره ولا ينوي عددا لان ذلك لا يعرف بطريق الاحاطة وكذا اختلفوا في كيفية نية الرجال والنساء قال بعضهم ينوي من كان معه في الصلاة من المؤمنين والمؤمنات لا غير وكان الحاكم الشهيد يقول ينوي جميع رجال العالم ونسائهم من المؤمنين والمؤمنات والاول أصح لان التسليم خطاب وخطاب الغائب ممن لا يبقى خطابه وليس بحضرة من يبقى خطابه غير صحيح وان كان منفردا فعلى قول الاولين ينوي الحفظة لا غير وعلى قول الحاكم ينوي الحفظة وجميع البشر من أهل الايمان وأما المقتدي فينوي ما ينوي الامام وينوي الامام أيضا ان كان على يمين الامام ينويه في يساره وان كان على يساره ينويه في يمينه وان كان بحذائه فعند أبي يوسف ينويه في يمينه وهكذا ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير لان لليمين فضلا على

اليسار وروى الحسن عن أبي حنيفة انه ينويه في الجانبين جميعا وهكذا ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وهو قول محمد لان يمين الامام عن يمين المقتدى ويساره عن يساره فكان له حظ في الجانبين فينويه في التسليمتين والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستحب فيها وما يكره فالاصل فيه انه ينبغي للمصلي أن يخشع في صلاته لان الله تعالى مدح الخاشعين في الصلاة ويكون منتهى بصره الى موضع سجوده لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي شاخصا بصره الى السماء فلما نزل قوله تعالى قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون رمى ببصره نحو مسجده أي موضع سجوده ولان هذا أقرب الى التعظيم ثم أطلق محمد رحمه الله تعالى قوله ويكون منتهى بصره الى موضع سجوده وفسره الطحاوي في مختصره فقال يرمى ببصره الى موضع سجوده في حالة القيام وفي حالة الركوع الى رؤس أصابع رجليه وفي حالة السجود الى أرنبة أنفه وفي حالة القعدة الى حجره لان هذا كله تعظيم وخشوع وروى في بعض الاخبار ان الله تعالى حين أمر الملائكة بالصلاة أمرهم كذلك وزاد بعضهم عند التسليمة الأولى على كتفه الايمن وعند التسليمة الثانية على كتفه الايسر ولا يرفع رأسه ولا يطأطئه لان فيه ترك سنة العين وهي النظر الى المسجد فيخل بمعنى الخشوع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى أن يدبج الرجل تدبيج الحمار أي يطأطئ رأسه ولا يتشاغل بشئ غير صلاته من عبث بثيابه أو بلحيته لان فيه ترك الخشوع لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يعبث بلحيته في الصلاة فقال أما هذا لو خشع قلبه لخشعت جوارحه ولا يفرقع أصابعه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي رضي الله عنه اني أحب لك ما أحب لنفسي لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي ولان فيه ترك الخشوع ولا يشبك بين أصابعه لما فيه من ترك سنة الوضع ولا يجعل يديه على خاصرته لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاختصار في الصلاة وقيل انه استراحة أهل النار وقيل ان الشيطان لما أهبط أهبط مختصرا والتشبه بالكفرة وبابليس مكروه خارج الصلاة ففي الصلاة أولى وعن عائشة انه عمل اليهود وقد نهينا عن التشبه بأهل الكتاب ولان فيه ترك سنة اليد وهي الوضع ولا يقلب الحصى الا أن يسويه مرة واحدة لسجوده لما روى عن أبي ذر انه قال سألت خليلي عن كل شئ حتى سألته عن تسوية الحصى في الصلاة فقال يا أباذر مرة أوذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لان يمسك أحدكم عن الحصى خير له من مائة ناقة سود الحدقة الا أنه رخص مرة واحدة اذا كان الحصى لا يمكنه من السجود لحاجته الى السجود المسنون وهو وضع الجبهة والانف وتركه أولى لما روينا ولانه أقرب الى الخشوع ولا يلتفت يمنة ولا يسرة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لو علم المصلي من يناجي ما التفت وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الالتفات في الصلاة فقال تلك خلسة يختلسها الشيطان من صلاة أحدكم وحد الالتفات المكروه أن يحول وجهه عن القبلة وأما النظر بمؤخر العين يمنة أو يسرة من غير تحويل الوجه فليس بمكروه لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يلاحظ أصحابه بمؤخر عينيه ولان هذا مما لا يمكن التحرز عنه ولا يقعي لما روى عن أبي ذر انه قال نهاني خليلي عن ثلاث ان أنقر نقر الديك وان أقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب واختلفوا في تفسير الاقعاء قال الكرخي هو نصب القدمين والجلوس على العقبين وهو عقب الشيطان الذي نهى عنه في الحديث وقال الطحاوي هو الجلوس على الاليتين ونصب الركبتين ووضع الفخذين على البطن وهذا أشبه باقعاء الكلب ولان في ذلك ترك الجلسة المسنونة فكان مكروها ولا يفترش ذراعيه لما روينا ولا يتربع من غير عذر لما روى ان عبد الله بن عمر رأى ابنه يتربع في صلاته فنهاه عن ذلك فقال رأيتك تفعله يا أبت فقال ان رجلي لا تحملاني ولان الجلوس على الركبتين أقرب الى الخشوع فكان أولى ولا يكره في حالة العذر لان مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع ولا يتمطى ولا يتثاءب في الصلاة لانه استراحة في الصلاة فتكره كالاتكاء على شئ ولانه يخل بمعنى الخشوع فاذا عرض له شئ من ذلك كظم ما استطاع فان غلب عليه التثاؤب جعل يده على فيه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع فان لم يستطع فليضع

يده على فيه ويكره أن يغطي فاه في الصلاة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان في التغطية منعا من القراءة والاذكار المشروعة ولانه لو غطى بيده فقد ترك سنة اليد وقد قال صلى الله عليه وسلم كفوا أيديكم في الصلاة ولو غطاه بثوب فقد تشبه بالمجوس لانهم يتلثمون في عبادتهم النار والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التلثم في الصلاة الا اذا كانت التغطية لدفع التثاؤب فلا بأس به لما مر ويكره ان يكف ثوبه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أمرت ان أسجد على سبعة أعظم وان لا أكف ثوبا ولا اكفت شعرا ولان فيه ترك سنة وضع اليد ويكره ان يصلي عاقصا شعره لما روى عن رفاعة بن رافع انه رأى الحسن بن علي رضي الله عنهما يصلي عاقصا شعره فحل العقدة فنظر اليه الحسن مغضبا فقال يا ابن بنت رسول الله أقبل على صلاتك ولا تغضب فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وقال ذلك كفل الشيطان وفي رواية مقعد الشيطان من صلاة العبد والعقص ان يشد الشعر ضفيرة حول رأسه كما تفعله النساء أو يجمع شعره فيعقده في مؤخر رأسه ويكره ان يصلي معتجرا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاعتجار واختلف في تفسير الاعتجار قيل هو ان يشد حوالي رأسه بالمنديل ويترك هامته وهو تشبه باهل الكتاب وقيل هو ان يلف شعره على رأسه بمنديل فيصير كالعاقص شعره والعقص مكروه لما ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه قال لا يكون الاعتجار الامع تنقب وهو ان يلف بعض العمامة على رأسه ويجعل طرفا منها على وجهه كمعتجر النساء اما لاجل الحر والبرد أو للتكبر ويكره ان يغمض عينيه في الصلاة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تغميض العين في الصلاة ولان السنة أن يرمي ببصره الى موضع سجوده وفي التغميض ترك هذه السنة ولان كل عضو وطرف ذو حظ من هذه العبادة فكذا العين ولا يروح في الصلاة لما فيه من ترك سنة وضع اليد وترك الخشوع ويكره ان يبزق على حيطان المسجد أو بين يديه على الحصى أو يمتخط لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان المسجد لينزوي من النخامة كما تنزوي الجلدة في النار ولان ذلك سبب لتنفير الناس عن الصلاة في المسجد ولان النخامة والمخاط مما يستقذر طبعا واذا عرض له ذلك ينبغي ان يأخذه بطرف ثوبه وان ألقاه في المسجد فعليه ان يرفعه ولو دفنه في المسجد تحت الحصير يرخص له ذلك والافضل ان لا يفعل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في دفن النخامة في المسجد ولانه طاهر في نفسه الا انه مستقذر طبعا فاذا دفن لا يستقذر ولا يؤدي الى التنفير والرفع أولى تنزيها للمسجد عما ينزوي منه ويكره عد الآي والتسبيح في الصلاة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك في الفرض والتطوع وروى عن أبي حنيفة انه كره في الفرض ورخص في التطوع وذكر في الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة وجه قولهما أن العد محتاج اليه لمراعاة السنة في قدر القراءة وعدد التسبيح خصوصا في صلاة التسبيح التي توارثتها الامة ولابي حنيفة ان في العد باليد تركا لسنة اليد وذلك مكروه ولانه ليس من أعمال الصلاة فالقليل منه ان لم يفسد الصلاة فلا أقل من أن يوجب الكراهة ولا حاجة الى العد باليد في الصلاة فانه يمكنه ان يعد خارج الصلاة مقدار ما يقرأ في الصلاة ويعين ثم يقرأ بعد ذلك المقدار المعين أو يعد بقلبه ويكره ان يكون الامام على دكان والقوم أسفل منه والجملة فيه انه لا يخلو اما ان كان الامام على الدكان والقوم أسفل منه أو كان القوم على الدكان والامام أسفل منهم ولا يخلو اما ان كان الامام وحده أو كان بعض القوم معه وكل ذلك لا يخلو اما ان كان في حالة الاختيار او في حالة العذر اما في حالة الاختيار فان كان الامام وحده على الدكان والقوم أسفل منه يكره سواء كان المكان قدر قامة الرجل أو دون ذلك في ظاهر الرواية وروى الطحاوي انه لا يكره مالم يجاوز القامة لان في الارض هبوطا وصعودا وقليل الارتفاع عفو والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل ما يجاوز القامة وروى عن أبي يوسف انه اذا كان دون القامة لا يكره والصحيح جواب ظاهر الرواية لما روى ان حذيفة بن اليمان قام بالمدائن ليصلي بالناس على دكان فجذبه سلمان الفارسي ثم قال ما الذي أصابك أطال العهد أم نسيت أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يقوم الامام على مكان انشز مما عليه أصحابه وفي رواية اما علمت أن أصحابك يكرهون ذلك فقال

تذكرت حين جذبتني ولا شك أن المكان الذي يمكن الجذب عنه مادون القامة وكذا الدكان المذكور يقع على المتعارف وهو مادون القامة ولان كثير المخالفة بين الامام والقوم يمنع الصحة فقليلها يورث الكراهة ولان هذا صنيع اهل الكتاب وان كان الامام أسفل من القوم يكره في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أصحابنا انه لا يكره ووجهه ان الموجب للكراهة التشبه بأهل الكتاب في صنيعهم ولا تشبه ههنا لان مكان امامهم لا يكون أسفل من مكان القوم وجواب ظاهر الرواية أقرب الى الصواب لان كراهة كون المكان ارفع كان معلولا بعلتين التشبه باهل الكتاب ووجود بعض المفسد وهو اختلاف المكان وههنا وجدت احدى العلتين وهي وجود بعض المخالفة هذا اذا كان الامام وحده فان كان بعض القوم معه اختلف المشايخ فيه فمن اعتبر معنى التشبه قال لا يكره وهو قياس رواية الطحاوي لزوال معنى التشبه لأن أهل الكتاب لا يشاركون الامام في المكان ومن اعتبر وجود بعض المفسد قال يكره وهو قياس ظاهر الرواية لوجود بعض المخالفة وأما في حالة العذر كما في الجمع والأعياد لا يكره كيفما كان لعدم امكان المراعاة ويكره للمار ان يمر بين يدى المصلى لقول النبي صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدى المصلى ماعليه من الوزر لكان أن يقف أربعين خير اله من أن يمر بين يديه ولم يوقت يوما أو شهرا أو سنة ولم يذكر في الكتاب قدر المرور واختلف المشايخ فيه قال بعضهم قدر موضع السجود وقال بعضهم مقدار الصفين وقال بعضهم قدر مايقع بصره على المار لو صلى بخشوع وفيما وراء ذلك لا يكره وهو الأصح وينبغي للمصلي ان يدرأ المار أي يدفعه حتى لا يمر حتى لا يشغله عن صلاته لما روى عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقطع الصلاة مرور شيء فادرؤا ما استطعتم ولو مر لا تقطع الصلاة سواء كان المار رجلا أو امرأة لما ذكر في موضعه الا انه ينبغي ان يدفع بالتسبيح أو بالاشارة أو الاخذ بطرف ثوبه من غير مشي ومعالجة شديدة حتى لا تفسد صلاته ومن الناس من قال ان لم يقف باشارته جاز دفعه بالقتال لحديث أبي سعيد الخدري انه كان يصلي فاراد ابن مروان ان يمر بين يديه فاشار اليه فلم يقف فلما حاذاه ضربه في صدره ضربة اقعده على استه فجاء الى أبيه يشكو ابا سعيد فقال لم ضربت ابني فقال ماضربت ابنك انما ضربت شيطانا فقال لم تسمى ابني شيطانا فقال لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا صلى أحدكم فاراد مار أن يمر بين يديه فليدفعه فان ابى فليقاتله فانه شيطان ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ان في الصلاة لشغلا يعني أعمال الصلاة والقتال ليس من أعمال الصلاة فلا يجوز الاشتغال به وحديث أبي سعيد كان في وقت كان العمل في الصلاة مباحا ومن المشايخ من قال ان الدرء رخصة والافضل ان لا يدرأ لانه ليس من أعمال الصلاة وكذا روى امام الهدى الشيخ أبو منصور عن أبي حنيفة ان الافضل ان يترك الدرء والامر بالدرء في الحديث لبيان الرخصة كالامر بقتل الاسودين هذا اذا لم يكن بينهما حائل كالاسطوانة ونحوها فاما ان كان بينهما حائل فلا بأس بالمرور فيما وراء الحائل والمستحب لمن يصلي في الصحراء ان ينصب بين يديه عودا أو يضع شيأ أدناه طول ذراع كي لا يحتاج الى الدرء لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم في الصحراء فليتخذ بين يديه سترة وروى أن العنزة كانت تحمل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لتركز في الصحراء بين يديه فيصلي اليها حتى قال عون بن جحيفة عن أبيه رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبطحاء في قبة حمراء من أدم فاخرج بلال العنزة وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى اليها والناس يمرون من ورائها وانما قدر أدناه بذراع طولا دون اعتبار العرض وقيل ينبغي ان يكون في غلظ اصبع لقول ابن مسعود يجزئ من السترة السهم ولان الغرض منه المنع من المرور وما دون ذلك لا يبدو للناظر من بعيد فلا يمتنع ويدنو من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى سترة فليدن منها فان لم يجد سترة هل يخط بين يديه خطا حكى أبو عصمة عن محمد انه قال لا يخط بين يديه فان الخط وتركه سواء لانه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يمتنع فلا يحصل المقصود ومن الناس من قال يخط بين يديه خطا اما طولا شبه ظل السترة أو عرضا شبه المحراب لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم في الصحراء فليتخذ بين يديه سترة فان لم

يجد فليضط بين يديه خطا ولكن الحديث غريب ورد فيما تعم به البلوى فلا نأخذ به ولا بأس بقتل العقرب أو الحية في الصلاة لانه يشغل القلب وذلك أعظم من قتله وقال النبي صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلاة وهما الحية والعقرب وهذا ترخيص واباحة وان كانت صيغته صيغة الامر لان قتلهما ليس من أعمال الصلاة حتى لو عالج معالجة كثيرة في قتلهما تفسد صلاته على ما نذكر ويكره للمأموم ان يسبق الامام بالركوع والسجود لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت ولو سبقه ينظر ان لم يشاركه الامام في الركن الذي سبقه أصلا لا يجزئه ذلك حتى انه لو لم يعد الركن وسلم تفسد صلاته لان الاقتداء عبارة عن المشاركة والمتابعة ولم توجد في الركن وان شاركه الامام في ذلك الركن أجزأه عندنا خلافا لزفر وجه قوله أن الابتداء وقع باطلا والباقي بناء عليه فأخذ حكمه ولنا أن القدر الذي وقعت فيه المشاركة ركوع تام فيكتفى به وانعدام المشاركة فيما قبله لا يضر لانه ملحق بالعدم ويكره ان يرفع رأسه من الركوع والسجود قبل الامام لقوله صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ويكره ان يقرأ في غير حال القيام لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن القراءة في الركوع والسجود وقال اما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاكثروا فيه من الدعاء فانه قمن ان يستجاب لكم ويكره النفخ في الصلاة لانه ليس من أعمال الصلاة ولا ضرورة فيه بخلاف التنفس فان فيه ضرورة وهل تفسد الصلاة بالنفخ فان لم يكن مسموعا لا تفسد وان كان مسموعا تفسد في قول أبي حنيفة ومحمد ونذكر المسئلة في بيان ما يفسد الصلاة ويكره لمن أتى الامام وهو راكع ان يركع دون الصف وان خاف الفوت لما روى عن أبي بكرة انه دخل المسجد فوجد النبي صلى الله عليه وسلم في الركوع فكبر كما دخل المسجد ودب راكعا حتى التحق بالصفوف فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم قال له زادك الله حرصا ولا تعد ولانه لا يخلو عن احدى الكراهتين اما أن يتصل بالصفوف فيحتاج الى المشي في الصلاة وانه فعل مناف للصلاة في الاصل حتى قال بعض المشايخ ان مشى خطوة خطوة لا تفسد صلاته وان مشى خطوتين خطوتين تفسد وعند بعضهم لا تفسد كيفما كان لان المسجد في حكم مكان واحد لكن لا اقل من الكراهة واما ان يتم الصلاة في الموضع الذي ركع فيه فيكون مصليا خلف الصفوف وحده وانه مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لمنتبذ خلف الصفوف وأدنى أحوال النفي هو نفي الكمال ثم الصلاة منفردا خلف الصف انما تكره اذا وجد فرجة في الصف فاما اذا لم يجد فلا تكره لان الحال حال العذر وانها مستثناة الا ترى أنها لو كانت امرأة يجب عليها أن تقوم خلف الصف لان محاذاتها الرجل مفسدة صلاة الرجل فوجب الانفراد للضرورة وينبغي اذا لم يجد فرجة أن ينتظر من يدخل المسجد ليصطف معه خلف الصف فان لم يجد أحدا وخاف فوت الركعة جذب من الصف الى نفسه من يعرف منه علما وحسن الخلق لكيلا يغضب عليه فان لم يجد يقف حينئذ خلف الصف بحذاء الامام قال محمد ويؤمر من أدرك القوم ركوعا أن يأتي وعليه السكينة والوقار ولا يعجل في الصلاة حتى يصل الى الصف فما أدرك مع الامام صلى بالسكينة والوقار وما فاته قضى وأصله قول النبي صلى الله عليه وسلم اذا أتيتم الصلاة فأتوها وأنتم تمشون ولا تأتوها وأنتم تسعون عليكم بالسكينة والوقار ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ويكره لمصلي المكتوبة أن يعتمد على شيء الا من عذر لان الاعتماد يخل بالقيام وترك القيام في الفريضة لا يجوز الا من عذر فكان الاخلال به مكروها الا من عذر ولو فعل جازت صلاته لوجود أصل القيام وهل يكره ذلك لمصلي التطوع لم يذكره في الاصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا بأس به لان ترك القيام في التطوع جائز من غير عذر فالاخلال به أولى وقال بعضهم يكره لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى حبلا ممدودا في المسجد فقال لمن هذا فقيل لفلانة تصلي بالليل فاذا أعيت اتكأت فقال صلى الله عليه وسلم لتصل فلانة بالليل فاذا أعيت فلتنم ولان في الاعتماد بعض التنعم والتجبر ولا ينبغي للمصلي أن يفعل شيأ من ذلك من غير عذر ويكره السدل في الصلاة واختلف في تفسيره ذكر الكرخي أن سدل الثوب هو أن يجعل ثوبه على رأسه أو على

كتفيه ويرسل أطرافه من جوانبه اذا لم يكن عليه سراويل وروى عن الاسود وابراهيم النخعي انهما قالا السدل يكره سواء كان عليه قميص أو لم يكن وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يكره السدل على القميص وعلى الازار وقال لأنه صنع أهل الكتاب فان كان السدل بدون السراويل فكراهته لاحتمال كشف العورة عند الركوع والسجود وان كان مع الازار فكراهته لاجل التشبه باهل الكتاب وقال مالك لا بأس به كيفما كان وقال الشافعي ان كان من الخيلاء يكره والا فلا والصحيح مذهبنا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن السدل من غير فصل ويكره لبسة الصماء واختلف في تفسيرها ذكر الكرخي هو أن يجمع طرفي ثوبه ويخرجهما تحت احدى يديه على احدى كتفيه اذا لم يكن عليه سراويل وانما كره لانه لا يؤمن انكشاف العورة ومحمد رحمه الله فصل بين الاضطباع ولبسة الصماء فقال انما تكون لبسة الصماء اذا لم يكن عليه ازار فان كان عليه ازار فهو اضطباع لانه يدخل طرفي ثوبه تحت احدى ضبعيه وهو مكروه لانه لبس أهل الكبر وذكر بعض أهل اللغة أن لبسة الصماء أن يلف الثوب على جميع بدنه من العنق الى الركبتين وانه مكروه لان فيه ترك سنة اليد ولا بأس أن يصلي في ثوب واحد متوشحا به أو في قميص واحد والجملة فيه أن اللبس في الصلاة ثلاثة أنواع لبس مستحب ولبس جائز من غير كراهة ولبس مكروه أما المستحب فهو أن يصلي في ثلاثة أثواب قميص وازار ورداء وعمامة كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني في غريب الرواية عن أصحابنا وقال محمد ان المستحب للرجل أن يصلي في ثوبين ازار ورداء لان به يحصل ستر العورة والزينة جميعا وأما اللبس الجائز بلا كراهة فهو أن يصلي في ثوب واحد متوشحا به أو قميص واحد لانه حصل به ستر العورة وأصل الزينة الا أنه لم تتم الزينة وأصله ما روى عن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الصلاة في ثوب واحد فقال أو كلكم يجد ثوبين أشار الى الجواز ونبه على الحكمة وهي أن كل واحد لا يجد ثوبين وهذا كله اذا كان الثوب صفيقا لا يصف ما تحته فان كان رقيقا يصف ما تحته لا يجوز لان عورته مكشوفة من حيث المعنى قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات ثم لم يذكر في ظاهر الرواية أن القميص الواحد اذا كان محلول الجيب والزر هل تجوز الصلاة فيه ذكر ابن شجاع فيمن صلى محلول الازرار وليس عليه ازار أنه ان كان بحيث لو نظر رأى عورة نفسه من زيقه لم تجز صلاته وان كان بحيث لو نظر لم ير عورته جازت وروى عن محمد رحمه الله تعالى في غير رواية الاصول ان كان بحال لو نظر اليه غيره يقع بصره على عورته من غير تكلف فسدت صلاته وان كان بحال لو نظر اليه غيره لا يقع بصره على عورته الا بتكلف فصلاته تامة فكأنه شرط ستر العورة في حق غيره لا في حق نفسه وعن داود الطائي انه قال ان كان الرجل خفيف اللحية لم يجز لانه يقع بصره على عورته اذا نظر من غير تكلف فيكون مكشوف العورة في حق نفسه وستر العورة عن نفسه وعن غيره شرط الجواز وان كان كث اللحية جاز لانه لا يقع بصره على عورته الا بتكلف فلا يكون مكشوف العورة وأما اللبس المكروه فهو أن يصلي في ازار واحد او سراويل واحد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى ان يصلي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء ولأن ستر العورة ان حصل فلم تحصل الزينة وقد قال الله تعالى يابني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وروى أن رجلا سأل عبد الله بن عمر عن الصلاة في ثوب واحد فقال أرأيت لو أرسلتك في حاجة أكنت منطلقا في ثوب واحد فقال لا فقال الله أحق أن تتزين له وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الصلاة في ازار واحد فعل أهل الجفاء وفي ثوب متوشحا به أبعد من الجفاء وفي ازار ورداء من أخلاق الكرام هذا الذي ذكرنا في حق الرجل فاما المرأة فالمستحب لها ثلاثة أثواب في الروايات كلها درع وازار وخمار فان صلت في ثوب واحد متوشحة به يجزئها اذا سترت به رأسها وسائر جسدها سوى الوجه والكفين وان كان شيء مما سوى الوجه والكفين منها مكشوفا فان كان قليلا جاز وان كان كثيرا لا يجوز وسنذكر الحد الفاصل بينهما ان شاء الله تعالى وهذا في حق الحرة فاما الأمة اذا صلت مكشوفة الرأس يجوز لان رأسها ليس بعورة ولا بأس بان يمسح جبهته من التراب بعد ما فرغ من صلاته قبل أن يسلم بلا خلاف لانه لو قطع الصلاة في هذه الحالة لا يكره فلأن

لا يكره ادخال فعل قليل أولى وأما قبل الفراغ من الاركان فقد ذكر في رواية أبي سليمان فقال قلت فان مسح جبهته قبل أن يفرغ قال لا أكرهه من مشايخنا من فهم من هذه اللفظة نفي الكراهة وجعل كلمة لا داخلة في قوله أكره وكذا ذكر في آثار أبي حنيفة وفي اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ووجهه ماروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح العرق عن جبينه في الصلاة وانما كان يفعل ذلك لأنه كان يؤذيه فكذا هذا ومنهم من قال كلمة لا مقطوعة عن قوله أكره فكأنه قال هل يمسح فقال لا نفياله ثم ابتدأ الكلام وقال أكره له ذلك وهو رواية هشام في نوادره عن محمد أنه يكره فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين المسح قبل الفراغ من الأركان وبين المسح بعد الفراغ منها قبل السلام والفرق أن المسح قبل الفراغ لا يفيد لانه يحتاج الى أن يسجد ثانيا فيلتزق التراب بجبهته ثانيا والمسح بعد الفراغ من الاركان مفيد ولان هذا فعل ليس من أعمال الصلاة فيكره تحصيله في وقت لا يباح فيه الخروج عن الصلاة كسائر الأفعال بخلاف المسح بعد الفراغ من الاركان وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أربع من الجفاء وعد منها مسح الجبهة في الصلاة ومنهم من وفق فقال جواب محمد فيما اذا كان تركه لا يؤذيه وجواب أبي حنيفة مثله في هذه الحالة والحديث محمول على هذه الحالة أو على المسح باليدين وجواب أبي حنيفة فيما اذا كان ترك المسح يؤذيه و يشغل قلبه عن اداء الصلاة ومحمد يساعده في هذه الحالة ولهذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يمسح العرق عن جبينه لان الترك كان يؤذيه و يشغل قلبه وقد بينا ما يستحب للامام أن يفعله بعد الفراغ من الصلاة وما يكره له في فصل الامامة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يفسد الصلاة فالمفسد لها أنواع منها الحدث العمد قبل تمام أركانها بلا خلاف حتى يمتنع عليه البناء واختلف في الحدث السابق وهو الذي سبقه من غير قصد وهو ما يخرج من بدنه من بول أو غائط أو ريح أو رعاف أو دم سائل من جرح أو دمل به بغير صنعه قال أصحابنا لا يفسد الصلاة فيجوز البناء استحسانا وقال الشافعي يفسدها فلا يجوز البناء قياسا والكلام في البناء في مواضع في بيان أصل البناء انه جائز أم لا وفي بيان شرائط جوازه لو كان جائزا وفي بيان محل البناء وكيفيته أما الاول فالقياس أن لا يجوز البناء وفي الاستحسان جائز وجه القياس أن التحريمة لا تبقى مع الحدث كما لا تنعقد معه لفوات أهلية اداء الصلاة في الحالين بفوات الطهارة فيهما اذ الشئ كما لا ينعقد من غير أهلية لا يبقى مع عدم الاهلية فلا تبقى التحريمة لانها شرعت لاداء أفعال الصلاة ولهذا لا تبقى مع الحدث العمد ولان صرف الوجه عن القبلة والمشي في الصلاة مناف لها و بقاء الشئ مع ما ينافيه محال وجه الاستحسان النص واجماع الصحابة أما النص فماروى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من قاء أو رعف في صلاته انصرف وتوضأ وبنى على صلاته مالم يتكلم وكذاروى ابن عباس وأبو هريرة رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما اجماع الصحابة فان الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وأنس بن مالك وسلمان الفارسي رضى الله عنهم قالوا مثل مذهبنا وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه سبقه الحدث في الصلاة فتوضأ وبنى وعمر رضى الله عنه سبقه الحدث وتوضأ وبنى على صلاته وعلى رضى الله عنه كان يصلي خلف عثمان فرعف فانصرف وتوضأ وبنى على صلاته فثبت البناء من الصحابة رضى الله عنهم قولا وفعلا والقياس يترك بالنص والاجماع

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز البناء فمنها الحدث السابق فلا يجوز البناء في الحدث العمد لأن جواز البناء ثبت معدولا به عن القياس بالنص والاجماع وكل ما كان في معنى المنصوص والمجمع عليه يلحق به والا فلا والحدث العمد ليس في معنى الحدث السابق لوجهين أحدهما أن الحدث السابق مما يبتلى به الانسان فلو جعل مانعا من البناء لأدى الى الحرج ولا حرج في الحدث العمد لانه لا يكثر وجوده والثاني أن الانسان يحتاج الى البناء في الجمع والاعياد لاحراز الفضيلة المتعلقة بهما وكذا يحتاج الى احراز فضيلة الصلاة خلف أفضل القوم خصوصا من كان بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلو لم يجز البناء وربما فرغ الامام من الصلاة قبل فراغه من الوضوء لفات عليه فضيلة الجمعة والعيدين وفضيلة الصلاة خلف الافضل على وجه لا يمكنه

التلافى فالشرع نظر له بجواز البناء صيانة لهذه الفضيلة عليه من الفوت وهو مستحق للنظر لحصول الحدث من غير قصده واختياره بخلاف الحدث العمد لان متعمد الحدث فى الصلاة جان فلا يستحق النظر وعلى هذا يخرج ما اذا كان به دمل فعصره حتى سال أو كان فى موضع ركبته فانفتح من اعتماده على ركبته فى سجوده لا يجوز له البناء لان هذا بمنزلة الحدث العمد وكذا اذا تكلم فى الصلاة عامدا أو ناسيا أو عمل فيها ما ليس من أعمال الصلاة وهو كثير لا يجوز له البناء لان كل ذلك نادر فى الصلاة فلم يكن فى معنى المنصوص والمجمع عليه وكذا اذا جن فى الصلاة أو أغمى عليه ثم أفاق لا يبنى وان كان ذلك فى معنى الحدث السابق لانه لا صنع له فيهما الا ان اعتراضهما فى الصلاة نادر فلم يكونا فى معنى ما ورد فيه النص والاجماع وكذا لو انتضح البول على بدن المصلى أو ثوبه أكثر من قدر الدرهم من موضع فانفتل فغسله لا يبنى على صلاته فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول انه يبنى وجه هذه الرواية ان النجاسة وصلت الى بدنه من غير قصده فكان فى معنى الحدث السابق ولان هذا بعض ما ورد فيه الخبر لانه لو رعف فأصاب بدنه أو ثوبه نجاسة فانه يتوضأ ويغسل تلك النجاسة وههنا لا يحتاج الى غسل النجاسة لا غير فلما جاز البناء هناك فلأن يجوز هنا أولى وجه ظاهر الرواية ان هذا النوع مما لا يغلب وجوده فلم يكن فى معنى مورد النص والاجماع ولان له بدا من غسل النجاسة عن الثوب فى الجملة بأن يكون عليه ثوبان فيلقى ما تنجس من ساعته ويصلى فى الآخر بخلاف الوضوء فانه أمر لا بد منه ولو انتضح البول على ثوب المصلى فان كان أكثر من قدر الدرهم من موضع فان كان عليه ثوبان ألقى النجس من ساعته ومضى على صلاته استحسانا والقياس ان يستقبل لوجود شئ من الصلاة مع النجاسة لكنا نقول ان هذا مما لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وان أدى ركنا أو مكث بقدر ما يتمكن من اداء ركن يستقبل قياسا واستحسانا وان لم يكن عليه الا ثوب واحد فانصرف وغسله لا يبنى فى ظاهر الرواية ولو أصابته بندقة فشجته أو رماه انسان بحجر فشجه أو مس رجل قرحه فادماه أو عصره فانفلت منه ريح أو حدث آخر لا يجوز له البناء فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبنى واحتج بما روى ان عمر رضى الله عنه لما طعن فى المحراب استخلف عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ولو فسدت صلاته لفسدت صلاة القوم ولم يستخلف ولان هذا حدث حصل بغير صنعه فكان كالحدث السماوى ولان الشاج لم يوجد منه الا فتح باب الدم فبعد ذلك خروج الدم بنفسه لا بتسييل أحد فاشبه الرعاف وجه قولهما ان هذا الحدث حصل بصنع العباد بخلاف الحدث السماوى وكذا هذا النوع من الحدث فى الصلاة مما يندر وقوعه لان الرامى منهى عن الرمى فلا يقصده غالبا والاصابة خطأ نادر لانه يتحرز خوفا من الضمان فلم يكن فى معنى مورد النص والاجماع فيعمل فيه بالقياس المحض ألا ترى ان من عجز عن القيام بسبب المرض جاز له أداء الصلاة قاعدا ولو عجز عن القيام بفعل البشر بان قيده انسان لم يجز لغلبة الاول وندرة الثانى كذا هذا وأما قوله ان هذا فتح باب الدم فنقول نعم لكن من فتح باب المائع حتى سال المائع جعل ذلك مضافا الى الفاتح لانعدام اختيار السائل فى سيلانه ولهذا يجب ضمان الدهن على شاق الزق اذا سال الدهن والله أعلم ولو سقط المدر من السقف من غير مشى أحد على السطح على المصلى أو سقط الثمر من الشجر على المصلى أو أصابه حشيش المسجد فادماه اختلف المشايخ فيه منهم من جوز له البناء بالاجماع لانقطاع ذلك عن فعل العباد ومنهم من جعل المسئلة على الخلاف لوقوع ذلك فى حد القلة وأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قيل كان الاستخلاف قبل افتتاح الصلاة فاستخلفه ليفتتح الصلاة ألا ترى انه روى انه لما طعن قال آه قتلنى الكلب من يصلى بالناس ثم قال تقدم يا عبد الرحمن ومعلوم ان هذا كلام يمنع البناء على الصلاة ومنها حقيقة الحدث لا وهم الحدث ولا ما جعل حدثا حكما حتى لو علم انه لم يسبقه الحدث لكنه خاف أن يبتدره فانصرف قبل أن يسبقه الحدث ثم سبقه لا يجوز له البناء فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يجوز وجه قوله انه عجز عن المضى فصار كما لو سبقه الحدث ثم انصرف وجه ظاهر الرواية انه صرف وجهه عن القبلة من غير عذر فلم يكن فى معنى مورد النص والاجماع فبقى على أصل القياس وكذا اذا جن فى الصلاة أو أغمى عليه أو نام مضطجعا

لا يجوز له البناء لان هذه العوارض يندر وقوعها فى الصلاة فلم تكن فى معنى مورد النص والاجماع وكذا المتيمم اذا وجد الماء فى خلال الصلاة وصاحب الجرح السائل اذا خرج وقت صلاته والماسح على الخف اذا انقضت مدة مسحه ونحو ذلك لا يجوز له البناء لان فى هذه المواضع يظهر ان الشروع فى الصلاة لم يصح على ماذكرنا ولانه ليس فى معنى الحدث السابق فى كثرة الوقوع فتعذر الالحاق وكذا لو اعترضت هذه الاشياء بعد ما قعد قدر التشهد الاخير يوجب فساد الصلاة ويمنع البناء عند أبى حنيفة خلافا لهما على ماذكرنا فى المسائل الاثنى عشرية ومنها الحدث الصغير حتى لا يجوز البناء فى الحدث الكبير وهو الجنابة بأن نام فى الصلاة فاحتلم او نظر الى امرأة بشهوة أو تفكر فانزل لما قلنا ولان الوضوء عمل يسير والاغتسال عمل كثير فتعذر الالحاق فى موضع العفو ولان الاغتسال لا يمكن الا بكشف العورة وذلك من قواطع الصلاة وهذا استحسان والقياس يجوز ويد به القياس على الاستحسان الاول ومنها أن لا يفعل بعد الحدث فعلا منافيا للصلاة لو لم يكن احدث الا مالا بد للبناء منه او كان من ضرورات مالا بد منه أو من توابعه وتتماته وبيان ذلك اذا سبقه الحدث ثم تكلم أو احدث متعمدا أو ضحك أو قهقه أو أكل أو شرب أو نحو ذلك لا يجوز له البناء لان هذه الافعال منافية للصلاة فى الاصل لما نذكر فلا يسقط اعتبار المنافى الا لضرورة ولا ضرورة لان للبناء منها بدا وكذا اذا جن أو أغمى عليه أو أجنب لانه لا يكثر وقوعه فكان للبناء منه بد وكذا لو ادى ركنا من أركان الصلاة مع الحدث أو مكث بقدر ما يتمكن فيه من أداء ركن لانه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة وله منه بد وكذا لو استقى من البئر وهو لا يحتاج اليه ولو مشى الى الوضوء فاغترف الماء من الاناء أو استقى من البئر وهو محتاج اليه فتوضأ جاز له البناء لان الوضوء أمر لا بد للبناء منه والمشى والاغتراف والاستقاء عند الحاجة من ضرورات الوضوء ولو استنجى فان كان مكشوف العورة بطل البناء لان كشف العورة مناف للصلاة وللبناء منه بد فى الجملة فان استنجى تحت ثيابه بحيث لا تنكشف عورته جاز له البناء لان الاستنجاء على هذا الوجه من سنن الوضوء فكان من تتماته ولو توضأ ثلاثا ثلاثا ذكر فى ظاهر الرواية ما يدل على الجواز فانه قال اذا سبقه الحدث يتوضأ ويبنى من غير فصل وحكى عن أبى القاسم الصفار انه لا يجوز ووجهه ان الفرض يسقط بالغسل مرة واحدة فكانت الزيادة ادخال عمل لا حاجة اليه فى الصلاة فيوجب فساد الصلاة وجه ظاهر الرواية ان الزيادة من باب اكمال الوضوء وبه حاجة الى اقامة الصلاة على وصف الكمال وذلك بتحصيل الوضوء على وجه الكمال فتتحمل الزيادة كما يتحمل الاصل وهذا جواب أبى بكر الاعمش فان عنده المرة الاولى هى الفرض والثانية والثالثة نفل فاما عند أبى بكر الاسكاف فالثلاثة كلها فرض لان الثانية والثالثة لما التحقتا بالاولى صار الكل وضوأ واحدا فيصير الكل فرضا كالقيام اذا طال والقراءة أو الركوع أو السجود وعلى هذا اذا استوعب المسح وتمضمض واستنشق وأتى بسائر سنن الوضوء جاز له البناء لان ذلك من باب اكمال الوضوء فكان من توابعه فيتحمل كما يتحمل الاصل ولو افتتح الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماء تيمم وبنى لان ابتداء الصلاة بالتيمم عند فقد الماء جائز فالبناء أولى فان تيمم ثم وجد الماء فان وجده بعد ما عاد الى مقامه استقبل الصلاة وان وجده فى الطريق قبل أن يقوم مقامه فالقياس أن يستقبل وقيل القياس قول محمد وفى الاستحسان يتوضأ ويبنى وجه القياس انه متيمم وجد الماء فى صلاته فتفسد صلاته كما اذا عاد الى مكانه ثم وجد الماء وهذا لان قدر ما مشى متيمما حصل فعلا غير محتاج اليه فلا يبنى وجه الاستحسان انه لم يؤد شيأ من الصلاة مع الحدث ولم يدخل فعلا فى الصلاة هو مضاد لها فلا يفسدها وما مشى كل ذلك كان محتاجا اليه لتحصيل التطهير فلا يوجب فساد الصلاة بخلاف ما اذا عاد الى مكانه ثم وجد لانه اذا عاد الى مكانه وجد أداء جزء من أجزاء الصلاة وان قل مع التيمم فظهر بوجود الماء انه كان محدثا من وقت الحدث السابق وان التيمم ما كان طهارته فتبين انه أدى شيأ من الصلاة مع الحدث فتفسد صلاته ثم ماذكرنا من جواز البناء لا يختلف سيما اذا كان الحدث فى وسط الصلاة أو فى آخرها حتى لو سبقه الحدث بعد ما قعد قدر التشهد الاخير يتوضأ ويبنى عندنا لانه يحتاج الى الخروج بلفظة السلام التى هى واجبة أو سنة عندنا فلا بد له من الطهارة وكذا لا يختلف

الجواب فى جواز البناء سيما اذا صرف وجهه عن القبلة على علم بالحدث أو على ظن به بعد ان كان فى المسجد فى ظاهر الرواية حتى انه لو صرف وجهه عن القبلة على ظن انه أحدث ثم علم انه لم يحدث وهو فى المسجد رجع و بنى فان علم بعد الخروج من المسجد لا يبنى وروى عن محمد انه لا يبنى فى الوجهين جميعا ووجهه انه صرف وجهه عن القبلة من غير عذر فتفسد صلاته كما اذا علم خارج المسجد وكما اذا انصرف على ظن انه على غير وضوء أو على ظن انه على ثوبه نجاسة أو كان متيمما فرأى سرابا فظنه ماء فانصرف فانه لا يبنى سواء كان فى المسجد أو خارج المسجد وجه ظاهر الرواية ان حكم المكان لم يتبدل ما دام فى المسجد والانصراف لم يكن على قصد الخروج من الصلاة وعزم الرفض بل لاصلاح صلاته ألا ترى انه لو تحقق ما توهم توضأ و بنى على صلاته فسقط حكم هذا الانصراف فكانه لم ينصرف بخلاف ما اذا خرج من المسجد ثم علم لان حكم المكان قد تبدل وبخلاف تلك الصلاة لان هنالك الانصراف ليس لاصلاح صلاته بل لقصد الخروج عن الصلاة وعزم الرفض ألا ترى انه لو تحقق ما توهم لا يمكنه البناء فاشبه الكلام والحدث العمد والقهقهة وعلى هذا اذا سلم على رأس الركعتين فى ذوات الاربع ساهيا على ظن انه أتم الصلاة ثم تذكر فحكمه وحكم الذى ظن انه أحدث سواء على التفصيل والاختلاف الذى ذكرنا وذكر فى العيون انه اذا صلى العشاء فظن بعد ركعتين انها ترويحة فسلم أو صلى الظهر وهو يظن انه يصلى الجمعة أو يظن انه مسافر فسلم على رأس الركعتين انه يستقبل العشاء والظهر وقد مر الفرق هذا اذا كان يصلى فى المسجد فاما اذا كان يصلى فى الصحراء فان كان يصلى بجماعة يعطى لما انتهى اليه الصفوف حكم المسجد ان مشى عنة أو يسرة أو خلفا وان مشى أمامه وليس بين يديه بناء ولا سترة فقد ذكرنا اختلاف المشايخ والصحيح هو التقدير بموضع السجود وان كان بين يديه بناء أو سترة فانه يبنى ما لم يجاوزه لان السترة تجعل لما دونها حكم المسجد حتى لا يباح المرور داخل السترة و يباح خارجها وان كان يصلى وحده فمسجده قدر موضع سجوده من الجوانب الاربع الا اذا مشى أمامه و بين يديه سترة فيعطى لداخل السترة حكم المسجد ثم المستحب لمن سبقه الحدث أن يتكلم و يتوضأ و يستقبل القبلة ليخرج عن عهدة الفرض بيقين

﴿فصل﴾ الكلام فى محل البناء وكيفيته فنقول و بالله التوفيق المصلى لا يخلو اما ان كان منفردا أو مقتديا أو اماما فان كان منفردا فانصرف وتوضأ فهو بالخيار ان شاء أتم صلاته فى الموضع الذى توضأ فيه وان شاء عاد الى الموضع الذى افتتح الصلاة فيه لانه اذا أتم الصلاة حيث هو فقد سلمت صلاته عن المشى لكنه صلى صلاة واحدة فى مكانين وان عاد الى مصلاه فقد أدى جميع الصلاة فى مكان واحد لكن مع زيادة مشى فاستوى الوجهان فيخير وقال بعض مشايخنا يصلى فى الموضع الذى توضأ من غير خيار ولو أتى المسجد تفسد صلاته لانه تحمل زيادة مشى من غير حاجة وعامة مشايخنا قالوا لا تفسد صلاته لان المشى الى الماء والعود الى مكان الصلاة الحق بالعدم شرعا فى الجملة وان كان مقتديا فانصرف وتوضأ فان لم يفرغ امامه من الصلاة فعليه أن يعود لأنه فى حكم المقتدى بعد ولو لم يعد وأتم بقية صلاته فى بيته لا يجزيه لأنه ان صلى مقتديا بامامه لا يصح لانعدام شرط الاقتداء وهو اتحاد البقعة الا اذا كان بيته قريبا من المسجد بحيث يصح الاقتداء وان صلى منفردا فى بيته فسدت صلاته لأن الانفراد فى حال وجوب الاقتداء يفسد صلاته لأن بين الصلاتين تغايرا وقد ترك ما كان عليه وهو الصلاة مقتديا وما أدى وهو الصلاة منفردا لم يوجد له ابتداء تحريمة وهو بعض الصلاة لأنه صار منتقلا عما كان هو فيه الى هذا فيبطل ذلك وما حصل فيه بعض الصلاة فلا يخرج عن كل الصلاة باداء هذا القدر ثم اذا عاد ينبغى أن يشتغل أولا بقضاء ما سبق به فى حال تشاغله بالوضوء لأنه لاحق فكانه خلف الامام فيقوم مقدار قيام الامام من غير قراءة ومقدار ركوعه وسجوده ولا يضره ان زاد أو نقص ولو تابع امامه أولا ثم اشتغل بقضاء ما سبق به بعد تسليم الامام جازت صلاته عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان الترتيب فى افعال الصلاة الواحدة ليس بشرط عندنا وعنده شرط وان كان قد فرغ امامه من الصلاة يخير لما ذكرنا فى المنفرد ولو توضأ وقد فرغ

الامام من صلاته ولم يقعد فى الثانية لا يقعد هذا المقتدى فى الثانية وروى عن زفر انه يقعد ذكر المسئلة فى النوادر وجه قول زفر ان القعدة الاولى واجبة فى الصلاة ولا يجوز ترك الواجب الا لأمر فوقه كما اذا كان خلف الامام فترك الامام القعدة وقام يتركها المقتدى موافقة للامام فيما هو أعلى منه وهو القيام لكونه فرضا ولم يوجد هذا المعنى فى اللاحق لان موافقة الامام بعد فراغه لا تتحقق فيجب عليه الاتيان بالقعدة ولنا أن اللاحق خلف الامام تقديرا حتى يسجد لسهو الامام ولا يسجد لسهو نفسه ولا يقرأ فى القضاء كانه خلف الامام ولو كان خلفه حقيقة يترك القعدة متابعة للامام فكذا اذا كان خلفه تقديرا وان كان اماما يستخلف ثم يتوضأ و يبنى على صلاته والامر فى موضع البناء وكيفيته على نحو ما ذكرنا فى المقتدى لأنه بالاستخلاف تحولت الامامة الى الثانى وصار هو كواحد من المقتدين به

﴿فصل﴾ ثم الكلام فى الاستخلاف فى مواضع أحدها فى جواز الاستخلاف فى الجملة والثانى فى شرائط جوازه والثالث فى بيان حكم الاستخلاف أما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال علماؤنا يجوز وقال الشافعى لا يجوز و يصلى القوم وحدانا بلا امام وجه قوله أنه لا ولاية للامام اذ هو فى نفسه بمنزلة المنفرد فلا يملك النقل الى غيره وكذا القوم لا يملكون النقل وانما تثبت الامامة لا بتفويض منهم بل باقتدائهم به ولم يوجد الاقتداء بالثانى لان الاقتداء بالتكبيرة وهى منعدمة فى حق الثانى بخلاف الامامة الكبرى لانها عبارة عن ولايات تثبت له شرعا بالتفويض والبيعة كما يثبت للوكيل والقاضى فيقبل التمليك والعزل ولنا ما روى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فى صلاته فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشئ من صلاته ولينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمر أبا بكر رضى الله عنه أن يصلى بالناس وجد فى نفسه خفة فخرج يهادى بين اثنين وقد افتتح أبو بكر الصلاة فلما سمع حس رسول الله صلى الله عليه وسلم تأخر وتقدم النبى صلى الله عليه وسلم وافتتح القراءة من الموضع الذى انتهى اليه أبو بكر وانما تأخر لانه عجز عن المضى لكون المضى من باب التقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدى الله ورسوله فصار هذا أصلا فى حق كل امام عجز عن الاتمام أن يتأخر و يستخلف غيره وعن عمر رضى الله عنه أنه سبقه الحدث فتأخر وقدم رجلا وعن عثمان رضى الله عنه مثله ولان بهم حاجة الى اتمام صلاتهم بالامام وقد التزم الامام ذلك فاذا عجز عن الوفاء بما التزم بنفسه يستعين بمن يقدر عليه نظرا لهم كيلا تبطل عليهم الصلاة بالمنازعة وأما قوله ان الامام لا ولاية له فليس كذلك بل له ولاية المتبوعية فى هذه الصلاة وأن لا تصح صلاتهم الا بناء على صلاته وان يقرأ فتصير قراءته قراءة لهم فاذا عجز عن الامامة بنفسه ملك النقل الى غيره فاشبه الامامة الكبرى على أن هذا من باب الخلافة لا من باب التفويض والتمليك فان الثانى يخلف الاول فى بقية صلاته كالوارث يخلف الميت فيما بقى من أمواله والخلافة لا تفتقر الى الولاية والامر بل شرطها العجز وانما التقديم من الامام للتعيين كيلا تبطل بالمنازعة حتى انه لو لم يبق خلفه الا رجل واحد يصير اماما وان لم يعينه ولا فوض اليه وكذا التقديم من القوم للتعيين دون التفويض فصار كالامامة الكبرى فان البيعة للتعيين لا للتمليك ألا ترى أن الامام يملك أمورا لا تملكها الرعية وهى اقامة الحدود فكذا هذا فان لم يستخلف الامام واستخلف القوم رجلا جاز ما دام الامام فى المسجد لان الامام لو استخلف كان سعيه للقوم نظرا لهم كيلا تبطل عليهم الصلاة فاذا فعلوا بأنفسهم جاز كما فى الامامة الكبرى لو لم يستخلف الامام غيره ومات واجتمع أهل الرأى والمشورة ونصبوا من يصلح للامامة جاز لان الاول لو فعل فعل لهم فجاز لهم أن يفعلوا لأنفسهم لحاجتهم الى ذلك كذا هذا ولو تقدم واحد من القوم من غير استخلاف الامام وتقديم القوم والامام فى المسجد جاز أيضا لان به حاجة الى صيانة صلاته ولا طريق لها عند امتناع الامام عن الاستخلاف والقوم عن التقديم الا ذلك ولان القوم لما ائتموا به فقد رضوا بقيامه مقام الاول فجعل كانهم قدموه ولو قدم الامام أو القوم رجلين فان وصل أحدهما

الى موضع الامامة قبل الآخر تعين هو للامامة وجازت صلاته وصلاة من اقتدى به وفسدت صلاة الثانى وصلاة من اقتدى به لان الاول لما تقدم بتقديم من له ولاية التقديم قام مقام الاول وصار اماما للكل كالاول فصار الامام الثانى ومن اقتدى به منفردين عمن صار اماما لهم ففسدت صلاتهم لما مر من الفقه وان وصلا معا فان اقتدى القوم باحدهما تعين هو للامامة وان اقتدوا بهما جميعا بعضهم بهذا وبعضهم بذاك فان استوت الطائفتان فسدت صلاتهم جميعا لان الامر لا يخلو اما أن يقال لم يصح استخلاف كل واحد من الفريقين لمكان التعارض فبطلت امامتهما وفسدت صلاة الكل لخروج الامام الاول عن المسجد من غير خليفة للقوم ولادائهم الصلاة منفردين فى حال وجوب الاقتداء وإما أن يقال صح تقديم كل واحد منهما لعدم ترجيح الفريقين الآخر عليه فجعل فى حق كل فريق كان ليس معهم غيرهم فحينئذ يصير امام كل طائفة اماما للكل كامام أكثر الطائفتين عند التفاوت وعدم الاستواء فحينئذ يجب على امام كل طائفة ومن تابعه الاقتداء بالآخر فان لم يقتدوا جعلوا منفردين أوان وجوب الاقتداء وان اقتدوا أدوا صلاة واحدة فى حالة واحدة بامامين وذلك مما لم يرد به الشرع فلم يجز ولو كانت الطائفتان على التفاوت فان اقتدى جماعة القوم بأحد الامامين الا رجل أو رجلان اقتديا بالثانى فصلاة من اقتدى به الجماعة صحيحة وصلاة الآخر ومن اقتدى به فاسدة لانهما لما وصلا معا وقد تعذر أن يكونا امامين فلا بد من الترجيح وأمكن الترجيح بالكثرة نصا واعتبارا أما النص فقول النبى صلى الله عليه وسلم يد الله مع الجماعة وقوله من شذ شذ فى النار وقوله كدر الجماعة خير من صفو الفرقة وأما الاعتبار فهو الاستدلال بالامامة الكبرى حتى قال عمر رضى الله عنه فى الشورى ان اتفقوا على شئ وخالفهم واحد فاقتلوه وان اقتدى بكل امام جماعة لكن أحد الفريقين أكثر عددا من الآخر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تفسد صلاة الفريقين جميعا واليه مال الامام السرخسى فقال ان كل واحد منهما جمع تام يتم به نصاب الجمعة فيكون الأقل مساويا للأكثر حكما كالمدعيين يقيم أحدهما شاهدين والآخر أربعة وقال بعضهم جازت صلاة الأكثرين وتعين الفساد فى الآخرين كما فى الواحد والمثنى وعليه اعتمد الشيخ صدر الدين أبو المعين واستدل بوضع محمد فان محمدا قال اذا قدم القوم أو الامام رجلين فأم كل واحد منهما طائفة جازت صلاة أكثر الطائفتين فهذا يدل على أن كل طائفة لو كانت جماعة ترجح أيضا بالكثرة لان اسم الطائفة فى اللغة يقع على الواحد والاثنين والثلاثة وما زاد على ذلك قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ولا شك ان كل فريق لو كان أكثر من الثلاث لدخل تحت هذه الآية وقال تعالى ثم أنزل عليكم من بعد الغم أمنة نعاسا يغشى طائفة منكم وطائفة قد أهمتهم أنفسهم ولا شك ان كل فريق كان جماعة كثيرة وكذا ذكر محمد فى السير الكبير ان أمير عسكر فى دار الحرب قال من جاء منكم بشئ فله طائفة منه فجاء رجل برؤس فان الامام ينفل له من ذلك على قدر ما يرى حتى انه لو أعطى نصف ما أتى به أو أكثر بان كانت الرؤس عشرة فرأى الامام أن يعطى تسعة من ذلك لهذا الرجل كان له ذلك فتبين أن اسم الطائفة يقع على الجماعة فيرجح بالكثرة لما مر والله تعالى أعلم هذا اذا كان خلف الامام الذى سبقه الحدث اثنان أو أكثر فاما اذا كان خلفه رجل واحد صار اماما نوى الامامة أو لم ينو قام فى مكان الامام أو لم يقم قدمه الامام أو لم يقدمه لان عدم تعين واحد من القوم للامامة ما لم يقدمه أو يتقدم حتى بقيت الامامة للاول كان بحكم التعارض وعدم ترجيح البعض على البعض وههنا لا تعارض فتعين هو لحاجته الى ابقاء صلاته على الصحة وصلاحيته للامامة حتى ان الامام الاول لو افسد صلاته على نفسه لا تفسد صلاة هذا الثانى والثانى لو افسد صلاته على نفسه فسدت صلاة الاول لأن الاول صار فى حكم المقتدى بالثانى وفساد صلاة المقتدى لا تؤثر فى فساد صلاة الامام ولفساد صلاة الامام أثر فى فساد صلاة المقتدى ودخل فى صلاة الثانى لان الامامة تحولت اليه على ما ذكرنا وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه اذا أحدث الامام ولم يكن معه الا رجل واحد فوجد الماء فى المسجد فتوضأ قال يتم صلاته مقتديا بالثانى لانه متعين للامامة فبنفس انصرافه تتحول الامامة اليه وان كان معه جماعة فتوضأ فى المسجد عاد الى مكان الامامة

وصلى بهم لان الامامة لا تتحول منه الى غيره فى هذه الحالة الا بالاستخلاف ولم يوجد فان جاء رجل واقتدى بهذا الثانى ثم احدث الثانى صار الثالث اماما لتعينه لذلك فان احدث الثالث وخرج قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما فسدت صلاة الاول والثانى لان الثالث لما صار اماما صار الاول والثانى مقتديين به فاذا خرج هو لم تفسد صلاته على الرواية الصحيحة لأنه فى حق نفسه منفرد وفسدت صلاة الاول والثانى لان امامهما خرج عن المسجد فتحقق تباين المكان ففسد الاقتداء لفوت شرطه وهو اتحاد البقعة وان كان تباين المكان موجودا حال بقائه فى المسجد لان ذلك سقط اعتباره شرعا لحاجة المقتدى الى صيانة صلاته على ما ذكر وههنا لا حاجة لكون ذلك فى حد الندرة ولو رجع أحدهما فدخل المسجد ثم خرج الثالث جازت صلاتهم لان الراجع صار اماما لهم لتعينه ولو رجع الاول والثانى فان قدم أحدهما صار هو الامام وان لم يتقدم حتى خرج الثالث من المسجد فسدت صلاتهما لان أحدهما لم يصر اماما للتعارض وعدم الترجيح فبقى الثالث اماما فاذا خرج من المسجد فات شرط صحة الاقتداء وهو اتحاد البقعة ففسدت صلاتهما

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز الاستخلاف فمنها ان كل ما هو شرط جواز البناء فهو شرط جواز الاستخلاف حتى لا يجوز مع الحدث العمد والكلام والقهقهة وسائر نواقض الصلاة كما لا يجوز البناء مع هذه الأشياء لان الاستخلاف يكون للقائم ولا قيام للصلاة مع هذه الأشياء بل تفسد ولو حصر الامام عن القراءة فاستخلف غيره جاز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز وتفسد صلاتهم وجه قولهما ان جواز الاستخلاف حكم ثبت على خلاف القياس بالنص وانه ورد فى الحدث السابق الذى هو غالب الوقوع والحصر فى القراءة ليس نظيره فالنص الوارد ثمة لا يكون واردا ههنا وصار كالاغماء والجنون والاحتلام فى الصلاة انه يمنع الاستخلاف كذا هذا ولابى حنيفة انا جوزنا الاستخلاف ههنا بالنص الخاص لا بالاستدلال بالحديث وهو حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه كان يصلى بالناس بجماعة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرضه الذى مات فيه فوجد صلى الله عليه وسلم خفة فحضر المسجد فلما أحس الصديق برسول الله صلى الله عليه وسلم حصر فى القراءة فتأخر وتقدم النبى صلى الله عليه وسلم وأتم الصلاة ولو لم يكن جائزا لما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وما جاز له يكون جائزا لامته هو الاصل لكونه قدوة ومنها أن يكون الاستخلاف قبل خروج الامام من المسجد حتى انه لو خرج عن المسجد قبل أن يقدم هو أو يقدم القوم انسانا أو يتقدم أحد بنفسه فصلاة القوم فاسدة لانه اختلف مكان الامام والقوم فبطل الاقتداء لفوت شرطه وهو اتحاد المكان وهذا لان غيره اذا لم يتقدم بقى هو اماما فى نفسه كما كان لانه انما يخرج عن الامامة لقيام غيره مقامه وانتقال الامامة اليه ولم يوجد والمكان قد اختلف حقيقة وحكما أما الحقيقة فلا تشكل وأما الحكم فلان من كان خارج المسجد اذا اقتدى بمن يصلى فى المسجد وليست الصفوف متصلة لا يجوز بخلاف ما اذا كان بعد فى المسجد لان المسجد كله بمنزلة بقعة واحدة حكما ولهذا حكم بجواز الاقتداء فى المسجد وان لم تتصل الصفوف كذلك فسدت صلاتهم بخلاف المقتدى اذا سبقه الحدث وخرج من المسجد حيث لم تفسد صلاته وان فات شرط صحة الاقتداء وهو اتحاد المكان فان هناك ضرورة لان صيانة صلاته لن تحصل الا بهذا الطريق بخلاف ما اذا كان الامام هو الذى سبقه الحدث فان صيانة صلاة القوم تمكنه بأن يستخلف الامام أو يقدم القوم رجلا أو يتقدم واحد منهم فاذا لم يفعلوا فقد فرطوا وما سعوا فى صيانة صلاتهم فتفسد عليهم وأما المقتدى فليس شئ منها فى وسعه فبقيت صلاته صحيحة ليتمكن من الاتمام وأما حال صلاة الامام فلم يذكر فى الاصل وذكر الطحاوى ان صلاته تفسد أيضا لان ترك استخلافه لما أثر فى فساد صلاة القوم فلأن يؤثر فى فساد صلاته أولى وذكر أبو عصمة ان صلاته لا تفسد وهو الصحيح لانه بمنزلة المنفرد فى حق نفسه والمنفرد الذى سبقه الحدث فذهب ليتوضأ بقيت صلاته صحيحة كذا هذا ولو كان خارج المسجد صفوف متصلة فخرج الامام من المسجد ولم يجاوز الصفوف فسدت صلاة القوم فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا تفسد حتى لو استخلف

الامام

الامام رجلا من الصفوف الخارجة لا يصح عندهما وعنده يصح وجه قول محمد ان مواضع الصفوف لها حكم المسجد ألا ترى انه لو صلى فى الصحراء جاز استخلافه ما لم يجاوز الصفوف فجعل الكل كمكان واحد ولهما ان البقعة مختلفة حقيقة وحكما فى الاصل الا أنه أعطى لها حكم الاتحاد اذا كانت الصفوف متصلة بالمسجد فى حق الخارج عن المسجد خاصة لضرورة الحاجة الى الاداء فلا يظهر الاتحاد فى حق غيره ألا ترى ان الامام لو كبر يوم الجمعة وحده فى المسجد وكبر القوم بتكبيره خارج المسجد لم تنعقد الجمعة واذا ظهر حكم اختلاف البقعة فى حق المستخلف لم يصح الاستخلاف هذا اذا كان يصلى فى المسجد فان كان يصلى فى الصحراء فمجاوزة الصفوف بمنزلة الخروج من المسجد ان مشى على يمينه أو على يساره أو خلفه فان مشى امامه وليس بين يديه سترة فان جاوز مقدار الصفوف التى خلفه أعطى له حكم الخروج عند بعضهم وهكذا روى عن أبى يوسف وعند بعضهم اذا جاوز موضع سجوده وان كان بين يديه سترة يعطى لداخل السترة حكم المسجد لما مر ومنها أن يكون المقدم صالحا للخلافة حتى لو استخلف محدثا أو جنبا فسدت صلاته وصلاة القوم كذا ذكر فى كتاب الصلاة فى باب الحدث لان المحدث لا يصلح خليفة فكان اشتغاله باستخلاف من لا يصلح خليفة له عملا كثيرا ليس من أعمال الصلاة فكان اعراضا عن الصلاة فتفسد صلاته وتفسد صلاة القوم بفساد صلاته ولان الامام لما استخلفه فقد اقتدى به ومتى صار هو مقتديا به صار القوم أيضا مقتدين به والاقتداء بالمحدث والجنب لا يصح فتفسد صلاة الامام والقوم جميعا وهذا عندنا لان حدث الامام اذا تبين للقوم بعد الفراغ من الصلاة فصلاتهم فاسدة عندنا فكذا فى حال الاستخلاف وعند الشافعى اذا اقتدوا به مع العلم بكونه محدثا لا يصح الاقتداء واذا لم يعلموا به ثم علموا بعد الفراغ فصلاتهم تامة فكذا فى حال الاستخلاف وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى ما يدل على ان استخلاف المحدث صحيح حتى لا تفسد صلاته فانه قال اذا قدم الامام رجلا والمقدم على غير وضوء فلم يقم مقامه ينوى أن يؤم الناس حتى قدم غيره صح الاستخلاف ولو لم يكن أهلا للخلافة لما صح استخلافه غيره ولفسدت صلاة الامام باستخلافه من لا يصلح للخلافة فتفسد صلاة القوم وحينئذ لا يصح استخلاف المقدم غيره ووجهه ان المقدم من أهل الامامة فى الجملة وانما التعذر لمكان الحدث فصار أمره بمنزلة أمر الامام والاول أصح لما ذكرنا وكذلك لو قدم صبيا فسدت صلاته وصلاة القوم لان الصبى لا يصلح خليفة للامام فى الفرض كما لا يصلح أصيلا فى الامامة فى الفرائض وهذا على أصلنا أيضا فانه لا يجوز اقتداء البالغ بالصبى فى المكتوبة عندنا خلافا للشافعى بناء على ان اقتداء المفترض بالمتنفل لا يصح عندنا وعنده يصح وقد مرت المسئلة وكذلك ان قدم الامام المحدث امرأة فسدت صلاتهم جميعا من الرجال والنساء والامام والمقدم وقال زفر صلاة المقدم والنساء جائزة وانما تفسد صلاة الرجال وجه قوله ان المرأة تصلح لامامة النساء فى الجملة وانما لا تصلح لامامة الرجال كما فى الابتداء ولنا ان المرأة لا تصلح لامامة الرجال قال صلى الله عليه وسلم أخروهن من حيث أخرهن الله فصار باستخلافه اياها معرضا عن الصلاة فتفسد صلاته وتفسد صلاة القوم بفساد صلاته لان الامامة لم تتحول منه الى غيره وكذلك لو قدم الامى أو العارى أو المومى وقال زفر ان الامام اذا قرأ فى الاوليين فاستخلف أميا فى الاخريين لا تفسد صلاتهم لاستواء حال القارئ والامى فى الاخريين لتأدى فرض القراءة فى الاوليين والصحيح انه تفسد صلاتهم لان استخلاف من لا يصلح لامامته عمل كثير منه ليس من أعمال الصلاة فتفسد صلاته وصلاتهم بفساد صلاته وكذلك ان استخلفه بعد ما قعد قدر التشهد عند أبى حنيفة وهى من المسائل الاثنى عشرية وبعض مشايخنا قالوا لا تفسد بالاجماع لوجود الصنع منه ههنا وهو الاستخلاف الا أن بناء مذهب أبى حنيفة فى هذه المسائل على هذا الاصل غير سديد على ما ذكرنا فى كتاب الطهارة فى فصل التيمم والاصل فى باب الاستخلاف ان كل من يصح اقتداء الامام به يصلح خليفة له والا فلا ولو كان الامام متيمما فاحدث فقدم متوضأ جاز لان اقتداء المتيمم بالمتوضئ صحيح بلا خلاف ولو قدمه ثم وجد الامام الاول الماء فسدت صلاته وحده لان الامامة تحولت منه الى الثانى وصار هو كواحد من القوم ففساد صلاته

لايتعدى الى صلاة غيره وان كان الامام الاول متوضأ والخليفة متيمما فوجد الخليفة الماء فسدت صلاته وصلاة الاول والقوم جميعا لان الامامة تحولت اليه وصار الاول كواحد من المقتدين به وفساد صلاة الامام يتعدى الى صلاة القوم ولو قدم مسبوقا جاز والاولى للامام المحدث أن يستخلف مدركا لا مسبوقا لانه أقدر على اتمام الصلاة وقد قال صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين ومع هذا لو قدم المسبوق جاز ولكن ينبغى له أن لا يتقدم لانه عاجز عن القيام بجميع ما بقى من الافعال ولو تقدم مع هذا جاز لانه أهل للامامة وهو قادر على أداء الاركان وهى المقصودة من الصلاة فاذا صح استخلافه يتم الصلاة من الموضع الذى وصل اليه الامام لانه قائم مقامه فاذا انتهى الى السلام يستخلف هذا الثانى رجلا أدرك أول الصلاة ليسلم بهم لانه عاجز عن السلام لبقاء ما سبق به عليه فصار بسبب العجز عن اتمام الصلاة كالذى سبقه الحدث فتثبت له ولاية استخلاف غيره فيقدم مدركا ليسلم ثم يقوم هو الى قضاء ما سبق به والامام الاول صار مقتديا بالثانى لان الثانى صار اماما فيخرج الاول من الامامة ضرورة ان الصلاة الواحدة لا يكون لها امامان واذا لم يبق اماما وقد بقى هو فى الصلاة التى كانت مشتركة بينهم صار مقتديا ضرورة فان توضأ الاول وصلى فى بيته ما بقى من صلاته فان كان قبل فراغ الامام الثانى من بقية صلاة الاول فسدت صلاته وان كان بعد فراغه فصلاته تامة لما مر ولو قعد الامام الثانى فى الرابعة قدر التشهد ثم قهقه انتقض وضوؤه وصلاته وكذلك اذا أحدث متعمدا أو تكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته لان الجزء الذى لاقته القهقهة من صلاته قد فسد وقد بقى عليه أركان ومن باشر المفسد قبل أداء جميع الاركان تفسد صلاته وصلاة المقتدين الذين ليسوا بمسبوقين تامة لان جزأ من صلاتهم وان فسد بفساد صلاة الامام لكن لم يبق عليهم شئ من الافعال وصلاتهم بدون هذا الجزء جائزة فحكم بجوازها وأما المسبوقون فصلاتهم فاسدة لان هذا الجزء من صلاتهم قد فسد وعليهم أركان لم تؤد بعد كما فى حق الامام الثانى فأما الامام الاول فان كان قد فرغ من صلاته خلف الامام الثانى مع القوم فصلاته تامة كغيره من المدركين وان كان فى بيته لم يدخل مع الامام الثانى فى الصلاة ففيه روايتان ذكر فى رواية أبى سليمان ان صلاته فاسدة وذكر فى رواية أبى حفص انه لا تفسد صلاته وجه رواية أبى سليمان ان قهقهة الامام كقهقهة المقتدى فى افساد الصلاة ألا ترى ان صلاة المسبوقين فاسدة ولو قهقه المقتدى نفسه فى هذه الحالة لفسدت صلاته لبقاء الاركان عليه فكذا هذا وجه رواية أبى حفص ان صلاة الامام والمسبوقين انما تفسد لان الجزء الذى لاقته القهقهة وأفسدته من وسط صلاتهم فاذا فسد الجزء فسدت الصلاة فأما هذا الجزء فى حق صلاة الامام الأول وهو مدرك أول الصلاة فمن آخر صلاته لانه يأتى بما تركه أولا ثم يأتى بما يدرك مع الامام والا فيأتى به وحده فلا يكون فساد هذا الجزء موجبا فساد صلاته كما لو كان أتى وصلى ما تركه وأدرك الامام وصلى بقية الصلاة وقعد مع الامام ثم قهقه الامام الثانى لا تفسد صلاة الامام الاول كذا هذا ولو كان الذين خلف الامام المحدث كلهم مسبوقين ينظر ان بقى على الامام شئ من الصلاة فانه يستخلف واحدا منهم لان المسبوق يصلح خليفة لما بينا فيتم صلاة الامام ثم يقوم الى قضاء ما سبق به من غير تسليم لبقاء بعض أركان الصلاة عليه وكذا القوم يقومون من غير تسليم و يصلون وحدانا وان لم يبق على الامام شئ من صلاته قاموا من غير ان يسلموا وأتموا صلاتهم وحدانا لوجوب الانفراد عليهم فى هذه الحالة ولو صلى الامام ركعة ثم أحدث فاستخلف رجلا نام عن هذه الركعة وقد أدرك أولها أو كان ذهب ليتوضأ جاز لكن لا ينبغى للامام أن يقدمه ولا لذلك الرجل أن يتقدم وان قدم ينبغى أن يتأخر و يقدم هو غيره لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام فانه يحتاج الى البداية بما فاته فان لم يفعل و تقدم جاز لانه قادر على الاتمام فى الجملة واذا تقدم ينبغى أن يشير اليهم بان ينتظروه ليصلى ما فاته وقت نومه أو ذهابه للتوضؤ ثم يصلى بهم بقية الصلاة لانه مدرك فينبغى أن يصلى الاول فالاول فان لم يفعل هكذا ولكنه أتم صلاة الامام ثم قدم مدركا وسلم بهم ثم قام فقضى ما فاته اجزأه عندنا وقال زفر لا يجزيه وجه قوله أنه مأمور بالبداية بالركعة الاولى فاذا لم يفعل فقد ترك الترتيب

المأمور به فتفسد صلاته كالمسبوق اذا بدأ بقضاء مافاته قبل أن يتابع الامام فيما أدرك معه ولنا أنه أتى بجميع أركان الصلاة الا أنه ترك الترتيب فى أفعالها والترتيب فى أفعال الصلاة واجب وليس بفرض لان الترتيب لو ثبت افتراضه لكانت فيه زيادة على الاركان والفرائض وذا جار مجرى النسخ ولا يثبت نسخ ما ثبت بدليل مقطوع به الا بدليل مثله ولا دليل لمن جعل الترتيب فرضا يساوى دليل افتراض سائر الاركان والدليل عليه انه لو ترك سجدة من الركعة الاولى الى آخر صلاته لم تفسد صلاته ولو كان الترتيب فى أفعال صلاة واحدة فرضا لفسدت وكذا المسبوق اذا أدرك الامام فى السجود يتابعه فيه فدل أن مراعاة الترتيب فى صلاة واحدة ليست بفرض فتركها لا يوجب فساد الصلاة بخلاف المسبوق لان الفساد هناك ليس لترك الترتيب بل للعمل بالمنسوخ أو للانفراد عند وجوب الاقتداء ولم يوجد ههنا وكذلك لو صلى بهم ركعة ثم ذكر ركعته الثانية فالافضل أن يومئ اليهم لينتظروه حتى يقضى تلك الركعة ثم يصلى بهم بقية صلاته كما فى الابتداء لما مر وان لم يفعل وتأخر حين تذكر ذلك وقدم رجلا منهم ليصلى بهم فهو أفضل أيضا كما فى الابتداء لما مر فان لم يفعل وأتم صلاة الامام وهو ذاكر لركعته ثم تأخر وقدم من يسلم بهم جاز أيضا لما ذكرنا ولو كان الامام المحدث مسافرا وخلفه مقيمون ومسافرون فقدم مقيما جاز والافضل أن لا يقدم مقيما ولو قدمه فالمستحب له أن لا يتقدم لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام فانه لا يقدر على التسليم بعد القعود على رأس الركعتين غير أنه ان تقدم مع هذا جاز لانه قادر على اتمام أركان صلاة الامام بالكلية وانما يعجز عن الخروج وهو ليس بركن فاذا أتم صلاة الامام وقعد قدر التشهد تأخر هو وقدم مسافرا لانه غير عاجز عن الخروج فيستخلف مسافرا حتى يسلم بهم فاذا سلم قام هو وبقية المقيمين وأتموا صلاتهم وحدانا كما لو لم يكن الاول أحدث على ماذكرنا قبل هذا ولو مضى الامام الثانى فى صلاته مع القوم حتى أتمها يعنى صلاة الاقامة فان كان قعد فى الثانية قدر التشهد فصلاته وصلاة المسافرين تامة أما صلاة الامام فلأنه لما قعد قدر التشهد فقد تم ما التزم بالاقتداء لأن تحريمته انعقدت على أن يؤدى ركعتين مع الامام وركعتين على سبيل الانفراد وقد فعل لانه منفرد فى حق نفسه لا تتعلق صلاته بصلاة غيره وأما المسافرون فلانهم انتقلوا الى النفل بعد اكمال الفرض وذا لا يمنع جواز الصلاة وأما صلاة المقيمين ففاسدة لانهم لما قعدوا قدر التشهد فقد انقضت مدة اقتدائهم لانهم التزموا الاقتداء به أن يصلوا الاوليين مقتدين به والاخريين على سبيل الانفراد فاذا اقتدوا فيما فقد اقتدوا فى حال وجوب الانفراد وبينهما مغايرة على ماذكرنا فبالاقتداء خرجوا عما كانوا دخلوا فيه وهو الفرض ففسدت صلاتهم المفروضة وما دخلوا فيه دخلوا بدون التحريمة ولا شروع بدون التحريمة وان لم يقعد قدر التشهد فسدت صلاته وصلاة القوم كلهم لان القعدة صارت فرضا فى حق الامام الثانى لكونه خليفة الاول فاذا ترك القعدة فقد ترك ما هو فرض ففسدت صلاته وصلاة المسافرين لتركهم القعدة المفروضة أيضا ولفساد صلاة الامام وفسدت صلاة المقيمين بفساد صلاة امامهم بتركه القعدة المفروضة ولو أن مسافرا أم قوما مسافرين ومقيمين فصلى بهم ركعة وسجدة ثم أحدث فقدم رجلا دخل فى صلاته ساعتئذ وهو مسافر جاز لما مر ولا ينبغى له أن يقدمه ولا لهذا الرجل أن يتقدم لما مر أيضا أن غير المسبوق أقدر على اتمام صلاة الامام ولو قدمه مع هذا جاز لما بينا وينبغى أن يأتى بالسجدة الثانية ويتم صلاة الامام فان سها عن الثانية وصلى ركعة وسجد ثم أحدث فقدم رجلا جاء ساعتئذ سجد الاولى والثانية والامام الاول يتبعه فى السجدة الأولى ولا يتبعه فى الثانية الا أن يدركه بعد ما يقضى والامام الثانى لا يتبعه فى الاولى ويتبعه فى الثانية واذا قعد قدر التشهد قدم من أدرك أول الصلاة ليسلم ثم يقوم هو فيقضى ركعتين ان كان مسافرا وان كانوا أدركوا أول الصلاة اتبعه كل امام فى السجدة الأولى ويتبعه الامام ومن بعده فى السجدة الثانية والاصل فى هذا أن المدرك لا يتابع الامام بل يأتى بالأول فالاول والمسبوق يتابع امامه فيما أدرك ثم بعد فراغه يقوم الى قضاء ما سبق به وأصل آخر أن الامام الثانى والثالث يقومان مقام الاول ويتمان صلاته اذا عرف هذا الاصل فنقول الامام الاول لما سبقه الحدث وقدم هذا الثانى ينبغى له أن يأتى بالسجدة الثانية ويتم صلاة الامام الاول لانه قائم مقامه والاول

لو لم يسبقه الحدث لسجد هذه السجدة وكذا الثاني ولو انه سها عن هذه السجدة وصلى الركعة الثانية فلما سجد سجدة سبقه الحدث فقدم رجلا جاء ساعتئذ وتقدم هذا الثالث ينبغي لهذا الامام الثالث أن يسجد السجدتين اولا لان هذا الثالث قائم مقام الاول والاول كان يأتي بالاول فالاول فكذا هذا واذا سجد الثالث السجدة الاولى وكان جاء الامام الاول والثاني فان الاول يتابعه في السجدة الاولى لانه صار مقتديا به وانتهت صلاته الى هذه السجدة لما أتى بها وكذا القوم يتابعونه فيها لانهم قد صلوا تلك الركعة أيضا وانما بقي عليهم منها تلك السجدة وأما الامام الثاني فلا يتابعه في السجدة الاولى في ظاهر الرواية وذكر في نوادر الصلاة لابي سليمان أنه يتابعه فيها ووجهه أن الثالث قائم مقام الاول ولو كان الاول يأتي بهذه السجدة كان يتابعه الثاني بان أدرك الامام في السجدة وان كانت السجدة غير محسوبة من صلاته بل يتبعه الامام فكذا اذا سجدها الامام الثالث ويأتي بها الثاني بطريق المتابعة وجه ظاهر الرواية أن السجدة الاولى غير محسوبة من صلاة الامام الثالث فلا يجب على الثاني متابعته فيها بل هي في حقه بمنزلة سجدة زائدة والامام اذا كان يأتي بسجدة زائدة لا يتابعه المقتدي فيها بخلاف ما لو أدرك الامام الاول في السجدة حيث يتابعه فيها لانها محسوبة من صلاة الامام فيجب عليه متابعته وأما في السجدة الثانية فلا يتابعه الامام الاول لانه مدرك يأتي بالاول فالاول الا اذا كان صلى الركعة الثانية بسجدة وانتهى الى هذه وتابعه الامام الثاني فيها لانه مدرك هذه الركعة وانتهت هي الى هذه السجدة فيتابعه فيها وان لم تكن محسوبة للامام الثالث لانها محسوبة للامام الثاني وكذا القوم يتابعونه فيها لانهم قد صلوا هذه الركعة أيضا وانتهت الى هذه السجدة ثم اذا سجد الامام الثالث السجدتين وقعد قدر التشهد يقدم مدركا يسلم بهم لعجزه عن ذلك بنفسه ويسجد الامام الرابع للسهو لينجبر بها النقص المتمكن في هذه الصلاة بتأخير السجدة الاولى عن محلها الاصلي ويسجدون معه ثم يقوم الثالث فيقضي ركعتين بقراءة ثم يقوم الثاني فيقضي الركعة التي سبق بها بقراءة ويتم المقيمون صلاتهم وأما اذا كانوا كلهم مدركين والمسئلة بحالها فان الامام الاول يتابع الامام الثالث في السجدة الاولى لان صلاة الامام الاول انتهت الى هذه السجدة فيتابعه فيها لا محالة فكذا الامام الثاني لانه أدرك الركعة الاولى وهذه السجدة منها وقد فاتته فقلنا بانه يأتي بها وأما في السجدة الثانية فلا يتابعه الاول لانه مدرك فيقضي الاول فالاول وهو ما أتى بهذه الركعة الثانية فينبغي له أن يأتي بها أولا ثم يأتي بهذه السجدة في آخر الركعة الثانية اذا انتهى اليها ويتابعه الامام الثاني لان صلاته انتهت الى هذه السجدة فانه صلى الركعة الثانية وترك هذه السجدة فيأتي بها والله أعلم هذا اذا كان الامام مسافرا فأما اذا كان مقيما والصلاة من ذوات الاربع فصلى الائمة الاربع كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم أحدث الرابع وقدم خامسا فان كانت الائمة الاربع مسبوقين بان كان كل واحد بعد الاول جاء ساعتئذ فاحدث الرابع وقدم رجلا جاء ساعتئذ وتوضأ الائمة وجاؤا ينبغي أن يسجد الامام الخامس السجدات الاربع فيسجد الاولى فيتابعه فيها القوم والامام الاول لان صلاتهم انتهت اليها ولا يتابعه فيها الامام الثاني والثالث والرابع في ظاهر الرواية لانها غير محسوبة من صلاة الامام الخامس فلا تجب عليهم متابعته فيها وفي رواية النوادر يسجدونها معه بطريق المتابعة على ما ذكرنا ثم يسجد الثانية ويتابعه فيها القوم والامام الثاني لانه صلى تلك الركعة وانتهت الى هذه ولا يتابعه فيها الامام الاول لانه يصلي الاول فالاول وهو ما صلى تلك الركعة بعد حتى لو كان صلاها وانتهى الى السجدة الثانية ثم سجد الامام يتابعه وكذا لا يتابعه الثالث والرابع في ظاهر الرواية الا على رواية النوادر على ما ذكرنا ثم يسجد الثالثة ويتابعه فيها القوم والامام الثالث فقط ثم يسجد الرابعة ويتابعه فيها القوم والامام الرابع فقط والحاصل أن كل امام يتابعه في سجدة ركعته التي صلاها لانه انتهى اليها ولا يتابعه في سجدة الركعة التي هي بعد الركعة التي أدركها لانه في حق تلك الركعة مدرك فيقضي الاول فالاول الا اذا انتهت صلاته اليها وهل يتابعه في سجدة الركعة التي فاتته فعلى ظاهر الرواية لا وعلى رواية النوادر نعم ثم يتشهد ويتأخر فيقدم سادسا ليسلم بهم لعجزه عن التسليم ويسجد سجدتي السهو لما مر ثم يقوم الخامس فيصلي

أربع ركعات لانه مسبوق فيها يقرأ في الأولين وفي الاخريين هو بالخيار على ما عرف وأما الامام الاول فيقضي ثلاث ركعات بغير قراءة لانه مدرك والامام الثاني يقضي ركعتين بغير قراءة أيضا لانه لاحق فيهما ثم يقضي ركعة بقراءة لانه مسبوق فيها والامام الثالث يقضي الرابعة أولا بغير قراءة لانه لاحق فيها ثم يقضي ركعتين بقراءة لانه مسبوق فيهما والامام الرابع يقضي ثلاث ركعات يقرأ في ركعتين منها وفي الثالثة هو بالخيار لانه مسبوق فيها هذا اذا كانت الأئمة الاربعة مسبوقين فاما اذا كانوا مدركين فصلى كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم أحدث الرابع وقدم خامسا وجاء الأئمة الأربعة فانه ينبغي للخامس أن يبدأ بالسجدة الاولى ويتابعه فيها الأئمة والقوم لانهم صلوا هذه الركعة وانتهت الى هذه السجدة ثم يسجد الثانية ويتابعه فيها الثاني والثالث والرابع والقوم لهذا المعنى ولا يتابعه الاول لانه يصلي الاول فالاول وهو ما أدى تلك الركعة بعد الا اذا كان عجز فصلى الركعة الثانية وأدرك الامام في السجدة الثانية فحينئذ يتابعه فيها ثم يسجد الثالثة ويتابعه فيها الثالث والرابع والقوم لما بينا ولا يتابعه الاول والثاني لانهم لم يصليا الركعة الثالثة بعد ثم يسجد الرابعة ويتابعه فيها الرابع والقوم لانهم صلوا هذه الركعة وانتهت الى هذه السجدة ولا يتابعه الأول والثاني والثالث لانهم ماصلوا هذه الركعة بعد ثم يقوم الامام الاول فيقضي ثلاث ركعات والامام الثاني ركعتين والامام الثالث الركعة الرابعة بغير قراءة لانهم مدركون أول الصلاة ثم يسلم الخامس ويسجد للسهو والقوم معه لما مر وكل امام فرغ من اتمام صلاته وأدركه تابعه في سجود السهو ومن لم يدركه أخر سجود السهو الى آخر الصلاة على ماذكرنا قبل هذا والصحيح أنه يفسد صلاتهم لان استخلاف من لا يصلح اماما له عمل كثير منه ليس من اعمال الصلاة فتفسد صلاته وصلاتهم بفساد صلاته وكذلك عند أبي حنيفة وهي من المسائل الاثني عشرية وبعض مشايخنا قالوا لا تفسد بالاجماع لوجود الصنع من هذا وهو الاستخلاف الا ان بناء مذهب أبي حنيفة في هذه المسائل على هذا الاصل غير سديد لما ذكرنا في كتاب الطهارة في فصل التيمم والأصل في باب الاستخلاف ان كل من صح اقتداء الامام به يصلح خليفة له والا فلا ولو كان الامام متيمما وأحدث وقدم متوضأ جاز لان اقتداء المتيمم بالمتوضئ صحيح بلا خلاف ولو قدمه ثم وجد الامام الاول الماء فسدت صلاته وحده لان الامامة تحولت منه الى الثاني وصار هو كواحد من القوم ففساد صلاته لا يتعدى الى غيره وان كان الامام الاول متوضئا والخليفة متيمم فوجد الخليفة الماء فسدت صلاته وصلاة الأول وصلاة القوم جميعا لان الامامة تحولت اليه وصار الاول كواحد من المقتدين به وفساد صلاة الامام يتعدى الى صلاة القوم ولو قدم مسبوقا جاز والاولى للامام المحدث أن يستخلف مدركا لا مسبوقا لانه أقدر على اتمام الصلاة وقد قال عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين ومع هذا لو قدم المسبوق جاز ولكن ينبغي أن لا يتقدم لانه عاجز عن القيام بجميع ما بقي من الاعمال ولو تقدم مع هذا جاز لانه أهل للامامة وهو قادر على أداء الاركان وهي المقصودة من الصلاة فاذا صح استخلافه يتم الصلاة من الموضع الذي وصل اليه الامام لانه قائم مقامه فاذا انتهى الى السلام يستخلف هذا الثاني رجلا أدرك أول الصلاة ليسلم بهم لانه عاجز عن السلام لبقاء ما سبق به عليه فصار بسبب العجز عن اتمام الصلاة كالذي سبقه الحدث فيثبت له ولاية استخلاف غيره فيتقدم مدرك ليسلم ويقوم هو لقضاء ما سبق به والامام الاول صار مقتديا بالامام الثاني لان الثاني صار اماما فيخرج الاول من الامامة ضرورة ان الصلاة الواحدة لا يكون لها امامان واذا لم يبق اماما وقد بقي هو في الصلاة التي كانت مشتركة بينهم صار مقتديا ضرورة فان توضأ الاول وصلى في بيته ما بقي من صلاته فان كان قبل فراغ الامام الثاني من صلاة الاول فسدت صلاته وان كان بعد فراغه فصلاته تامة على ما مر ولو قعد الثاني في الرابعة قدر التشهد ثم قهقه انتقض وضوؤه وصلاته وكذلك اذا أحدث متعمدا أو تكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته لان الجزء الذي لاقته القهقهة من صلاته قد فسد وقد بقي عليه أركان ومن باشر المفسد قبل أداء جميع الاركان يفسد صلاته وصلاة المقتدين الذين ليسوا مسبوقين تامة لان جزأ من صلاتهم وان فسد بفساد

صلاة الامام لكن لم يبق عليهم شئ من الافعال فصلاتهم بدون هذا الجزء جائزة فحكم بجوازها فاما المسبوقون فصلاتهم فاسدة لان هذا الجزء من صلاتهم قد فسد وعليهم أركان لم تؤد بعد كال حق الامام الثانى فاما الامام الاول فان كان قد فرغ من صلاته خلف الامام الثانى فصلاته تامة كغيره من المدركين وان كان فى بيته ولم يدخل مع الامام الثانى فى الصلاة ففيه روايتان ذكر فى رواية أبى سليمان ان صلاته فاسدة وذكر فى رواية أبى حفص ان صلاته لاتفسد وجه رواية أبى سليمان ان قهقهة الامام كقهقهة المقتدى فى افساد الصلاة ألا يرى ان صلاة المسبوقين فاسدة ولو قهقه المقتدى نفسه فى هذه الحالة افسدت صلاته لبقاء الاركان عليه فكذا هذا وجه رواية أبى حفص ان صلاة الامام والمسبوق انما تفسد لان الجزء الذى لابسته القهقهة أفسدته من وسط صلاتهم فاذا فسد الجزء فسدت الصلاة فاما هذا الجزء فى حق صلاة الامام الاول وهو مدرك لاول الصلاة فن آخر صلاته لانه يأتى بما يدركه أولا ثم يأتى بما يدرك مع الامام والا فيأتى به وحده فلا يكون فساد هذا الجزء موجبا فساد صلاته كما لو كان أتى وصلى ما تركه وأدرك الامام وصلى بقية الصلاة وقعد مع الامام ثم قهقه الامام الثانى لاتفسد صلاة الامام الاول كذا هذا ولو كان من خلف المحدث كلهم مسبوقين ينظر ان بقى على الامام شئ من الصلاة فانه يستخلف واحدا منهم لان المسبوق يصلح خليفة لما بينا فيتم صلاة الامام ثم يقوم الى قضاء ما سبق به من غير تسليم لبقاء بعض أركان الصلاة عليه وكذا القوم يقومون من غير تسليم ويصلون وحدانا وان لم يبق على الامام شئ من صلاته قاموا من غير أن يسلموا وأتموا صلاتهم وحدانا لوجوب الانفراد عليهم فى هذه الحالة ولو صلى الامام ركعة ثم أحدث فاستخلف رجلا نام من هذه الركعة وقد أدرك أولها أو كان ذهب ليتوضأ جاز لكن لا ينبغى للامام أن يقدمه ولا لذلك الرجل أن يتقدم وان قدم ينبغى أن يتأخر ويقدم هو غيره لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام وانه يحتاج الى البداية بما فاته فان لم يفعل وتقدم جاز لانه قادر على الاتمام فى الجملة واذا تقدم ينبغى أن يشير اليهم لينتظروه الى أن يصلى ما فاته وقت نومه أو ذهابه للتوضؤ ثم يصلى بهم بقية الصلاة لانه مدرك فينبغى أن يصلى الاول فالاول وان لم يفعل هكذا ولكنه اتم صلاة الامام ثم قدم مدركا فسلم بهم ثم قام فيقضى ما فاته أجزأه عندنا خلافا لزفر وجه قوله انه مأمور بالبداية بالركعة الاولى فاذا لم يفعل فقد ترك الترتيب المأمور به فتفسد صلاته كالمسبوق اذا بدأ بقضاء ما فاته قبل أن يتابع الامام فيما أدركه معه (ولنا) انه أتى بجميع أركان الصلاة الا انه ترك الترتيب فى أفعالها والترتيب فى أفعال الصلاة واجب وليس بفرض لان الترتيب لو ثبتت فرضيته لكان فيه زيادة على الاركان والفرائض وذا جار مجرى النسخ ولا يثبت نسخ ما ثبت بدليل مقطوع به الا بدليل مثله ولا دليل لمن جعل الترتيب فرضا يساوى دليل افتراض سائر الأركان والدليل عليه انه لو ترك سجدة من الركعة الاولى الى آخر صلاته لم تفسد صلاته ولو كان الترتيب فى أفعال صلاة واحدة فرضا لفسدت وكذا المسبوق اذا أدرك الامام فى السجود يتابعه فيه فدل ان مراعاة الترتيب فى صلاة واحدة ليست بفرض فتركها لا يوجب فساد الصلاة

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم الاستخلاف فحكمه صيرورة الثانى اماما وخروج الأول عن الامامة وصيرورته فى حكم المقتدى بالثانى ثم انما يصير الثانى اماما ويخرج الأول عن الامامة بأحد أمرين اما بقيام الثانى مقام الأول ينوى صلاته أو بخروج الأول عن المسجد حتى لو استخلف رجلا وهو فى المسجد بعد ولم يقم الخليفة مقامه فهو على امامته حتى لو جاء رجل فاقتدى به صح اقتداؤه ولو أفسد الأول صلاته فسدت صلاتهم جميعا لأن الأول كان اماما وانما يخرج عن الامامة بانتقالها الى غيره ضرورة ان الصلاة الواحدة لا يجتمع عليها امامان أو بخروجه عن المسجد لفوت شرط صحة الاقتداء وهو اتحاد البقعة فاذا لم يتقدم غيره ولم يخرج من المسجد لم ينتقل والبقعة متحدة فبقى اماما فى نفسه كما كان وقولنا ينوى صلاة الامام حتى لو استخلف رجلا جاء ساعتئذ قبل أن يقتدى به فتقدم وكبر فان نوى الاقتداء بالامام وان يصلى بصلاته صح استخلافه وجازت صلاتهم وقال بشر لا يصح الاستخلاف بناء على أن الاقتداء بالامام المحدث عنده غير صحيح ابتداء لأن بقاء الاقتداء به بعد الحدث أمر عرف

بالنص

بالنص بخلاف القياس والابتداء ليس فى معنى البقاء ألا ترى ان حدث الامام يمنع الشروع فى الصلاة ابتداء ولا يمنع البقاء فيها فيمنع الاقتداء به أيضا ابتداء ولنا انه لما كبر ونوى الدخول فى صلاة الأول والأول بعد فى المسجد وحرمة صلاته باقية صح الاقتداء وبقى الامام الأول بعد صحة الاقتداء على الاستخلاف اى صار الثانى بعد اقتدائه به خليفة الأول بالاستخلاف السابق فصار مستخلفا من كان مقتديا به فيجوز وان كان مسبوقا بالمام وان كبر ونوى أن يصلى بهم صلاة مستقلة لم يصر مقتديا بالامام الاول فتبين ان الامام استخلف من ليس بمقتد به فلم يصح الاستخلاف وهذا لان الاستخلاف أمر جوز شرعا بخلاف القياس فيراعى عين ما ورد فيه النص والنص ورد فى استخلاف من هو مقتد به فبقى غير ذلك على أصل القياس وصلاة هذا الثانى صحيحة لانه افتتحها منفردا بها وصلاة المنفرد جائزة وصلاة القوم فاسدة لانه لما لم يصح استخلاف الثانى بقى الاول اماما لهم وقد خرج من المسجد فتفسد صلاتهم ولانهم لما صلوا خلف الامام الثانى صلوا خلف من ليس بامام لهم وتركوا الصلاة خلف من هو امامهم وكلا الامرين مفسد للصلاة ولانهم كانوا مقتدين بالاول فلا يمكنهم اتمامها مقتدين بالثانى لان الصلاة الواحدة لا تؤدى بامامين بخلاف خليفة الامام الاول لانه قام مقام الاول فكأنه هو بعينه فكان الامام واحدا معنى وان كان مثنى صورة وههنا الثانى ليس بخليفة للاول لانه لم يقتد به قط فكان هذا أداء صلاة واحدة خلف امامين صورة ومعنى وهذا لا يجوز وأما صلاة الامام الاول فلم يتعرض لها فى الكتاب واختلف مشايخنا فيها قال بعضهم تفسد لانه لما استخلفه اقتدى به والاقتداء بمن ليس معه فى الصلاة يوجب فساد الصلاة وقال بعضهم لا تفسد لانه خرج من المسجد من غير استخلاف والاول أصح وقد ذكر فى العيون لو ان اماما أحدث وقدم رجلا من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد فان نوى الثانى أن يكون اماما من ساعته جازت صلاتهم وصار الاول كواحد من القوم وان نوى أن يكون اماما اذا قام مقام الاول فسدت صلاتهم اذا خرج الاول قبل أن يصل الثانى الى مقامه ولو قام الثانى مقام الاول قبل خروجه من المسجد جازت صلاتهم والله الموفق ومنها أى من مفسدات الصلاة الكلام عمدا أو سهوا وقال الشافعى كلام الناسى لا يفسد الصلاة اذا كان قليلا وله فى الكثير قولان واحتج بما روى عن أبى هريرة انه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشى اما الظهر واما العصر فسلم على رأس الركعتين فخرج سرعان القوم فقام رجل يقال له ذو اليدين فقال يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيتها فقال صلى الله عليه وسلم كل ذلك لم يكن فقال والذى بعثك بالحق لقد كان بعض ذلك ثم أقبل على القوم وفيهم أبو بكر وعمر رضى الله عنهما فقال صلى الله عليه وسلم أحق ما يقول ذو اليدين فقالا نعم صدق ذو اليدين صليت ركعتين فقام وصلى الباقى وسجد سجدتى السهو بعد السلام فالنبى صلى الله عليه وسلم تكلم ناسيا فان عنده انه كان أتم الصلاة وذو اليدين تكلم ناسيا فانه زعم ان الصلاة قد قصرت ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يستقبل الصلاة ولم يأمر ذا اليدين ولا أبا بكر ولا عمر بالاستقبال وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان كلام الناسى بمنزلة سلام الناسى وذلك لا يوجب فساد الصلاة وان كان كلاما لانه خطاب الآدميين ولهذا يخرج عمده من الصلاة كذا هذا ولنا ما روينا من حديث البناء وهو قوله صلى الله عليه وسلم وليبن على صلاته ما لم يتكلم جوز البناء الى غاية التكلم فيقتضى انتهاء الجواز بالتكلم وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال خرجنا الى الحبشة وبعضنا يسلم على بعض فى صلاته فلما قدمت رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلاة فسلمت عليه فلم يرد على فأخذنى ما قدم وما حدث فلما سلم قال يا ابن أم عبد ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا تتكلم فى الصلاة وروى عن معاوية بن الحكم السلمى انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرمانى بعض القوم بأبصارهم فقلت واثكل أماه ما لى أراكم تنظرون الى شزرا فضربوا أيديهم على أفخاذهم فعلمت انهم يسكتوننى فلما فرغ النبى صلى الله عليه وسلم دعانى فوالله ما رأيت معلما أحسن تعليما منه ما نهرنى ولا زجرنى ولكن قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس

انما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن ومالا يصلح في الصلاة فمباشرته مفسد للصلاة كالاكل والشرب ونحو ذلك ولهذا لو كثر كان مفسدا ولو كان النسيان فيها عذرا لاستوى قليله وكثيره كالاكل في باب الصوم وحديث ذي اليدين محمول على الحالة التي كان يباح فيها التكلم في الصلاة وهي ابتداء الاسلام بدليل ان ذا اليدين وأبا بكر وعمر رضي الله عنهم تكلموا في الصلاة عامدين ولم يأمرهم بالاستقبال مع ان الكلام العمد مفسد للصلاة بالاجماع والرفع المذكور في الحديث محمول على رفع الاثم والعقاب ونحن نقول به والاعتبار بسلام الناسي غير سديد فان الصلاة تبقى مع سلام العمد في الجملة وهو قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين والنسيان دون العمد فجاز أن تبقى مع النسيان في كل الاحوال وفقهه ان السلام بنفسه غير مضاد للصلاة لما فيه من معنى الدعاء الا أنه اذا قصد به الخروج في أوان الخروج جعل سببا للخروج شرعا فاذا كان ناسيا وبقي عليه شئ من الصلاة لم يكن السلام موجودا في أوانه فلم يجعل سببا للخروج بخلاف الكلام فانه مضاد للصلاة ولان النسيان في أعداد الركعات يغلب وجوده فلو حكمنا بخروجه عن الصلاة يؤدي الى الحرج فأما الكلام فلا يغلب وجوده ناسيا فلو جعلناه قاطعا للصلاة لا يؤدي الى الحرج فبطل الاعتبار والله أعلم والنفخ المسموع مفسد للصلاة عند أبي حنيفة ومحمد وجملة الكلام فيه ان النفخ على ضربين مسموع وغير مسموع وغير المسموع منه لا يفسد الصلاة بالاجماع لانه ليس بكلام معهود وهو الصوت المنظوم المسموع ولا عمل كثير الا أنه يكره لما مر ان ادخال ما ليس من أعمال الصلاة في الصلاة من غير ضرورة مكروه وان كان قليلا فأما المسموع منه فانه يفسد الصلاة في قول ابي حنيفة ومحمد سواء أراد به التأفيف أو لم يرد وكان أبو يوسف يقول أولا ان أراد به التأفيف بأن قال أف أو تف على وجه الكراهة للشئ وتبعيده يفسد وان لم يرد به التأفيف لا يفسد ثم رجع وقال لا يفسد أراد به التأفيف أو لم يرد وجه قوله الاول أنه اذا أراد به التأفيف كان من كلام الناس لدلالته على الضمير فيفسد واذا لم يرد به التأفيف لم يكن من كلام الناس لعدم دلالته على الضمير فلا يفسد كالتنحنح وجه قوله الاخير انه ليس من كلام الناس في الوضع فلا يصير من كلامهم بالقصد والارادة ولان أحد الحرفين ههنا من الزوائد التي يجمعها قولك اليوم تنساه والحرف الزائد ملحق بالعدم يبقى حرف واحد وانه ليس بكلام حتى لو كانت ثلاثة أحرف أصلية أو زائدة أو كانا حرفين أصليين يوجب فساد الصلاة ولابي حنيفة ومحمد ان الكلام في العرف اسم للحروف المنظومة المسموعة وأدنى ما يحصل به انتظام الحروف حرفان وقد وجد في التأفيف وليس من شرط كون الحروف المنظومة كلاما في العرف أن تكون مفهومة المعنى فان الكلام العربي نوعان مهمل ومستعمل ولهذا لو تكلم بالمهملات فسدت صلاته مع ما أن التأفيف مفهوم المعنى لانه وضع في اللغة للتبعيد على طريق الاستخفاف حتى حرم استعمال هذا اللفظ في حق الابوين احتراما لهما لقوله تعالى ولا تقل لهما أف وهذا النص من أقوى الحجج لهما أن الله تعالى سمى التأفيف قولا فدل انه كلام والدليل على ان النفخ كلام ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لغلام يقال له رباح حين مر به وهو ينفخ التراب من موضع سجوده في صلاته لا تنفخ فان النفخ كلام وفي رواية اما علمت ان من نفخ في صلاته فقد تكلم وهذا نص في الباب واما التنحنح عن عذر فانه لا يفسد الصلاة بلا خلاف واما من غير عذر فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما قال بعضهم يفسد لوجود الحرفين من حروف الهجاء وقال بعضهم ان تنحنح لتحسين الصوت لا يفسد لان ذلك سعي في اداء الركن وهو القراءة على وصف الكمال وروى امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي عن الشيخ ابي بكر الجوزجاني صاحب ابي سليمان الجوزجاني انه قال اذا قال اخ فسدت صلاته لان له هجاء ويسمع فهو كالنفخ المسموع وبه تبين ان ما ذكره أبو يوسف من المعنى غير سديد لما ذكرنا ان الله تعالى سماه قولا ولما ذكرنا ان الحروف المنظومة المسموعة كافية للفساد وان لم يكن لها معنى مفهوم كما لو تكلم بمهمل كثرت حروفه وأما قوله ان أحد الحرفين من الحروف الزوائد فنعم هو من جنس الحروف الزوائد لكنه من هذه الكلمة ليس هو بزائد والحاق ما هو من جنس الحروف الزوائد من كلمة ليس هو فيها زائدا بالزوائد محال وكذا قوله بامتناع

التغير بالقصد والارادة غير صحيح بدليل ان من قال لا يبعث الله من يموت وأراد به قراءة القرآن يثاب عليه ولو أراد به الانكار للبعث يكفر فدل ان ما ليس من كلام الناس فى الوضع يجوز أن يصير من كلامهم بالقصد والارادة ولو أن فى صلاته أو بكى فارتفع بكاؤه فان كان ذلك من ذكر الجنة او النار لا تفسد الصلاة وان كان من وجع أو مصيبة يفسدها لان الأنين أو البكاء من ذكر الجنة او النار يكون لخوف عذاب الله وأليم عقابه ورجاء ثوابه فيكون عبادة خالصة ولهذا مدح الله تعالى خليله عليه الصلاة والسلام بالتأوه فقال ان ابراهيم لأواه حليم وقال فى موضع آخر ان ابراهيم لحليم أواه منيب لانه كان كثير التأوه فى الصلاة وكان لجوف رسول الله صلى الله عليه وسلم أزيز كأزيز المرجل فى الصلاة واذا كان كذلك فالصوت المنبعث عن مثل هذا الأنين لا يكون من كلام الناس فلا يكون مفسدا ولان التأوه والبكاء من ذكر الجنة والنار يكون بمنزلة التصريح بمسئلة الجنة والتعوذ من النار وذلك غير مفسد كذا هذا واذا كان ذلك من وجع أو مصيبة كان من كلام الناس وكلام الناس مفسد وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال آه لا تفسد صلاته وان كان من وجع أو مصيبة واذا قال أوه تفسد صلاته لان الاول ليس من قبيل الكلام بل هو شبيه بالتنحنح والتنفس والثانى من قبيل الكلام والجواب ما ذكرنا ولو عطس رجل فقال له رجل فى الصلاة يرحمك الله فسدت صلاته لان تشميت العاطس من كلام الناس لما روينا من حديث معاوية بن الحكم السلمى ولانه خطاب للعاطس بمنزلة قوله أطال الله بقاءك وكلام الناس مفسد بالنص وان أخبر بخبر يسره فقال الحمد لله أو أخبر بما يتعجب منه فقال سبحان الله فان لم يرد جواب المخبر لم تقطع صلاته وان أراد به جوابه قطع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يقطع وان أراد به الجواب وجه قوله ان الفساد لو فسدت انما تفسد بالصيغة أو بالنية لا وجه للاول لان الصيغة صيغة الاذكار ولا وجه للثانى لان مجرد النية غير مفسد ولهما ان هذا اللفظ لما استعمل فى محل الجواب وفهم منه ذلك صار من هذا الوجه من كلام الناس وان لم يصر من حيث الصيغة ومثل هذا جائز كمن قال لرجل اسمه يحيى وبين يديه كتاب موضوع يا يحيى خذ الكتاب بقوة وأراد به الخطاب بذلك لا قراءة القرآن انه يعد متكلما لا قارئا وكذا اذا قيل للمصلى باى موضع مررت فقال بئر معطلة وقصر مشيد وأراد به جواب الخطاب لما ذكرنا كذا هذا وكذلك اذا أخبر بخبر يسوؤه فاسترجع لذلك فان لم يرد به جوابه لم يقطع صلاته وان أراد به الجواب قطع لان معنى الجواب فى استرجاعه أعينونى فانى مصاب ولم يذكر خلاف أبى يوسف فى مسئلة الاسترجاع فى الاصل والأصح انه على الاختلاف ومن سلم فرق بينهما فقال الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لأجله فاما التحميد فلاظهار الشكر والصلاة شرعت لأجله ولو مر المصلى بآية فيها ذكر الجنة فوقف عندها وسأل الله الجنة أو بآية فيها ذكر النار فوقف عندها وتعوذ بالله من النار فان كان فى صلاة التطوع فهو حسن اذا كان وحده لما روى عن حذيفة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ البقرة وآل عمران فى صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله تعالى وما مر بآية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ وما مر بآية فيها مثل الا وقف وتفكر واما الامام فى الفرائض فيكره له ذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يفعله فى المكتوبات وكذا الأئمة بعده الى يومنا هذا فكان من المحدثات ولانه يثقل على القوم وذلك مكروه ولكن لا تفسد صلاته لانه يزيد فى خشوعه والخشوع زينة الصلاة وكذا المأموم يستمع وينصت لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون ولو استأذن على المصلى انسان فسبح واراد به اعلامه انه فى الصلاة لم يقطع صلاته لما روى عن على رضى الله عنه انه قال كان لى من رسول الله صلى الله عليه وسلم مدخلان فى كل يوم بأيهما شئت دخلت فكنت اذا أتيت الباب فان لم يكن فى الصلاة فتح الباب فدخلت وان كان فى الصلاة رفع صوته بالقراءة فانصرفت ولأن المصلى يحتاج اليه لصيانة صلاته لانه لو لم يفعل ربما يلح المستأذن حتى يبتلى هو بالغلط فى القراءة فكان القصد به صيانة صلاته فلم تفسد وكذا اذا عرض للامام شئ فسبح المأموم لا بأس به لان القصد به اصلاح الصلاة فسقط حكم الكلام عنه للحاجة الى الاصلاح ولا يسبح الامام اذا قام الى الاخريين لانه لا يجوز له

الرجوع اذا كان الى القيام اقرب فلم يكن التسبيح مفيدا ولو فتح على المصلى انسان فهذا على وجهين اما ان كان الفاتح هو المقتدى به أو غيره فان كان غيره فسدت صلاة المصلى سواء كان الفاتح خارج الصلاة أو فى صلاة أخرى غير صلاة المصلى وفسدت صلاة الفاتح أيضا ان كان هو فى الصلاة لان ذلك تعليم وتعلم فان القارئ اذا استفتح غيره فكانه يقول ماذا بعد ما قرأت فذكرنى والفاتح بالفتح كانه يقول بعد ما قرأت كذا فخذ منى ولو صرح به لا يشكل فى فساد الصلاة فكذا هذا وكذا المصلى اذا فتح على غير المصلى فسدت صلاته لوجود التعليم فى الصلاة ولان فتحه بعد استفتاحه جواب وهو من كلام الناس فيوجب فساد الصلاة وان كان مرة واحدة هذا اذا فتح على المصلى عن استفتاح فاما اذا فتح عليه من غير استفتاح لا تفسد صلاته بمرة واحدة وانما تفسد عند التكرار لانه عمل ليس من أعمال الصلاة وليس بخطاب لاحد فقليله يورث الكراهة وكثيره يوجب الفساد وان كان الفاتح هو المقتدى به فالقياس هو فساد الصلاة الا انا استحسنا الجواز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة المؤمنون فترك حرفا فلما فرغ قال الم يكن فيكم أبى قال نعم يارسول الله قال هلا فتحت على فقال ظننت انها نسخت فقال صلى الله عليه وسلم لو نسخت لانبأتكم وعن على رضى الله عنه انه قال اذا استطعمك الامام فاطعمه وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه قرأ الفاتحة فى صلاة المغرب فلم يتذكر سورة فقال نافع اذا زلزلت فقرأها ولان المقتدى مضطر الى ذلك لصيانة صلاته عن الفساد عند ترك الامام المجاوزة الى آية أخرى أو الانتقال الى الركوع حتى انه لو فتح على الامام بعد ما انتقل الى آية أخرى فقد قيل انه ان أخذه الامام فسدت صلاة الامام والقوم وان لم يأخذه فسدت صلاة الفاتح خاصة لعدم الحاجة الى الصيانة ولا ينبغى للمقتدى أن يعجل بالفتح ولا للامام أن يحوجهم الى ذلك بل يركع أو يتجاوز الى آية أو سورة أخرى فان لم يفعل الامام ذلك وخاف المقتدى أن يجرى على لسانه ما يفسد الصلاة فحينئذ يفتح عليه لقول على اذا استطعمك الامام فاطعمه وهو مليم أى مستحق الملامة لانه أحوج المقتدى واضطره الى ذلك وقد قال بعض مشايخنا ينبغى للمقتدى أن ينوى بالفتح على امامه التلاوة وهو غير سديد لان قراءة المقتدى خلف الامام منهى عنها عندنا والفتح على الامام غير منهى عنه فلا يجوز ترك مارخص له فيه بنية ما هو منهى عنه وانما يستقيم هذا اذا كان الفتح على غير امامه فعند ذلك ينبغى له ان ينوى التلاوة دون التعليم ولا يضره ذلك ولو قرأ المصلى من المصحف فصلاته فاسدة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تامة ويكره وقال الشافعى لا يكره واحتجوا بما روى ان مولى لعائشة رضى الله عنها يقال له ذكوان كان يؤم الناس فى رمضان وكان يقرأ من المصحف ولان النظر فى المصحف عبادة والقراءة عبادة وانضمام العبادة الى العبادة لا يوجب الفساد الا انه يكره عندهما لانه تشبه بأهل الكتاب والشافعى يقول ما نهينا عن التشبه بهم فى كل شئ فانا نأكل ما يأكلون ولابى حنيفة طريقتان احداهما ان ما يوجد منه من حمل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فيه أعمال كثيرة ليست من أعمال الصلاة ولا حاجة الى تحملها فى الصلاة فتفسد الصلاة وقياس هذه الطريقة انه لو كان المصحف موضوعا بين يديه ويقرأ منه من غير حمل وتقليب الاوراق أو قرأ ما هو مكتوب على المحراب من القرآن لا تفسد صلاته لعدم المفسد وهو العمل الكثير والطريقة الثانية ان هذا يلقن من المصحف فيكون تعلما منه ألا ترى ان من يأخذ من المصحف يسمى متعلما فصار كما لو تعلم من معلم وذا يفسد الصلاة كذا هذا وهذه الطريقة لا توجب الفصل بين ما اذا كان حاملا للمصحف مقلبا للاوراق وبين ما اذا كان موضوعا بين يديه ولا يقلب الاوراق وأما حديث ذكوان فيحتمل ان عائشة ومن كان من أهل الفتوى من الصحابة لم يعلموا بذلك وهذا هو الظاهر بدليل ان هذا الصنيع مكروه بلا خلاف ولو علموا بذلك لما مكنوه من عمل المكروه فى جميع شهر رمضان من غير حاجة ويحتمل أن يكون قول الراوى كان يؤم الناس فى رمضان وكان يقرأ من المصحف اخبارا عن حالتين مختلفتين أى كان يؤم الناس فى رمضان وكان يقرأ من المصحف فى غير حالة الصلاة اشعارا منه انه لم يكن يقرأ القرآن ظاهره فكان يؤم ببعض سور القرآن دون أن يختم أو كان يستظهر كل يوم ورد كل ليلة ليعلم أن قراءة جميع القرآن فى قيام رمضان ليست بفرض ولو دعا فى

صلاته فسأل الله تعالى شيأ فان دعا بما في القرآن لا تفسد صلاته لانه ليس من كلام الناس وكذا لو دعا بما يشبه ما في
القرآن وهو كل دعاء يستحيل سؤاله من الناس لما قلنا ولو دعا بما لا يمتنع سؤاله من الناس تفسد صلاته عندنا نحو
قوله اللهم اعطني درهما وزوجني فلانة واكسني ثوبا وأشباه ذلك وقال الشافعي اذا دعا في صلاة بما يباح له
ان يدعو به خارج الصلاة لا تفسد صلاته واحتج بقوله تعالى واسئلوا الله من فضله وقوله صلى الله عليه وسلم
سلوا الله حوائجكم حتى الشسع لنعالكم والملح لقدوركم وعن علي رضي الله عنه انه كان يقنت في صلاة الفجر يدعو
على من ناواه أي عاداه ولنا ان ما يجوز أن يخاطب به العبد فهو من كلام الناس وضعا ولم يخلص دعاء وقد
جرى الخطاب فيما بين العباد بما ذكرنا ألا ترى ان بعضهم يسأل بعضا ذلك فيقول أعطني درهما أو زوجني امرأة
وكلام الناس مفسد ولهذا عد النبي صلى الله عليه وسلم تشميت العاطس كلاما مفسدا للصلاة في ذلك الحديث
لما خاطب الآدمي به وقصد قضاء حقه وان كان دعاء صيغة وهذا صيغته من كلام الناس وان خاطب الله تعالى فكان
مفسدا بصيغته والكتاب والسنة محمولان على دعاء لا يشبه كلام الناس أو على خارج الصلاة وأما حديث علي
رضي الله عنه فلم يسوغوا له ذلك الاجتهاد حتى كتب اليه أبو موسى الاشعري أما بعد فاذا أتاك كتابي هذا
فاعد صلاتك وذكر في الاصل أرأيت لو أنشد شعرا أما كان مفسدا لصلاته ومن الشعر ما هو ذكر الله تعالى كما
قال الشاعر * ألا كل شيء ما خلا الله باطل * ولا ينبغي للرجل أن يسلم على المصلي ولا للمصلي أن يرد سلامه
باشارة ولا غير ذلك أما السلام فلأنه يشغل قلب المصلي عن صلاته فيصير مانعا له عن الخير وانه مذموم وأما رد
السلام بالقول والاشارة فلأن رد السلام من جملة كلام الناس لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود وفيه انه
لا يجوز الرد بالاشارة لان عبد الله قال فسلمت عليه فلم يرد علي فيتناول جميع أنواع الرد ولان في الاشارة ترك
سنة اليد وهي الكف لقوله صلى الله عليه وسلم كفوا أيديكم في الصلاة غير انه اذا رد بالقول فسدت صلاته لانه كلام
ولو رد بالاشارة لا تفسد لان ترك السنة لا يفسد الصلاة ولكن يوجب الكراهة (ومنها) السلام متعمدا وهو
سلام الخروج من الصلاة لانه اذا قصد به الخروج من الصلاة صار من كلام الناس لانه خاطبهم به وكلام الناس
مفسد (ومنها) القهقهة عامدا كان أو ناسيا لان القهقهة في الصلاة أفحش من الكلام ألا ترى انها تنقض الوضوء
والكلام لا ينقض ثم لما جعل الكلام قاطعا للصلاة ولم يفصل فيه بين العمد والسهو فالقهقهة أولى ومنها الخروج
عن المسجد من غير عذر لان استقبال القبلة حال الاختيار شرط جواز الصلاة هذا كله من الحدث العمد
والكلام والسلام والقهقهة والخروج من المسجد اذا فعل شيأ من ذلك قبل أن يقعد قدر التشهد الاخير فاما اذا قعد
قدر التشهد ثم فعل شيأ من ذلك فقد أجمع أصحابنا على انه لو تكلم أو خرج من المسجد لا تفسد صلاته سواء كان
منفردا أو اماما خلفه لاحقون أو مسبوقون وسواء أدرك اللاحقون الامام في صلاته وصلوا معه أو لم يدركوا
وكذلك لو قهقه أو أحدث متعمدا وهو منفرد وان كان اماما خلفه لاحقون ومسبوقون فصلاة الامام تامة بلا
خلاف بين أصحابنا وصلاة المسبوقين فاسدة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تامة وجه قولهما ان القهقهة
والحدث لم يفسدا صلاة الامام فلا يفسدان صلاة المقتدي وان كان مسبوقا لان صلاة المقتدي لو فسدت انما تفسد
بافساد الامام صلاته لا بافساد المقتدي لانعدام المفسد من المقتدي فلما لم تفسد صلاة الامام مع وجود المفسد من
جهته فلأن لا تفسد صلاة المقتدي أولى وصار كما لو تكلم أو خرج من المسجد ولأبي حنيفة الفرق بين الحدث العمد
والقهقهة وبين الكلام والخروج من المسجد والفرق ان حدث الامام افساد للجزء الذي لاقاه من صلاته فيفسد
ذلك الجزء من صلاته ويفسد من صلاة المسبوق الا ان الامام لم يبق عليه فرض فيقتصر الفساد في حقه على الجزء وقد
بقي للمسبوق فروض فتمنعه من البناء فاما الكلام فقطع للصلاة ومضاد لها كما ذكرنا فيمنع من الوجود ولا تفسد
وشرح هذا الكلام ان القهقهة والحدث العمد ليسا بمضادين للصلاة بل هما مضادان للطهارة والطهارة شرط
أهلية الصلاة فصار الحدث مضادا للاهلية بواسطة مضادته شرطها والشيء لا ينعدم بما لا يضاده فلم تنعدم الصلاة

يوجود الحدث لانه لا مضادة بينهما وانما تنعدم الاهلية فيوجد جزء من الصلاة لانعدام ما يضاده و يفسد هذا الجزء لحصوله ممن ليس بأهل ولا صحة للفعل الصادر من غير الاهل واذا فسد هذا الجزء من صلاة الامام فسدت صلاة المقتدى لان صلاته مبنية على صلاة الامام فتتعلق بها صحة وفسادا الا ان الجزء لما فسد من صلاة الامام فسدت التحريمة المقارنة لهذا الفعل الفاسد لانها شرعت لاجل الأفعال فتتصف بما تتصف الافعال صحة وفسادا فاذا فسدت هى فسدت تحريمة المقتدى فتفسد صلاته الا ان صلاة الامام ومن تابعه من المدركين اتصفت بالتمام بدون الجزء الفاسد فاما المسبوق فقد فسد جزء من صلاته وفسدت التحريمة المقارنة لذلك الجزء فبعد ذلك لا يعود الا بالتحريمة ولم يوجد فلم يتصور حصول ما بقى من الأركان فى حق المسبوق فتفسد صلاته بخلاف الكلام فانه ليس بمضاد لاهلية أداء الصلاة بل هو مضاد للصلاة نفسها ووجود الضد لا يفسد الضد الآخر بل يمنعه من الوجود فان أفعال الصلاة كانت توجد على التجدد والتكرار فاذا انعدم فعل يعقبه غيره من جنسه فاذا تعقبه ما هو مضاد للصلاة لا يتصور حصول جزء منها مقارنا للضد بل يبقى على العدم على ما هو الاصل عندنا فى المتضادات وانتهت أفعال الصلاة فلم تتجدد التحريمة لان تجددها كان لتجدد الافعال وقد انتهت فانتهت هى أيضا وما فسدت وبانتهاء تحريمة الامام لا تنتهى تحريمة المسبوق كما لو سلم فان تحريمة الامام منتهية وتحريمة المسبوق غير منتهية لما ذكرنا فلم تفسد صلاة المسبوقين بخلاف ما نحن فيه واما اللاحقون فانه ينظر ان ادركوا الامام فى صلاته وصلوا معه فصلاتهم تامة وان لم يدركوا ففيه روايتان فى رواية أبى سليمان تفسد وفى رواية أبى حفص لا تفسد هذا اذا كان العارض فى هذه الحالة فعل المصلى فاذا لم يكن فعله كالمتيمم اذا وجد ماء بعد ما قعد قدر التشهد الاخير أو بعد ما سلم وعليه سجود السهو وعاد الى السجود فسدت صلاته عند ابى حنيفة ويلزمه الاستقبال وعند ابى يوسف ومحمد صلاته تامة وهذه من المسائل الاثنى عشرية وقد ذكرناها وذكرنا الحجج فى كتاب الطهارة فى فصل التيمم أمى صلى بعض صلاته ثم تعلم سورة فقرأها فيما بقى من صلاته فصلاته فاسدة مثل الأخرس يزول خرسه فى خلال الصلاة وكذلك لو كان قارئا فى الابتداء فصلى بعض صلاته بقراءة ثم نسى القراءة فصار أميا فسدت صلاته وهذا قول أبى حنيفة وقال زفر لا تفسد فى الوجهين جميعا وقال أبو يوسف ومحمد تفسد فى الاول ولا تفسد فى الثانى استحسانا وجه قول زفر أن فرض القراءة فى الركعتين فقط ألا ترى ان القارئ لو ترك القراءة فى الاولين وقرأ فى الاخريين أجزأه فاذا كان قارئا فى الابتداء فقد أدى فرض القراءة فى الاولين فعجزه عنها بعد ذلك لا يضره كما لو ترك مع القدرة واذا تعلم وقرأ فى الاخريين فقد أدى فرض القراءة فلا يضره عجزه عنها فى الابتداء كما لا يضره لو تركها وجه قولهما انه لو استقبل الصلاة فى الاول لحصل الاداء على الوجه الاكمل فامر بالاستقبال ولو استقبلها فى الثانى لادى كل الصلاة بغير قراءة فكان البناء أولى ليكون مؤديا البعض بقراءة ولابى حنيفة ان القراءة ركن فلا يسقط الا بشرط العجز عنها فى كل الصلاة فاذا قدر على القراءة فى بعضها فات الشرط فظهر ان المؤدى لم يقع صلاة ولان تحريمة الامى لم تنعقد للقراءة بل انعقدت لافعال صلاته لا غير فاذا قدر صارت القراءة من أركان صلاته فلا يصح أداؤها بلا تحريمة كاداء سائر الاركان والصلاة لا توجد بدون أركانها ففسدت ولان الاساس الضعيف لا يحتمل بناء القوى عليه والصلاة بقراءة أقوى فلا يجوز بناؤها على الضعيف كالعارى اذا وجد الثوب فى خلال صلاته والمتيمم اذا وجد الماء واذا كان قارئا فى الابتداء فقد عقد تحريمته لاداء كل الصلاة بقراءة وقد عجز عن الوفاء بما التزم فيلزمه الاستقبال ولو اقتدى الامى بقارئ بعد ما صلى ركعة فلما فرغ الامام قام الامى لاتمام الصلاة فصلاته فاسدة فى القياس وقيل هو قول أبى حنيفة وفى الاستحسان يجوز وهو قولهما وجه القياس انه بالاقتداء بالقارئ التزم أداء هذه الصلاة بقراءة وقد عجز عن ذلك حين قام للقضاء لانه منفرد فيما يقضى فلا تكون قراءة الامام قراءة له فتفسد صلاته وجه الاستحسان انه انما التزم القراءة ضمنا للاقتداء وهو مقتد فيما بقى على الامام لا فيما سبقه به ولانه لو بنى كان مؤديا بعض الصلاة بقراءة ولو استقبل كان مؤديا جميعها بغير قراءة ولا شك ان الأول أولى (ومنها) انكشاف

العورة فى خلال الصلاة اذا كان كثيرا الا ان استتارها من شرائط الجواز فكان انكشافها فى الصلاة مفسدا الا أنه سقط اعتبار هذا الشرط فى القليل عندنا خلافا للشافعى للضرورة كما فى قليل النجاسة لعدم امكان التحرز عنه على ما بينا فيما تقدم وكذلك الحرة اذا سقط قناعها فى خلال الصلاة فرفعته وغطت رأسها بعمل قليل قبل أن تؤدى ركنا من أركان الصلاة أو قبل أن تمكث ذلك القدر لا تفسد صلاتها لان المرأة قد تبتلى بذلك فلا يمكنها التحرز عنه فاما اذا بقيت كذلك حتى أدت ركنا أو مكثت ذلك القدر أو غطت من ساعتها لكن بعمل كثير فسدت صلاتها لانعدام الضرورة وكذلك الامة اذا عتقت فى خلال صلاتها وهى مكشوفة الرأس فاخذت قناعها فهو على ما ذكرنا فى الحرة وكذلك المدبرة والمكاتبة وأم الولد لان رؤس هؤلاء ليست بعورة على ما يعرف فى كتاب الاستحسان فاذا أعتقن أخذن القناع للحال لان خطاب الستر توجه للحال الا ان تبين ان عليها الستر من الابتداء لان رأسها انما صار عورة بالتحرير وهو مقصور على الحال فكذا صيرورة الرأس عورة بخلاف العارى اذا وجد كسوة فى خلال الصلاة حيث تفسد صلاته لان عورته ما صارت عورة للحال بل كانت عند الشروع فى الصلاة الا ان الستر كان قد سقط لعذر العدم فاذا زال تبين ان الوجوب كان ثابتا من ذلك الوقت وعلى هذا اذا كان الرجل يصلى فى ازار واحد فسقط عنه فى خلال الصلاة وهذا كله مذهب علمائنا الثلاثة وهو جواب الاستحسان والقياس أن تفسد صلاته فى جميع ذلك وهو قول زفر والشافعى لان ستر العورة فرض بالنص والاستتار يفوت بالانكشاف وان قل الا أنا استحسنا الجواز وجعلنا ما لا يمكن التحرز عنه عفوا دفعا للحرج وكذلك اذا حضرته الصلاة وهو عريان لا يجد ثوبا جازت صلاته لمكان الضرورة ولو كان معه ثوب نجس فقد ذكرنا تفصيل الجواب فيه انه ان كان ربع منه طاهرا لا يجوز له أن يصلى عريانا ولكن يجب عليه أن يصلى فى ذلك الثوب بلا خلاف وان كان كله نجسا فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبى حنيفة وأبى يوسف وبين محمد فى كيفية الصلاة فيما تقدم ومنها محاذاة المرأة الرجل فى صلاة مطلقة يشتركان فيها افسدت صلاته عندنا استحسانا والقياس أن لا تكون المحاذاة مفسدة صلاة الرجل وبه أخذ الشافعى حتى لو قامت امرأة خلف الامام ونوت صلاته وقد نوى الامام امامة النساء ثم حاذته فسدت صلاته عندنا وعنده لا تفسد وجه القياس ان الفساد لا يخلو اما أن يكون لخساستها أو لاشتغال قلب الرجل بها والوقوع فى الشهوة لا وجه للاول لان المرأة لا تكون أخس من الكلب والخنزير ومحاذاتهما غير مفسدة ولان هذا المعنى يوجد فى المحاذاة فى صلاة لا يشتركان فيها والمحاذاة فيها غير مفسدة بالاجماع ولا سبيل الى الثانى لهذا أيضا ولان المرأة تشارك الرجل فى هذا المعنى فينبغى أن تفسد صلاتها أيضا ولا تفسد بالاجماع والدليل عليه أن المحاذاة فى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة غير مفسدة فكذا فى سائر الصلوات وجه الاستحسان ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أخروهن من حيث أخرهن الله عقيب قوله خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها والاستدلال بهذا الحديث من وجهين أحدهما أنه لما أمر بالتأخير صار التأخير فرضا من فرائض الصلاة فيصير بتركه التأخير تاركا فرضا من فرائضها فتفسد والثانى أن الامر بالتأخير أمر بالتقدم عليها ضرورة فاذا لم تؤخر ولم يتقدم فقد قام مقاما ليس بمقام له فتفسد كما اذا تقدم على الامام والحديث ورد فى صلاة مطلقة مشتركة فبقى غيرها على أصل القياس وانما لا تفسد صلاتها لان خطاب التأخير يتناول الرجل ويمكنه تأخيرها من غير أن تتأخر هى بنفسها ويتقدم عليها فلم يكن التأخير فرضا عليها فتركه لا يكون مفسدا ويستوى الجواب بين محاذاة البالغة وبين محاذاة المراهقة التى تعقل الصلاة فى حق فساد صلاة الرجل استحسانا والقياس أن لا تفسد محاذاة غير البالغة لان صلاتها تخلق واعتياد لا حقيقة صلاة وجه الاستحسان انها مأمورة بالصلاة مضروبة عليها كما نطق به الحديث فجعلت المشاركة فى أصل الصلاة والمشاركة فى أصل الصلاة تكفى للفساد اذا وجدت المحاذاة واذا عرف أن المحاذاة مفسدة فنقول اذا قامت فى الصف امرأة فسدت صلاة رجل عن يمينها ورجل عن يسارها ورجل خلفها بحذائها لان الواحدة تحاذى هؤلاء الثلاثة ولا تفسد صلاة غيرهم لان هؤلاء

صارواحائلين بينهما وبين غيرهم بمنزلة اسطوانة أو كارة من الثياب فلم تتحقق المحاذاة ولو كانتا اثنتين أو ثلاثا فالمروي عن محمد أن المرأتين تفسدان صلاة أربعة نفر من على يمينهما ومن على يسارهما ومن خلفهما بحذائهما والثلاث منهن يفسدن صلاة من على يمينهن ومن على يسارهن وثلاثة ثلاثة خلفهن الى آخر الصفوف وعن أبي يوسف روايتان في رواية قال الثنتان يفسدان صلاة أربعة نفر من على يمينهما ومن على يسارهما واثنان من خلفهما بحذائهما والثلاث يفسدن صلاة خمسة نفر من كان على يمينهن ومن كان على شمالهن وثلاثة خلفهن بحذائهن وفي رواية الثنتان تفسدان صلاة رجلين عن يمينهما ويسارهما وصلاة رجلين رجلين الى آخر الصفوف والثلاث يفسدن صلاة رجل عن يمينهن ورجل عن يسارهن وصلاة ثلاثة ثلاثة الى آخر الصفوف ولا خلاف في انهن اذا كن صفا تاما فسدت صلاة الصفوف التي خلفهن وان كانوا عشرين صفا وجه الرواية الاولى لابي يوسف أن فساد الصلاة ليس لمكان الحيلولة لان الحيلولة انما تقع بالصف التام من النساء بالحديث ولم توجد وانما يثبت الفساد بالمحاذاة ولم توجد المحاذاة الا بهذا القدر وجه الرواية الثانية له أن للمثنى حكم الثلاث بدليل أن الامام يتقدم الاثنين ويصطفان خلفه كالثلاثة ثم حكم الثلاثة هذا فكذا حكم الاثنين وجه المروي عن محمد أن المرأتين لا تحاذيان الا أربعة نفر فلا تفسدان صلاة غيرهم وفي الصف التام القياس هكذا أن تفسد صلاة صف واحد خلفهن لا غير لانعدام محاذاتهن لمن وراء هذا الصف الواحد الا أنا استحسنا فحكمنا بفساد صلاة الصفوف أجمع لحديث عمر موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان بينه وبين الامام نهر او طريق او صف من النساء فلا صلاة له جعل صف النساء حائلا كالنهر والطريق في حق الصف الذي يليهن من خلفهن وجد ترك التأخير منهم والحيلولة بينهم وبين الامام جميعا وفي حق الصفوف الاخر وجدت الحيلولة لا غير وكل واحد من المعنيين بانفراده علة كاملة للفساد ثم الثنتان ليستا بجمع حقيقة فلا يلتحقان بالصف من النساء التي هي اسم جمع فانعدمت الحيلولة فيتعلق الفساد بالمحاذاة لا غير والمحاذاة لم توجد الا بهذا القدر فأما الثلاث منهن فجمع حقيقة فالحقن بصف كامل في حق من صرن حائلات بينه وبين الامام ففسدت صلاة ثلاثة ثلاثة الى آخر الصفوف وفسدت صلاة واحد عن يمينهن وواحد عن يسارهن لان هناك الفساد بالمحاذاة لا بالحيلولة ولم توجد المحاذاة الا بهذا القدر والله أعلم ولو وقفت بحذاء الامام فائتمت به وقد نوى الامام امامتها افسدت صلاة الامام والقوم كلهم اما صلاة الامام فلوجود المحاذاة في صلاة مطلقة مشتركة وأما صلاة القوم فلفساد صلاة الامام وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول لا يصح اقتداؤها لان المحاذاة قارنت شروعها في الصلاة ولو طرأت كانت مفسدة فاذا اقترنت منعت من صحة اقتدائها به وهذا غير سديد لان المحاذاة انما تؤثر في فساد صلاة مشتركة ولا تقع الشركة الا بعد شروعها في صلاة الامام فلم يكن المفسد مقارنا للشروع فلا يمنع من الشروع وان كانت بحذاء الامام ولم تأتم به لم تفسد صلاة الامام لانعدام المشاركة وكذا اذا قامت امام الامام فائتمت به لان اقتداءها لم يصح فلم تقع المشاركة وكذا اذا قامت الى جنبه ونوت فرضا آخر بان كان الامام في الظهر ونوت هي العصر فائتمت به ثم حاذته لم تفسد على الامام صلاته وهذا على رواية باب الحدث لانها لم تصر شارعة في الصلاة أصلا فلم تتحقق المشاركة فاما على رواية باب الاذان تفسد صلاة الامام لانها صارت شارعة في أصل الصلاة فوجدت المحاذاة في صلاة مشتركة ففسدت صلاته وفسدت صلاتها بفساد صلاة الامام وعليها قضاء التطوع لحصول الفساد بعد صحة شروعها كما اذا كان الامام في الظهر وقد نوى امامتها فائتمت به تنوي التطوع ثم قامت بجنبه تفسد صلاته وصلاتها وعليها قضاء التطوع فكذا هذا وقد مرت المسئلة من قبل وبعض مشايخنا قالوا الجواب ما ذكر في باب الأذان وتأويل ما ذكر في باب الحدث أن الرجل لم ينو امامتها في صلاة العصر فتجعل هي في الاقتداء به بنية العصر بمنزلة ما لم ينو امامتها أصلا فلهذا لا تصير شارعة في صلاته تطوعا ولو قام رجل وامرأة يقضيان ما سبقهما الامام لم تفسد صلاته ولو كانا أدركا أول الصلاة وكانا نائمين أو أحدثا فسدت صلاته لان المسبوقين فيما يقضيان كل واحد منهما في حكم المنفرد الا ترى أن القراءة فرض على المسبوق ولو سها يلزمه سجود السهو فلم

يشتركا فى صلاة فلا تكون المحاذاة مفسدة صلاته فاما المدركان فهما كانهما خلف الامام بعد بدليل سقوط القراءة عنهما وانعدام وجوب سجدتى السهو عند وجود السهو كانهما خلف الامام حقيقة فوقعت المشاركة فوجدت المحاذاة فى صلاة مشتركة فتوجب فساد صلاته ومرور المرأة والحمار والكلب بين يدى المصلى لا يقطع الصلاة عند عامة العلماء وقال أصحاب الظواهر يقطع واحتجوا بما روى أبو ذر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال يقطع الصلاة مرور المرأة والحمار والكلب وفى بعض الروايات والكلب الأسود فقيل لابى ذر ومابال الاسود من غيره فقال أشكل على ما أشكل عليكم فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الكلب الاسود شيطان ولنا ماروى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يقطع الصلاة مرور شئ وادرؤا ما استطعتم وأما الحديث الذى رووا فقد ردته عائشة رضى الله عنها فانها قالت لعروة ياعروة مايقول أهل العراق قال يقولون يقطع الصلاة مرور المرأة والحمار والكلب فقالت يا أهل العراق والنفاق والشقاق بئسما قرنتمونا بالكلاب والحمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالليل وأنا نائمة بين يديه معترضة كاعتراض الجنازة وقد ورد فى المرأة نص خاص وكذا فى الحمار والكلب روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلى فى بيت أم سلمة فأراد ابنها عمر أن يمر بين يديه فاشار عليه أن قف فوقف ثم أرادت زينب بنتها أن تمر بين يديه فاشار اليها ان قفى فلم تقف فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلاته قال انهن أغلب وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال زرت رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أخى الفضل على حمار فى بادية فنزلنا فوجدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فصلينا معه والحمار يرتع بين يديه وفى بعض الروايات والكلب والحمار يمران بين يديه ولو دفع المار بالتسبيح أو بالاشارة أو أخذ طرف ثوبه من غير مشى ولا علاج لا تفسد صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم فادرؤا ما استطعتم وقوله اذا نابت أحدكم نائبة فى الصلاة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء وذكر فى كتاب الصلاة اذا مرت الجارية بين يدى المصلى فقال سبحان الله وأومأ بيده ليصرفها لم تقطع صلاته وأحب الى أن لا يفعل منهم من قال معناه أى لا يجمع بين التسبيح والاشارة باليد لان باحداهما كفاية ومنهم من قال أى لا يفعل شيأ من ذلك وتأويل قول النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان فى وقت كان العمل فى الصلاة مباحا ومنها الموت فى الصلاة والجنون والاغماء فيها أما الموت فظاهر لانه معجز عن المضى فيها وأما الجنون والاغماء فلأنهما ينافيان الطهارة ويمنعان البناء لما بينا فيما تقدم أن اعتراضهما فى الصلاة نادر فلا يلحقان بمورد النص والاجماع فى جواز البناء وهو الحدث السابق وسواء كان منفردا أو مقتديا أو اماما حتى يستقبل القوم صلاتهم عندنا وعند الشافعى يقوم القوم فيصلون وحدانا كما اذا أحدث الامام ومنها العمل الكثير الذى ليس من أعمال الصلاة فى الصلاة من غير ضرورة فأما القليل فغير مفسد واختلف فى الحد الفاصل بين القليل والكثير قال بعضهم الكثير ما يحتاج فيه الى استعمال اليدين والقليل مالا يحتاج فيه الى ذلك حتى قالوا اذا زر قميصه فى الصلاة فسدت صلاته واذا حل ازراره لا تفسد وقال بعضهم كل عمل لو نظر الناظر اليه من بعيد لا يشك أنه فى غير الصلاة فهو كثير وكل عمل لو نظر اليه ناظر ربما يشتبه عليه انه فى الصلاة فهو قليل وهو الاصح وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا قاتل فى صلاته فى غير حالة الخوف أنه تفسد صلاته لانه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة لما بينا وكذا اذا أخذ قوسا ورمى بها فسدت صلاته لان أخذ القوس وتثقيف السهم عليه ومده حتى يرمى عمل كثير الا ترى أنه يحتاج فيه الى استعمال اليدين وكذا الناظر اليه من بعيد لا يشك أنه فى غير الصلاة وبعض أهل الادب عابوا على محمد فى هذا اللفظ وهو قوله ورمى بها فقالوا الرمى بالقوس القاؤها من يده وانما يقال فى الرمى بالسهم رمى عنها لا رمى بها والجواب عن هذا أن غرض محمد تعليم العامة وقد وجد هذا اللفظ معروفا فى لسانهم فاستعمله ليكون أقرب الى فهمهم فلذلك ذكره وكذا لو ادهن أو سرح رأسه أو حملت امرأة صبيها وأرضعته لوجود حد العمل الكثير على العبارتين فأما حمل الصبى بدون الارضاع فلا يوجب فساد الصلاة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى بيته وقد حمل امامة بنت

أبي العاص على عاتقه فكان اذا سجد وضعها واذا قام رفعها ثم هذا الصنيع لم يكره منه صلى الله عليه وسلم لأنه كان محتاجا الى ذلك لعدم من يحفظها أو لبيانه الشرع بالفعل ان هذا غير موجب فساد الصلاة ومثل هذا في زماننا أيضا لا يكره لواحد منا لو فعل ذلك عند الحاجة أما بدون الحاجة فمكروه ولو صلى وفي فيه شيء يمسكه ان كان لا يمنعه من القراءة ولكن يخل بها كدرهم أو دينار او لؤلؤة لا تفسد صلاته لأنه لا يفوت شيء من الركن ولكن يكره لأنه يوجب الاخلال بالركن حتى لو كان لا يخل به لا يكره وان كان يمنعه من القراءة فسدت صلاته لأنه يفوت الركن وان كان في فيه سكرة لا تجوز صلاته لأنه أكل وكذلك ان كان في كفه متاع يمسكه جازت صلاته غير أنه ان كان يمنعه عن الاخذ بالركب في الركوع أو الاعتماد على الراحتين عند السجود يكره لمنعه عن تحصيل السنة والا فلا ولو رمى طائرا بحجر لا تفسد صلاته لأنه عمل قليل ويكره لأنه ليس من أعمال الصلاة ولو أكل أو شرب في الصلاة فسدت صلاته لوجود العمل الكثير وسواء كان عامدا أو ساهيا فرق بين الصلاة والصوم حيث كان الأكل والشرب في الصوم ناسيا غير مفسد اياه والفرق أن القياس أن لا يفصل في باب الصوم بين العمد والسهو أيضا لوجود ضد الصوم في الحالين وهو ترك الكف الا أنا عرفنا ذلك بالنص والصلاة ليست في معناه لان الصائم كثيرا ما يبتلى به في حالة الصوم فلو حكمنا بالفساد يؤدي الى الحرج بخلاف الصلاة لأن الأكل والشرب في الصلاة ساهيا نادر غاية الندرة فلم يكن في معنى مورد النص فيعمل فيها بالقياس المحض وهو أنه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة الاترى أنه لو نظر الناظر اليه لا يشك أنه في غير الصلاة ولو مضغ العلك في الصلاة فسدت صلاته كذا ذكره محمد لان الناظر اليه من بعد لا يشك أنه في غير الصلاة وبهذا تبين أن الصحيح من التحديد هو العبارة الثانية حيث حكمنا بفساد الصلاة من غير الحاجة الى استعمال اليد رأسا فضلا عن استعمال اليدين ولو بقي بين أسنانه شيء فابتلعه ان كان دون الحمصة لم يضره لان ذلك القدر في حكم التبع لريقه لقلته ولأنه لا يمكن التحرز عنه لأنه يبقى بين الاسنان عادة فلو جعل مفسدا لوقع الناس في الحرج ولهذا لا يفسد الصوم به وان كان قدر الحمصة فصاعدا فسدت صلاته ولو قلس أقل من ملء فيه ثم رجع فدخل جوفه وهو لا يملكه لا تفسد صلاته لأن ذلك بمنزلة ريقه ولهذا لا ينقض وضوءه وكذا المتهجد بالليل قد يبتلى به خصوصا في ليالي رمضان عند امتلاء الطعام عند الفطر فلو جعل مفسدا لأدى الى الحرج وقتل الحية والعقرب في الصلاة لا يفسدها لقول النبي صلى الله عليه وسلم اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة وروي أن عقربا لدغ رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة فوضع عليه نعله وغمزه حتى قتله فلما فرغ من صلاته قال لعن الله العقرب لا تبالي نبيا ولا غيره أو قال مصليا ولا غيره وبه تبين أنه لا يكره أيضا لأنه صلى الله عليه وسلم ما كان ليفعل المكروه خصوصا في الصلاة ولأنه يحتاج اليه لدفع الأذى فكان موضع الضرورة هذا اذا أمكنه قتل الحية بضربة واحدة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في العقرب وأما اذا احتاج الى معالجة وضربات فسدت صلاته كما اذا قاتل في صلاته لأنه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة وذكر شيخ الاسلام السرخسي أن الاظهر أنه لا تفسد صلاته لأن هذا عمل رخص فيه للمصلي فاشبه المشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضؤ هذا الذي ذكرنا من العمل الكثير الذي ليس من أعمال الصلاة اذا عمله المصلي في الصلاة من غير ضرورة فاما في حالة الضرورة فانه لا يفسد الصلاة كما في حالة الخوف والله أعلم

﴿فصل﴾ والكلام في صلاة الخوف في مواضع في بيان شرعيتها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بيان قدرها وفي بيان كيفيتها وفي بيان شرائط جوازها أما الاول فصلاة الخوف مشروعة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول وقال الحسن بن زياد لا تجوز وهو قول أبي يوسف الآخر واحتجا بقوله تعالى واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك الآية جوز صلاة الخوف بشرط كون الرسول فيهم فاذا خرج من الدنيا انعدمت الشرطية ولأن الجواز حال حياته ثبت مع المنافي لما فيها من أعمال كثيرة ليست من الصلاة وهي الذهاب والمجيء ولا بقاء للشيء مع ما ينافيه الا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي

حال حياة النبي صلى الله عليه وسلم لحاجة الناس الى استدراك فضيلة الصلاة خلفه وهذا المعنى منعدم في زماننا فوجب اعتبار المنافى فيصلى كل طائفة بامام على حدة ولأبي حنيفة ومحمد اجماع الصحابة رضي الله عنهم على جوازها فانه روى عن على رضي الله عنه أنه صلى صلاة الخوف وروى عن أبي موسى الاشعرى أنه صلى صلاة الخوف باصبهان وسعيد بن العاص كان يحارب المجوس بطبرستان ومعه جماعة من الصحابة منهم الحسن وحذيفة وعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم فقال أيكم شهد صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال حذيفة أنا فقام وصلى بهم صلاة الخوف على نحو ما يقوله فانعقد اجماع الصحابة على الجواز وبه تبين أن ماذكر من المعنى غير سديد لخروجه عن معارضة الاجماع مع أن ذلك ترك الواجب وهو ترك المشي في الصلاة لاحراز الفضيلة وذا لا يجوز على أن الحاجة الى استدراك الفضيلة قائمة لأن كل طائفة يحتاجون الى الصلاة خلف أفضلهم والى احراز فضيلة تكثير الجماعة ولأن الأصل في الشرع أن يكون عاما في الاوقات كلها الا اذا قام دليل التخصيص واحراز الفضيلة لا يصلح مخصصا لما بينا وأما الآية فليس فيها أنه اذا لم يكن الرسول فيهم لا تجوز فكان تعليقا بالسكوت وأنه غير صحيح

﴿فصل﴾ وأما مقدارها فيصلي الامام بهم ركعتين ان كانوا مسافرين أو كانت الصلاة من ذوات ركعتين كالفجر وان كانوا مقيمين والصلاة من ذوات الاربع أو الثلاث صلى بهم أربعا أو ثلاثا ولا ينتقص عدد الركعات بسبب الخوف عندنا وهو قول عامة الصحابة وكان ابن عباس يقول صلاة المقيم أربع ركعات وصلاة المسافر ركعتان وصلاة الخوف ركعة واحدة وبه أخذ بعض العلماء واحتج بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع بكل طائفة ركعة فكانت له ركعتان ولكل طائفة ركعة ولنا ماروى ابن مسعود وغيره من الصحابة رضي الله عنهم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قلنا وهكذا فعل الصحابة بعده فيكون اجماعا منهم وما نقل عن ابن عباس فتأويله أنها ركعة مع الامام وعندنا يصلي الامام بكل طائفة ركعة واحدة اذا كانوا مسافرين وهو تأويل الحديث

﴿فصل﴾ وأما كيفيتها فقد اختلف العلماء فيها اختلافا فاحشا لاختلاف الاخبار في الباب قال علماؤنا يجعل الامام الناس طائفتين طائفة بازاء العدو ويفتتح الصلاة بطائفة فيصلي بهم ركعة ان كان مسافرا أو كانت الصلاة صلاة الفجر وركعتين ان كان مقيما والصلاة من ذوات الاربع وينصرفون الى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الثانية فيصلي بهم بقية الصلاة فينصرفون الى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الاولى فيقضون بقية صلاتهم بغير قراءة وينصرفون الى وجه العدو ثم تجيء الطائفة الثانية فيقضون بقية صلاتهم بقراءة وقال مالك يجعل الناس طائفتين طائفة بازاء العدو ويفتتح الصلاة بطائفة فيصلي بهم ركعة ثم يقوم الامام ويمكث قائما فتتم هذه الطائفة صلاتهم ويسلمون وينصرفون الى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الثانية فيصلي بهم الركعة الثانية ويسلم الامام ولا يسلمون بل يقومون فيتمون صلاتهم وهو قول الشافعي الا أنه يقول لا يسلم الامام حتى تتم الطائفة الثانية صلاتهم ثم يسلم الامام ويسلمون معه وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى بالطائفة الاولى ركعة انتظرهم حتى أتموا صلاتهم وذهبوا الى العدو وجاءت الطائفة الأخرى فبدؤا بالركعة الاولى والنبي صلى الله عليه وسلم ينتظرهم ثم صلى بهم الركعة الثانية ولم يأخذ به أحد من العلماء وروى شاذا أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بكل طائفة ركعتين فكانت له أربع ركعات ولكل طائفة ركعتين احتج الشافعي بما روى سهل بن أبي خيثمة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على نحو ما قلنا ولنا ماروى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلاها على نحو ما قلنا وروينا عن حذيفة أنه أقام صلاة الخوف بطبرستان بجماعة من الصحابة على نحو ما قلنا ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا وبه تبين أن الأخذ بما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ولأن الرواية عن هؤلاء لم تتعارض والرواية عن سهل بن أبي خيثمة متعارضة فان بعضهم روى عنه مثل

مذهبنا فكان الاخذ بروايتهم أولى مع أن فيما رواه الشافعي مايدل على كونه منسوخا لأن فيه أن الطائفة الثانية
يقضون ماسبقوا به قبل فراغ الامام ثم يسلمون معه وهذا كان في الابتداء أن المسبوق يبدأ بقضاء مافاته ثم يتابع
الامام ثم نسخ ولهذا لم يأخذ أحد من العلماء برواية أبي هريرة وماروى في الشاذ غير مقبول لأن في حق الطائفة
الثانية يكون اقتداء المفترض بالمتنفل وذا لا يصح عندنا الا أن يكون مؤولا وتأويله انه كان مقيما فصلى بكل طائفة
ركعتين وقضت كل طائفة ركعتين وهو المذهب وعندنا أنه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة هذا اذا لم يكن العدو بازاء
القبلة فان كان العدو بازاء القبلة فالافضل عندنا أن يجعل الناس طائفتين فيصلي بكل طائفة شطر الصلاة على النحو
الذي ذكرنا وان صلى بهم جملة جاز وهو أن يجعل الناس صفين ويفتتح الصلاة بهم جميعا فاذا ركع الامام ركع الكل معه
واذا رفع رأسه من الركوع رفعوا جميعا واذا سجد الامام سجد معه الصف الاول والصف الثاني قيام يحرسونهم فاذا
رفعوا رؤسهم سجد الصف الثاني والصف الاول قعود يحرسونهم فاذا رفعوا رؤسهم سجد الامام السجدة الثانية
وسجد معه الصف الاول والصف الثاني قعود يحرسونهم فاذا رفعوا رؤسهم تأخر الصف الاول وتقدم الصف الثاني
فيصلي بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضا فاذا قعد وسلم سلموا معه وعند الشافعي وابن أبي ليلى لاتجوز الا بهذه
الصفة واحتجا بماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى صلاة الخوف هكذا بعسفان عند استقبال
العدو القبلة ولانه ليس في هذه الصلاة بهذه الصفة ذهابا ومجيئا واستدبار القبلة وانها أفعال منافية للصلاة في
الأصل فيجب اعتبارها ما أمكن ونحن نقول كل ذلك جائز والافضل أن يصلي على نحو مايصلي أن لو كان
العدو مستدبر القبلة لانه موافق لظاهر الآية قال الله تعالى فلتقم طائفة منهم معك وقال ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا
فليصلوا معك أمر بجعل الناس طائفتين ولان الحراسة بهذا الوجه أبلغ لان الطائفة الثانية لم يكونوا يشاركونهم
في الصلاة في الركعة الأولى فكانوا أقدر على الحراسة ولان فيما قالا يخالف كل صف امامهم في سجدة ومخالفة
الامام منهية لاتجوز بحال من الأحوال بخلاف المشي واستدبار القبلة فان ذلك جائز بحال فان من سبقه الحدث
يستدبر القبلة ويمشي عندنا وعند الشافعي المتطوع على الدابة يصلي أينما توجهت الدابة ثم لاشك ان الطائفة
الأولى لايقرؤن في الركعة الثانية لانهم أدركوا أول الصلاة وعجزوا عن الاتمام لمعنى من المعاني فصار كالنائم
ومن سبقه الحدث فذهب وتوضأ وجاء ولا شك أيضا ان الطائفة الثانية يقرؤن لأنهم مسبوقون فيقضون بقراءة
هذا الذي ذكرنا في ذوات الأربع أو ذوات ركعتين وأما في المغرب فيصلي بالطائفة الأولى ركعتين وبالثانية الركعة
الثالثة وقال سفيان الثوري يصلي بالطائفة الأولى ركعة وبالثانية ركعتين وقال الشافعي هو بالخيار وجه قول سفيان
ان فرض القراءة في الركعتين الأوليين فينبغي أن يكون لكل طائفة في ذلك حظ وذلك فيما قلنا والشافعي يقول مراعاة
التنصيف غير ممكن فان شاء صلى بهؤلاء ركعتين وان شاء صلى بأولئك ولنا ان التنصيف واجب وقد تعذر ههنا
وكان تفويت التنصيف على الطائفة الثانية أولى لانه لاتفويت قصدا بل حكما لايفاء حق الطائفة الأولى لانه
يجب على الامام أن يصلي بهم ركعة ونصفا لتحقق المعادلة في القسمة فشرع في الركعة الثانية قضاء لحقهم الا انها
لاتتجزأ فيجب عليه اتمامها فاما لو صلى بالطائفة الأولى ركعة وبالثانية ركعتين فقد فوت التنصيف على الطائفة
الأولى قصدا لاحكما لايفاء حقهم لانه لم يشتغل بعد بايفاء حق الثانية ومعلوم ان تفويت الحق حكما دون تفويته
قصدا لذلك كان الأمر على ماوصفنا والله أعلم ثم الطائفة الأولى تقضي الركعة الثانية بغير قراءة لانهم لاحقون
والطائفة الثانية يصلون الركعتين الأوليين بغير قراءة ويقعدون بينهما وبعدهما كما يفعل المسبوق بركعتين في المغرب
﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فمنها أن لايقاتل في الصلاة فان قاتل في صلاته فسدت صلاته عندنا وقال مالك لا
تفسد وهو قول الشافعي في القديم واحتجا بقوله تعالى وليأخذوا أسلحتهم أباح لهم أخذ السلاح فيباح القتال ولان
أخذ السلاح لايكون الا للقتال به ولانه يسقط اعتبار المشي في الصلاة فيسقط اعتبار القتال ولنا أن النبي صلى الله
عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هوى من الليل وقال شغلونا عن الصلاة الوسطى ملأ

الله قبورهم وبطونهم نارا فلو جازت الصلاة مع القتال لما أخرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ادخال عمل كثير ليس من أعمال الصلاة في الصلاة مفسد في الأصل فلا يترك هذا الأصل الا في مورد النص والنص ورد في المشي لا في القتال مع ان مورد النص بقاء الصلاة مع المشي لا الاداء والاداء فوق البقاء فلا يصح الاستدلال بخلاف أخذ السلاح لانه عمل قليل ولان النص ورد بالجواز معه ومنها ان ينصرف ماشيا ولا يركب عند انصرافه الى وجه العدو ولو ركب فسدت صلاته عندنا سواء كان انصرافه من القبلة الى العدو أو من العدو الى القبلة لان الركوب عمل كثير وهو مما لا يحتاج اليه بخلاف المشي فانه أمر لا بد منه حتى يصطفوا بازاء العدو وكذا أخذ السلاح أمر لا بد منه لارهاب العدو والاستعداد للدفع ولانهم لو غفلوا عن أسلحتهم يميلون عليهم على ما نطق به الكتاب والاصل ان الاتيان بعمل كثير ليس من أعمال الصلاة فيها لاجل الضرورة فيختص بمحل الضرورة ولو كان الخوف أشد ولا يمكنهم النزول عن دوابهم صلوا ركبانا بالايماء لقوله تعالى فان خفتم فرجالا أو ركبانا ثم ان قدروا على استقبال القبلة يلزمهم الاستقبال والا فلا بخلاف التطوع اذا صلاها على الدابة حيث لا يلزمه الاستقبال وان قدر عليه لان حالة الفرض أضيق ألا ترى انه يجوز الايماء في التطوع مع القدرة على النزول ولا يجوز ذلك في الفرض ويصلون وحدانا ولا يصلون جماعة ركبانا في ظاهر الرواية وقد روى عن محمد أنه جوز لهم في الخوف أن يصلوا ركبانا بجماعة وقال أستحسن ذلك لينالوا فضيلة الصلاة بالجماعة وقد جوزنا لهم ما هو أعظم من ذلك وهو الذهاب والمجيء لاحراز فضيلة الجماعة وجه ظاهر الرواية ان بينهم وبين الامام طريق فيمنع ذلك صحة الاقتداء على ما بينا فيما تقدم الا أن يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح اقتداؤه به لعدم المانع والاعتبار بالمشي غير سديد لان ذلك أمر لا بد منه فسقط اعتباره للضرورة ولا ضرورة ههنا ولو صلى راكبا والدابة سائرة فان كان مطلوبا فلا بأس به لان السير فعل الدابة في الحقيقة وانما يضاف اليه من حيث المعنى لتسييره فاذا جاء العذر انقطعت الاضافة اليه بخلاف ما اذا صلى ماشيا أو سابحا حيث لا يجوز لان ذلك فعله حقيقة فلا يتحمل الا اذا كان في معنى مورد النص وليس ذلك في معناه على ما مر وان كان الراكب طالبا فلا يجوز لانه لا خوف في حقه فيمكنه النزول وكذلك الراجل اذا لم يقدر على الركوع والسجود يومئ ايماء لمكان العذر كالمريض ومنها أن يكون في حال معاينة العدو حتى لو صلوا صلاة الخوف ولم يعاينوا العدو جاز للامام ولم يجز للقوم اذا صلوا بصفة الذهاب والمجيء وكذا لو رأوا سوادا ظنوه عدوا فاذا هو ابل لا يجوز عندنا وعند الشافعي تجوز صلاة الكل وجه قوله ان صلاة الخوف شرعت عند الخوف وقد صلوا عند الخوف فتجزئهم ولنا ان شرط الجواز الخوف من العدو قال الله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ولم يوجد الشرط الا أن صلاة الامام مقضية بالجواز لانعدام الذهاب والمجيء منه بخلاف القوم فلا يتحمل ذلك الا لضرورة الخوف من العدو ولم تتحقق ثم الخوف من سبع يعاينوه كالخوف من العدو لان الجواز بحكم العذر وقد تحقق والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم هذه الصلوات اذا فسدت أو فاتت عن أوقاتها أو فات شئ من هذه الصلوات عن الجماعة أو عن محله الاصلي ثم تذكره في آخر تلك الصلاة أما اذا فسدت يجب اعادتها ما دام الوقت باقيا لانها اذا فسدت التحقت بالعدم فبقي وجوب الاداء في الذمة فيجب تفريغها عنه بالاداء وأما اذا فاتت صلاة منها عن وقتها بأن نام عنها أو نسيها ثم تذكرها بعد خروج الوقت أو اشتغل عنها حتى خرج الوقت يجب عليه قضاؤها والكلام في القضاء يقع في مواضع في بيان أصل وجوب القضاء بعد خروج الوقت وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان كيفية القضاء اما الاول فالدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها أو استيقظ فان ذلك وقتها وفي بعض الروايات لا وقت لها الا ذلك وقوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ولان الاصل في العبادات المؤقتة اذا فاتت عن وقتها انها تقضى اذا استجمع شرائط وجوب القضاء وأمكن قضاؤها لان وجوبها في الوقت لمعان هي قائمة بعد خروج الوقت وهي خدمة الرب تعالى

وتعظيمه وقضاء حق العبودية وشكر النعمة وتكفير الزلل والخطايا التي تجري على يد العبد بين الوقتين وامكن قضاؤها لان من جنسها مشروع خارج الوقت من حيث الاصل حقاله فيقضى به ما عليه والله أعلم وأما شرائط الوجوب فمنها أهلية الوجوب اذ الايجاب على غير الاهل تكليف ما ليس في الوسع ومنها فوات الصلاة عن وقتها لان قضاء الفائت ولا فائت محال ومنها أن يكون من جنسها مشروعا له في وقت القضاء اذ القضاء صرف ماله الى ما عليه لان ما عليه يقع عن نفسه فلا يقع عن غيره ومنها أن لا يكون في القضاء حرج اذ الحرج مدفوع شرعا فأما وجوب الاداء في الوقت فليس من شرائط الوجوب هو الصحيح لان القضاء يجب استدرا كاللمصلحة الفائتة في الوقت وهو الثواب وفوات هذه المصلحة لا يقف على الوجوب فلا يكون وجوب الاداء شرطا لوجوب القضاء على ما عرف في الخلافيات واذا عرف هذا فنقول لا قضاء على الصبي والمجنون في زمان الصبا والجنون لعدم أهلية الوجوب ولا على الكافر لانه ليس من أهل وجوب العبادة اذ الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا فلا يجب عليهم بعد البلوغ والافاقة والاسلام أيضا لان في الايجاب عليهم حرجا لان مدة الصبا مديدة والجنون اذا استحكم وهو الطويل منه قلما يزول والاسلام من الكافر المقلد لآبائه وأجداده نادر فكان في الايجاب عليهم حرج وأما المغمى عليه فان أغمي عليه يوما وليلة أو أقل يجب عليه القضاء لانعدام الحرج وان زاد على يوم وليلة لا قضاء عليه لأنه يحرج في القضاء لدخول العبادة في حد التكرار وكذا المريض العاجز عن الايماء اذا فاتته صلوات ثم برأ فان كان أقل من يوم وليلة أو يوما وليلة قضاه وان كان أكثر لا قضاء عليه لما قلنا في المغمى عليه ومن المشايخ من قال في المريض انه يقضي وان امتد وطال لان المرض لا يعجزه عن فهم الخطاب بخلاف الاغماء والصحيح انه لا فرق بينهما لان سقوط القضاء عن المغمى عليه ليس لعدم فهم الخطاب بدليل انه لا قضاء على الحائض والنفساء وان كانتا تفهمان الخطاب بل لمكان الحرج وقد وجد في المريض وروى عن محمد ان الجنون القصير بمنزلة الاغماء ودلت هذه المسائل على ان سابقية وجوب الاداء ليست بشرط لوجوب القضاء وعلى هذا تخرج الصلوات الفائتة في أيام التشريق اذا قضاها في غير أيام التشريق انه يقضيها بلا تكبير لان في وقت القضاء صلاة مشروعة من جنس الفائتة وليس فيه تكبير مشروع من جنسه وهو الذي يجهر به وأما شرائط جواز القضاء فجميع ما ذكرنا انه شرط جواز الاداء فهو شرط جواز القضاء الا الوقت فانه ليس للقضاء وقت معين بل جميع الاوقات وقت له الا الثلاثة وقت طلوع الشمس ووقت الزوال ووقت الغروب فانه لا يجوز القضاء في هذه الاوقات لما مر ان من شأن القضاء أن يكون مثل الفائت والصلاة في هذه الاوقات تقع ناقصة والواجب في ذمته كامل فلا ينوب الناقص عنه وهذا عندنا وأما عند الشافعي فقضاء الفرائض في هذه الاوقات جائز كما قال بجواز اداء الفجر مع طلوع الشمس وكما يجوز اداء عصر يومه عند مغيب الشمس بلا خلاف واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها الا وقت لها غيره من غير فصل بين وقت ووقت والدليل عليه انه يجوز عصر يومه أداء فكذا قضاء ولنا عموم النهي عن الصلاة في هذه الاوقات بصيغته وبمعناه على ما نذكر في صلاة التطوع ان شاء الله تعالى وما رواه عام في الاوقات كلها وما رويه خاص في الاوقات الثلاثة فخصصها عن عموم الأوقات مع ما ان عند التعارض الرجحان للحرمة على الحل احتياطا لأمر العبادة بخلاف عصر يومه فان الاستثناء بعصر يومه ثبت في الروايات كلها فجوزناها ولانا لو لم نجوز لامرنا بالتفويت وتفويت الصلاة عن وقتها كبيرة وهي معصية من جميع الوجوه ولو جوزنا الأداء كان الأداء طاعة من وجه من حيث تحصيل أصل الصلاة وان كان معصية من حيث التشبيه بعبدة الشمس ولا شك ان هذا أولى ولأن الصلاة يتضيق وجوبها بآخر الوقت وفي عصر يومه يتضيق الوجوب في هذا الوقت الا ترى ان كافرا لو أسلم في هذا الوقت أو صبيا احتلم تلزمه هذه الصلاة والصلاة منهي عنها في هذا الوقت وقد وجبت عليه ناقصة وأداها كما وجبت بخلاف الفجر اذا طلعت فيها الشمس لان الوجوب يتضيق بآخر وقتها ولا نهي في آخر وقت الفجر وانما النهي يتوجه بعد خروج وقتها فقد وجبت عليه

الصلاة كاملة فلا تتأدى بالناقصة فهو الفرق والله أعلم وأما بيان كيفية قضاء هذه الصلوات فالاصل ان كل صلاة ثبت وجوبها في الوقت وفاتت عن وقتها انه يعتبر في كيفية قضائها وقت الوجوب وتقضى على الصفة التي فاتت عن وقتها لان قضاءها بعد سابقية الوجوب والفوت يكون تسليم مثل الواجب الفائت فلا بد وان يكون على صفة الفائت لتكون مثله الا لعذر وضرورة لان اصل الأداء يسقط بعذر فلأن يسقط وصفه لعذر أولى ولأن كل صلاة فاتت عن وقتها من غير تقدير وجوب الأداء لعذر مانع من الوجوب ثم زال العذر يعتبر في قضائها الحال وهي حال القضاء لا وقت الوجوب لان الوجوب لم يثبت فيقضى على الصفة التي هو عليها للحال لأن الفائت ليس بأصل بل أقيم مقام صفة الأصل خلفا عنه للضرورة وقد قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فيراعى صفة الأصل لا صفة الفائت كمن فاتته صلوات بالتيمم انه يقضيها بطهارة الماء اذا كان قادرا على الماء وعلى هذا يخرج المسافر اذا كان عليه فوائت في الاقامة انه يقضيها أربعا لانها وجبت في الوقت كذلك وفاتته كذلك فيراعى وقت الوجوب لا وقت القضاء وكذا المقيم اذا كان عليه فوائت السفر يقضيها ركعتين لانها فاتته بعد وجوبها كذلك فأما المريض اذا قضى فوائت الصحة قضاها على حسب ما يقدر عليه لعجزه عن القضاء على حسب الفوات وأصل الأداء يسقط عنه بالعجز فلأن يسقط وصفه أولى والصحيح انه اذا كان عليه فوائت المرض يقضيها على اعتبار حال الصحة لا على اعتبار حال الفوات حتى لو قضاها كما فاتته لا يجوز فان فاتته الصلاة بالايماء فقضاها في حال الصحة بالايماء لم تجز لان الايماء ليس بصلاة حقيقة لانعدام أركان الصلاة فيه وانما أقيم مقام الصلاة خلفا عنها لضرورة العجز على تقدير الأداء بالايماء فاذا لم يؤد بالايماء لم يقم مقامها فبقي الاصل واجبا عليه فيؤديه كما وجب والله أعلم وأما اذا فات شئ من هذه الصلوات عن الجماعة وأدرك الباقي كالمسبوق وهو الذي لم يدرك أول الصلاة مع الامام أو اللاحق وهو الذي أدرك أول الصلاة مع الامام ثم نام خلفه أو سبقه الحدث حتى صلى الامام بعض صلاته ثم انتبه أو رجع من الوضوء فكيف يقضى ما سبق به أما المسبوق فانه يجب عليه أن يتابع الامام فيما أدرك ولا يتابعه في التسليم فاذا سلم الامام يقوم هو الى قضاء ما سبق به لقوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ولو بدأ بما سبق به تفسد صلاته لانه انفرد في موضع وجب عليه الاقتداء لوجوب متابعة الامام فيما أدرك بالنص والانفراد عند وجوب الاقتداء مفسد للصلاة ولان ذلك حديث منسوخ بحديث معاذ رضي الله عنه حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم سن لكم سنة حسنة فاستنوا بها أمر بالاستنان بسنته فيقتضي وجوب متابعة الامام فيما أدرك عقيب الادراك بلا فصل فصار ناسخا لما كان قبله وأما اللاحق فانه يأتي بما سبقه الامام ثم يتابعه لانه في الحكم كانه خلف الامام لالتزامه متابعة الامام في جميع صلاته واتمامه الصلاة مع الامام فصار كانه خلف الامام ولهذا لا قراءة عليه لا سهو عليه كما لو كان خلف الامام حقيقة بخلاف المسبوق فانه منفرد لانه ما التزم متابعة الامام الا في قدر ما أدرك ألا ترى انه يقرأ أو يسجد لسهوه بخلاف اللاحق ولو لم يشتغل بما سبقه الامام ولكنه تابع الامام في بقية صلاته لا تفسد صلاته عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تفسد بناء على ان الترتيب في أفعال الصلاة الواحدة ليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والمسئلة قد مرت ثم ما أدركه المسبوق مع الامام هل هو أول صلاته أو آخر صلاته وكذا ما يقضيه اختلف فيهما قال أبو حنيفة وأبو يوسف ما أدركه مع الامام آخر صلاته حكما وان كان أول صلاته حقيقة وما يقضيه أول صلاته حكما وان كان آخر صلاته حقيقة وقال بشر بن غياث المريسي وأبو طاهر الدباس ان ما يصلى مع الامام أول صلاته حكما كما هو أول صلاته حقيقة وما يقضى آخر صلاته حكما كما هو آخر صلاته حقيقة وهو قول الشافعي وهو اختيار القاضي الامام صدر الاسلام البزدوي رحمه الله والمسئلة مختلفة بين الصحابة روي عن علي وابن عمر مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل قولهم وذكر الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري وقال وجدت في غير رواية الاصول عن محمد انه قال ما أدرك المسبوق مع الامام أول صلاته حقيقة وحكما وما يقضي آخر صلاته حقيقة وحكما كما قال أولئك الا في حق ما يتصل

الامام عنه وهو القراءة فانه يعتبر آخر صلاته وفائدة الخلاف تظهر في حق القنوت والاستفتاح فعلى قول أولئك يأتي
بالاستفتاح عقيب تكبيرة الافتتاح لا فيما يقضي لان ذلك أول صلاته حقيقة وحكما وكذا عند محمد لان هذا مما
لا يتحمل عنه الامام فكانت الركعة المدركة مع الامام أول صلاته في حق الاستفتاح فيأتي به هناك واما القنوت
فيأتي به ثانيا في آخر ما يقضي في قولهم لانه آخر صلاته وما أتى به مع الامام أتى بطريق التبعية وان كان في غير محله
فلا بد وان يأتي بعد ذلك في محله وعلى قول محمد ينبغي أن يأتي به ثانيا في آخر ما يقضي كما هو قول أولئك لان الامام
لا يتحمل القنوت عن القوم ومع ذلك روي عنه انه لا يأتي به ثانيا لان في القنوت عنه روايتان في رواية يتحمله
الامام لشبهه بالقراءة وعلى هذه الرواية لا يشكل انه لا يأتي به ثانيا لانه جعل المدرك مع الامام آخر صلاته في حق
القراءة وفي رواية عنه لا يتحمل الامام القنوت ومع هذا قال لا يأتي به المسبوق ثانيا لانه أتى به مرة مع الامام ولو أتى
به في غير محله فلا يأتي به ثانيا لانه يؤدي الى تكرار القنوت وهو غير مشروع في صلاة واحدة بخلاف التشهد حيث
يأتي به اذا قضى ركعة وان كان أتى به مع الامام في غير محله لانه وان أدى الى التكرار لكن التكرار في التشهد
مشروع في صلاة واحدة وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يأتي بالاستفتاح فيما أدرك مع الامام بل فيما
يقضي لان أول صلاته حكما هذا وهو ما يقضي لا ذاك ولا يأتي بالقنوت فيما يقضي لانه أتى به مع الامام في محله لان
ذاك آخر صلاته حكما وما يقضي أول صلاته ومحل القنوت آخر الصلاة لا أولها فتظهر فائدة الاختلاف بين أصحابنا
في الاستفتاح لا في القنوت وهكذا ذكر القدوري عن محمد بن شجاع البلخي ان فائدة الاختلاف بين أصحابنا
تظهر في حق الاستفتاح احتج المخالفون لاصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما ادركتم
فصلوا وما فاتكم فأتموا أطلق لفظ الاتمام على أداء ما سبق به واتمام الشيء يكون بآخره فدل ان الذي يقضي آخر
صلاته والدليل عليه وجوب القعدة على من سبق بركعتين من المغرب اذا قضى ركعة ولو كان ما يقضي أول صلاته
لما وجبت القعدة الواحدة لانها تجب على رأس الركعتين لا عقيب ركعة واحدة وكذا اذا قضى الركعة الثانية
تفترض عليه القعدة والقعدة لا تفترض عقيب الركعتين وكذا لو كان ما أدرك مع الامام آخر صلاته كان ما قعد
مع الامام في محله فيكون فرضا له كما للامام فلا يفترض ثانيا فيما يقضي كما لا يأتي بالقنوت عندكم ثانيا لحصول
ما أدرك مع الامام في محله ولا يلزمنا اذا سبق بركعتين من المغرب حيث يقضيهما مع قراءة الفاتحة والسورة
جميعا ولو كان ما يقضي آخر صلاته حقيقة وحكما لكان لا تجب عليه القراءة في الثانية من الركعتين اللتين
يقضيهما لانها ثالثة ولا تجب القراءة في الثالثة لانا نقول ان الامام وان كان لم يقرأ في الثالثة فلا بد للمسبوق من
القراءة فيها قضاء عن الاولى كما في حق الامام اذا لم يقرأ في الاولى يقضي في الثالثة وان كان قرأ فقراءته التي وجدت
في ثالثته ليست بفريضة وقراءة الامام انما تنوب عن قراءة المقتدي التي هي فرض على المقتدي اذا كانت
فرضا في حق الامام والقراءة في الثالثة ليست بفرض في حق الامام فلا تنوب عن المقتدي فيجب عليه
القراءة في الثالثة لهذا لا لانها أول صلاته وجه قول محمد ان المؤدى مع الامام أول الصلاة حقيقة وما يقضي
آخرها حقيقة وكل حقيقة يجب تقريرها الا اذا قام الدليل على التغيير وما أدرك في حق الامام آخر صلاته فتصير
آخر صلاة المقتدي بحكم التبعية الا ان التبعية تظهر في حق ما يتحمل الامام عن المقتدي لا في حق ما لا يتحمل
فلا يظهر فيه حكم التبعية فانعدم الدليل المغير فبقيت الحقيقة على وجوب اعتبارها وتقريرها وجه قول ابي حنيفة
وأبي يوسف ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء اسم
لما يؤدى من الفائت والفائت أول الصلاة فكان ما يؤديه المسبوق قضاء لما فاته وهو أول الصلاة والمعنى في المسئلة
ان المدرك لما كان آخر صلاة الامام يجب أن يكون آخر صلاة المقتدي اذ لو كان أول صلاته لفات الاتفاق بين الفرضين
وانه مانع صحة الاقتداء لان المقتدي تابع للامام فيقتضي الاتفاق أن يكون للتابع ما للمتبوع والا فاتت التبعية
والدليل على انعدام الاتفاق بين أول الصلاة وآخرها انهما يختلفان في حكم القراءة فان القراءة لا توجد في الاوليين

الا فرضا وتوجد فى الاخريين غير فرض وكذا تجب فى الاولين قراءة الفاتحة والسورة ولا تجب فى الاخريين وكذا الشفع الاول مشروع على الاصالة والشفع الثانى مشروع زيادة على الاول فان الصلاة فرضت فى الاصل ركعتين فاقرت فى السفر وزيدت فى الحضر على ماروى فى الخبر فينبغى ان لا يصح الاقتداء ومع هذا صح فدل على ثبوت الموافقة وذلك فى حق الامام آخر الصلاة فكذا فى حق المقتدى ولا حجة لهم فى الحديث لان تمام الشئ لا يكون بآخره لا محالة فان حد التمام ما اذا حررناه لم يحتج معه الى غيره وذا لا يختص باول ولا بآخر فان من كتب آخر الكتاب أولا ثم كتب أوله يصير متمما بالاول لا بالآخر وكذا قراءة الكتاب بأن قرأ أولا نصفه الاخير ثم الاول وأما وجوب القعدة بعد قضاء الاولين من الركعتين اللتين سبق بهما فنقول القياس أن يقضى الركعتين ثم يقعد الا انا استحسنا وتركنا القياس بالاثر وهو ماروى ان جندبا ومسروقا ابتليا بهذا فصلى جندب ركعتين ثم قعد وصلى مسروق ركعة ثم قعد ثم صلى ركعة أخرى فسألا ابن مسعود عن ذلك فقال كلاكما أصاب ولو كنت أنا لصنعت كما صنع مسروق وانما حكم بتصويبهما لما ان ذلك من باب الحسن والاحسن كما فى قوله تعالى فى قصة داود وسليمان عليهما الصلاة والسلام ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما فلا يؤدى الى تصويب كل مجتهد ويحمل على التصويب فى نفس الاجتهاد لا فيما أدى اليه اجتهاده على ماروى عن أبى حنيفة انه قال كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد والاول أصح ثم العذر عنه ان المدرك مع الامام أول صلاته حقيقة وفعلا لكنا جعلنا آخر صلاته حكما للتبعية وبعد انقطاع تحريمة الامام زالت التبعية فصارت الحقيقة معتبرة فكانت هذه الركعة ثانية هذا المسبوق والقعدة بعد الركعة الثانية فى المغرب واجبة ان لم تكن فرضا فينبغى أن يقعد وكذا القعدة بعد قضاء الركعتين افترضت لانها من حيث الحقيقة وجدت عقيب الركعة الاخيرة وصارت الحقيقة واجبة الاعتبار وقولهم انها وقعت فى محلها فلا يؤتى بها ثانيا قلنا هى وان وقعت فى آخر الصلاة فى حق المقتدى كما وقعت فى حق الامام غير انها ما وقعت فرضا فى حق المسبوق لان فرضيتها ما كانت لوقوعها فى آخر الصلاة بل لحصول التحلل بها حتى ان المتطوع اذا قام الى الثالثة انقلبت قعدته واجبة عندنا ولم تبق فرضا لانعدام التحلل فكذا هذه القعدة عندنا جعلت فعلا فى حق المسبوق وبعد الفراغ عما سبق جاء أوان التحلل فافترضت القعدة وأما حكم القراءة فى هذه المسئلة فنقول اذا أدرك مع الامام ركعة من المغرب ثم قام الى القضاء يقضى ركعتين ويقرأ فى كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة ولو ترك القراءة فى احداهما فسدت صلاته اما عندهما فلانه يقضى أول صلاته وكذا عند محمد فى حق القراءة والقراءة فى الاولين فرض فتركها يوجب فساد الصلاة وأما على قول المخالفين فلمسئلة أخرى على ماذكرنا وكذا اذا أدرك مع الامام ركعتين منها قضى ركعة بقراءة ولو أدرك مع الامام ركعة فى ذوات الاربع فقام الى القضاء قضى ركعة يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وسورة ويتشهد ثم يقوم فيقضى ركعة أخرى يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وسورة ولو ترك القراءة فى احداهما تفسد صلاته لما قلنا وفى الثالثة هو بالخيار والقراءة أفضل لما عرف ولو أدرك ركعتين منها قضى ركعتين يقرأ فيهما بفاتحة الكتاب وسورة ولو ترك القراءة فى احداهما فسدت صلاته لما ذكرنا ويستوى الجواب بين ما اذا قرأ امامه فى الاولين وبين ما اذا ترك القراءة فيهما وقرأ فى الاخريين قضاء عن الاولين وأدركه المسبوق فيهما لما ذكرنا فيما تقدم أن قراءة الامام فى الاخريين تلتحق بالاولين فخلو الاخريان عن القراءة فكانه لم يقرأ فيهما وأما اذا فات شئ عن محله ثم تذكره فى آخر الصلاة بان ترك شيأ من سجدات صلاته ساهيا ثم تذكره بعد ما قعد قدر التشهد قضاه سواء كان المتروك سجدة واحدة أو أكثر وسواء علم انه من أية ركعة تركه أو لم يعلم لكن الكلام فى كيفية القضاء وما يتعلق به وهى المسائل المعروفة بالسجدات

﴿فصل﴾ والكلام فى مسائل السجدات يدور على أصول منها ان السجدة الاخيرة اذا فاتت عن محلها وقضيت التحقت بمحلها على ما هو الاصل فى القضاء ومنها ان الصلاة اذا ترددت بين الجواز والفساد فالحكم بالفساد أولى وان كان للجواز وجوه وللفساد وجه واحد لان الوجوب كان ثابتا بيقين فلا يسقط بالشك ولان الاحتياط فيما

قلنا لان اعادة ماليس عليه أولى من ترك ما عليه ومنها ان السجدة المؤداة فى وقتها لا تحتاج الى النية والتى صارت بمحل القضاء لا بد لها من النية لانها اذا أديت فى محلها تناولتها نية أصل الصلاة فانها جعلت متناولة كل فعل فى محله المتعين له شرعا فاما ما وجد فى غير محله فلم تتناوله النية الحاصلة لاصل الصلاة ومنها ان الفعل متى دار بين السنة والبدعة كان ترك البدعة واجبا وتحصيل الواجب أولى من تحصيل السنة ومتى دار بين البدعة والفريضة كان التحصيل اولى لان ترك البدعة واجب والفرض أهم من الواجب ولان ترك الفرض يفسد الصلاة وتحصيل البدعة لا يفسدها فكان تحصيل الفرض أولى ومنها ان المتروك متى دار بين سجدة وركعة يأتى بالسجدة ثم يتشهد ثم يأتى بالركعة ثم يتشهد ثم يسلم و يأتى بسجدتى السهو وانما يبدأ بالسجدة لان المتروك ان كان سجدة فقد تمت صلاته فيتشهد وان كان المتروك ركعة لا يضره تحصيل زيادة السجدة وانما لا يبدأ بالركعة لان المتروك لو كان هو الركعة جازت صلاته ولو كان هو السجدة فاذا أتى بالركعة فقد زاد ركعة كاملة فى خلال صلاته قبل تمام الصلاة فانعقدت الركعة تطوعا فصار منتقلا من الفرض الى النفل قبل تمام الفرض فيفسد فرضه واذا سجد قعد لان المتروك لو كان سجدة تمت صلاته وافترضت القعدة ولو صلى ركعة قبل التشهد تفسد صلاته لانه يصير منتقلا من الفرض الى النفل قبل تمام الفرض ولو كان المتروك هو الركعة لا يضره تحصيل السجدة والقعدة وقد دارت بين الفرض والبدعة فكان التحصيل أولى ومنها ان زيادة ما دون الركعة قبل اكمال الفريضة لا يوجب فساد الفريضة بان زاد ركوعا أو سجودا أو قياما أو قعودا الا على رواية عن محمد ان زيادة السجدة الواحدة مفسدة فزيادة الركعة الكاملة قبل اكمال الفريضة يفسدها وذلك بأن يقيد الركعة بالسجدة لما مر من الفقه ومنها ان الترتيب فى أفعال الصلاة الواحدة لا يكون ركنا وتركه لا يفسد الصلاة عمدا كان أو سهوا عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم ومنها ان القعدة الأولى فى ذوات الأربع أو الثلاث من المكتوبات ليست بفريضة والقعدة الاخيرة فريضة لما مر أيضا ومنها ان سلام السهو لا يفسد الصلاة وان سجدتى السهو تجب بتأخير ركن عن محله وتؤدى بعد السلام عندنا وقد مر هذا أيضا ومنها ان ينظر فى تخريج المسائل الى المؤديات من السجدات والى المتروكات فنخرج على الاقل لانه أسهل وعند استوائهما يخير لاستواء الأمرين والله أعلم

واذا عرفت الأصول فنقول و بالله التوفيق اذا ترك سجدة من هذه الصلوات فالمتروك منه اما ان كان صلاة الفجر واما ان كان صلاة الظهر والعصر والعشاء واما ان كان صلاة المغرب والمصلى لا يخلو اما أن يكون زاد على ركعات هذه الصلوات أو لم يزد فان كان المتروك منه صلاة الغداة ولم يزد على ركعتيها فترك منها سجدة ثم تذكرها قبل أن يسلم أو بعد ما سلم قبل أن يتكلم سجدها سواء علم انه تركها من الركعة الاولى أو من الثانية أو لم يعلم لانها فاتت عن محلها ولم تفسد الصلاة بفواتها فلا بد من قضائها لانها ركن ولو لم يقض حتى خرج عن الصلاة فسدت صلاته كالقراءة فى الاوليين اذا فاتت عنهما تقضى فى الأخريين لانها ركن ولو لم تقض حتى خرج عن الصلاة فسدت صلاته فلا بد من القضاء وان فاتت عن محلها الاصلى لوجود المحل لقيام التحريمة كذا هذا وينوى القضاء عند تحصيل هذه السجدة لانها ان كانت من الركعة الاولى تحتاج الى النية لدخولها تحت القضاء وان كانت من الركعة الثانية لا تحتاج لان نية أصل الصلاة تناولته فعند الاشتباه يأتى بالنية احتياطا وقيل ينوى ما عليه من السجدة فى هذه الصلاة وكذلك كل سجدة متروكة يسجدها فى هذا الكتاب و يتشهد عقيب السجدة لان العود الى السجدة الصلبية يرفع التشهد لانه تبين انه وقع فى غير محله فلا بد من التشهد ولو تركه لا تجوز صلاته لان القعدة الأخيرة فرض فيتشهد و يسلم ثم يسجد للسهو ثم يتشهد ثم يسلم لما مر وان ترك منها سجدتين فان علم انه تركهما من ركعتين أو من الركعة الثانية فانه يسجدهما و يتشهد و يسلم ثم يسجد للسهو و يتشهد و يسلم لانه اذا تركهما من ركعتين فقد تقيد كل ركعة بسجدة وتوقف تمامها على سجدة فيسجد سجدتين على وجه القضاء فيتم صلاته واذا تركهما من الركعة الثانية فيقضيهما بسجدتين على وجه الأداء لوجودهما فى محلهما وان علم انه تركهما من الركعة الاولى صلى ركعة

واحدة لانه لما ركع ولم يسجد حتى رفع رأسه وقرأ وركع وسجد سجدتين صار مصليا ركعة واحدة لان الركوع وقع مكررا فلا بد وأن يلغو أحدهما لان ما وجد من السجدتين عقيب الركعة الثانية يلتحقان باحد الركوعين لكنهما يلتحقان بالاول أو بالآخر ينظر فى ذلك ان كان الركوع قبل القراءة يلتحقان بالركوع الثانى ويلغو الاول لانه وقع قبل أوانه اذا وانه بعد القراءة ولم توجد فلا يعتد به والركوع الثانى وقع فى أوانه فكان معتبرا حتى ان من أدرك الركوع الثانى كان مدركا للركعة كلها ولو أدرك الاول لا يكون مدركا للركعة وان كان الركوع الاول بعد القراءة والثانى كذلك فكذلك الجواب فى رواية باب السهو وفى رواية باب الحدث المعتبر هو الاول ويضم السجدتان للسهو ويلغو الثانى ومن أدرك الركوع الثانى دون الاول لم يكن مدركا لتلك الركعة وان لم يصل سجد سجدتين ثم صلى ركعة كاملة لانه ان كان ترك احدى السجدتين من الاولى والاخرى من الثانية فان صلاته تتم بسجدتين لان كل ركعة تقيدت بالسجدة فيلتحق بكل ركعة سجدة فتتم صلاته وتكون السجدتان على وجه القضاء لفواتهما عن محلهما وان كان تركهما من الركعة الاخيرة فليس عليه الا السجدتان أيضا الا انه اذا سجد سجدتين فقد حصلت السجدتان على وجه الاداء لهما ولهما بعدهما عقيب هذه الركعة فيحكم بجواز الصلاة ولا ركعة عليه فى هذين الوجهين وان كان تركهما من الركعة الاولى صلى ركعة ثم ما وجد من السجدتين عقيب الركعة الثانية يلتحقان بالركوع الاول ان كان الركوع بعد القراءة على رواية باب الحدث وحصل القيام والركوع مكررا فلم يكن بهما عبرة فحصل له ركعة واحدة فالواجب عليه قضاء ركعة وعلى رواية باب السهو تنصرف السجدتان الى الركوع الثانى لقربهما منه فعلا على ما مر ويرتفض الركوع الاول والقيام قبله ويلغوان فعلى الروايتين جميعا فى هذه الحالة تلزمه ركعة ففى حالتين يجب سجدتان وفى حالة ركعة فيجمع بين الكل ويبدأ بالسجدتين لامحالة لان المتروك ان كان سجدتين تم صلاته بهما وبالتشهد بعدهما فالركعة بعد تمام الفرض لا تضر وان كان المتروك ركعة فزيادة السجدتين وقعدة لا تضر أيضا ولو بدأ بالركعة قبل السجدتين تفسد صلاته لان المتروك ان كان ركعة فقد تمت صلاته بها وان كان سجدتان فزيادة الركعة قبل اكمال الفرض تفسد الفرض لما مر ويقعد بين السجدتين لما ذكرنا ان ذلك آخر صلاته على بعض الوجوه وينبغى أن ينوى بالسجدتين القضاء وان كان ذلك مترددا أخذ بالاحتياط ولو ترك ثلاث سجدات فان وقع تحريه على شئ يعمل به وان لم يقع تحريه على شئ يسجد سجدة ويصلى ركعة لان المؤدى أقل فيعتبر ذلك فنقول لا يتقيد بسجدة واحدة الا ركعة واحدة فعليه سجدة واحدة تكميلا لتلك الركعة ولا يتشهد ههنا لان بتحصيل ركعة لا يتوهم تمام الصلاة ليتشهد بل عليه أن يصلى ركعة أخرى ثم يتشهد ويسلم ويسجد للسهو الا أنه ينبغى أن ينوى بالسجدة قضاء المتروكة لجواز أنه انما أتى بسجدة بعد الركوع الاول فاذا لم ينو بهذه السجدة القضاء تتقيد بها الركعة الثانية فاذا قام بعدها وصلى ركعة كان متنفلا بها قبل اكمال الفريضة فتفسد صلاته واذا نوى بها القضاء التحقت بمحلها وانتقض الركوع المؤدى بعدها لان ما دون الركعة يحتمل النقض فلهذا ينوى بها القضاء ولم يذكر محمد رحمه الله انه لو ترك أربع سجدات ماذا يفعل وقيل انه يسجد سجدتين ثم يقوم فيصلى ركعة من غير تشهد بين السجدتين والركعة لانه فى الحقيقة قام وركع مرتين فسجد سجدتين الحق باحد الركوعين على اختلاف الروايتين ويلغو الركوع الآخر وقيامه ويحصل له ركعة وبعد ذلك ان صلى ركعة تمت صلاته والله تعالى أعلم وان ترك من الظهر أو من العصر أو من العشاء سجدة فيسجد سجدة ويتشهد على ما ذكرنا فى الفجر ولو ترك سجدتين يسجد سجدتين ويصلى ركعة وعليه سجدتا السهو لانه ان تركهما من ركعتين أيتهما كانتا فعليه سجدتان وكذا لو تركهما من الركعة الاخيرة ولو تركهما من احدى الثلاث الاول فعليه ركعة لان قياما وركوعا ارتفضا على اختلاف الروايتين فاذا كان يجب فى حال ركعة وفى حال سجدتان يجمع بين الكل احتياطا واذا سجد سجدتين يقعد لجواز انه آخر صلاته والقعدة الاخيرة فرض وينوى بالسجدتين ما عليه لجواز ان تركهما من ثنتين قبل الاخيرة أو من ركعة قبلها ويبدأ بالسجدتين احتياطا لما بينا ولو ترك ثلاث سجدات سجد ثلاث سجدات

ويصلي ركعة لان من الجائز انه ترك ثلاث سجدات من الثلاث الاول فيقيد كل ركعة بسجدة فعليه ثلاث سجدات
ومن الجائز انه ترك سجدة من احدى الثلاث الاول وسجدتين من الرابعة فيتم الرابعة بسجدتين و يلحق سجدة
بمحلها ومن الجائز انه ترك سجدتين من ركعة من الثلاث الاول وسجدة من ركعة فيلغو قيام وركوع على اختلاف
الروايتين فعليه سجدة لتنضم الى تلك الركعة التي سجد فيها سجدة وركعة فعليه ثلاث سجدات في حالتين وركعة في
حال فيجمع بين الكل ويقدم السجدات على الركعة لما بينا وينوي بالسجدات الثلاث ماعليه لما مر و يجلس بين
السجدات والركعة لما مر فان ترك أربع سجدات يسجد أربع سجدات و يصلي ركعتين لانه لو ترك أربع سجدات
من أربع ركعات فعليه أربع سجدات ولو ترك سجدتين من ركعتين من الثلاث الاول وسجدتين من الرابعة فعليه
أربع سجدات ولو ترك الأربع كلها من الركعتين من الثلاث الاول وسجد سجدتين في ركعة منها وسجدتين في
الرابعة فقد لغا قيامان وركوعان فكان الواجب عليه ركعتان ولو ترك سجدتين من ركعة من احدى الثلاث الاول
وسجدتين من ركعتين من الثلاث فعليه ركعة وسجدتان فيجمع بين الكل احتياطا فيسجد أربع
سجدات و يصلي ركعتين و يقدم السجدات على الركعتين لان تقديمها لا يضر وتقديم الركعتين يفسد الفرض
على بعض الوجوه لما بينا والصلاة اذا فسدت من وجه يحكم بفسادها احتياطا لما مر و ينوي في ثلاث
سجدات ماعليه لان ثنتين فيها قضاء لا محالة والرابعة ليست بقضاء لا محالة لانها اما ان كانت زائدة أو من الرابعة
فلا ينوي فيها والثالثة محتملة يحتمل انها من الرابعة و يحتمل انها من احدى الثلاث الاول فينوي احتياطا
واذا سجد أربع سجدات يتشهد لاحتمال ان ذلك آخر صلاته والقعدة الاخيرة فريضة ثم يقوم فيصلي
ركعة ثم يتشهد لان من الجائز ان عليه ركعة وسجدتين فيكون ما بعد الركعة آخر صلاته فلا بد من القعدة فيقعد ثم
يقوم و يصلي ركعة أخرى و يقعد و يسلم ثم يسجد سجدتي السهو و يقعد و يسلم وان ترك خمس سجدات يسجد
ثلاث سجدات و يصلي ركعتين وههنا يعتبر المؤدى لانه أقل فهذا رجل سجد ثلاث سجدات فان سجدها في
ثلاث ركعات تقيدت ثلاث ركعات فعليه ثلاث سجدات وركعة ولو سجد سجدتين في ركعة وسجدة في ركعة
فعليه سجدة وركعتان ففي حال عليه ثلاث سجدات وركعة وفي حال ركعتان وسجدة فيجمع بين الكل
احتياطا فيسجد ثلاث سجدات و يصلي ركعتين و يقدم السجدات على الركعتين لما بينا واذا سجد ثلاث سجدات
فهل يقعد قبل أن يصلي الركعتين عند عامة المشايخ لا يقعد لانه لو كان سجد ثلاث سجدات في ثلاث ركعات فاذا سجد
ثلاث سجدات فقد التحقت بكل ركعة سجدة فتمت له الثلاث والقعدة على رأس الثالثة بدعة ولو كان سجد
سجدتين في ركعة وسجدة في ركعة فاذا سجد ثلاث سجدات فقد تمت له ركعتان وسجدتان الا ان السجدتين لغتا
والقعدة على رأس الركعتين عند بعض مشايخنا سنة فدارت القعدة بين السنة والبدعة فكان ترك البدعة أولى
وعند بعض مشايخنا وان كانت واجبة لكن ترك البدعة فرض وهو أهم من الواجب فكان ترك البدعة أولى وعند
بعض مشايخنا أنه يقعد بعد السجدات الثلاث لان القعدة لما دارت بين الواجب وترك البدعة كان تحصيل الواجب
مستحبا فقالوا يقعد ههنا قعدة مستحبة لا مستحقة لان الواجب ملحق بالفرض في حق العمل ثم بعد ذلك يصلي ركعة
و يقعد لان هذه رابعته من وجه بأن كان أدى السجدات الثلاث في ثلاث ركعات فاذا سجد ثلاث سجدات تمت له
ثلاث ركعات واذا صلى ركعة فهذه رابعته والقعدة بعدها فرض وهي ثالثته من وجه بأن أدى السجدتين من ركعة
وسجدة من ركعة فاذا سجد ثلاث سجدات التحقت سجدة بالركعة التي سجد فيها سجدة وتمت له ركعتان فكانت
هذه ثالثته والقعدة بعدها بدعة فدارت بين الفرض والبدعة فيغلب الفرض لان ترك البدعة وان كان فرضا
واستويا من هذا الوجه لكن ترجحت جهة الفرض لما في ترك الفرض من ضرر وجوب القضاء ثم بعد التشهد يقوم
فيصلي ركعة أخرى ثم يتشهد و يسلم و يسجد سجدتي السهو ثم يتشهد ثم يسلم ولو ترك ست سجدات يسجد سجدتين
و يصلي ثلاث ركعات لانه ما سجد الا سجدتين فان سجدهما في ركعة فعليه ثلاث ركعات وان سجدهما في ركعتين

فعليه سجدتان لتتم الركعتان وركعتان أخراوان فيجمع بين الكل احتياطا ويقدم السجدتين لما قلنا وبعد السجدتين هل يجلس أم لا على ما ذكرنا من اختلاف المشايخ لان القعدة دائرة بين انها بعد ركعة أم بعد ركعتين لانه ان كان سجد السجدتين فى ركعة كانت القعدة بعد ركعة وان كان سجدهما فى ركعتين كانت القعدة بين الركعتين وبعد ركعة بدعة وبعدهما عند بعضهم سنة وعند بعضهم واجبة وكذا هذا الاختلاف فيما اذا صلى بعد السجدتين ركعة واحدة لكون الركعة دائرة بين كونها ثانية وبين كونها ثالثة لانه ان كان سجد السجدتين فى ركعة كانت هذه الركعة ثانية وان كان سجدهما فى ركعتين كانت هذه الركعة ثالثة واذا صلى ركعة أخرى يجلس بالاتفاق لكونها دائرة بين كونها رابعة وبين كونها ثالثة فافهم ولو ترك سبع سجدات يسجد سجدة ويصلى ثلاث ركعات لانه ما سجد الا سجدة واحدة فلم تتقيد الا ركعة فعليه سجدة لتتم هذه الركعة وثلاث ركعات لتتم الأربع ولو ترك ثمان سجدات يسجد سجدتين ويصلى ثلاث ركعات لانه أتى بأربع ركعات فاذا أتى بسجدتين يلتحقان بركوع واحد ويرتفض الباقى على اختلاف الروايتين فيصير مصليا ركعة فيكون عليه ثلاث ركعات لتتم الأربع ولو ترك من المغرب سجدة سجدها لا غير لما مر وان ترك سجدتين يسجد سجدتين ويصلى ركعة لما بينا ويقعد بعد السجدتين لجواز ان فرضه تم بأن تركهما من ركعتين والركعة تكون تطوعا فلا بد من القعود وان ترك ثلاث سجدات يسجد ثلاث سجدات ويصلى ركعة لانه ان ترك ثلاث سجدات من ثلاث ركعات فاذا سجدها فقد تمت صلاته فيتشهد وان ترك سجدة من احدى الأوليين وسجدتين من الثالثة فعليه ثلاث سجدات وان ترك سجدتين من احدى الأوليين فعليه سجدة وركعة فيجمع بين الكل ولو ترك أربع سجدات يسجد سجدتين ويصلى ركعتين والعبرة فى هذا للمؤداة لانها أقل فهذا رجل سجد سجدتين فان سجدهما فى ركعة فقد صلى ركعة فيصلى ركعتين أخراوين وان سجدهما فى ركعتين فقد تقيد بكل سجدة ركعة فعليه سجدتان ليتمها ثم يصلى ركعة ففى حال عليه ركعتان وفى حال سجدتان وركعة فيجمع بين الكل احتياطا ويسجد سجدتين ويصلى ركعتين وبعد السجدتين الجلسة مختلف فيها وأكثرهم على أنه لا يقعد على ما مر وبين الركعتين يجلس لا محالة لجواز انها ثالثة وان ترك خمس سجدات يسجد سجدة ويصلى ركعتين لكن ينبغى أن ينوى بهذه السجدة عن الركعة التى قيدها بالسجدة لانه لو لم ينو وقد كان قيد الركعة الأولى بالسجدة لالتحقت هذه السجدة بالركوع الثانى أو الثالث على اختلاف الروايتين فيتقيد له ركعتان يتوقفان على سجدتين فاذا صلى ركعتين قبل أدائهما بين السجدتين اللتين تتم بهما الركعتان المقيدتان فسدت فرضية صلاته فاذا نوى بهذه السجدة عن الركعة التى تقيدت بتلك السجدة تمت به فبعد ذلك يصلى ركعتين ويقعد بين الركعتين لان هذه ثانيته بيقين فلم يكن فى القعدة شبهة البدعة ولو ترك ست سجدات يسجد سجدتين ويصلى ركعتين لانه أتى بثلاث ركعات فيسجد سجدتين لتلتحقا بركوع منها على اختلاف الروايتين فتتم له ركعة ثم يصلى ركعة ويقعد لعدم شبهة البدعة ثم أخرى ويقعد فرضا هذا اذا كان لم يزد على عدد ركعات صلاته فاما اذا زاد بان صلى الغداة ثلاث ركعات فان ترك منها سجدة فسدت صلاته وكذلك اذا ترك سجدتين وثلاثا وان ترك أربعا لم تفسد والأصل فى هذه المسائل ان الصلاة متى دارت بين الجواز والفساد يحكم بفسادها احتياطا وان من انتقل من الفرض الى النفل وقيد النفل بالسجدة قبل اتمام الفرض بأن بقى عليه القعدة الاخيرة أو بقى عليه سجدة فسدت صلاته لما مر أن من ضرورة دخوله فى النفل خروجه عن الفرض وقد بقى عليه ركن فيفسد فرضه كما لو اشتغل بعمل آخر قبل تمام الفرض وأصل آخر انه اذا زاد على ركعات الفرض ركعة يضم الركعة الزائدة الى الركعات الاصلية وينظر الى عددها ثم ينظر الى سجدات عددها فتكون سجدات الفجر بالمزيد ستا لانها مع الركعة الزائدة ثلاث ركعات ولكل ركعة سجدتان وسجدات الظهر بالمزيد عشرا وسجدات المغرب بالمزيد ثمانيا ثم ينظر ان كان المتروك أقل من النصف أو النصف يحكم بفساد صلاته لان من الجائز انه أتى فى كل ركعة بسجدة فتتقيد ركعات الفرض كلها ثم انتقل منها الى الركعة الزائدة

وهى تطوع قبل أداء تلك السجدات فتفسد صلاته وان كان المتروك أكثر من النصف يعلم يقينا أن المفروض مع الزائد لم يتقيد الكل فان الفجر مع الزائد لم يتقيد بسجدتين بل لو تقيد تقيد ركعتان لا غير لان ثلاث ركعات لا يتصور أن تتقيد بسجدتين فلم يوجد الانتقال الى النفل بعد وكذا خمس ركعات فى الظهر لا يتصور أن تتقيد بأربع سجدات ولا المغرب مع الزيادة بثلاث سجدات فلا يتحقق الانتقال الى النفل ثم فى كل موضع لم تفسد فتكون المؤديات أقل لا محالة فينظر الى المؤديات فى ذلك الفرض ثم يتمم الفرض على ما بينا واذا عرفت هذه الاصول فنقول اذا صلى الغداة ثلاث ركعات وترك منها سجدة فسدت صلاته لانه ان تركها من الاولى أو من الثانية فسدت لانه لما قيد الثالثة بسجدة فقد انعقدت نفلا فصار خارجا من الفرض ضرورة دخوله فى النفل فخرج من الفرض وقد بقى عليه منه سجدة ففسد فرضه كما لو صلى الفجر ركعتين وترك منها سجدة فلم يسجدها حتى قام وذهب وان تركها من الثالثة لا تفسد فدارت بين الجواز والفساد فحكم بالفساد فان ترك سجدتين ان ترك سجدة من الأولى وسجدة من الثانية فسدت صلاته لتقيد كل واحدة من ركعتى الفرض بسجدة ثم دخل فى النفل قبل الفراغ من الفرض وكذا ان ترك سجدة من احدى الأوليين وسجدة من الثالثة لان ترك سجدة من الأوليين يكفى لفساد الفرض لما قلنا وان تركهما من الثالثة لا يفسد فرضه لانه قد صلى ركعتين كل ركعة بسجدتين فاذا فى حالين تفسد وفى حال تجوز ولو كانت تجوز فى حالين وتفسد فى حال للزم الفساد فههنا أولى وذكر محمد فى الأصل فى هذه المسئلة قولين أما أحدهما فتفسد صلاته والقول الآخر لا تفسد صلاته وان أراد بالقولين الوجهين اللذين يحتمل أحدهما الجواز والآخر الفساد على ما بينا فحكم بالفساد ومن المشايخ من حقق القولين فقال فى قول تفسد لما قلنا وفى قول لا تفسد لانه يحمل على ان السجدتين المتروكتين من الثالثة تحريا للجواز وهذا غير سديد لانه لو كان كذلك لوجب أن يكون فيما اذا ترك سجدة واحدة قولان فى قول لا تفسد لانه يحمل على انه تركها من الثالثة تحريا للجواز وكذلك لو ترك ثلاث سجدات تفسد لما قلنا ولو ترك أربع سجدات لا تفسد لان المتروك أكثر من النصف فهذا الرجل ما سجد الا سجدتين سواء سجدهما فى ركعتين أو فى ركعة واحدة فلم يصر بذلك خارجا من الفرض الى النفل لان الزائد على الركعتين أقل من ركعة فلم يصر منتقلا الى النفل بعد فلا يفسد فرضه وعليه أن يسجد سجدتين ويتشهد ولا يسلم ثم يقوم ويصلى ركعة كاملة لانه قد أتى بسجدتين فان كان أتى بهما فى ركعتين فعليه سجدتان لا غير وان كان أتى بهما فى ركعة واحدة فعليه ركعة كاملة فيجمع بين الكل احتياطا ويسجد سجدتين أولا ويتشهد ثم يقوم ويصلى ركعة لما ذكرنا فيما تقدم وصار هذا كما لو صلى الغداة ركعتين وترك منها سجدتين وجوابه ما ذكرنا كذا هذا وكذلك لو ترك خمس سجدات لا تفسد لان هذا الرجل ما صلى الا ركعة واحدة فيسجد سجدة أخرى لتتم الركعة ثم يصلى ركعة أخرى كما اذا صلى الغداة ركعتين وترك منها ثلاث سجدات والجواب فيه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك لو ترك ست سجدات لانه لم يسجد شيأ وانما ركع ثلاث ركوعات فيأتى بسجدتين حتى يصير له ركعة كاملة ثم يصلى ركعة أخرى كما اذا صلى الفجر ركعتين وترك منها أربع سجدات وعلى هذا اذا صلى الظهر أو العصر أو العشاء خمسا وترك منها سجدة ثم قام وذهب ولو ترك منها سجدتين فكذلك الجواب ان تركهما من الأربع الأول وكذلك ان ترك ثلاثا أو أربعا أو خمسا لاحتمال انه ترك من كل ركعة سجدة وترك ثلاثا من ثلاث وأربعا من الاربع وخمسا من خمس وذلك جهة الفساد ولو ترك ست سجدات لا تفسد لان المتروك ههنا أكثر لانه ما سجد الا أربع سجدات فيسجد أربع سجدات أخر ثم يقوم ويصلى ركعتين ويكون كما اذا صلى أربع ركعات وترك منها أربع سجدات والجواب والمعنى فيه ما ذكرنا هنالك كذا ههنا وكذلك ان ترك منها سبعا أو ثمانيا أو تسعا أو عشرا فالجواب فيه كالجواب فيما اذا صلى أربعا وترك ثلاث سجدات أو سجدتين أو سجدة أو لم يسجد رأسا لا يختلف الجواب ولا المعنى وقد مر ذلك كله وكذلك لو صلى المغرب أربع ركعات وترك منها سجدة أو سجدتين أو ثلاثا أو أربعا فسدت صلاته لما ذكرنا فى الظهر والعصر والعشاء اذا صلاها خمسا وترك منها خمس سجدات أو أقل وان ترك منها

خمس سجدات أو ستا أو سبعا لا تفسد و ينظر الى المؤدى و يكون حكمه حكم ما اذا صلى المغرب ثلاثا وترك منها ثلاث
سجدات أو أربعا أو خمسا وهناك ينظر الى المؤدى من السجدات فيضم الى كل سجدة أداها سجدة ثم يتم صلاته
على نحو ما ذكرناه هناك كذا ههنا ولو كبر رجل خلف الامام ثم نام فصلى امامه أربع ركعات وترك من كل ركعة
سجدة ثم أحدث فقدم النائم بعد ما انتبه فانه يشير اليهم حتى لا يتبعوه فيصلي ركعة وسجدة ثم يسجد فيتبعه القوم
فى السجدة الثانية وكذا يصلى الثانية والثالثة والرابعة والامام مسىء بتقديمه النائم ينبغى له أن يقدم من أدرك
أول صلاته وكذا لو لم ينم ولكنه أحدث فتوضأ ثم جاء فقدمه فهذا حكمه مسافرا كان أو مقيما لا ينبغى للامام أن
يقدمه ولا له أن يتقدم لانه لا يقدر على اتمام الصلاة على الوجه لأنه ان اشتغل بقضاء السجدات كما وجب على
الامام الأول لصار مرتكبا أمرا مكروها لأنه مدرك والمدرك يأتى بالأول فالأول وان ابتدأ الأول فالأول فقد
ألجأ القوم الى زيادة مكث فى الصلاة فانه يحتاج الى أن يشير لئلا يتبعوه فى كل ركعة مع سجدة فاذا سجد السجدة
الثانية يتابعونه لانهم صلوا الركعات فليس لهم أن يصلوا ثانيا فلما كان تقدمه يؤدى الى أحد أمرين مكروهين
لا ينبغى للامام أن يقدمه ولا أن يتقدم هو ولو تقدم مع هذا واشتغل بالمتروكات أولا وتابعه القوم جاز لكونه خليفة
الامام الاول ثم وان كانت هذه السجدات لا تحتسب من صلاته لا يصير اقتداء المفترض بالمتنفل لان هذا لا يعد منه
نفلا بل هو فى أداء هذه الافعال قائم مقام الاول وجعل كأنه يؤدى الفرض نظيره ما ذكرنا فيما تقدم ان اماما لو رفع
رأسه من الركوع فسبقه الحدث فقدم رجلا جاء ساعتئذ فتقدم انه يتم صلاة الامام فيسجد سجدتين ثم يقوم الى
الركعة الثانية وان كانت السجدتان غير محسوبتين فى حقه فان الواجب عليه أن يقضى الركعة التى سبق بها
بسجدتيها ومع ذلك جازت امامته لان السجدتين فرضان على الامام الاول وهو قائم مقامه ولو بدأ بالاول فالاول
يصلى ركعة ويشير الى القوم لئلا يتبعوه لانهم صلوا هذه الركعة بسجدة فاذا سجد السجدة الثانية تابعه القوم لانهم
لم يسجدوا هذه السجدة هكذا فى الركعات كلها واذا فعل هكذا جازت صلاته وصلاة القوم عند بعض مشايخنا وعند
بعضهم تفسد صلاة الكل وانما وقع الاختلاف بينهم لان محمدا قال فى الكتاب بعد ما حكى جواب أبى حنيفة انه
يصلى الاول فالاول والقوم لا يتابعونه فى كل ركعة فاذا انتهى الى السجدة تابعوه حكى محمد رحمه الله هذا ثم قال قلت
أما تفسد عليه قال فلماذا قلت ان الامام مرة يصير اماما للقوم وغير امام مرة وهذا قبيح ولو كان هذا ركعة استحسنت
فى ركعة ذكر محمد سؤاله هذا ولم يذكر جواب أبى حنيفة فمن مشايخنا من جعل حكاية هذا السؤال مع ترك الجواب
اخبارا عن الرجوع وقال تفسد صلاته واعتمد على ما احتج به محمد وتقريره ان الاستخلاف ينبغى أن لا يجوز لان
المؤتم يصير اماما وبين كونه مؤتما تابعا وبين كونه اماما متبوعا منافاة والصلاة فى نفسها لا تتجزأ حكما فمن كان فى
بعض تابعا لا يجوز أن يصير متبوعا فى شىء منها لان صيرورته تابعا فى شىء بمنزلة صيرورته تابعا فى الكل لضرورة عدم
التجزى وكذا صيرورته متبوعا فى بعض يصير بمنزلة صيرورته متبوعا فى الكل لعدم التجزى فاذا كان فى بعضها حسا
تابعا وفى بعضها متبوعا كأنه فى الكل تابع وفى الكل متبوع حكما لعدم التجزى حكما وذا لا يجوز الا أنا جوزنا
الاستخلاف بالنص فيتقدر الجواز بقدر ما ورد فيه النص والنص ما ورد فيما يصير اماما مرارا ثم يصير مؤتما وهذا
فى كل ركعة يؤديها مؤتما فاذا انتهى الى السجدة المتروكة من كل ركعة يصير اماما فبقى على أصل ما يقتضيه الدلائل
وقول محمد استحسنت هذا فى ركعة واحدة أراد بذلك ان الامام لو ترك سجدة لا غير من ركعة فاستخلف هذا النائم
وابتدأ الاول فالاول والقوم يتربصون بلوغه تلك السجدة فاذا سجدها سجدوا معه ثم بعده يصير مؤتما ففى هذا القياس
أن تفسد لانه يصير اماما مرة ومؤتما مرتين الا انا استحسنا وقلنا انه يجوز لان مثل هذا فى الجملة جائز فان الامام اذا
سبقه الحدث فقدم مسبوقا يجوز وقبل الاستخلاف كان مؤتما وبعد الاستخلاف الى تمام صلاة الامام كان اماما
ثم اذا تأخر وقدم غيره حتى سلم وقام المسبوق الى قضاء ما سبق عاد مؤتما من وجه بدليل انه لو اقتدى به غيره لم يجز اما
فى مسئلتنا فيصير مؤتما واماما مرارا الا أن أكثر مشايخنا اجوزوا وقالوا لا تفسد صلاته ولا يجعل هذا رجوعا من

أبي حنيفة مع عدم النص على الرجوع ويحتمل انه أجاب أبو حنيفة ومحمد لم يذكر الجواب ووجه ذلك ان جواز الاستخلاف ان ثبت نصا لكونه معقول المعنى وهو الحاجة الي اصلاح الصلاة على ما بينا فيما تقدم والحاجة ههنا متحققة فيجوز وقوله ان بين كون الشخص الواحد تابعا ومتبوعا منافاة قلنا في شئ واحد مسلم اما في شيئين فلا والصلاة أفعال متغايرة حقيقة فجاز أن يكون الشخص الواحد تابعا في بعضها ومتبوعا في بعض وبه تبين ان الصلاة متجزئة حقيقة لانها افعال متغايرة الا في حق الجواز والفساد وهذا لان البعض موجود حقيقة فارتفاعه يكون بخلاف الحقيقة فلا يثبت الا بالشرع وفي حق الجواز والفساد قام الدليل بخلاف الحقيقة فغيرها فلم تبق متبعضة متجزئة في حقهما فاما في حق التبعية والمتبوعية في غير أوان الحاجة انعقد الاجماع وفي أوان الحاجة لا اجماع والحقائق تتبدل بقدر الدليل الموجب للتغير والتبدل ولا دليل في هذه الحالة بل ورد الشرع بتقرير هذه الحقيقة حيث جوز الاستخلاف فعلم ان الاستخلاف عند الحاجة جائز وكون الانسان مرة تابعا ومرة متبوعا غير مانع وينظر الي الحاجة لا الى ورود الشرع في كل حالة من أحوال الحاجة ألا ترى ان في الركعة الواحدة التي استحسن محمد لم يرد الشرع الخاص وما استدل به من مسئلة المسبوق لم يرد الشرع الخاص فيه وانما جاز لما ذكرنا من اعتبار الحقيقة في موضع لم يرد الشرع بتغيرها ومن جعل ورود الشرع بالجواز لذى الحاجة ورودا في كل محل تحققت الحاجة ألا ترى ان الشرع لم يرد بصلاة واحدة بالائمة الخمسة ومع ذلك جاز عند الحاجة وكذا الواحد اذا ائتم فسبق الامام الحدث تعين هذا الواحد للامامة فاذا جاء الاول صار مقتديا به ثم لو سبق الثانى حدث تعين الاول للامامة ثم اذا جاء هذا الثانى وسبق الاول حدث تعين هذا الثانى للامامة هكذا مرارا لكن لما تحققت الحاجة جوز وجعل النص الوارد في الاستخلاف واردا في كل محل تحققت الحاجة فيه فكذا هذا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما صلاة الجمعة فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان فرضيتها وفي بيان كيفية الفريضة وفي بيان شرائطها وفي بيان قدرها وفي بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها اذا فسدت أو خرج وقتها وفي بيان ما يستحب في يوم الجمعة وما يكره فيه أما الاول فالجمعة فرض لا يسع تركها ويكفر جاحدها والدليل على فرضية الجمعة الكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالي يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله قيل ذكر الله هو صلاة الجمعة وقيل هو الخطبة وكل ذلك حجة لان السعى الى الخطبة انما يجب لاجل الصلاة بدليل ان من سقطت عنه الصلاة لا يجب عليه السعى الى الخطبة فكان فرض السعى الى الخطبة فرضا للصلاة ولان ذكر الله يتناول الصلاة ويتناول الخطبة من حيث ان كل واحد منهما ذكر الله تعالى وأما السنة فالحديث المشهور وهو ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى فرض عليكم الجمعة في مقامى هذا في يومى هذا في شهرى هذا في سنتى هذه فمن تركها في حياتى أو بعد مماتى استخفافا بها او جحودا عليها وتهاونا بحقها وله امام عادل أو جائر فلا جمع الله شمله ولا بارك له في أمره ألا لا صلاة له ألا لا زكاة له ألا لا حج له ألا لا صوم له الا أن يتوب فمن تاب تاب الله عليه وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ترك ثلاث جمع تهاونا طبع الله على قلبه ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بترك الفرض وعليه اجماع الامة

﴿فصل﴾ وأما كيفية فرضيتها فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة وأبو يوسف ان فرض الوقت هو الظهر في حق المعذور وغير المعذور لكن غير المعذور وهو الصحيح المقيم الحر مأمور باسقاطه بأداء الجمعة حتما والمعذور مأمور باسقاطه على سبيل الرخصة حتى لو أدى الجمعة يسقط عنه الظهر وتقع الجمعة فرضا وان ترك الترخص يعود الامر الى العزيمة ويكون الفرض هو الظهر لا غير وعن محمد قولان في قول قال فرض الوقت هو الجمعة ولكن له أن يسقطه بالظهر رخصة وفي قول قال الفرض احدهما غير عين ويتعين ذلك بتعيينه فعلا فايما فعل تبين انه هو الفرض وقال زفر وقت الفرض هو الجمعة والظهر بدل عنها وهذا كله قول أصحابنا وقال الشافعى الجمعة ظهر قاصر وعندنا هى صلاة مبتدأة غير صلاة الظهر وفائدة الاختلاف تظهر في بناء الظهر على تحريمة الجمعة بأن خرج

وقت الظهر وهو في صلاة الجمعة فعند أصحابنا يستقبل الظهر وعنده يتمها ظهرا أما الكلام مع الشافعي فانه احتج بما روى عن عمر وعائشة رضي الله عنهما انهما قالا انما قصرت الجمعة لاجل الخطبة ولان الوقت سبب لوجوب الظهر والوقت متى جعل سببا لوجوب صلاة كان سببا لوجوبها في كل يوم كسائر أوقات الصلاة ثم اذا وجد سبب القصر تقصر كما تقصر بعذر السفر وههنا وجد سبب القصر وهو الخطبة ومشقة قطع المسافة الى الجامع ولنا أن الجمعة مع الظهر صلاتان متغايرتان لانهما مختلفتان شروطا لما نذكر اختصاص الجمعة بشروط ليست للظهر والفرض الواحد لا تختلف شروطه بالقصر فكانا غيرين فلا يصح بناء أحدهما على الآخر كبناء العصر على الظهر بعد خروج وقت الظهر وأما حديث عمر وعائشة رضي الله عنهما ففيه بيان علة القصر أما ليس فيه أن المقصور ظهر وماذكره من المعنى غير سديد لان الوقت قد يخلو عن فرضه اداء لعذر من الاعذار كوقت العصر عن العصر يوم عرفة بعرفة ووقت المغرب عن المغرب ليلة المزدلفة فكذا ههنا جاز أن يخلو وقت الظهر عن الظهر اداء ان كان لا يخلو عنه وجوبا لكنه يسقط عنه باداء الجمعة على مانذكر وأما الخلاف بين أصحابنا رحمهم الله فبناء على الخلاف في كيفية العمل بالاحاديث المشهورة المتعارضة من حيث الظاهر فانه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال وأول وقت الظهر حين تزول الشمس ونحو ذلك من الاحاديث من غير فصل بين الجمعة وغيره وقد وردت الاحاديث المشهورة في فرضية صلاة الجمعة في هذا الوقت بعينه على ماذكرنا والجمع بينهما فعلا غير مشروع بلا خلاف بين الائمة فمحمد رحمه الله على أحد قوليه عمل بطريق التناسخ فجعل الآخر وهو حديث الجمعة ناسخا للاول على ما هو الأصل عند معرفة التاريخ الا أنه رخص له أن يسقط الجمعة بالظهر وعلى القول الآخر قال انه قام دليل فرضية كل واحدة من الصلاتين ولا سبيل الى القول بفرضيتهما على الجمع ولهذا لو فعل احداهما أيتهما كانت سقط الفرض عنه فكان الفرض احداهما غير عين وانما يتعين بفعله وأبو حنيفة وأبو يوسف عملا بالاحاديث بطريق التوفيق اذ العمل بالحديثين أولى من نسخ أحدهما فقالا ان فرض الوقت هو الظهر لكن أمر باسقاط الظهر بالجمعة ليكون عملا بالدليلين بقدر الامكان ولهذا يجب قضاء الظهر بعد فوت الجمعة وخروج الوقت والقضاء خلف عن الاداء دل أن الظهر هو الأصل اذ الاربع لا تصلح أن تكون خلفا عن ركعتين وزفر يقول لما انتسخ الظهر بالجمعة دل أن الجمعة أصل ولما وجب القضاء بعد خروج الوقت باداء الظهر دل أنه بدل عن الجمعة اذا عرف هذا الاصل نخرج عليه المسائل فنقول من يصلي الظهر يوم الجمعة وهو غير معذور قبل صلاة الجمعة ولم يحضر الجمعة بعد ذلك ولم يؤدها يقع فرضا عند علمائنا الثلاثة حتى لا تلزمه الاعادة خلافا لزفر أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلانه أدى فرض الوقت لان فرض الوقت هو الظهر عندهما ولكنه أمر باسقاطه باداء الجمعة فاذا لم يؤد الجمعة بقي الفرض ذلك فاذا أداه فقد أدى فرض الوقت فلا يلزمه الاعادة وأما عند محمد فعلى أحد قوليه الفرض أحدهما غير عين ويتعين بفعله فاذا صلى الظهر تعين فرضا من الأصل وعلى قوله الآخر فرض الوقت وان كان هو الجمعة وهي العزيمة لكن له أن يسقطها بالظهر رخصة وقد ترخص بالظهر وفي قول زفر لما كان الظهر بدلا عن الجمعة وانما يجوز البدل عند العجز عن الاصل كما في التراب مع الماء وههنا هو قادر على الأصل فلا يجزيه البدل فتلزمه الاعادة وعلى هذا يخرج المعذور كالمريض والمسافر اذا صلى الظهر في بيته وحده أنه يقع فرضا في قول أصحابنا جميعا على اختلاف طرقهم أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلأن فرض الوقت هو الظهر الا أن غير المعذور مأمور باسقاطه بالجمعة على طريق الحتم والمعذور مأمور باسقاطه بالجمعة بطريق الرخصة ولم يترخص فبقيت العزيمة وهي الظهر وقد أداها فتقع فرضا وأما عند محمد فلان الجمعة فرض عليه على طريق العزيمة لكن مع رخصة الترك وقد ترخص بتركها بالظهر وأما على قول زفر فلأن المفروض عليه الظهر بدلا عن الجمعة بعذر المرض والسفر وعلى هذا يخرج المعذور اذا صلى الظهر في بيته ثم شهد الجمعة وصلاها مع الامام أنه ينتقض ظهره ويصير تطوعا وفرضه الجمعة في قول أصحابنا الثلاثة لان القادر مأمور باسقاط الظهر بالجمعة

وقد قدر فاذا أدى انعقدت جمعته فرضا ولا تنعقد فرضا الا بعد ارتفاض الظهر لان اجتماع فرضى الوقت لا يتصور فيرتفض ظهره ضرورة انعقاد الجمعة فرضا وعند زفر لا يرتفض ظهره لان الظهر عنده خلف عن الجمعة فكان شرطه العجز عن الاصل وقد تحقق عند الاداء فصح الخلف فالقدرة على الاصل بعد ذلك لا تبطله وأما غير المعذور اذا صلى الظهر فى بيته ثم خرج الى الجمعة فهذا على أربعة أوجه أحدها اذا خرج من بيته وكان الامام قد فرغ من الجمعة حين خرج لا يرتفض ظهره بالاجماع والثانى اذا حضر الجامع وشرع فى الجمعة وأتمها مع الامام يرتفض ظهره عند علمائنا الثلاثة لما ذكرنا وأما عند زفر فلا يقع ظهره فرضا أصلا لأنه خلف فيشترط له العجز عن الاصل ولم يوجد والثالث اذا شرع فى الجمعة ثم تكلم قبل اتمام الجمعة مع الامام يرتفض ظهره فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد لا يرتفض كذا ذكر الحسن بن زياد الاختلاف فى كتاب صلاته والرابع اذا حضر الجامع وقد كان فرغ الامام من الجمعة وحين خرج من البيت كان لم يفرغ فهو على هذا الاختلاف وحاصل الاختلاف أن عند أبى حنيفة باداء بعض الجمعة يرتفض ظهره وكذا بوجود ما هو من خصائص الجمعة وهو السعى وعندهما لا يرتفض وجه قولهما فى المسئلتين أن ارتفاض الظهر لضرورة صيرورة الجمعة فرضا لان اجتماع فرضى الوقت لا يتحقق ولم يوجد فلم يرتفض الظهر وهذا لان الحكم ببطلان ما صح وفرغ منه من حيث الظاهر لا يكون الا عن ضرورة ولا ضرورة قبل تمام الجمعة ووقوعها فرضا ولابى حنيفة أن ما أدى من البعض انعقد فرضا ولم ينعقد الفعل من الجمعة مع بقاء الظهر فرضا فكان من ضرورة انعقاد هذا الجزء من الجمعة فرضا ارتفاض الظهر وكذا السعى الى الجمعة من خصائص الجمعة فكان ملحقا بها وان لم ينعقد فرضا مع بقاء الظهر فرضا وكان من ضرورة وقوعه فرضا ارتفاض الظهر به علل الشيخ أبو منصور الماتريدى وعلى هذا اذا شرع الرجل فى صلاة الجمعة ثم تذكر ان عليه الفجر فهذا على ثلاثة أوجه ان كان بحال لو اشتغل بالفجر لا تفوته الجمعة فعليه أن يقطع الجمعة ويبدأ بالفجر ثم بالجمعة مراعاة للترتيب فانه واجب عندنا وان كان بحال لو اشتغل بالفجر تفوته الجمعة والظهر عن الوقت يمضى فيها ولا يقطع بالاجماع لان الترتيب ساقط عنه لضيق الوقت وان كان بحال لو اشتغل بالفجر تفوته الجمعة ولكن لا يفوته الظهر فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يصلى الفجر ثم يصلى الظهر ولا تجزئه الجمعة وعلى قول محمد يمضى فى الجمعة ولا يقطع لان عنده فرض الوقت هو الجمعة وهو يخاف فوتها لو اشتغل بالفجر فيسقط عنه الترتيب كما لو تذكر العشاء فى صلاة الفجر وهو يخاف طلوع الشمس لو اشتغل بالعشاء وعندهما فرض الوقت هو الظهر وأنه لا يفوت بالاشتغال بالفائتة فلا يسقط الترتيب والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط الجمعة فللجمعة شرائط بعضها يرجع الى المصلى وبعضها يرجع الى غيره أما الذى يرجع الى المصلى فستة العقل والبلوغ والحرية والذكورة والاقامة وصحة البدن فلا تجب الجمعة على المجانين والصبيان والعبيد الا باذن مواليهم والمسافرين والزمنى والمرضى أما العقل والبلوغ فلأن صلاة الجمعة اختصت بشرائط لم تشترط فى سائر الصلوات ثم لما كانا شرط الوجوب سائر الصلوات فلان يكونا شرط الوجوب هذه الصلاة أولى وأما الحرية فلان منافع العبد مملوكة لمولاه الا فيما استثنى وهو اداء الصلوات الخمس على طريق الانفراد دون الجماعة لما فى الحضور الى الجماعة وانتظار الامام والقوم من تعطيل كثير من المنافع على المولى ولهذا لا يجب عليه الحج والجهاد وهذا المعنى موجود فى السعى الى الجمعة وانتظار الامام والقوم فسقطت عنه الجمعة وأما الاقامة فلان المسافر يحتاج الى دخول المصر وانتظار الامام والقوم فيتخلف عن القافلة فيلحقه الحرج وأما المريض فلانه عاجز عن الحضور أو يلحقه الحرج فى الحضور وأما المرأة فلانها مشغولة بخدمة الزوج ممنوعة عن الخروج الى محافل الرجال لكون الخروج سببا للفتنة ولهذا لا جماعة عليهن ولا جمعة عليهن أيضا والدليل على أنه لا جمعة على هؤلاء ما روى عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة الا

مسافرا او مملوكا أو صبيا أو امرأة أو مريضا فمن استغنى عنها بلهو أو تجارة استغنى الله عنه والله غنى حميد وأما الأعمى فهل تجب عليه اجمعوا على أنه اذا لم يجد قائدا لا تجب عليه كما لا تجب على الزمن وان وجد من يحمله وأما اذا وجد قائدا اما بطريق التبرع أو كان له مال يمكنه أن يستأجر قائدا فكذلك فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد يجب وهو على الاختلاف فى الحج اذا كان له زاد وراحلة وأمكنه أن يستأجر قائدا أو وجد له انسان أن يقوده الى مكة ذاهبا وجائيا لا يجب عليه الحج عند أبى حنيفة وعندهما يجب والمسئلة نذكرها فى كتاب الحج ان شاء الله تعالى ثم هؤلاء الذين لا جمعة عليهم اذا حضروا الجامع وأدوا الجمعة فمن لم يكن من أهل الوجوب كالصبى والمجنون فصلاة الصبى تكون تطوعا ولا صلاة للمجنون رأسا ومن هو من أهل الوجوب كالمريض والمسافر والعبد والمرأة وغيرهم تجزيهم ويسقط عنهم الظهر لان امتناع الوجوب عليهم لما ذكرنا من الاعذار وقد زالت وصار الاذن من المولى موجودا دلالة وقد روى عن الحسن البصرى أنه قال كن النساء يجمعن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقال لهن لا تخرجن الا تفلات غير متطيبات وفرق بين هذا وبين الحج فى العبد فانه لو أدى الحج مع مولاه لا يحكم بجوازه حتى يؤاخذ بحجة الاسلام بعد الحرية والفرق أن المنع من الجمعة كان نظرا للمولى والنظر ههنا فى الحكم بالجواز لانا لو لم نجوز وقد تعطلت منافعه على المولى لوجب عليه الظهر فتتعطل عليه منافعه ثانيا فينقلب النظر ضررا وذا ليس بحكمة فتبين فى الآخرة أن النظر فى الحكم بالجواز فصار مأذونا دلالة كالعبد المحجور عليه اذا آجر نفسه أنه لا يجوز ولو سلم نفسه للعمل يجوز ويجب كمال الاجرة لما ذكرنا كذا هذا بخلاف الحج فان هناك لا يتبين ان النظر للمولى فى الحكم بالجواز لانه لا يؤاخذ للحال بشئ آخر اذا لم نحكم بجوازه بل يخاطب بحجة الاسلام بعد الحرية فلا يتعطل على المولى منافعه فهو الفرق وأما الشرائط التى ترجع الى غير المصلى فخمسة فى ظاهر الروايات المصر الجامع والسلطان والخطبة والجماعة والوقت اما المصر الجامع فشرط وجوب الجمعة وشرط صحة أدائها عند أصحابنا حتى لا تجب الجمعة الا على أهل المصر ومن كان ساكنا فى توابعه وكذا لا يصح اداء الجمعة الا فى المصر وتوابعه فلا تجب على أهل القرى التى ليست من توابع المصر ولا يصح اداء الجمعة فيها وقال الشافعى المصر ليس بشرط للوجوب ولا لصحة الاداء فكل قرية يسكنها أربعون رجلا من الاحرار المقيمين لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفا تجب عليهم الجمعة ويقام بها الجمعة واحتج بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال أول جمعة جمعت فى الاسلام بعد الجمعة بالمدينة لجمعة جمعت بجوائى وهى قرية من قرى عبد القيس بالبحرين وروى عن أبى هريرة أنه كتب الى عمر يسأله عن الجمعة بجوائى فكتب اليه ان اجمع بها وحيث ما كنت ولان جواز الصلاة مما لا يختص بمكان دون مكان كسائر الصلوات ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع وعن على رضى الله تعالى عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا فى مصر جامع وكذا النبى صلى الله عليه وسلم كان يقيم الجمعة بالمدينة وما روى الاقامة حولها وكذا الصحابة رضى الله تعالى عنهم فتحوا البلاد وما نصبوا المنابر الا فى الامصار فكان ذلك اجماعا منهم على أن المصر شرط ولان الظهر فريضة فلا يترك الا بنص قاطع والنص ورد بتركها الا الجمعة فى الأمصار ولهذا لا تؤدى الجمعة فى البرارى ولان الجمعة من أعظم الشعائر فتختص بمكان اظهار الشعائر وهو المصر وأما الحديث فقد قيل ان جوائى مصر بالبحرين واسم القرية ينطلق على البلدة العظيمة لانها اسم لما اجتمع فيها من البيوت قال تعالى واسئل القرية التى كنا فيها وهى مصر وقال وكأين من قرية هى أشد قوة من قريتك التى أخرجتك أهلكناهم وهى مكة وما ذكر من المعنى غير سديد لانه يبطل بالبرارى ثم لا بد من معرفة حد المصر الجامع ومعرفة ما هو من توابعه اما المصر الجامع فقد اختلفت الاقاويل فى تحديده ذكر الكرخى أن المصر الجامع ما أقيمت فيه الحدود ونفذت فيه الاحكام وعن أبى يوسف روايات ذكر فى الاملاء كل مصر فيه منبر وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود فهو مصر جامع تجب على أهله الجمعة وفى رواية قال اذا اجتمع فى قرية من لا يسعهم مسجد واحد بنى لهم الامام جامعا ونصب لهم من يصلى

يوم الجمعة وفي رواية لو كان في القرية عشرة آلاف أو أكثر أمرتهم باقامة الجمعة فيها وقال بعض أصحابنا المصر الجامع ما يتعيش فيه كل محترف بحرفته من سنة الى سنة من غير ان يحتاج الى الانتقال الى حرفة أخرى وعن أبي عبد الله البلخي انه قال أحسن ما قيل فيه اذا كانوا بحال لو اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا الى بناء مسجد الجمعة فهذا مصر تقام فيه الجمعة وقال سفيان الثوري المصر الجامع ما يعده الناس مصرا عند ذكر الامصار المطلقة وسئل أبو القاسم الصفار عن حد المصر الذي تجوز فيه الجمعة فقال ان تكون لهم منعة لو جاءهم عدو قدروا على دفعه فحينئذ جاز أن يمصر وتمصره أن ينصب فيه حاكم عدل يجري فيه حكما من الاحكام وهو أن يتقدم اليه خصمان فيحكم بينهما وروى عن أبي حنيفة انه بلدة كبيرة فيها سكك وأسواق ولها رساتيق وفيها وال يقدر على انصاف المظلوم من الظالم بحشمه وعلمه أو علم غيره والناس يرجعون اليه في الحوادث وهو الاصح وأما تفسير توابع المصر فقد اختلفوا فيها روى عن أبي يوسف ان المعتبر فيه سماع النداء ان كان موضعا يسمع فيه النداء من المصر فهو من توابع المصر والافلا وقال الشافعي اذا كان في القرية أقل من أربعين فعليهم دخول المصر اذا سمعوا النداء وروى ابن سماعة عن أبي يوسف كل قرية متصلة بربض المصر فهي من توابعه وان لم تكن متصلة بالربض فليست من توابع المصر وقال بعضهم ما كان خارجا عن عمران المصر فليس من توابعه وقال بعضهم المعتبر فيه قدر ميل وهو ثلاث فراسخ وقال بعضهم ان كان قدر ميل أو ميلين فهو من توابع المصر والافلا وبعضهم قدره بستة أميال ومالك قدره بثلاثة أميال وعن أبي يوسف انها تجب في ثلاث فراسخ وعن الحسن البصري انها تجب في أربع فراسخ وقال بعضهم ان أمكنه ان يحضر الجمعة ويبيت باهله من غير تكلف تجب عليه الجمعة والافلا وهذا حسن ويتصل بهذا اقامة الجمعة في أيام الموسم بمنى قال أبو حنيفة وأبو يوسف تجوز اقامة الجمعة بها اذا كان المصلي يوم الجمعة هو الخليفة أو أمير العراق أو أمير الحجاز أو أمير مكة سواء كانوا مقيمين أو مسافرين أو رجلا مأذونا من جهتهم ولو كان المصلي يوم الجمعة أمير الموسم وهو الذي أمر بتسوية أمور الحجاج لاغير لا يجوز سواء كان مقيما أو مسافرا لانه غير مأمور باقامة الجمعة الا اذا كان مأذونا من جهة أمير العراق أو أمير مكة وقيل ان كان مقيما يجوز وان كان مسافرا لا يجوز والصحيح هو الاول وقال محمد لا تجوز الجمعة بمنى واجمعوا على انه لا تجوز الجمعة بعرفات وان أقامها أمير العراق أو الخليفة نفسه وقال بعض مشايخنا ان الخلاف بين أصحابنا في هذا بناء على أن منى من توابع مكة عندهما وعند محمد ليس من توابعها وهذا غير سديد لأن بينهما أربعة فراسخ وهذا قول بعض الناس في تقدير التوابع فاما عندنا فخلافه على ما مر والصحيح أن الخلاف فيه بناء على أن المصر الجامع شرط عندنا الا أن محمدا يقول ان منى ليس بمصر جامع بل هو قرية فلا تجوز الجمعة بها كما لا تجوز بعرفات وهما يقولان انها تتمصر في أيام الموسم لان لها بناء وينقل اليها الاسواق ويحضرها وال يقيم الحدود وينفذ الاحكام فالتحق بسائر الامصار بخلاف عرفات فانها مفازة فلا تتمصر باجتماع الناس وحضرة السلطان وهل تجوز صلاة الجمعة خارج المصر منقطعا عن العمران أم لا ذكر في الفتاوى رواية عن أبي يوسف ان الامام اذا خرج يوم الجمعة مقدار ميل أو ميلين فحضرته الصلاة فصلى جاز وقال بعضهم لا تجوز الجمعة خارج المصر منقطعا عن العمران وقال بعضهم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز كما اختلفوا في الجمعة بمنى وأما اقامة الجمعة في مصر واحد في موضعين فقد ذكر الكرخي انه لا بأس بان يجمعوا في موضعين أو ثلاثة عند محمد هكذا ذكر وعن أبي يوسف روايتان في رواية قال لا يجوز الا اذا كان بين موضعي الاقامة نهر عظيم كدجلة أو نحوها فيصير بمنزلة مصرين وقيل انما تجوز على قوله اذا كان لا جسر على النهر فاما اذا كان عليه جسر فلا لان له حكم مصر واحد وكان يأمر بقطع الجسر يوم الجمعة حتى ينقطع الفصل وفي رواية قال يجوز في موضعين اذا كان المصر عظيما ولم يجز في الثلاث وان كان بينهما نهر صغير لا يجوز فان أدوها في موضعين فالجمعة لمن سبق منهما وعلى الآخرين ان يعيدوا

الظهر وان أدوها معا أو كان لا يدرى كيف كان لا تجوز صلاتهم ورروى محمد عن أبى حنيفة انه يجوز الجمع فى موضعين أو ثلاثة أو أكثر من ذلك وذكر محمد فى نوادر الصلاة وقال لو أن أميرا أمر انسانا أن يصلى بالناس الجمعة فى المسجد الجامع وانطلق هو الى حاجة له ثم دخل المصر فى بعض المساجد وصلى الجمعة قال تجزى أهل المصر الجامع ولا تجزئه الا أن يكون أعلم الناس بذلك فيجوز وهذا بجمعة فى موضعين وقال أيضا لو خرج الامام يوم الجمعة للاستسقاء يدعو وخرج معه ناس كثير وخلف انسانا يصلى بهم فى المسجد الجامع فلما حضرت الصلاة صلى بهم الجمعة فى الجبانة وهى على قدر غلوة من مصره وصلى خليفته فى المصر فى المسجد الجامع قال تجزئهما جميعا فهذا يدل على أن الجمعة تجوز فى موضعين فى ظاهر الرواية وعليه الاعتماد انه تجوز فى موضعين ولا تجوز فى أكثر من ذلك فانه روى عن على رضى الله عنه انه كان يخرج الى الجبانة فى العيد ويستخلف فى المصر من يصلى بضعفة الناس وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولما جاز هذا فى صلاة العيد فكذا فى صلاة الجمعة لانهما فى اختصاصهما بالمصر سيان ولان الحرج يندفع عند كثرة الزحام بموضعين غالبا فلا يجوز أكثر من ذلك وما روى عن محمد من الاطلاق فى ثلاث مواضع محمول على موضع الحاجة والضرورة وأما السلطان فشرط أداء الجمعة عندنا حتى لا يجوز اقامتها بدون حضرته أو حضرة نائبه وقال الشافعى السلطان ليس بشرط لان هذه صلاة مكتوبة فلا يشترط لاقامتها السلطان كسائر الصلوات ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم شرط الامام لالحاق الوعيد بتارك الجمعة بقوله فى ذلك الحديث وله امام عادل أو جائر ورروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال أربع الى الولاة وعد من جملتها الجمعة ولانه لو لم يشترط السلطان لادى الى الفتنة لان هذه صلاة تؤدى بجمع عظيم والتقدم على جميع أهل المصر يعد من باب الشرف وأسباب العلو والرفعة فيتسارع الى ذلك كل من جبل على علو الهمة والميل الى الرئاسة فيقع بينهم التجاذب والتنازع وذلك يؤدى الى التقاتل والتقالى ففوض ذلك الى الوالى ليقوم به أو ينصب من رآه أهلا له فيمتنع غيره من الناس عن المنازعة لما يرى من طاعة الوالى أو خوفا من عقوبته ولانه لو لم يفوض الى السلطان لا يخلوا اما أن تؤدى كل طائفة حضرت الجامع فيؤدى الى تفويت فائدة الجمعة وهى اجتماع الناس لاحراز الفضيلة على الكمال واما أن لا تؤدى الا مرة واحدة فكانت الجمعة للاولين وتفوت عن الباقين فاقتضت الحكمة ان تكون اقامتها متوجهة الى السلطان ليقيمها بنفسه أو بنائبه عند حضور عامة أهل البلدة مع مراعاة الوقت المستحب والله أعلم هذا اذا كان السلطان أو نائبه حاضرا فاما اذا لم يكن اماما بسبب الفتنة أو بسبب الموت ولم يحضر وال آخر بعد حتى حضرت الجمعة ذكر الكرخى أنه لا بأس أن يجمع الناس على رجل حتى يصلى بهم الجمعة وهكذا روى عن محمد ذكره فى العيون لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه لما حوصر قدم الناس عليا رضى الله عنه فصلى بهم الجمعة ورروى فى العيون عن أبى حنيفة فى والى مصر مات ولم يبلغ الخليفة موته حتى حضرت الجمعة فان صلى بهم خليفة الميت أو صاحب الشرط او القاضى أجزأهم وان قدم العامة رجلا لم يجز لان هؤلاء قائمون مقام الاول فى الصلاة حال حياته فكذا بعد وفاته ما لم يفوض الخليفة الولاية الى غيره وذكر فى نوادر الصلاة أن السلطان اذا كان يخطب فجاء سلطان آخر ان أمره أن يتم الخطبة يجوز ويكون ذلك القدر خطبة ويجوز له أن يصلى بهم الجمعة لانه خطب بأمره فصار نائبا عنه وان لم يأمره بالاتمام ولكنه سكت حتى أتم الاول خطبته فاراد الثانى أن يصلى بتلك الخطبة لا تجوز الجمعة وله أن يصلى الظهر لان سكوته محتمل يحتمل أن يكون أمرا ويحتمل أن لا يكون أمرا فلا يعتبر مع الاحتمال وكذلك اذا حضر الثانى وقد فرغ الاول من خطبته فصلى الثانى بتلك الخطبة لا يجوز لانها خطبة امام معزول ولم توجد الخطبة من الثانى والخطبة شرط هذا كله اذا علم الاول بحضور الثانى وان لم يعلم فخطب وصلى والثانى ساكت يجوز لانه لا يصير معزولا الا بالعلم كالوكيل الا اذا كتب اليه كتاب العزل أو أرسل اليه رسولا فصار معزولا وأما العبد اذا كان سلطانا فجمع بالناس أو أمر غيره جاز وكذا اذا كان حرا مسافرا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر شرط صحة الجمعة هو الامام الذى هو حر مقيم

حتى اذا كان عبدا أو مسافرا لا تصح منه اقامة الجمعة وجه قول زفر انه لا جمعة على العبد والمسافر قال النبي صلى الله عليه وسلم أربعة لا جمعة عليهم المسافر والمريض والعبد والمرأة فلو جمع بالناس كان متطوعا في اداء الجمعة واقتداء المفترض بالمتنفل لا يجوز ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى الجمعة بالناس عام فتح مكة وكان مسافرا حتى قال لهم في صلاة الظهر بعد ما صلى ركعتين وسلم أتموا صلاتكم يا أهل مكة فانا قوم سفر وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أطيعوا السلطان ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدع ولو لم يصلح اماما لم تفترض طاعته ولانهما من أهل الوجوب الا انه رخص لهما التخلف عنها والاشتغال بتسوية أسباب السفر وخدمة المولى نظرا فاذا حضر الجامع لم يسلك طريقة الترخص واختار العزيمة فيعود حكم العزيمة ويلتحق بالاحرار المقيمين كالمسافر اذا صام رمضان فيصح الاقتداء به وبه تبين ان هذا اقتداء المفترض بالمفترض فيصح وأما المرأة والصبي العاقل فلا يصح منهما اقامة الجمعة لانهما لا يصلحان للامامة في سائر الصلوات ففي الجمعة أولى الا ان المرأة اذا كانت سلطانا فامرت رجلا صالحا للامامة حتى صلى بهم الجمعة جاز لان المرأة تصلح سلطانا أو قاضيا في الجملة فتصح امامتها وأما الخطبة فالكلام في الخطبة في مواضع في بيان كونها شرطا لجواز الجمعة وفي بيان وقت الخطبة وفي بيان كيفية الخطبة ومقدارها وفي بيان ما هو المسنون في الخطبة وفي بيان محظورات الخطبة أما الاول فالدليل على كونها شرطا قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والخطبة ذكر الله فتدخل في الامر بالسعي لها من حيث هي ذكر الله أو المراد من الذكر الخطبة وقد أمر بالسعي الى الخطبة فدل على وجوبها وكونها شرطا لانعقاد الجمعة وعن عمر وعائشة رضي الله عنهما انهما قالا انما قصرت الصلاة لاجل الخطبة اخبرا أن شطر الصلاة سقط لاجل الخطبة وشطر الصلاة كان فرضا فلا يسقط الا لتحصيل ما هو فرض ولان ترك الظهر بالجمعة عرف بالنص والنص ورد بهذه الهيئة وهي وجوب الخطبة ثم هي وان كانت قائمة مقام ركعتين شرط وليست بركن لان صلاة الجمعة لا تقام بالخطبة فلم تكن من أركانها وأما وقت الخطبة فوقت الجمعة وهو وقت الظهر لكن قبل صلاة الجمعة لما ذكرنا انها شرط الجمعة وشرط الشئ يكون سابقا عليه وهكذا فعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقت الخطبة بعرفة قبل الصلاة أيضا لكنها سنت لتعليم المناسك واما الخطبة في العيدين فوقتها بعد الصلاة وهي سنة لما نذكر ان شاء الله تعالى واما كيفية الخطبة ومقدارها فقد قال أبو حنيفة ان الشرط أن يذكر الله تعالى على قصد الخطبة كذا نقل عنه في الامالي مفسرا قل الذكر أم كثر حتى لو سبح أو هلل أو حمد الله تعالى على قصد الخطبة اجزأه وقال أبو يوسف ومحمد الشرط أن يأتي بكلام يسمى خطبة في العرف وقال الشافعي الشرط ان يأتي بخطبتين بينهما جلسة لان الله تعالى قال فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع وهذا ذكر مجمل فسره النبي صلى الله عليه وسلم بفعله وتبين ان الله تعالى أمر بخطبتين ولهما ان المشروط هو الخطبة والخطبة في المتعارف اسم لما يشتمل على تحميد الله والثناء عليه والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم والدعاء للمسلمين والوعظ والتذكير لهم فينصرف المطلق الى المتعارف ولابي حنيفة طريقان أحدهما ان الواجب هو مطلق ذكر الله لقوله فاسعوا الى ذكر الله وذكر الله تعالى معلوم لا جهالة فيه فلم يكن مجملا لانه تطاوع العمل من غير بيان يقترن به فتقييده بذكر يسمى خطبة أو بذكر طويل لا يجوز الا بدليل والثاني أن يقيد ذكر الله تعالى بما يسمى خطبة لكن اسم الخطبة في حقيقة اللغة يقع على ما قلنا فانه روى عن عثمان رضي الله عنه انه لما استخلف خطب في أول جمعة فلما قال الحمد لله ارتج عليه فقال أنتم الى امام فعال أحوج منكم الى امام قوال وان أبا بكر وعمر كانا يعدان لهذا المكان مقالا وستأتيكم الخطب من بعد وأستغفر الله لي ولكم ونزل وصلى بهم الجمعة وكان ذلك بمحضر من المهاجرين والانصار وصلوا خلفه وما أنكروا عليه صنيعه مع انهم كانوا موصوفين بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر فكان هذا اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم على ان الشرط هو مطلق ذكر الله تعالى ومطلق ذكر الله تعالى مما ينطلق عليه اسم الخطبة لغة وان كان لا ينطلق عليه عرفا وتبين بهذا ان الواجب هو الذكر لغة وعرفا وقد وجد أو ذكر هو خطبة لغة وان لم يسم خطبة في العرف وقد أتى به وهذا لان العرف انما يعتبر في

معاملات الناس فيكون دلالة على غرضهم وأما في أمر بين العبد وبين ربه فيعتبر فيه حقيقة اللفظ لغة وقد وجد
على ان هذا القدر من الكلام يسمى خطبة في المتعارف ألا ترى الى ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي
قال من يطع الله ورسوله فقد رشد ومن عصاهما فقد غوى بئس الخطيب انت سماه خطيبا بهذا القدر من
الكلام وأما سنن الخطبة فمنها أن يخطب خطبتين على ماروى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه قال ينبغي أن
يخطب خطبة خفيفة يفتتح فيها بحمد الله تعالى ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويعظ ويذكر
ويقرأ سورة ثم يجلس جلسة خفيفة ثم يقوم فيخطب خطبة أخرى يحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على النبي صلى
الله عليه وسلم ويدعو للمؤمنين والمؤمنات ويكون قدر الخطبة قدر سورة من طوال المفصل لماروى عن جابر بن
سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب خطبتين قائما يجلس فيما بينهما جلسة خفيفة ويتلو آيات من
القرآن وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يستحب أن يقرأ الخطيب في خطبته يوم تجد كل نفس
ما عملت من خير محضرا ثم القعدة بين الخطبتين سنة عندنا وكذا القراءة في الخطبة وعند الشافعي شرط والصحيح
مذهبنا لان الله تعالى أمر بالذكر مطلقا عن قيد القعدة والقراءة فلا تجعل شرطا بخبر الواحد لانه يصير ناسخا لحكم
الكتاب وانه لا يصلح ناسخا له ولكن يصلح مكملا له فقلنا ان قدر ما ثبت بالكتاب يكون فرضا وما ثبت بخبر الواحد
يكون سنة عملا بهما بقدر الامكان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يخطب خطبة واحدة فلما ثقل أي أسن
جعلها خطبتين وقعد بينهما فهذا دليل على ان القعدة للاستراحة لا انه شرط لازم ومنها الطهارة في حالة الخطبة فهي
سنة عندنا وليست بشرط حتى ان الامام اذا خطب وهو جنب أو محدث فانه يعتبر شرطا لجواز الجمعة وعند أبي
يوسف لا يجوز وهو قول الشافعي لان الخطبة بمنزلة شطر الصلاة لماذكرنا من الاثر ولهذا لا تجوز في غير وقت الصلاة
فيشترط لها الطهارة كما تشترط للصلاة ولنا انه ليس في ظاهر الرواية شرط الطهارة ولانها من باب الذكر والمحدث
والجنب لا يمنعان من ذكر الله تعالى والاعتبار بالصلاة غير سديد ألا ترى انها تؤدى مستدبر القبلة ولا يفسدها
الكلام بخلاف الصلاة ثم لم يذكر اعادة الخطبة ههنا وذكر في اذان الجنب انه يعاد والفرق ان الاذان تحلى بحلية
الصلاة وهي استقبال القبلة بخلاف الخطبة فكان الخلل المتمكن في الاذان أشد وكثير النقص مستحق الرفع
دون قليله كما يجبر نقص ترك الواجب بسجدتي السهو دون ترك السنن ويحتمل أن تكون الاعادة مستحبة في
الموضعين كذا ذكر في نوادر أبي يوسف انه يعيدها وان لم يعدها جاز لانه ليس من شرطها استقبال القبلة هكذا ذكر اشار
الى انها ليست نظير الصلاة فلا تشترط لها الطهارة الا انها سنة لان السنة هي الوصل بين الخطبة والصلاة ولا يمكن
من اقامة هذه السنة الا بالطهارة ومنها أن يخطب قائما فالقيام سنة وليس بشرط حتى لو خطب قاعدا يجوز عندنا
لظاهر النص وكذا روى عن عثمان انه كان يخطب قاعدا حين كبر واسن ولم ينكر عليه أحد من الصحابة الا انه
مسنون في حال الاختيار لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما وروى ان رجلا سأل ابن مسعود رضي الله
عنه أ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائما أو قاعدا فقال ألست تقرأ قوله تعالى وتركوك قائما ومنها أن
يستقبل القوم بوجهه ويستدبر القبلة لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا كان يخطب وكذا السنة في حق القوم أن
يستقبلوه بوجوههم لان الاسماع والاستماع واجب للخطبة وذا لا يتكامل الا بالمقابلة وروى عن أبي حنيفة انه
كان لا يستقبل الامام بوجهه حتى يفرغ المؤذن من الاذان فاذا أخذ الامام في الخطبة انحرف بوجهه اليه ومنها
أن لا يطول الخطبة لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقصير الخطب وعن عمر رضي الله عنه انه قال طولوا الصلاة
وقصروا الخطبة وقال ابن مسعود طول الصلاة وقصر الخطبة من فقه الرجل أي أن هذا مما يستدل به على فقه
الرجل وأما محظورات الخطبة فمنها انه يكره الكلام حالة الخطبة وكذا قراءة القرآن وكذا الصلاة وقال الشافعي
اذا دخل الجامع والامام في الخطبة ينبغي أن يصلي ركعتين خفيفتين تحية المسجد احتج الشافعي بماروى عن جابر
ابن عبد الله رضي الله عنه انه قال دخل سليك الغطفاني يوم الجمعة والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب فقال له

أصليت قال لا قال فصل ركعتين فقد أمره بتحية المسجد حالة الخطبة ولنا قوله تعالى فاستمعوا له وأنصتوا
والصلاة تفوت الاستماع والانصات فلا يجوز ترك الفرض لاقامة السنة والحديث منسوخ كان ذلك قبل وجود
الاستماع ونزول قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا دل عليه ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما
أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر سليكا ان يركع ركعتين ثم نهى الناس أن يصلوا والامام يخطب فصار
منسوخا أو كان سليك مخصوصا بذلك والله أعلم وكذا كل ما شغل عن سماع الخطبة من التسبيح والتهليل
والكتابة ونحوها بل يجب عليه أن يستمع ويسكت وأصله قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا
قيل نزلت الآية فى شأن الخطبة أمر بالاستماع والانصات ومطلق الامر للوجوب وروى عن النبى صلى الله
عليه وسلم انه قال من قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له ثم ما ذكرنا من وجوب
الاستماع والسكوت فى حق القريب من الخطيب فأما البعيد منه اذا لم يسمع الخطبة كيف يصنع اختلف المشايخ
فيه قال محمد بن سلمة البلخى الانصات له أولى من قراءة القرآن وهكذا روى المعلى عن أبى يوسف وهو اختيار
الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل البخارى ووجهه ما روى عن عمر وعثمان انهما قالا ان أجر المنصت
الذى لا يسمع مثل أجر المنصت السامع ولانه فى حال قربه من الامام كان مامورا بشيئين الاستماع والانصات
وبالبعد ان عجز عن الاستماع لم يعجز عن الانصات فيجب عليه وعن نصير بن يحيى انه أجاز له قراءة القرآن سرا
وكان الحكم بن زهير من أصحابنا ينظر فى كتب الفقه ووجهه ان الاستماع والانصات انما وجب عند القرب ليشتركوا
فى ثمرات الخطبة بالتأمل والتفكر فيها وهذا لا يتحقق من البعيد عن الامام فليحرز لنفسه ثواب قراءة القرآن
ودراسة كتب العلم ولان الانصات لم يكن مقصودا بل ليتوصل به الى الاستماع فاذا سقط عنه فرض الاستماع
سقط عنه الانصات أيضا والله أعلم ويكره تشميت العاطس ورد السلام عندنا وعند الشافعى لا يكره وهو رواية
عن أبى يوسف لان رد السلام فرض ولنا انه ترك الاستماع المفروض والانصات وتشميت العاطس ليس بفرض
فلا يجوز ترك الفرض لاجله وكذا رد السلام فى هذه الحالة ليس بفرض لانه يرتكب بسلامه مأثما فلا يجب الرد
عليه كما فى حالة الصلاة ولان السلام فى حالة الخطبة لم يقع تحية فلا يستحق الرد ولان رد السلام مما يمكن تحصيله فى كل
حالة أما سماع الخطبة لا يتصور الا فى هذه الحالة فكان اقامته أحق ونظيره ما قال أصحابنا ان الطواف تطوعا بمكة فى
حق الآفاقى أفضل من صلاة التطوع والصلاة فى حق المكى أفضل من الطواف لما قلنا وعلى هذا قال أبو حنيفة
ان سماع الخطبة أفضل من الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فينبغى ان يستمع ولا يصلى عليه عند سماع اسمه
فى الخطبة لما أن احراز فضيلة الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم مما يمكن فى كل وقت واحراز ثواب سماع
الخطبة يختص بهذه الحالة فكان السماع أفضل وروى عن أبى يوسف انه ينبغى ان يصلى على النبى صلى الله عليه
وسلم فى نفسه عند سماع اسمه لان ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة فكان احراز الفضيلتين أحق واما العاطس
فهل يحمد الله تعالى فالصحيح انه يقول ذلك فى نفسه لان ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة وكذا السلام حالة الخطبة
مكروه لما قلنا هذا الذى ذكرنا فى حال الخطبة فاما عند الاذان الاخير حين خروج الامام الى الخطبة وبعد الفراغ
من الخطبة حين أخذ المؤذن فى الاقامة الى أن يفرغ هل يكره ما يكره فى حال الخطبة على قول أبى حنيفة يكره
وعلى قولهما لا يكره الكلام وتكره الصلاة واحتجا بما روى فى الحديث خروج الامام يقطع الصلاة وكلامه يقطع
الكلام جعل القاطع للكلام هو الخطبة فلا يكره قبل وجودها ولان النهى عن الكلام لوجوب استماع الخطبة
وانما يجب حالة الخطبة بخلاف الصلاة لانها تمتد غالبا فيفوت الاستماع وتكبيرة الافتتاح ولابى حنيفة ما روى
عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليهما ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا كان يوم الجمعة وقفت الملائكة
على أبواب المساجد يكتبون الناس الاول فالاول فاذا خرج الامام طووا الصحف وجاؤا يستمعون الذكر فقد

أخبر عن طي الصحف عند خروج الامام وانما يطوون الصحف اذا طوى الناس الكلام لانهم اذا تكلموا يكتبونه عليهم لقوله تعالى ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد ولانه اذا خرج للخطبة كان مستعدا لها والمستعد للشئ كالشارع فيه ولهذا الحق الاستعداد بالشروع فى كراهة الصلاة فكذا فى كراهة الكلام وأما الحديث فليس فيه أن غير الكلام يقطع الكلام فكان تمسكا بالسكوت وأنه لا يصح ويكره للخطيب أن يتكلم فى حالة الخطبة ولو فعل لا تفسد الخطبة لانها ليست بصلاة فلا يفسدها كلام الناس لكنه يكره لانها شرعت منظومة كالاذان والكلام يقطع النظم الا اذا كان الكلام أمرا بالمعروف فلا يكره لما روى عن عمر انه كان يخطب يوم الجمعة فدخل عليه عثمان فقال له أية ساعة هذه فقال ما زدت حين سمعت النداء يا أمير المؤمنين على أن توضأت فقال والوضوء أيضا وقد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالاغتسال وهذا لان الامر بالمعروف يلتحق بالخطبة لان الخطبة فيها وعظ فلم يبق مكروها ولو أحدث الامام بعد الخطبة قبل الشروع فى الصلاة فقدم رجلا يصلى بالناس ان كان ممن شهد الخطبة أو شيأ منها جاز وان لم يشهد شيأ من الخطبة لم يجز و يصلى بهم الظهر أما اذا شهد الخطبة فلان الثانى قام مقام الاول والاول يقيم الجمعة فكذا الثانى وكذا اذا شهد شيأ منها لان ذلك القدر لو وجد وحده وقع معتدا به فكذا اذا وجد مع غيره و يستوى الجواب بين ما اذا كان الامام مأذونا فى الاستخلاف أو لم يكن بخلاف القاضى فانه لا يملك الاستخلاف اذا لم يكن مأذونا فيه والفرق أن الجمعة مؤقتة تفوت بتأخيرها عند العذر اذ لم يستخلف فالامر باقامتها مع علم الوالى انه قد يعرض له عارض يمنعه من الاقامة يكون اذنا بالاستخلاف دلالة بخلاف القاضى لان القضاء غير مؤقت لا يفوت بتأخيره عند العذر فانعدم الاذن نصا ودلالة فهو الفرق وأما اذا لم يشهد الخطبة فلانه منشئ للجمعة وليس ببان تحريمته على تحريمة الامام والخطبة شرط انشاء الجمعة ولم توجد ولو شرع الامام فى الصلاة ثم أحدث فقدم رجلا جاء ساعتئذ أى لم يشهد الخطبة جاز وصلى بهم الجمعة لان تحريمة الاول انعقدت للجمعة لوجود شرطها وهو الخطبة والثانى بنى تحريمته على تحريمة الامام والخطبة شرط انعقاد الجمعة فى حق من ينشئ التحريمة فى الجمعة لا فى حق من يبنى تحريمته على تحريمة غيره بدليل أن المقتدى بالامام تصح جمعته وان لم يدرك الخطبة لهذا المعنى فكذا هذا ولو تكلم الخليفة بعد ما شرع الامام فى الصلاة فانه يستقبل بهم الجمعة ان كان ممن شهد الخطبة وان كان لم يشهد الخطبة فالقياس ان يصلى بهم الظهر وفى الاستحسان يصلى بهم الجمعة وجه القياس ظاهر لانه ينشئ التحريمة فى الجمعة والخطبة شرط انعقاد الجمعة فى حق المنشئ لتحريمة الجمعة وجه الاستحسان انه لما قام مقام الاول التحق به حكما ولو تكلم الاول استقبل بهم الجمعة فكذا الثانى وذكر الحاكم فى المختصر ان الامام اذا أحدث وقدم رجلا لم يشهد الخطبة فأحدث قبل الشروع لم يجز ولو قدم هذا الرجل محدثا آخر قد شهد الخطبة لم يجز لانه ليس من أهل اقامة الجمعة بنفسه فلا يجوز منه الاستخلاف وبمثله لو قدم جنبا قد شهد الخطبة فقدم هذا الجنب رجلا طاهرا قد شهد الخطبة جاز لان الجنب الذى شهد الخطبة من أهل الاقامة بواسطة الاغتسال فيصح منه الاستخلاف ولو كان المقدم صبيا أو معتوها أو امرأة أو كافرا فقدم غيره ممن شهد الخطبة لم يجز تقديمه بخلاف الجنب والفرق ان الجنب أهل لاداء الجمعة لانه قادر على اكتساب أهلية الاداء بازالة الجنابة والحدث عن نفسه فكان هذا استخلافا لمن له قدرة القيام بما استخلف عليه فصح كما فى سائر المواضع التى يستخلف فيها فاذا قدم هو غيره صح لانه استخلفه بعد ما صار خليفة فكان له ولاية الاستخلاف بخلاف الصبى والمعتوه والمرأة فان الصبى والمعتوه ليسا من أهل أداء الجمعة والمرأة ليست من أهل امامة الرجال ولا قدرة لهم على اكتساب شرط الاهلية فلم يصح استخلافهم اذ الاستخلاف شرع ابقاء للصلاة على الصحة واستخلاف من لا قدرة له على اكتساب الاهلية غير مفيد فلم يصح واذا لم يصح استخلافهم كيف يصح منهم استخلاف ذلك الغير فاذا تقدم ذلك الغير فكأنه تقدم بنفسه لالتحاق تقدمهم بالعدم شرعا ولو تقدم بنفسه فى هذه الصلاة لا يجوز بخلاف سائر الصلوات حيث لا يحتاج فيها الى التقديم والفرق ان اقامة الجمعة متعلقة بالامام

والمتقدم ليس بمأمور من جهة السلطان أو نائبه فلم يجز تقدمه فاما سائر الصلوات فاقامتها غير متعلقة بالامام وبخلاف ما اذا استخلف الكافر مسلما فأدى الجمعة لا يجوز وان كان الكافر قادرا على اكتساب الاهلية بالاسلام لان هذا من أمور الدين وهو يعتمد ولاية السلطنة ولا يجوز ان يثبت للكافر ولاية السلطنة على المسلمين فلم يصح استخلافه بخلاف المحدث والجنب والله أعلم ولو قدم مسافرا أو عبدا أو مكاتبا وصلى بهم الجمعة جاز عندنا خلافا لزفر لان هؤلاء من أهل اقامة الجمعة على ما بيناه هذا اذا قدم الامام أحدا فان لم يقدم وتقدم صاحب الشرط أو القاضي جاز لان هذا من أمور العامة وقد قلدهما الامام ما هو من أمور العامة فنزلا منزلة الامام ولان الحاجة الى الامام لدفع التنازع فى التقدم وذا يحصل بتقدمهما لوجود دليل اختصاصهما من بين سائر الناس وهو كون كل واحد منهما نائب السلطان وعاملا من عماله وكذا لو قدم أحدهما رجلا قد شهد الخطبة جاز لانه ثبت لكل واحد منهما ولاية التقدم على ما مر فتثبت ولاية التقديم لان كل من علك اقامة الصلاة علك اقامة غيره مقامه وأما الجماعة فالكلام فى الجماعة فى مواضع فى بيان كونها شرطا للجمعة وفى بيان كيفية هذا الشرط وفى بيان مقداره وفى بيان صفة القوم الذين تنعقد بهم الجمعة اما الاول فالدليل على انها شرط ان هذه الصلاة تسمى جمعة فلا بد من لزوم معنى الجمعة فيها اعتبار المعنى الذى أخذ اللفظ منه من حيث اللغة كما فى الصرف والسلم والرهن ونحو ذلك ولان ترك الظهر ثبت بهذه الشريطة على ما مر ولهذا لم يؤد رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة الا بجماعة وعليه اجماع العلماء وأما بيان كيفية هذا الشرط فنقول لا خلاف فى أن الجماعة شرط لانعقاد الجمعة حتى لا تنعقد الجمعة بدونها حتى ان الامام اذا فرغ من الخطبة ثم نفر الناس عنه الا واحدا يصلى بهم الظهر دون الجمعة وكذا لو نفر وا قبل ان يخطب الامام فخطب الامام وحده ثم حضروا فصلى بهم الجمعة لا يجوز لان الجماعة كما هى شرط انعقاد الجمعة حال الشروع فى الصلاة فهى شرط حال سماع الخطبة لان الخطبة بمنزلة شفع من الصلاة قالت عائشة رضى الله عنها انما قصرت الجمعة لاجل الخطبة فتشترط الجماعة حال سماعها كما تشترط حال الشروع فى الصلاة واختلفوا فى انها هل هى شرط بقائها منعقدة الى آخر الصلاة قال أصحابنا الثلاثة انها ليست بشرط وقال زفر انها شرط للانعقاد والبقاء جميعا فيشترط دوامها من اول الصلاة الى آخرها كالطهارة وستر العورة واستقبال القبلة ونحوها حتى انهم لو نفر وا بعد ما قيد الركعة بالسجدة له ان يتم الجمعة عندنا وعند زفر اذا نفروا قبل ان يقعد الامام قدر التشهد فسدت الجمعة وعليه ان يستقبل الظهر وجه قوله أن الجماعة شرط لهذه الصلاة فكانت شرط الانعقاد والبقاء كسائر الشروط من الوقت وستر العورة واستقبال القبلة وهذا لان الأصل فيما جعل شرطا للعبادة أن يكون شرطا لجميع أجزائها لتساوى أجزاء العبادة الا اذا كان شرطا لا يمكن قرانه لجميع الاجزاء لتعذر ذلك أو لما فيه من الحرج كالنية فتجعل شرطا لانعقادها وهنا لا حرج فى اشتراط دوام الجماعة الى آخر الصلاة فى حق الامام لان فوات هذا الشرط قبل تمام الصلاة فى غاية الندرة فكان شرط الاداء كما هو شرط الانعقاد ولهذا شرط أبو حنيفة دوام هذا الشرط ركعة كاملة وذا لا يشترط فى شرط الانعقاد بخلاف المقتدى لان استدامة هذا الشرط فى حق المقتدى يوقعه فى الحرج لانه كثيرا ما يسبق بركعة أو ركعتين فجعل فى حقه شرط الانعقاد لا غير وجه قول أصحابنا الثلاثة ان المعنى يقتضى أن لا تكون الجماعة شرطا أصلا لا شرط الانعقاد ولا شرط البقاء لان الأصل أن يكون شرط العبادة شيأ يدخل تحت قدرة المكلف تحصيله ليكون التكليف بقدر الوسع الا اذا كان شرطا هو كائن لا محالة كالوقت لانه اذا لم يكن كائنا لا محالة لم يكن للمكلف بد من تحصيله ليتمكن من الاداء ولا ولاية لكل مكلف على غيره فلم يكن قادرا على تحصيل شرط الجماعة فكان ينبغى أن لا تكون الجماعة شرطا أصلا الا انا جعلناها شرطا بالشرع فتجعل شرطا بقدر ما يحصل قبول حكم الشرع وذلك يحصل بجعله شرط الانعقاد فلا حاجة الى جعله شرط البقاء وصار كالنية بل أولى لان فى وسع المكلف تحصيل النية لكن لما كان فى استدامتها حرج جعل شرط الانعقاد دون البقاء دفعا للحرج فالشرط الذى لا يدخل تحت ولاية العباد أصلا أولى أن لا يجعل شرطا البقاء

فجعل شرط الانعقاد ولهذا كان من شرائط الانعقاد دون البقاء في حق المقتدي بالاجماع فكذا في حق الامام ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم فقال أبو حنيفة ان الجماعة في حق الامام شرط انعقاد الأداء لا شرط انعقاد التحريمة وقال أبو يوسف ومحمد انها شرط انعقاد التحريمة حتى انهم لو نفروا بعد التحريمة قبل تقييد الركعة بسجدة فسدت الجمعة ويستقبل الظهر عنده كما قال زفر وعندهما يتم الجمعة وجه قولهما ان الجماعة شرط انعقاد التحريمة في حق المقتدي فكذا في حق الامام والجامع ان تحريمة الجمعة اذا صحت صح بناء الجمعة عليها ولهذا لو أدركه انسان في التشهد صلى الجمعة ركعتين عنده وهو قول أبي يوسف الا ان محمدا ترك القياس هناك بالنص لما نذكر ولابي حنيفة ان الجماعة في حق الامام لو جعلت شرط انعقاد التحريمة لادى الى الحرج لان تحريمته حينئذ لا تنعقد بدون مشاركة الجماعة اياه فيها وذا لا يحصل الا وان تقع تكبيراتهم مقارنة لتكبيرة الامام وانه مما يتعذر مراعاته وبالاجماع ليس بشرط فانهم لو كانوا حضورا وكبر الامام ثم كبروا صح تكبيره وصار شارعا في الصلاة وصحت مشاركتهم اياه فلم تجعل شرط انعقاد التحريمة لعدم الامكان فجعلت شرط انعقاد الأداء بخلاف القوم فانه أمكن أن تجعل في حقهم شرط انعقاد التحريمة لانه تحصل مشاركتهم اياه في التحريمة لا محالة وان سبقهم الامام بالتكبير وان ثبت ان الجماعة في حق الامام شرط انعقاد الاداء لا شرط انعقاد التحريمة فانعقاد الأداء بتقييد الركعة بسجدة لان الاداء فعل والحاجة الى كون الفعل أداء للصلاة وفعل الصلاة هو القيام والقراءة والركوع والسجود ولهذا لو حلف لا يصلي فما لم يقيد الركعة بالسجدة لا يحنث فاذا لم يقيد الركعة بالسجدة لم يوجد الأداء فلم تنعقد فشرط دوام مشاركة الجماعة الامام الى الفراغ عن الاداء ولو افتتح الجمعة وخلفه قوم ونفروا منه وبقي الامام وحده فسدت صلاته ويستقبل الظهر لان الجماعة شرط انعقاد الجمعة ولم توجد ولو جاء قوم آخرون فوقفوا خلفه ثم نفر الأولون فان الامام يمضي على صلاته لوجود الشرط هذا الذي ذكرنا اشتراط المشاركة في حق الامام واما المشاركة في حق المقتدي فنقول لا خلاف في انه لا تشترط المشاركة في جميع الصلاة ثم اختلفوا بعد ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف المشاركة في التحريمة كافية وعن محمد روايتان في رواية لا بد من المشاركة في ركعة واحدة وفي رواية المشاركة في ركن منها كافية وهو قول زفر حتى ان المسبوق اذا ادرك الامام في الجمعة ان ادركه في الركعة الأولى أو الثانية أو كان في ركوعها يصير مدركا للجمعة بلا خلاف وأما اذا أدركه في سجود الركعة الثانية أو في التشهد كان مدركا للجمعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لوجود المشاركة في التحريمة وعند محمد لا يصير مدركا في رواية لعدم المشاركة في ركعة وفي رواية يصير مدركا لوجود المشاركة في بعض أركان الصلاة وهو قول زفر وأما اذا أدركه بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام أو بعد ما سلم وعليه سجدتا السهو وعاد اليهما فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مدركا للجمعة لوقوع المشاركة في التحريمة وعند زفر لا يكون مدركا لعدم المشاركة في شئ من أركان الصلاة ويصلي أربعا ولا تكون الأربع عند محمد ظهرا محضا حتى قال يقرأ في الأربع كلها وعنه في افتراض القعدة الأولى روايتان في رواية الطحاوي عنه فرض وفي رواية المعلى عنه ليست بفرض فكان محمد رحمه الله سلك طريقة الاحتياط لتعارض الأدلة عليه فاوجب ما يخرجه عن الفرض بيقين جمعة كان الفرض أو ظهرا وقيل على قول الشافعي الأربع ظهر محض حتى لو ترك القعدة الاولى لا يوجب فساد الصلاة واحتجوا في المسئلة بما روى عن الزهري باسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك ركعة من الجمعة فقد أدركها وليضف اليها أخرى وان أدركهم جلوسا صلى أربعا وفي بعض الروايات صلى الظهر أربعا وهذا نص في الباب ولان اقامة الجمعة مقام الظهر عرف بنص الشرع بشرائط الجمعة منها الجماعة والسلطان ولم توجد في حق المقتدي فكان ينبغي أن يقضي كل مسبوق أربع ركعات الا ان مدرك الركعة يقضي ركعة بالنص ولا نص في المتنازع فيه ثم مع هذه الأدلة يسلك محمد رحمه الله تعالى مسلك الاحتياط لتعارض الادلة واحتج أبو حنيفة وأبو يوسف بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا أمر المسبوق بقضاء ما فاته وانما فاته صلاة الامام وهي ركعتان والحديث في حد الشهرة وروى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك الامام في التشهد يوم الجمعة فقد

أدرك الجمعة ولان سبب اللزوم هو التحريمة وقد شارك الامام في التحريمة وبنى تحريمته على تحريمة الامام فيلزمه مالزم الامام كما في سائر الصلوات وتعلقهم بحديث الزهري غير صحيح فان الثقات من أصحاب الزهري كمعمر والأوزاعي ومالك رووا أنه قال من أدرك ركعة من صلاة فقد أدركها فاما ذكر الجمعة فهذه الزيادة اومن أدركهم جلوسا صلى أربعا رواه ضعفاء أصحابه هكذا قال الحاكم الشهيد ولئن ثبتت الزيادة فتأويلها وان أدركهم جلوسا قد سلموا عملا بالدليلين بقدر الامكان وماذكروا من المعنى يبطل بما اذا أدرك ركعة وقولهم هناك يقضي ركعة بالنص قلنا وههنا أيضا يقضي ركعتين بالنص الذي روينا وماذكروا من الاحتياط غير سديد لان الاربع ان كانت ظهرا فلا يمكن بناؤها على تحريمة عقدها للجمعة ألا يرى انه لو أدركه في التشهد ونوى الظهر لم يصح اقتداؤه به وان كانت جمعة فالجمعة كيف تكون أربع ركعات على انه لا احتياط عند ظهور فساد أدلة الخصوم وصحة دليلنا والله تعالى أعلم وأما الكلام في مقدار الجماعة فقد قال أبو حنيفة ومحمد أدناه ثلاثة سوى الامام وقال أبو يوسف اثنان سوى الامام وقال الشافعي لا تنعقد الجمعة الا بأربعين سوى الامام أما الكلام مع الشافعي فهو يحتج بما روى عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك انه قال كنت قائد أبي حين كف بصره فكان اذا سمع النداء يوم الجمعة استغفر الله لأبي أمامة أسعد بن زرارة فقلت لأسألنه عن استغفاره لأبي أمامة فبينما أنا أقوده في جمعة اذ سمع النداء فاستغفر الله لأبي أمامة فقلت ياأبت أرأيت استغفارك لأبي أمامة أسعد بن زرارة فقال ان أول من جمع بنا بالمدينة أسعد فقلت وكم كنتم يومئذ فقال كنا أربعين رجلا ولان ترك الظهر الى الجمعة يكون بالنص ولم ينقل انه عليه الصلاة والسلام أقام الجمعة بثلاثة (ولنا) ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب فقدم عير تحمل الطعام فانفضوا اليها وتركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائما وليس معه الا اثني عشر رجلا منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين وقد أقام الجمعة بهم وروي ان مصعب بن عمير قد أقام الجمعة بالمدينة مع اثني عشر رجلا ولان الثلاثة تساوي ماوراءها في كونها جمعا فلا معنى لاشتراط جمع الأربعين بخلاف الاثنين فانه ليس بالجمع ولا حجة له في حديث أسعد بن زرارة لان الاقامة بالأربعين وقع اتفاقا ألا يرى أنه روى ان أسعد أقامها بسبعة عشر رجلا ورسول الله صلى الله عليه وسلم أقامها باثني عشر رجلا حين انفضوا الى التجارة وتركوه قائما وأما الكلام مع أصحابنا فوجه قول أبي يوسف ان الشرط أداء الجمعة بجماعة وقد وجد لانهما مع الامام ثلاثة وهي جمع مطلق ولهذا يتقدمهما الامام ويصطفان خلفه ولهما ان الجمع المطلق شرط انعقاد الجمعة في حق كل واحد منهم وشرط جواز صلاة كل واحد منهم ينبغي أن يكون سواه فيحصل هذا الشرط ثم يصلي ولا يحصل هذا الشرط الا اذا كان سوى الامام ثلاثة اذ لو كان مع الامام ثلاثة لا يوجد في حق كل واحد منهم الا اثنان والمثنى ليس بجمع مطلق وهذا بخلاف سائر الصلوات لأن الجماعة هناك ليست بشرط للجواز حتى يجب على كل واحد تحصيل هذا الشرط غير انهما يصطفان خلف الامام لان المقتدي تابع لامامه فكان ينبغي أن يقوم خلفه لاظهار معنى التبعية غير انه ان كان واحدا لا يقوم خلفه لئلا يصير منتبذا خلف الصفوف فيصير مرتكبا النهي فاذا صارا اثنين زال هذا المعنى فقاما خلفه والله تعالى أعلم وأما صفة القوم الذين تنعقد بهم الجمعة فعندنا ان كل من يصلح اماما للرجال في الصلوات المكتوبات تنعقد بهم الجمعة فيشترط صفة الذكورة والعقل والبلوغ لا غير ولا تشترط الحرية والاقامة حتى تنعقد الجمعة بقوم عبيد أو مسافرين ولا تنعقد بالصبيان والمجانين والنساء على الانفراد وقال الشافعي يشترط الحرية والاقامة في صفة القوم فلا تنعقد بالعبيد والمسافرين وجه قوله انه لا جمعة عليهم فلا تنعقد بهم كالنسوان والصبيان (ولنا) ان درجة الامام أعلى ثم صفة الحرية والاقامة ليست بشرط في الامام لما مر فلأن لا تشترط في القوم أولى وانما لا تجب الجمعة على العبيد والمسافرين اذا لم يحضروا فأما اذا حضروا تجب لان المانع من الوجوب قد زال بخلاف الصبيان والنسوان على ماذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم وأما الوقت فمن شرائط الجمعة وهو وقت الظهر حتى لا يجوز تقديمها على زوال الشمس لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما بعث مصعب

ابن عمير الى المدينة قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة وروى أنه كتب الى أسعد بن زرارة اذا زالت
الشمس من اليوم الذى تجهز فيه اليهود لسبتها فازدلف الى الله تعالى بركعتين وما روى أن ابن مسعود أقام الجمعة
ضحى يعنى بالقرب منه ومراد الراوى أنه ما أخرها بعد الزوال فان لم يؤدها حتى دخل وقت العصر سقط الجمعة
لانها لا تقضى لما نذكر وقال مالك تجوز اقامة الجمعة فى وقت العصر وهو فاسد لانها أقيمت مقام الظهر بالنص
فيصير وقت الظهر وقتا للجمعة وما أقيمت مقام غير الظهر من الصلوات فلم تكن مشروعة فى غير وقته والله أعلم
هذا الذى ذكرنا من الشرائط مذكورة فى ظاهر الرواية وذكر فى النوادر شرطا آخر لم يذكره فى ظاهر الرواية
وهو اداء الجمعة بطريق الاشتهار حتى ان أميرا لو جمع جيشه فى الحصن وأغلق الابواب وصلى بهم الجمعة لا تجزئهم
كذا ذكر فى النوادر فانه قال السلطان اذا صلى فى فهندزه والقوم مع أمراء السلطان فى المسجد الجامع قال ان فتح
باب داره وأذن للعامة بالدخول فى فهندزه جاز وتكون الصلاة فى موضعين ولو لم يأذن للعامة وصلى مع جيشه لا تجوز
صلاة السلطان وتجوز صلاة العامة وانما كان هذا شرطا لان الله تعالى شرع النداء لصلاة الجمعة بقوله يا أيها الذين
آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله والنداء للاشتهار ولذا يسمى جمعة لاجتماع الجماعات
فيها فاقتضى أن تكون الجماعات كلها مأذونين بالحضور اذنا عاما تحقيقا لمعنى الاسم والله أعلم

(فصل) وأما بيان مقدارها فمقدارها ركعتان عرفنا ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله
عنهم من بعده وعليه اجماع الامة وينبغى للامام أن يقرأ فى كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة مقدار ما يقرأ فى صلاة
الظهر وقد ذكرناه ولو قرأ فى الركعة الاولى بفاتحة الكتاب وسورة الجمعة وفى الثانية بفاتحة الكتاب وسورة
المنافقين تبركا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فحسن فانه روى أنه كان يقرؤهما فى صلاة الجمعة وروى أنه قرأ فى
صلاة العيدين والجمعة سبح اسم ربك الاعلى والغاشية فان تبرك بفعله صلى الله عليه وسلم وقرأ هذه السورة فى
أكثر الاوقات فنعم ما فعل ولكن لا يواظب على قراءتها بل يقرأ غيرها فى بعض الاوقات حتى لا يؤدى الى هجر
بعض القرآن ولئلا تظنه العامة حتما ويجهر بالقراءة فيها لورود الاثر فيها بالجهر وهو ما روى عن ابن عباس أنه قال
سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى صلاة الجمعة فى الركعة الاولى سورة الجمعة وفى الثانية سورة المنافقين ولو
لم يجهر لما سمع وكذا الامة توارثت ذلك ولان الناس يوم الجمعة فرغوا قلوبهم عن الاهتمام لامور التجارة لعظم
ذلك الجمع فيتأملون قراءة الامام فتحصل لهم ثمرات القراءة فيجهر بها كما فى صلاة الليل

(فصل) وأما بيان ما يفسدها وبيان حكمها اذا فسدت أو فاتت عن وقتها فنقول انه يفسد الجمعة ما يفسد سائر
الصلوات وقد بينا ذلك فى موضعه والذى يفسدها على الخصوص أشياء منها خروج وقت الظهر فى خلال الصلاة
عند عامة المشايخ وعند مالك لا يفسدها بناء على أن الجمعة فرض مؤقت بوقت الظهر عند العامة حتى لا يجوز
اداؤها فى وقت العصر وعنده يجوز وقد مر الكلام فيه وكذا خروج الوقت بعد ما قعد قدر التشهد عند أبى
حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تفسد وهى من المسائل الاثنى عشرية وقد مرت ومنها فوت
الجماعة الجمعة قبل أن يقيد الامام الركعة بالسجدة بان نفر الناس عنه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا
تفسد وأما فوتها بعد تقييد الركعة بالسجدة فلا تفسد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تفسد وقد ذكرنا هذه المسائل
وأما حكم فسادها فان فسدت بخروج الوقت أو بفوت الجماعة يستقبل الظهر وان فسدت بما تفسد به عامة
الصلوات من الحدث العمد والكلام وغير ذلك يستقبل الجمعة عند وجود شرائطها وأما اذا فاتت عن وقتها وهو
وقت الظهر سقطت عند عامة العلماء لان صلاة الجمعة لا تقضى لان القضاء على حسب الاداء والاداء فات
بشرائط مخصوصة يتعذر تحصيلها على كل فرد فتسقط بخلاف سائر المكتوبات اذا فاتت عن أوقاتها والله أعلم

(فصل) وأما بيان ما يستحب فى يوم الجمعة وما يكره فيه فالمستحب فى يوم الجمعة لمن يحضر الجمعة أن يدهن
ويمس طيبا ويلبس أحسن ثيابه ان كان عنده ذلك ويغتسل لان الجمعة من أعظم شعائر الاسلام فيستحب أن

يكون المقيم لهما على أحسن وصف وقال مالك غسل يوم الجمعة فريضة واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم أو قال حق على كل محتلم ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل وما روى من الحديث فتاويله مروى عن ابن عباس وعائشة أنهما قالا كان الناس عمال أنفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك فكان يتأذى بعضهم برائحة بعض فأمروا بالاغتسال لهذا ثم انتسخ هذا حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بأيديهم ثم غسل يوم الجمعة لصلاة الجمعة أم ليوم الجمعة قال الحسن بن زياد ليوم الجمعة اظهار الفضيلته قال النبي صلى الله عليه وسلم سيد الايام يوم الجمعة وقال أبو يوسف لصلاة الجمعة لانها مؤداة بشرائط ليست لغيرها فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وفائدة الاختلاف أن من اغتسل يوم الجمعة قبل صلاة الجمعة ثم أحدث فتوضأ وصلى به الجمعة فعند أبى يوسف لا يصير مدركا لفضيلة الغسل وعند الحسن يصير مدركا لها وكذا اذا توضأ وصلى به الجمعة ثم اغتسل فهو على هذا الاختلاف فأما اذا اغتسل يوم الجمعة وصلى به الجمعة فانه ينال فضيلة الغسل بالاجماع على اختلاف الاصلين لوجود الاغتسال والصلاة به والله أعلم وأما ما يكره فى يوم الجمعة فنقول تكره صلاة الظهر يوم الجمعة بجماعة فى المصر فى سجن أو غير سجن هكذا روى عن على رضى الله عنه وهكذا جرى التوارث باغلاق أبواب المساجد فى وقت الظهر يوم الجمعة فى الامصار فدل ذلك على كراهة الجماعة فيها فى حق الكل ولانا لو أطلقنا للمعذور اقامة الظهر بالجماعة فى المصر فربما اقتدى به غير المعذور فيؤدى الى تقليل جمع الجمعة وهذا لا يجوز ولان ساكن المصر مأمور بشيئين فى هذا الوقت بترك الجماعات وشهود الجمعة والمعذور قدر على أحدهما وهو ترك الجماعات فيؤمر بالترك وأما أهل القرى فانهم يصلون الظهر بجماعة باذان واقامة لانه ليس عليهم شهود الجمعة ولان فى اقامة الجماعة فيهم تقليل جمع الجمعة فكان هذا اليوم فى حقهم كسائر الايام وكذا يكره البيع والشراء يوم الجمعة اذا صعد الامام المنبر وأذن المؤذنون بين يديه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع والامر بترك البيع يكون نهيا عن مباشرته وأدنى درجات النهى الكراهة ولو باع يجوز لان الامر بترك البيع ليس لعين البيع بل لترك استماع الخطبة

﴿فصل﴾ وأما فرض الكفاية فصلاة الجنازة ونذكرها فى آخر الكتاب ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الصلاة الواجبة فنوعان صلاة الوتر وصلاة العيدين (أما صلاة الوتر) فالكلام فى الوتر يقع فى مواضع فى بيان صفة الوتر أنه واجب أم سنة وفى بيان من يجب عليه وفى بيان مقداره وفى بيان وقته وفى بيان صفة القراءة التى فيه ومقدارها وفى بيان ما يفسده وفى بيان حكمه اذا فسد أو فات عن وقته وفى بيان القنوت أما الاول فعند أبى حنيفة فيه ثلاث روايات روى حماد بن زيد عنه أنه فرض وروى يوسف بن خالد السمتى أنه واجب وروى نوح بن أبى مريم المروزى فى الجامع عنه أنه سنة وبه أخذ أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله وقالوا انه سنة مؤكدة آكد من سائر السنن المؤقتة واحتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث كتبت علىّ ولم تكتب عليكم الوتر والضحى والاضحى وفى رواية ثلاث كتبت علىّ وهى لكم سنة الوتر والضحى والاضحى وعن عبادة بن الصامت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله كتب عليكم فى كل يوم وليلة خمس صلوات وقال صلى الله عليه وسلم فى خطبة الوداع صلوا خمسكم وكذا المروى فى حديث معاذ أنه لما بعثه الى اليمن قال له اعلمهم ان الله افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم وليلة ولو كان الوتر واجبا لصار المفروض ست صلوات فى كل يوم وليلة ولان زيادة الوتر على الخمس المكتوبات نسخ لها لان الخمس قبل الزيادة كانت كل وظيفة اليوم والليلة وبعد الزيادة تصير بعض الوظيفة فينسخ وصف الكلية بها ولا يجوز نسخ الكتاب والمشاهير من الاحاديث بالآحاد ولان علامات السنن فيها ظاهرة فانها تؤدى تبعا للعشاء والفرض ما لا يكون تابعا لفرض آخر وليس لها وقت ولا أذان ولا اقامة ولا جماعة ولفرائض الصلوات أوقات وأذان واقامة وجماعة ولذا يقرأ فى الثلاث

كلها وذا من امارات السنن ولابى حنيفة ماروى خارجة بن حذافة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهى الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه أمر بها ومطلق الامر للوجوب والثانى انه سماها زيادة والزيادة على الشئ لا تتصور الا من جنسه فأما اذا كان غيره فانه يكون قرانا لا زيادة ولان الزيادة انما تتصور على المقدر وهو الفرض فاما النفل فليس بمقدر فلا تتحقق الزيادة عليه ولا يقال انها زيادة على الفرض لكن فى الفعل لا فى الوجوب لانهم كانوا يفعلونها قبل ذلك الا ترى أنه قال الا وهى الوتر ذكرها معرفة بحرف التعريف ومثل هذا التعريف لا يحصل الا بالعهد ولذا لم يستفسروها ولو لم يكن فعلها معهودا لاستفسروا فدل أن ذلك فى الوجوب لا فى الفعل ولا يقال انها زيادة على السنن لانها كانت تؤدى قبل ذلك بطريق السنة وروى عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال أوتروا يا أهل القرآن فمن لم يوتر فليس منا ومطلق الامر للوجوب وكذا التوعد على الترك دليل الوجوب وروى أبو بكر أحمد بن على الرازى باسناده عن أبى سليمان بن أبى بردة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الوتر حق واجب فمن لم يوتر فليس منا وهذا نص فى الباب وعن الحسن البصرى انه قال اجمع المسلمون على أن الوتر حق واجب وكذا حكى الطحاوى فيه اجماع السلف ومثلهما لا يكذب ولانه اذا فات عن وقته يقضى عندهما وهو احد قولى الشافعى ووجوب القضاء عن الفوات لا عن عذر يدل على وجوب الاداء ولذا لا يؤدى على الراحلة بالاجماع عند القدرة على النزول وبعينه ورد الحديث وذا من أمارات الوجوب والفرضية ولانها مقدرة بالثلاث والتنفل بالثلاث ليس بمشروع وأما الاحاديث اما الاول ففيه نفى الفرضية دون الوجوب لان الكتابة عبارة عن الفرضية ونحن به نقول انها ليست بفرض ولكنها واجبة وهى آخر أقوال أبى حنيفة والرواية الاخرى محمولة على ما قبل الوجوب ولا حجة لهم فى الاحاديث الاخر لانها تدل على فرضية الخمس والوتر عندنا ليست بفرض بل هى واجبة وفى هذا حكاية وهو ماروى ان يوسف بن خالد السمتى سأل أبا حنيفة عن الوتر فقال هى واجبة فقال يوسف كفرت يا أبا حنيفة وكان ذلك قبل أن يتلمذ عليه كانه فهم من قول أبى حنيفة انه يقول انها فريضة فزعم انه زاد على الفرائض الخمس فقال أبو حنيفة ليوسف أيهولنى اكفارك اياى وأنا أعرف الفرق بين الواجب والفرض كفرق ما بين السماء والارض ثم بين له الفرق بينهما فاعتذر اليه وجلس عنده للتعلم بعد أن كان من أعيان فقهاء البصرة واذا لم يكن فرضا لم تصر الفرائض الخمس ستا بزيادة الوتر عليها وبه تبين ان زيادة الوتر على الخمس ليست نسخا لها لانها بقيت بعد الزيادة كل وظيفة اليوم والليلة فرضا أما قولهم انه لا وقت لها فليس كذلك بل لها وقت وهو وقت العشاء الا ان تقديم العشاء عليها شرط عند التذكر وذا لا يدل على التبعية كتقديم كل فرض على ما يعقبه من الفرائض ولهذا اختص بوقت استحسانا فان تأخيرها الى آخر الليل مستحب وتأخير العشاء الى آخر الليل يكره أشد الكراهة وذا آمارة الاصالة اذ لو كانت تابعة للعشاء لتبعته فى الكراهة والاستحباب جميعا وأما الجماعة والاذان والاقامة فلانها من شعائر الاسلام فتختص بالفرائض المطلقة ولهذا لا مدخل لها فى صلاة النساء وصلاة العيدين والكسوف وأما القراءة فى الركعات كلها فلضرب احتياط عند تباعد الادلة عن ادخالها تحت الفرائض المطلقة على ما نذكر

(فصل) وأما بيان من تجب عليه فوجوبه لا يختص بالبعض دون البعض كالجمعة وصلاة العيدين بل يعم الناس أجمع من الحر والعبد والذكر والانثى بعد أن كان أهلا للوجوب لان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل

(فصل) وأما الكلام فى مقداره فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الوتر ثلاث ركعات بتسليمة واحدة فى الاوقات كلها وقال الشافعى هو بالخيار ان شاء أوتر بركعة أو ثلاث أو خمس أو سبع أو تسع أو احدى عشر فى الاوقات كلها وقال الزهرى فى شهر رمضان ثلاث ركعات وفى غيره ركعة احتج الشافعى بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من شاء أوتر بركعة ومن شاء أوتر بثلاث أو بخمس ولنا ماروى عن ابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم انهم قالوا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث ركعات وعن الحسن قال اجمع

المسلمون على ان الوتر ثلاث لا سلام الا في آخرهن ومثله لا يكذب ولان الوتر نفل عنده والنوافل أتباع الفرائض فيجب أن يكون لها نظيرا من الاصول والركعة الواحدة غير معهودة فرضا وحديث التخيير محمول على ماقبل استقرار امر الوتر بدليل ماروينا

﴿فصل﴾ وأما بيان وقته فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الوقت وفي بيان الوقت المستحب أما أصل الوقت فوقت العشاء عند أبي حنيفة الا انه شرع مرتبا عليه حتى لا يجوز أداؤه قبل صلاة العشاء مع انه وقته لعدم شرطه وهو الترتيب الا اذا كان ناسيا كوقت أداء الوقتية وهو وقت الفائتة لكنه شرع مرتبا عليه وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي وقته بعد أداء صلاة العشاء وهذا بناء على ماذكرنا ان الوتر واجب عند أبي حنيفة وعندهم سنة ويبنى على هذا الاصل مسئلتان احداهما ان من صلى العشاء على غير وضوء وهو لا يعلم ثم توضأ وأوتر ثم تذكر أعاد صلاة العشاء بالاتفاق ولا يعيد الوتر في قول أبي حنيفة وعندهما يعيد ووجه البناء على هذا الاصل انه لما كان واجبا عند أبي حنيفة كان أصلا بنفسه في حق الوقت لا تبعا للعشاء فكما غاب الشفق دخل وقته كما دخل وقت العشاء الا ان وقته بعد فعل العشاء الا ان تقديم أحدهما على الآخر واجب حالة التذكر فعند النسيان يسقط كما في العصر والظهر التي لم يؤدها حتى دخل وقت العصر يجب ترتيب العصر على الظهر عند التذكر ثم يجوز تقديم العصر على الظهر عند النسيان كذا هذا والدليل على ان وقته ماذكرنا لا مابعد فعل العشاء انه لو لم يصل العشاء حتى طلع الفجر لزمه قضاء الوتر كما يلزمه قضاء العشاء ولو كان وقتها ذلك لما وجب قضاؤها اذا لم يتحقق وقتها لاستحالة تحقق مابعد فعل العشاء بدون فعل العشاء هذا هو تخريج قول أبي حنيفة على هذا الاصل وأما تخريج قولهما انه لما كان سنة كان وقته مابعد وقت العشاء لكونه تبعا للعشاء كوقت ركعتي الفجر ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث زادكم صلاة وجعلها لكم مابين العشاء الى طلوع الفجر ووجود مابين شيئين سابقا على وجودهما محال والجواب أن اطلاق الفعل بعد العشاء لا ينفي الاطلاق قبله وعلى هذا الاختلاف اذا صلى الوتر على ظن انه صلى العشاء ثم تبين أنه لم يصل العشاء يصلي العشاء بالاجماع ولا يعيد الوتر عنده وعندهما يعيد والمسئلة الثانية مسئلة الجامع الصغير وهو أن من صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر في الوقت سعة لا يجوز عنده لان الواجب ملحق بالفرض في العمل فيجب مراعاة الترتيب بينه وبين الفرض وعندهما يجوز لان مراعاة الترتيب بين السنة والمكتوبة غير واجبة ولو ترك الوتر عن وقته حتى طلع الفجر يجب عليه القضاء عند أصحابنا خلافا للشافعي أما عند أبي حنيفة فلا يشكل لانه واجب فكان مضمونا بالقضاء كالفرض وعدم وجوب القضاء عند الشافعي لا يشكل أيضا لانه سنة عنده وكذا القياس عندهما أن لا يقضى وهكذا روي عنهما في غير رواية الاصول لكنهما استحسنا في القضاء بالاثر وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم من نام عن وتر أو نسيه فليصله اذا ذكره فان ذلك وقته ولم يفصل بين ما اذا تذكر في الوقت أو بعده ولانه محل الاجتهاد فأوجب القضاء احتياطا وأما الوقت المستحب للوتر فهو آخر الليل لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت تارة كان يوتر في أول الليل وتارة في وسط الليل وتارة في آخر الليل ثم صار وتره في آخر عمره في آخر الليل وقال النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فأوتر بركعة وهذا اذا كان لا يخاف فوته فان كان يخاف فوته يجب أن لا ينام الا عن وتر وأبو بكر رضي الله عنه كان يوتر في أول الليل وعمر كان يوتر في آخر الليل فقال النبي صلى الله عليه وسلم لابي بكر أخذت بالثقة وقال لعمر أخذت بفضل القوة

﴿فصل﴾ وأما صفة القراءة فيه فالقراءة فيه فرض في الركعات كلها أما عندهم فلا يشكل لانه نفل وعند أبي حنيفة وان كان واجبا لكن الواجب مايحتمل انه فرض ويحتمل انه نفل لكن يرجح جهة الفرضية فيه بدليل فيه شبهة فيعمل واجبا مع احتمال النفلية فان كان فرضا يكتفى بالقراءة في ركعتين منه كما في المغرب وان كان نفلا يشترط في الركعات كلها كما في النوافل فكان الاحتياط في وجوبها في الكل لم يذكر الكرخي في مختصره قدر

القراءة في الوتر وذكر محمد في الاصل وقال وما قرأ في الوتر فهو حسن و بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قرأ في الوتر في الركعة الاولى بسبح اسم ربك الأعلى وفي الثانية بقل يا أيها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله أحد ولا ينبغي أن يوقت شيأ من القرآن في الوتر لما مر ولو قرأ في الركعة الاولى سبح اسم ربك الأعلى وفي الثانية قل يا أيها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله أحد اتباعا للنبي صلى الله عليه وسلم كان حسنا لكن لا يواظب عليه كيلا يظنه الجهال حتما ثم اذا فرغ من القراءة في الركعة الثانية كبر ورفع يديه حذاء أذنيه ثم أرسلهما ثم يقنت أما التكبير فلما روى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا أراد أن يقنت كبر وقنت وأما رفع اليدين فلقول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترفع اليدين الا في سبعة مواطن وذكر من جملتها القنوت وأما الارسال فقد ذكرنا تفسيره فيما تقدم والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما القنوت فالكلام فيه في مواضع في صفة القنوت ومحل أدائه ومقداره ودعائه وحكمه اذا فات عن محله أما الاول فالقنوت واجب عند أبي حنيفة وعندهما سنة والكلام فيه كالكلام في أصل الوتر وأما محل أدائه فالوتر في جميع السنة قبل الركوع عندنا وقد خالفنا الشافعي في المواضع الثلاثة فقال يقنت في صلاة الفجر في الركعة الثانية بعد الركوع ولا يقنت في الوتر الا في النصف الاخير من رمضان بعد الركوع واحتج في المسئلة الاولى بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقنت في صلاة الفجر وكان يدعو على قبائل ولنا ماروى ابن مسعود وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قنت في صلاة الفجر شهرا كان يدعو في قنوته على رعل وذكوان و يقول اللهم اشدد وطأتك على مضر واجعلها عليهم سنين كسني يوسف ثم تركه فكان منسوخا دل عليه انه روى انه صلى الله عليه وسلم كان يقنت في صلاة المغرب كما في صلاة الفجر وذلك منسوخ بالاجماع وقال أبو عثمان النهدي صليت خلف أبي بكر وخلف عمر كذلك فلم أر أحدا منهما يقنت في صلاة الفجر واحتج في المسئلة الثانية بما روى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما أمر أبي بن كعب بالامامة في ليالي رمضان أمره بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا ماروى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا راعينا صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل يقنت قبل الركوع ولم يذكروا وقتا في السنة وتأويل مارواه الشافعي انه طول القيام بالقراءة وطول القيام يسمى قنوتا لانه أراد به القنوت في الوتر وانما حملناه على هذا لان امامة أبي بن كعب كانت بمحضر من الصحابة ولا يخفى عليهم حاله وقد رويناعنهم بخلافه واستدل في المسئلة الثالثة بصلاة الفجر ثم قد صح في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقنت في صلاة الفجر بعد الركوع فقاس عليه القنوت في الوتر ولنا مارويناعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قنوت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الوتر قبل الركوع واستدلاله بصلاة الفجر غير سديد لانه استدلال بالمنسوخ على مامر وأما مقدار القنوت فقد ذكر الكرخي ان مقدار القيام في القنوت مقدار سورة اذا السماء انشقت وكذا ذكر في الاصل لماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقرأ في القنوت اللهم انا نستعينك اللهم اهدنا فيمن هديت وكلاهما على مقدار هذه السورة وروى انه صلى الله عليه وسلم كان لا يطول في دعاء القنوت وأما دعاء القنوت فليس في القنوت دعاء موقت كذا ذكر الكرخي في كتاب الصلاة لانه روى عن الصحابة أدعية مختلفة في حال القنوت ولان الموقت من الدعاء يجري على لسان الداعي من غير احتياجه الى احضار قلبه وصدق الرغبة منه الى الله تعالى فيبعد عن الاجابة ولانه لا توقيت في القراءة لشيء من الصلوات ففي دعاء القنوت أولى وقد روى عن محمد انه قال التوقيت في الدعاء يذهب رقة القلب وقال بعض مشايخنا المراد من قوله ليس في القنوت دعاء موقت ماسوى قوله اللهم انا نستعينك لان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا في القنوت فالأولى أن يقرأه ولو قرأ غيره جاز ولو قرأ معه غيره كان حسنا والاولى أن يقرأ بعده ما علم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما في قنوته اللهم اهدنا فيمن هديت الى آخره وقال بعضهم الافضل في الوتر أن يكون فيه دعاء موقت لان الامام ربما

يكون جاملافيأتى بدعاء يشبه كلام الناس فيفسد الصلاة وماروى عن محمد ان التوقيت فى الدعاء يذهب برقة القلب محمول على أدعية المناسك دون الصلاة لماذكرنا وأما صفة دعاء القنوت من الجهر والمخافتة فقد ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه ان كان منفردا فهو بالخيار ان شاء جهر وأسمع غيره وان شاء جهر وأسمع نفسه وان شاء أسر كما فى القراءة وان كان اماما يجهر بالقنوت لكن دون الجهر بالقراءة فى الصلاة والقوم يتابعونه هكذا الى قوله ان عذابك بالكفار ملحق واذا دعا الامام بعد ذلك هل يتابعه القوم ذكر فى الفتاوى اختلافا بين أبى يوسف ومحمد فى قول أبى يوسف يتابعونه ويقرؤن وفى قول محمد لا يقرؤن ولكن يؤمنون وقال بعضهم ان شاء القوم سكتوا وأما الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى القنوت فقد قال أبو القاسم الصفار لا يفعل لان هذا ليس موضعها وقال الفقيه أبو الليث يأتى بها لأن القنوت دعاء فالافضل أن يكون فيه الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ذكره فى الفتاوى هذا كله مذكور فى شرح القاضى مختصر الطحاوى واختار مشايخنا بما وراء النهر الاخفاء فى دعاء القنوت فى حق الامام والقوم جميعا لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقول النبى صلى الله عليه وسلم خير الدعاء الخفى وأما حكم القنوت اذا فات عن محله فنقول اذا نسى القنوت حتى ركع ثم تذكر بعدما رفع رأسه من الركوع لا يعود ويسقط عنه القنوت وان كان فى الركوع فكذلك فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول أنه يعود الى القنوت لأن له شبها بالقراءة فيعود كما لو ترك الفاتحة أو السورة ولو تذكر فى الركوع أو بعدما رفع رأسه منه أنه ترك الفاتحة أو السورة يعود وينتقض ركوعه كذا ههنا ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الركوع يتكامل بقراءة الفاتحة والسورة لان الركوع لا يعتبر بدون القراءة أصلا فيتكامل بتكامل القراءة وقراءة الفاتحة والسورة على التعيين واجبة فينتقض الركوع بتركها فكان نقض الركوع للاداء على الوجه الاكمل والاحسن فكان مشروعا فأما القنوت فليس مما يتكامل به الركوع الا ترى أنه لا قنوت فى سائر الصلوات والركوع معتبر بدونه فلم يكن النقض للتكميل لكماله فى نفسه ولو نقض كان النقض لاداء القنوت الواجب ولا يجوز نقض الفرض لتحصيل الواجب فهو الفرق ولا يقنت فى الركوع أيضا بخلاف تكبيرات العيد اذا تذكرها فى حال الركوع حيث يكبر فيه والفرق أن تكبيرات العيد لم تختص بالقيام المحض الا ترى أن تكبيرة الركوع يؤتى بها فى حال الانحطاط وهى محسوبة من تكبيرات العيد باجماع الصحابة فاذا جاز اداء واحدة منها فى غير محض القيام من غير عذر جاز اداء الباقى مع قيام العذر بطريق الاولى فأما القنوت فلم يشرع الا فى محض القيام غير معقول المعنى فلا يتعدى الى الركوع الذى هو قيام من وجه ولو أنه عاد الى القيام وقنت ينبغى أن لا ينتقض ركوعه على قياس ظاهر الرواية بخلاف ما اذا عاد الى قراءة الفاتحة أو السورة حيث ينتقض ركوعه والفرق أن محل القراءة قائم ما لم يقيد الركعة بالسجدة الا ترى أنه يعود فاذا عاد وقرأ الفاتحة أو السورة وقع الكل فرضا فيجب مراعاة الترتيب بين الفرائض ولا يتحقق ذلك الا بنقض الركوع بخلاف القنوت لأن محله قد فات الا ترى أنه لا يعود فاذا عاد فقد قصد نقض الفرض لتحصيل واجب فات عليه فلا يملك ذلك ولو عاد الى قراءة الفاتحة أو السورة فقرأها وركع مرة أخرى فادركه رجل فى الركوع الثانى كان مدركا للركعة ولو كان أتم قراءته وركع فظن أنه لم يقرأ فرفع رأسه منه يعود فيقرأ أو يعيد القنوت والركوع وهذا ظاهر لأن الركوع ههنا حصل قبل القراءة فلم يعتبر أصلا ولو حصل قبل قراءة الفاتحة أو السورة يعود ويعيد الركوع فههنا أولى

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يفسده وبيان حكمه اذا فسد أو فات عن وقته أما ما يفسده وحكمه اذا فسد فما ذكرنا فى الصلوات المكتوبات واذا فات عن وقته يقضى على الاختلاف الاقاويل على ما بينا والله تعالى أعلم

﴿فصل وأما صلاة العيدين﴾ فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان أنها واجبة أم سنة وفى بيان شرائط وجوبها وجوازها وفى بيان وقت ادائها وفى بيان قدرها وكيفية ادائها وفى بيان ما يفسدها وفى بيان حكمها اذا فسدت أو فاتت عن وقتها وفى بيان ما يستحب فى يوم العيد أما الاول فقد نص الكرخى على الوجوب فقال

وتجب صلاة العيدين على أهل الامصار كما تجب الجمعة وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه تجب صلاة العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة وذكر في الاصل ما يدل على الوجوب فانه قال لا يصلى التطوع بالجماعة ما خلا قيام رمضان وكسوف الشمس وصلاة العيد تؤدى بجماعة فلو كانت سنة ولم تكن واجبة لاستثناها كما استثنى التراويح وصلاة الكسوف وسماها سنة في الجامع الصغير فانه قال في العيدين اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة وهذا اختلاف من حيث العبارة فتأويل ما ذكر في الجامع الصغير أنها واجبة بالسنة أم هي سنة مؤكدة وانها في معنى الواجب على أن اطلاق اسم السنة لا ينفي الوجوب بعد قيام الدليل على وجوبها وذكر أبو موسى الضرير في مختصره أنها فرض كفاية والصحيح انها واجبة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي انها سنة وليست بواجبة وجه قوله أنها بدل صلاة الضحى وتلك سنة فكذا هذه لأن البدل لا يخالف الاصل ولنا قوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في التفسير صل صلاة العيد وانحر الجزور ومطلق الامر للوجوب وقوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم قيل المراد منه صلاة العيد ولانها من شعائر الاسلام فلو كانت سنة فربما اجتمع الناس على تركها فيفوت ما هو من شعائر الاسلام فكانت واجبة صيانة لما هو من شعائر الاسلام عن الفوت

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبها وجوازها فكل ما هو شرط وجوب الجمعة وجوازها فهو شرط وجوب صلاة العيدين وجوازها من الامام والمصر والجماعة والوقت الا الخطبة فانها سنة بعد الصلاة ولو تركها جازت صلاة العيد أما الامام فشرط عندنا لما ذكرنا في صلاة الجمعة وكذا المصر لما روينا عن علي رضي الله عنه أنه قال لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا في مصر جامع ولم يرد بذلك نفس الفطر ونفس الاضحى ونفس التشريق لان ذلك مما يوجد في كل موضع بل المراد من لفظ الفطر والاضحى صلاة العيدين ولانها ما ثبتت بالتوارث من الصدر الاول الا في الامصار ويجوز اداؤها في موضعين لما ذكرنا في الجمعة والجماعة شرط لانها ما أديت الا بجماعة والوقت شرط فانها لا تؤدى الا في وقت مخصوص به جرى التوارث وكذا الذكورة والعقل والبلوغ والحرية وصحة البدن والاقامة من شرائط وجوبها كما هي من شرائط وجوب الجمعة حتى لا تجب على النسوان والصبيان والمجانين والعبيد بدون اذن مواليهم والزمنى والمرضى والمسافرين كما لا تجب عليهم لما ذكرنا في صلاة الجمعة ولأن هذه الاعذار لما أثرت في اسقاط الفرض فلان تؤثر في اسقاط الواجب أولى وللمولى أن يمنع عبده عن حضور العيدين كما له منعه عن حضور الجمعة لما ذكرنا هنالك وأما النسوة فهل يرخص لهن أن يخرجن في العيدين أجمعوا على أنه لا يرخص للشواب منهن الخروج في الجمعة والعيدين وشيء من الصلاة لقوله تعالى وقرن في بيوتكن والامر بالقرار نهي عن الانتقال ولان خروجهن سبب الفتنة بلا شك والفتنة حرام وما أدى الى الحرام فهو حرام وأما العجائز فلا خلاف في أنه يرخص لهن الخروج في الفجر والمغرب والعشاء والعيدين واختلفوا في الظهر والعصر والجمعة قال أبو حنيفة لا يرخص لهن في ذلك وقال أبو يوسف ومحمد يرخص لهن في ذلك وجه قولهما أن المنع لخوف الفتنة بسبب خروجهن وذا لا يتحقق في العجائز ولهذا اباح أبو حنيفة خروجهن في غيرهما من الصلوات ولأبي حنيفة أن وقت الظهر والعصر وقت انتشار الفساق في المحال والطرقات فربما يقع من صدقت رغبته في النساء في الفتنة بسببهن أو يقعن هن في الفتنة لبقاء رغبتهن في الرجال وان كبرن فاما في الفجر والمغرب والعشاء فالهواء مظلم والظلمة تحول بينهن وبين نظر الرجال وكذا الفساق لا يكونون في الطرقات في هذه الاوقات فلا يؤدى الى الوقوع في الفتنة وفي الاعياد وان كان تكثر الفساق تكثر الصلحاء أيضا فتمنع هيبة الصلحاء أو العلماء اياهما عن الوقوع في المأثم والجمعة في المصر فربما تصدم أو تصدم لكثرة الزحام وفي ذلك فتنة وأما صلاة العيد فانها تؤدى في الجبانة فيمكنها أن تعتزل ناحية عن الرجال كيلا تصدم فرخص لهن الخروج والله أعلم ثم هذا الخلاف في الرخصة والاباحة فاما لا خلاف في أن الافضل أن لا يخرجن في صلاة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة المرأة في دارها أفضل من صلاتها في مسجدها وصلاتها في بيتها أفضل من صلاتها في دارها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في

بيتها ثم اذا رخص فى صلاة العيد هل يصلين روى الحسن عن أبى حنيفة يصلين لأن المقصود بالخروج هو الصلاة قال النبى صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا اماء الله مساجد الله وليخرجن اذا خرجن تفلات أى غير متطيبات وروى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة لا يصلين العيد مع الامام لان خروجهن لتكثير سواد المسلمين لحديث أم عطية رضى الله عنها كن النساء يخرجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى ذوات الخدور والحيض ومعلوم أن الحائض لا تصلى فعلم أن خروجهن كان لتكثير سواد المسلمين فكذلك فى زماننا وأما العبد اذا حضر مع مولاه العيدين والجمعة لحفظ دابته هل له أن يصلى بغير رضاه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ليس له ذلك الا اذا كان لا يخل بحق مولاه فى امساك دابته وأما الخطبة فليست بشرط لأنها تؤدى بعد الصلاة وشرط الشئ يكون سابقا عليه أو مقارنا له والدليل على انها تؤدى بعد الصلاة ماروى عن ابن عمر أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وكانوا يبدؤن بالصلاة قبل الخطبة وكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر وعثمان فبدؤا بالصلاة قبل الخطبة ولم يؤذنوا ولم يقيموا ولأنها وجبت لتعليم ما يجب اقامته يوم العيد والوعظ والتكبير فكان التأخير أولى ليكون الامتثال أقرب الى زمان التعليم والدليل على انها بعد صلاة العيد ماروى أن مروان لما خطب العيد قبل الصلاة قام رجل فقال أخرجت المنبر يا مروان ولم يخرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وخطبت قبل الصلاة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بعد الصلاة فقال مروان ذلك شئ قد ترك فقال أبو سعيد الخدرى أما هذا فقد قضى ما عليه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان أى أقل شرائع الايمان وانما أحدث بنو امية الخطبة قبل الصلاة لانهم كانوا يتكلمون فى خطبتهم بما لا يحل وكان الناس لا يجلسون بعد الصلاة لسماعها فاحدثوها قبل الصلاة ليسمعها الناس فان خطب أولا ثم صلى أجزأهم لانه لو ترك الخطبة أصلا اجزأهم فهذا أولى وكيفية الخطبة فى العيدين كهى فى الجمعة فيخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة خفيفة ويقرأ فيها سورة من القرآن ويستمع لها القوم وينصتوا لانه يعلمهم الشرائع ويعظهم وانما ينفعهم ذلك اذا استمعوا وليس فى العيدين أذان ولا اقامة لما روينا من حديث ابن عباس وروى عن جابر بن سمرة انه قال صليت العيد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة ولا مرتين بغير أذان ولا اقامة وهكذا جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولانهما شرعا علما على المكتوبة وهذه ليست بمكتوبة

﴿فصل﴾ وأما بيان وقت أدائها فقد ذكر الكرخى وقت صلاة العيد من حين تبيض الشمس الى أن تزول لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يصلى العيد والشمس على قدر رمح أو رمحين وروى ان قوما شهدوا برؤية الهلال فى آخر يوم من رمضان فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخروج الى المصلى من الغد ولو جاز الاداء بعد الزوال لم يكن للتأخير معنى ولانه المتوارث فى الامة فيجب اتباعهم فان تركها فى اليوم الاول فى عيد الفطر بغير عذر حتى زالت الشمس سقطت أصلا سواء تركها لعذر أو لغير عذر وأما فى عيد الاضحى فان تركها فى اليوم الاول لعذر أو لغير عذر صلى فى اليوم الثانى فان لم يفعل ففى اليوم الثالث سواء كان لعذر أو لغير عذر غير ان التأخير اذا كان لغير عذر تلحقه الاساءة وان كان لعذر لا تلحقه الاساءة وهذا لان القياس ان لا تؤدى الا فى يوم عيد لانها عرفت بالعيد فقال صلاة العيد الا أنا جوزنا الاداء فى اليوم الثانى فى عيد الفطر بالنص الذى روينا والنص الذى ورد فى حالة العذر فبقى ماوراءه على أصل القياس وانما جوزنا الاداء فى اليوم الثانى والثالث فى عيد الاضحى استدلالا بالاضحية فانها جائزة فى اليوم الثانى والثالث فكذا صلاة العيد لانها معروفة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ويمضى ذلك كله فى أربعة أيام فاليوم العاشر من ذى الحجة للنحر خاصة واليوم الثالث عشر للتشريق خاصة واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق جميعا

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر صلاة العيدين وكيفية أدائها فنقول يصلي الامام ركعتين فيكبر تكبيرة الافتتاح ثم يستفتح فيقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى يأتي بالثناء بعد التكبيرات وهذا غير سديد لان الاستفتاح كاسمه وضع لافتتاح الصلاة فكان محله ابتداء الصلاة ثم يتعوذ عند أبي يوسف ثم يكبر ثلاثا وعند محمد يؤخر التعوذ عن التكبيرات بناء على أن التعوذ سنة الافتتاح أو سنة القراءة على ماذكرنا ثم يقرأ ثم يكبر تكبيرة الركوع فاذا قام الى الثانية يقرأ أولا ثم يكبر ثلاثا ويركع بالرابعة فاصل الجواب ان عندنا يكبر في صلاة العيدين تسع تكبيرات ستة من الزوائد وثلاث أصليات تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع ويوالي بين القراءتين فيقرأ في الركعة الاولى بعد التكبيرات وفي الثانية قبل التكبيرات وروي عن أبي يوسف انه يكبر ثنتي عشرة تكبيرة سبعا في الاولى وخمسا في الثانية فتكون الزوائد تسعا خمس في الاولى وأربع في الثانية وثلاث أصليات ويبدأ بالتكبيرات في كل واحدة من الركعتين وقال الشافعي يكبر اثنتي عشرة تكبيرة سبعا في الاولى وخمسا في الثانية سوى الاصليات وهو قول مالك ويبدأ بالتكبيرات قبل القراءة في الركعتين جميعا والمسئلة مختلفة بين الصحابة روي عن عمر وعبد الله بن مسعود وأبي مسعود الانصاري وأبي موسى الاشعري وحذيفة بن اليمان رضي الله عنهم انهم قالوا مثل قول أصحابنا وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين الفطر والاضحى فقال في الفطر يكبر احدى عشرة تكبيرة ثلاث أصليات وثمان زوائد في كل ركعة أربعة وفي الاضحى يكبر خمس تكبيرات ثلاث أصليات وتكبيرتان زائدتان وعنده يقدم القراءة على التكبيرات في الركعتين جميعا وعن ابن عباس رضي الله عنهما ثلاث روايات روي عنه كقول ابن مسعود وانه شاذ والمشهور عنه روايتان احداهما انه يكبر في العيدين ثلاثة عشرة تكبيرة ثلاث أصليات وعشرة زوائد في كل ركعة خمس تكبيرات والثانية انه يكبر اثنى عشرة تكبيرة كما قال أبو يوسف ومن مذهبه انه لا يقدم القراءة على التكبيرات في الركعتين جميعا والمختار في المذهب عندنا مذهب ابن مسعود لاجماع الصحابة عليه فانه روي ان الوليد بن عقبة أتاهم فقال غدا العيد فكيف تأمروني ان أفعل فقالوا لابن مسعود علمه فعلمه هذه الصفة ووافقوه على ذلك وقيل انه مختار أبي بكر الصديق ولان رفع الصوت بالتكبيرات بدعة في الاصل فبقدر ما ثبت بالاجماع لم تبق بدعة بيقين وما دخل تحت الاختلاف كان توهم البدعة وانما الاخذ بالاقل اولى وأحوط الان برواية ابن عباس ظهر العمل باكثر بلادنا لان الخلافة في بني العباس ويأمرون عمالهم بالعمل بمذهب جدهم وبيان هذه الفصول في الجامع الكبير ولم يبين في الاصل مقدار الفصل بين التكبيرات وقد روي عن أبي حنيفة انه يسكت بين كل تكبيرتين قدر ثلاث تسبيحات ويرفع يديه عند تكبيرات الزوائد وحكى أبو عصمة عن أبي يوسف انه لا يرفع يديه في شئ منها لما روي عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يرفع يديه في الصلاة الا في تكبيرة الافتتاح ولانها سنة فتلتحق بجنسها وهو تكبيرتا الركوع ولنا ما روينا من الحديث المشهور لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات العيد ولان المقصود وهو اعلام الاصم لا يحصل الا بالرفع فيرفع كتكبيرة الافتتاح وتكبير القنوت بخلاف تكبيرتي الركوع لانه يؤتى بهما في حال الانتقال فيحصل المقصود بالرؤية فلا حاجة الى رفع اليد للاعلام وحديث ابن مسعود محمول على الصلاة المعهودة المكتوبة ويقرأ في الركعتين أي سورة شاء وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقرأ في صلاة العيد سبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية فان تبرك بالاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في قراءة هاتين السورتين في أغلب الاحوال فحسن لكن يكره ان يتخذهما حتما لا يقرأ فيها غيرهما لما ذكرنا في الجمعة ويجهر بالقراءة كذا ورد النقل المستفيض عن النبي صلى الله عليه وسلم بالجهر به وبه جرى التوارث من الصدر الاول الى يومنا هذا ثم المقتدي يتابع الامام في التكبيرات على رأيه وان كبر أكثر من تسع ما لم يكبر تكبيرا لم يقل به أحد من الصحابة رضي الله عنهم لانه تبع لامامه فيجب عليه متابعته وترك رأيه برأي الامام لقول النبي صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به

فلا يختلفوا وقوله صلى الله عليه وسلم تابع امامك على أي حال وجدته مالم يظهر خطأه بيقين كان اتباعه واجبا ولا
يظهر ذلك في المجتهدات فاما اذا خرج عن أقاويل الصحابة فقد ظهر خطأه بيقين فلا يجب اتباعه اذ لا متابعة
في الخطأ ولهذا لو اقتدى بمن يرفع يديه عند الركوع ورفع الرأس منه أو بمن يقنت في الفجر أو بمن يرى خمس
تكبيرات في صلاة الجنازة لا يتابعه لظهور خطئه بيقين لان ذلك كله منسوخ ثم الى كم يتابعه اختلف مشايخنا
فيه قال عامتهم انه يتابعه الى ثلاث عشرة تكبيرة ثم يسكت بعد ذلك وقال بعضهم يتابعه الى ستة عشرة تكبيرة
لان فعله الى هذا الموضع محتمل للتأويل فلعل هذا القائل ذهب الى أن ابن عباس أراد بقوله ثلاث عشرة تكبيرة
الزوائد فاذا ضممت اليها تكبيرة الافتتاح وتكبيرتي الركوع صارت ستة عشرة تكبيرة لكن هذا اذا كان يقرب من
الامام يسمع التكبيرات منه فاما اذا كان يبعد منه يسمع من المكبرين يأتي بجميع ما يسمع وان خرج عن أقاويل
الصحابة لجواز ان الغلط من المكبرين فلو ترك شيأ منها ربما كان المتروك ما أتى به الامام والمأتى به ما أخطأ فيه المكبرون
فيتابعهم ليتأدى ما يأتيه الامام بيقين ولهذا قيل اذا كان المقتدي يبعد من الامام يسمع من المكبرين ينبغي ان ينوي
بكل تكبيرة الافتتاح لجواز ان ما سمع قبل هذه كان غلطا من المنادي وانما كبر الامام للافتتاح الآن ولو شرع
الامام في صلاة العيد فجاء رجل واقتدى به فان كان قبل التكبيرات الزوائد يتابع الامام على مذهبه ويترك رأيه
لما قلنا وان أدركه بعدما كبر الامام الزوائد وشرع في القراءة فانه يكبر تكبيرة الافتتاح ويأتي بالزوائد برأي
نفسه لا برأي الامام لانه مسبوق وان أدرك الامام في الركوع فان لم يخف فوت الركوع مع الامام يكبر
للافتتاح قائما ويأتي بالزوائد ثم يتابع الامام في الركوع وان كان الاشتغال بقضاء ما سبق به المصلي قبل الفراغ
عما أدركه منسوخا لان النسخ انما يثبت فيما يتمكن من قضائه بعد فراغ الامام فاما ما لا يتمكن من قضائه بعد
فراغ الامام فلم يثبت فيه النسخ ولانه لو تابع الامام لا يخلو اما ان يأتي بهذه التكبيرات أو لا يأتي بها فان كان لا يأتي
بها فهذا تفويت الواجب وان كان يأتي بها فقد أدى الواجب فيما هو محل له من وجه دون وجه فكان فيه تفويته
عن محله من وجه ولا شك ان أداء الواجب فيما هو محل له من وجه أولى من تفويته رأسا وان خاف ان كبر يرفع
الامام رأسه من الركوع كبر للافتتاح وكبر للركوع وركع لانه لو لم يركع يفوته الركوع فتفوته الركعة بفوته
وتبين ان التكبيرات أيضا فاتته فيصير بتحصيل التكبيرات مفوتا لها ولغيرها من أركان الركعة وهذا لا يجوز ثم اذا
ركع يكبر تكبيرات العيد في الركوع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكبر لانه فات عن محلها وهو القيام
فيسقط كالقنوت ولهما ان للركوع حكم القيام الا ترى ان مدركه يكون مدركا للركعة فكان محلها قائما فيأتي بها
ولا يرفع يديه بخلاف القنوت لانه بمعنى القراءة فكان محله القيام المحض وقد فات ثم ان أمكنه الجمع بين التكبيرات
والتسبيحات جمع بينهما وان لم يمكنه الجمع بينهما يأتي بالتكبيرات دون التسبيحات لان التكبيرات واجبة والتسبيحات
سنة والاشتغال بالواجب أولى فان رفع الامام رأسه من الركوع قبل ان يتمها رفع رأسه لان متابعة الامام
واجبة وسقط عنه ما بقي من التكبيرات لانه فات محلها ولو ركع الامام بعد فراغه من القراءة في الركعة الاولى
فتذكر انه لم يكبر فانه يعود ويكبر وقد انتقض ركوعه ولا يعيد القراءة فرق بين الامام والمقتدي حيث أمر الامام
بالعود الى القيام ولم يأمره باداء التكبيرات في حالة الركوع وفي المسئلة المتقدمة أمر المقتدي بالتكبيرات في حالة
الركوع والفرق ان محل التكبيرات في الاصل القيام المحض وانما ألحقنا حالة الركوع بالقيام في حق المقتدي ضرورة
وجوب المتابعة وهذه الضرورة لم تتحقق في حق الامام فبقي محلها القيام المحض فامر بالعود اليه ثم من ضرورة
العود الى القيام ارتفاض الركوع كما لو تذكر الفاتحة في الركوع انه يعود ويقرأ ويرتفض ركوعه كذا ههنا ولا
يعيد القراءة لانها تمت بالفراغ عنها والركن بعد تمامه والانتقال عنه غير قابل للنقض والابطال فبقيت على
ما تمت هذا اذا تذكر بعد الفراغ من القراءة فاما ان تذكر قبل الفراغ عنها بأن قرأ الفاتحة دون السورة ترك القراءة
ويأتي بالتكبيرات لانه اشتغل بالقراءة قبل أوانها فيتركها ويأتي بما هو الاهم ليكون المحل محلا له ثم يعيد القراءة

لان الركن متى ترك قبل تمامه ينتقض من الاصل لانه لا يتجزأ فى نفسه وما لا يتجزأ فى الحكم فوجوده معتبر بوجود الجزء الذى به تمامه فى الحكم ونظيره من تذكر سجدة فى الركوع خرلها و يعيد الركوع لما مر والله أعلم هذا اذا أدرك الامام فى الركعة الأولى فان أدركه فى الركعة الثانية كبر للافتتاح وتابع امامه فى الركعة الثانية يتبع فيها رأى امامه لما قلنا فاذا فرغ الامام من صلاته يقوم الى قضاء ما سبق به ثم ان كان رأيه يخالف رأى الامام يتبع رأى نفسه لانه منفرد فيما يقضى بخلاف اللاحق لانه فى الحكم كانه خلف الامام وان كان رأيه موافقا لرأى امامه بان كان امامه يرى رأى ابن مسعود وهو كذلك بدأ بالقراءة ثم بالتكبيرات كذا ذكر فى الأصل والجامع والزيادات وفى نوادر أبى سليمان فى أحد الموضعين وقال فى الموضع الآخر يبدأ بالتكبير ثم بالقراءة ومن مشايخنا من قال ماذكر فى الاصل قول محمد لان عنده ما يقضى المسبوق آخر صلاته وعندنا فى الركعة الثانية يقرأ ثم يكبر وماذكر فى النوادر قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان عندهما ما يقضيه المسبوق أول صلاته وعندنا فى الركعة الاولى يكبر ثم يقرأ ومنهم من قال لا خلاف فى المسئلة بين أصحابنا بل فيه اختلاف الروايتين وجه رواية والنوادر ماذكرنا ان ما يقضيه المسبوق اول صلاته لانه يقضى ما فاته فيقضيه كما فاته وقد فاته على وجه يقدم التكبير فيه على القراءة فيقضيه كذلك ووجه رواية الأصل ان المقضى وان كان أول صلاته حقيقة ولكنه الركعة الثانية صورة وفيما أدرك مع الامام قرأ ثم كبر لانها ثانية الامام فلو قدم ههنا ما يقضى أدى ذلك الى الموالاة بين التكبيرتين ولم يقل به أحد من الصحابة فلا يفعل كذلك احترازا عن مخالفة الاجماع بصورة هذا الفعل ولو بدأ بالقراءة لكان فيه تقديم القراءة فى الركعتين لكن هذا مذهب على رضى الله عنه ولا شك ان العمل بما قاله أحد من الصحابة أولى من العمل بما لم يقل به أحد اذ هو باطل بيقين

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يفسدها و بيان حكمها اذا فسدت أو فاتت عن وقتها فكل ما يفسد سائر الصلوات وما يفسد الجمعة يفسد صلاة العيدين من خروج الوقت فى خلال الصلاة أو بعد ما قعد قدر التشهد وفوت الجماعة على التفصيل والاختلاف الذى ذكرنا فى الجمعة غير انها ان فسدت بما يفسد به سائر الصلوات من الحدث العمد وغير ذلك يستقبل الصلاة على شرائطها وان فسدت بخروج الوقت أو فاتت عن وقتها مع الامام سقطت ولا يقضيها عندنا وقال الشافعى يصليها وحده كما يصلى الامام يكبر فيها تكبيرات العيد والصحيح قولنا لان الصلاة بهذه الصفة ما عرفت قربة الا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كالجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم ما فعلها الا بالجماعة كالجمعة فلا يجوز أداؤها الا بتلك الصفة ولانها مختصة بشرائط يتعذر تحصيلها فى القضاء فلا تقضى كالجمعة ولكنه يصلى أربعا مثل صلاة الضحى ان شاء لانها اذا فاتت لا يمكن تداركها بالقضاء لفقد الشرائط فلو صلى مثل صلاة الضحى لينال الثواب كان حسنا لكن لا يجب لعدم دليل الوجوب وقد روى عن ابن مسعود انه قال من فاتته صلاة العيد صلى أربعا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يستحب فى يوم العيد فيستحب فيه أشياء منها ما قال أبو يوسف انه يستحب أن يستاك و يغتسل و يطعم شيأ و يلبس أحسن ثيابه و يمس طيبا و يخرج فطرته قبل أن يخرج أما الاغتسال والاستياك ومس الطيب ولبس أحسن الثياب جديدا كان أو غسيلا فلما ذكرنا فى الجمعة وأما اخراج الفطرة قبل الخروج الى المصلى فى عيد الفطر فلما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج قبل أن يخرج الى المصلى ولانه مسارعة الى أداء الواجب فكان مندوبا اليه وأما الذوق فيه فلكون اليوم يوم فطر وأما فى عيد الاضحى فان شاء ذاق وان شاء لم يذق والادب انه لا يذوق شيأ الى وقت الفراغ من الصلاة حتى يكون تناوله من القرابين ومنها أن يغدو الى المصلى جاهرا بالتكبير فى عيد الاضحى فاذا انتهى الى المصلى ترك لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يكبر فى الطريق وأما فى عيد الفطر فلا يجهر بالتكبير عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجهر وذكر الطحاوى انه يجهر فى العيدين جميعا واحتجوا بقوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم وليس بعد اكمال العدة الا

هذا التكبير ولابى حنيفة ماروى عن ابن عباس انه حمله قائده يوم الفطر فسمع الناس يكبرون فقال لقائده أكبر الامام قال لا قال أجن الناس ولو كان الجهر بالتكبير سنة لم يكن لهذا الانكار معنى ولان الاصل فى الاذكار هو الاخفاء الا فيما ورد التخصيص فيه وقد ورد فى عيد الاضحى فبقى الامر فى عيد الفطر على الاصل وأما الآية فقد قيل ان المراد منه صلاة العيد على ان الآية تتعرض لاصل التكبير وكلامنا فى وصف التكبير من الجهر والاخفاء والآية ساكتة عن ذلك (ومنها) ان يتطوع بعد صلاة العيد أى بعد الفراغ من الخطبة لما روى عن على رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من صلى بعد العيد أربع ركعات كتب الله له بكل نبت نبت وبكل ورقة حسنة وأما قبل صلاة العيد فلا يتطوع فى المصلى ولا فى بيته عندنا أكثر أصحابنا المانذكر فى بيان الاوقات التى يكره فيها التطوع ان شاء الله تعالى (ومنها) انه يستحب للامام اذا خرج الى الجبانة لصلاة العيد أن يخلف رجلا يصلى باصحاب العلل فى المصر صلاة العيد لما روى عن على رضى الله عنه انه لما قدم الكوفة استخلف أبا موسى الاشعرى ليصلى بالضعفة صلاة العيد فى المسجد وخرج الى الجبانة مع خمسين شيخا يمشى و يمشون ولان فى هذا اعانة للضعفة على احراز الثواب فكان حسنا وان لم يفعل لا بأس بذلك لانه لم ينقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن الخلفاء الراشدين سوى على رضى الله عنه ولانه لا صلاة على الضعفة ولكن لو خلف كان أفضل لما بينا ولا يخرج المنبر فى العيدين لما روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يفعل ذلك وقد صح انه كان يخطب فى العيدين على ناقته و به جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولهذا اتخذوا فى المصلى منبرا على حدة من اللبن والطين واتباع ما اشتهر العمل به فى الناس واجب

﴿ فصل ﴾ وأما صلاة الكسوف والخسوف أما صلاة الكسوف فالكلام فى صلاة الكسوف فى مواضع فى بيان انها واجبة أم سنة وفى بيان قدرها وكيفيتها وفى بيان موضعها وفى بيان وقتها أما الاول فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الاصل مايدل على عدم الوجوب فانه قال ولا تصلى نافلة فى جماعة الا قيام رمضان وصلاة الكسوف فاستثنى صلاة الكسوف من الصلوات النافلة والمستثنى من جنس المستثنى منه فيدل على كونها نافلة وكذا روى الحسن بن زياد مايدل عليه فانه روى عن أبى حنيفة انه قال فى كسوف الشمس ان شاؤا صلوا ركعتين وان شاؤا صلوا أربعا وان شاؤا أكثر من ذلك والتخيير يكون فى النوافل لا فى الواجبات وقال بعض مشايخنا انها واجبة لما روى عن ابن مسعود انه قال كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم مات ابنه ابراهيم فقال الناس انما انكسفت لموت ابراهيم فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ألا ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم من هذا شيأ فاحمدوا الله وكبروه وسبحوه وصلوا حتى تنجلى وفى رواية أبى مسعود الانصارى فاذا رأيتموها فقوموا وصلوا ومطلق الامر للوجوب وعن أبى موسى الاشعرى انه قال انكسفت الشمس فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام فزعا نخشى أن تكون الساعة حتى أتى المسجد فقام فصلى فأطال القيام والركوع والسجود وقال ان هذه الآيات ترسل لا تكون لموت أحد ولا لحياته ولكن الله تعالى يرسلها يخوف بها عباده فاذا رأيتم منها شيأ فارغبوا الى ذكر الله تعالى واستغفروه وفى بعض الروايات فافزعوا الى الله تعالى بالصلاة وتسمية محمد رحمه الله اياها نافلة لا ينفى الوجوب لان النافلة عبارة عن الزيادة وكل واجب زيادة على الفرائض الموظفة ألا ترى انه قرنها بقيام رمضان وهو التراويح وانها سنة مؤكدة وهى فى معنى الواجب ورواية الحسن لا تنفى الوجوب لان التخيير قد يجرى بين الواجبات كما فى قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة

﴿ فصل ﴾ وأما الكلام فى قدرها وكيفيتها فيصلى ركعتين كل ركعة بركوع وسجدتين كسائر الصلوات وهذا عندنا وعند الشافعى ركعتان كل ركعة بركوعين وقومتين وسجدتين يقرأ ثم يركع ثم يرفع رأسه ثم يقرأ ثم يركع واحتج بما روى عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما انهما قالا كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله

عليه وسلم فقام قياما طويلا نحوا من سورة البقرة ثم ركع ركوعا طويلا ثم رفع رأسه فقام قياما طويلا وهو دون القيام الاول ثم ركع ركوعا طويلا وهو دون الركوع الاول وهذا نص فى الباب (ولنا) ماروى محمد باسناده عن أبى بكرة انه قال كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يجر ثوبه حتى دخل المسجد فصلى ركعتين فأطالهما حتى تجلت الشمس وذلك حين مات ولده ابراهيم ثم قال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى وانهما لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم من هذه الافزاع شيأ فافزعوا الى الصلاة والدعاء لينكشف ما بكم ومطلق اسم الصلاة ينصرف الى الصلاة المعهودة وفى رواية عن أبى بكرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين نحو صلاة أحدكم وروى الجصاص عن على والنعمان بن بشير وعبد الله بن عمر وسمرة بن جندب والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى الكسوف ركعتين كهيئة صلاتنا والجواب عن تعلقه بحديث ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما ان روايتهما قد تعارضت روى كما قلتم وروى انه صلى أربع ركعات فى أربع سجدات والمتعارض لا يصلح معارضا أو نقول تعاضد ماروينا بالاعتبار بسائر الصلوات فكان العمل به أولى أو نحمل ما رويتم على أن النبى صلى الله عليه وسلم ركع فأطال الركوع كثيرا زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات لما روى انه عرض عليه الجنة والنار فى تلك الصلاة فرفع أهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم انه صلى الله عليه وسلم رفع رأسه من الركوع فرفع من خلفهم رؤسهم فلما رأى أهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا ركعوا وركع من خلفهم فلما رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه من الركوع رفع القوم رؤسهم فمن كان خلف الصف الاول ظنوا انه ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم وعلم الصف الاول حقيقة الامر فنقلوا على حسب ما علموه ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان فى آخر الصفوف وعائشة رضى الله عنها كانت واقفة فى خير صفوف النساء وابن عباس فى صف الصبيان فى ذلك الوقت فنقلا كما وقع عندهما فيحمل على هذا توفيقا بين الروايتين كذا وفق محمد رحمه الله فى صلاة الاثر وذكر الشيخ أبو منصور ان اختلاف الروايات خرج مخرج التناسخ لا مخرج التخيير لاختلاف الائمة فى ذلك ولو كان على التخيير لما اختلفوا ثم فيظهر أنه قد ظهر انتساخ زيادات كانت فى الابتداء فى الصلوات واستقرت الصلاة على الصلاة المعهودة اليوم عندنا فكان صرف النسخ الى ما ظهر انتساخه أولى من صرفه الى مالم يظهر انه نسخه غيره وروى الشيخ أبو منصور عن أبى عبد الله البلخى أنه قال ان الزيادة ثبتت فى صلاة الكسوف لا للكسوف بل لأحوال اعترضت حتى روى انه صلى الله عليه وسلم تقدم فى الركوع حتى كان كمن يأخذ شيأ ثم تأخر كمن ينفر عن شئ فيجوز أن تكون الزيادة منه باعتراض تلك الأحوال فمن لا يعرفها لا يسعه التكلم فيها ويحتمل أن يكون فعل ذلك لأنه سنة فلما أشكل الأمر لم يعدل عن المعتمد عليه الا بيقين ثم هذه الصلاة تقام بالجماعة لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقامها بالجماعة ولا يقيمها الا الامام الذى يصلى بالناس الجمعة والعيدين فاما أن يقيمها كل قوم فى مسجدهم فلا وروى عن أبى حنيفة انه قال ان كان لكل مسجد امام يصلى بجماعة لأن هذه الصلاة غير متعلقة بالمصر فلا تكون متعلقة بالسلطان كغيرها من الصلوات والصحيح ظاهر الرواية لأن اداء هذه الصلاة بالجماعة عرف باقامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يقيمها الا من هو قائم مقامه ولا نسلم عدم تعلقها بالمصر لان مشايخنا قالوا انها متعلقة بالمصر فكانت متعلقة بالسلطان فان لم يقمها الامام حينئذ صلى الناس فرادى ان شاؤا ركعتين وان شاؤا أربعا والاربع أفضل ثم ان شاؤا طولوا القراءة وان شاؤا قصروا واشتغلوا بالدعاء حتى تنجلى الشمس لأن عليهم الاشتغال بالتضرع الى ان تنجلى الشمس وذلك بالدعاء تارة وبالقراءة أخرى وقد صح فى الحديث ان قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الركعة الاولى كان بقدر سورة البقرة وفى الركعة الثانية بقدر سورة آل عمران فالافضل تطويل القراءة فيها ولا يجهر بالقراءة فى صلاة الجماعة فى كسوف الشمس عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يجهر بها وقول محمد مضطرب ذكر فى عامة الروايات قوله مع قول أبى حنيفة وجه قول من خالف أبا

حنيفة ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف وجهر فيها بالقراءة لأنها صلاة تقام بجمع عظيم فيجهر بالقراءة فيها كالجمعة والعيدين ولأبى حنيفة حديث سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فيها قياما طويلا لم يسمع له صوت وروى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الكسوف وكنت الى جنبه فلم اسمع منه حرفا وقال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء اى ليس فيها قراءة مسموعة ولأن القوم لا يقدرون على التأمل فى القراءة لتصير ثمرة القراءة مشتركة لاشتغال قلوبهم بهذا الفزع كما لا يقدرون على التأمل فى سائر الأيام فى صلوات النهار لاشتغال قلوبهم بالمكاسب وحديث عائشة تعارض بحديث ابن عباس فبقى لنا الاعتبار الذى ذكرنا مع ظواهر الاحاديث الاخر ويحمل ذلك على انه جهر ببعضها اتفاقا كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسمع الآية والآيتين فى صلاة الظهر أحيانا والله أعلم وليس فى هذه الصلاة أذان ولا اقامة لأنهما من خواص المكتوبات ولا خطبة فيها عندنا وقال الشافعى يخطب خطبتين لحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فى كسوف الشمس ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا أن الخطبة لم تنقل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى قولها خطب اى دعا ولأنه احتاج الى الخطبة ردا لقول الناس انما كسفت الشمس لموت ابراهيم لا للصلاة والله اعلم (وأما) خسوف القمر فالصلاة فيها حسنة لما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا رأيتم من هذه الافزاع شيأ فافزعوا الى الصلاة وهى لا تصلى بجماعة عندنا وعند الشافعى تصلى بجماعة واحتج بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى بالناس فى خسوف القمر وقال صليت كما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا أن الصلاة بجماعة فى خسوف القمر لم تنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم مع ان خسوفه كان أكثر من كسوف الشمس ولأن الاصل أن غير المكتوبة لا تؤدى بجماعة قال النبى صلى الله عليه وسلم صلاة الرجل فى بيته أفضل الا المكتوبة الا اذا ثبت بالدليل كما فى العيدين وقيام رمضان وكسوف الشمس ولأن الاجتماع بالليل متعذر او سبب الوقوع فى الفتنة وحديث ابن عباس غير مأخوذ به لكونه خبر آحاد فى محل الشهرة وكذا تستحب الصلاة فى كل فزع كالريح الشديدة والزلزلة والظلمة والمطر الدائم لكونها من الافزاع والاهوال وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى لزلزلة بالبصرة وأما موضع الصلاة أما فى خسوف القمر فيصلون فى منازلهم لأن السنة فيها أن يصلوا وحدانا على ما بينا وأما فى كسوف الشمس فقد ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه يصلى فى الموضع الذى يصلى فيه العيد أو المسجد الجامع ولأنها من شعائر الاسلام فتؤدى فى المكان المعد لاظهار الشعائر ولو اجتمعوا فى موضع آخر وصلوا بجماعة أجزأهم والاول أفضل لما مر وأما وقتها فهو الوقت الذى يستحب فيه اداء سائر الصلوات دون الاوقات المكروهة ولأن هذه الصلاة ان كانت نافلة فالنوافل فى هذه الاوقات مكروهة وان كانت لها أسباب عندنا كركعتى التحية وركعتى الطواف لما نذكر فى موضعه وان كانت واجبة فاداء الواجبات فى هذه الاوقات مكروهة كسجدة التلاوة وغيرها والله الموفق

﴿فصل وأما صلاة الاستسقاء﴾ فظاهر الرواية عن أبى حنيفة أنه قال لا صلاة فى الاستسقاء وانما فيه الدعاء وأراد بقوله لا صلاة فى الاستسقاء الصلاة بجماعة أى لا صلاة فيه بجماعة بدليل ما روى عن أبى يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة عن الاستسقاء هل فيه صلاة أو دعاء موقت أو خطبة فقال أما صلاة بجماعة فلا ولكن الدعاء والاستغفار وان صلوا وحدانا فلا بأس به وهذا مذهب أبى حنيفة وقال محمد يصلى الامام أو نائبه فى الاستسقاء ركعتين بجماعة كما فى الجمعة ولم يذكر فى ظاهر الرواية قول أبى يوسف وذكر فى بعض المواضع قوله مع قول أبى حنيفة وذكر الطحاوى قوله مع قول محمد وهو الأصح واحتج بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بجماعة فى الاستسقاء ركعتين والمروى فى حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كصلاة العيد ولأبى حنيفة قوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا والمراد منه الاستغفار فى الاستسقاء بدليل قوله يرسل السماء

عليكم مدرارا أمر بالاستغفار في الاستسقاء فمن زاد عليه الصلاة فلا بد له من دليل وكذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم في الروايات المشهورة أنه صلى في الاستسقاء فانه روي أنه صلى الله عليه وسلم صلى الجمعة فقام رجل وقال يارسول الله أجدبت الارض وهلكت المواشي فاسق لنا الغيث فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه الى السماء ودعا فما ضم يديه حتى مطرت السماء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لله در أبي طالب لوكان في الاحياء لقرت عيناه فقال علي رضي الله عنه تعني يارسول الله قوله

وأبيض يستسقى الغمام بوجهه * ثمال اليتامى عصمة للارامل

فقال صلى الله عليه وسلم أجل وفي بعض الروايات قام ذلك الاعرابي وأنشد فقال

أتيناك والعذراء يدمى لبانها * وقد شغلت أم الصبي عن الطفل

وقال في آخره وليس لنا الا اليك فرارنا * وليس فرار الناس الا الى الرسل

فبكى النبي صلى الله عليه وسلم حتى اخضلت لحيته الشريفة ثم صعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ورفع يديه الى السماء وقال اللهم اسقنا غيثا مغيثا عذبا طيبا نافعا غير ضار عاجلا غير آجل فما رد رسول الله صلى الله عليه وسلم يده الى صدره حتى مطرت السماء وجاء أهل البلد يصيحون الغرق الغرق يارسول الله فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه فقال اللهم حوالينا ولا علينا فانجابت السحابة حتى أحدقت بالمدينة كالا كليل فقال النبي صلى الله عليه وسلم لله در أبي طالب لوكان حيا لقرت عيناه من ينشدنا قوله فقام علي رضي الله عنه وأنشد البيت الذي قدم أولا وما روي أنه صلى الله عليه وسلم صلى وعن عمر رضي الله عنه أنه خرج الى الاستسقاء ولم يصل بجماعة بل صعد المنبر واستغفر الله ومازاد عليه فقالوا ما استسقيت يا أمير المؤمنين فقال لقد استسقيت بمجاديح السماء التي بها ينزل الغيث وتلا قوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا وروي أنه خرج بالعباس فأجلسه على المنبر ووقف بجنبه يدعو ويقول اللهم انا نتوسل اليك بعم نبيك ودعا بدعاء طويل فما نزل عن المنبر حتى سقوا وعن علي انه استسقى ولم يصل وما روي أنه صلى الله عليه وسلم صلى بجماعة حديث شاذ ورد في محل الشهرة لان الاستسقاء يكون بملا من الناس ومثل هذا الحديث يرجح كذبه على صدقه أو وهمه على ضبطه فلا يكون مقبولا مع ان هذا مما تعم به البلوى في ديارهم وما تعم به البلوى و يحتاج الخاص والعام الى معرفته لا يقبل فيه الشاذ والله أعلم ثم عندهما يقرأ في الصلاة ماشاء جهرا كما في صلاة العيدين لكن الافضل أن يقرأ بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ بهما في صلاة العيد ولا يكبر فيها في المشهور من الرواية عنهما وروي عن محمد انه يكبر وليس في الاستسقاء أذان ولا اقامة اما عند أبي حنيفة فلا يشكل لانه ليس فيه صلاة الجماعة وان شاؤا صلوا فرادى وذلك في معنى الدعاء وعندهما ان كان فيه صلاة بالجماعة ولكنها ليست بمكتوبة والاذان والاقامة من خواص المكتوبات كصلاة العيد ثم بعد الفراغ من الصلاة يخطب عندهما وعند أبي حنيفة لا يخطب ولكن لو صلوا وحدانا يشتغلون بالدعاء بعد الصلاة لان الخطبة من توابع الصلاة بجماعة والجماعة غير مسنونة في هذه الصلاة عنده وعندهما سنة فكذا الخطبة ثم عند محمد يخطب خطبتين يفصل بينهما بالجلسة كما في صلاة العيد وعن أبي يوسف انه يخطب خطبة واحدة لان المقصود منها الدعاء فلا يقطعها بالجلسة ولا يخرج المنبر في الاستسقاء ولا يصعده لوكان في موضع الدعاء منبر لانه خلاف السنة وقد عاب الناس على مروان بن الحكم عند اخراجه المنبر في العيدين ونسبوه الى خلاف السنة على ما بينا ولكن يخطب على الأرض معتمدا على قوس أو سيف وان توكأ على عصا فحسن لان خطبته تطول فيستعين بالاعتماد على عصا و يخطب مقبلا بوجهه الى الناس وهم مقبلون عليه لان الاسماع والاستماع انما يتم عند المقابلة و يسمعون الخطبة و ينصتون لان الامام يعظهم فيها فلا بد من الانصات والاستماع واذا فرغ من الخطبة جعل ظهره الى الناس ووجهه الى القبلة و يشتغل بدعاء الاستسقاء والناس قعود مستقبلون بوجوههم الى القبلة في الخطبة والدعاء لان الدعاء مستقبل

القبلة أقرب الى الاجابة فيدعو الله و يستغفر للمؤمنين ويجددون التوبة و يستسقون وهل يقلب الامام رداءه لا يقلب فى قول أبى حنيفة وعندهما يقلب اذا مضى صدر من خطبته فاحتجا بما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قلب رداءه ولأبى حنيفة ماروى انه عليه السلام استسقى يوم الجمعة ولم يقلب الرداء ولأن هذا دعاء فلا معنى لتغيير الثوب فيه كما فى سائر الأدعية وماروى انه قلب الرداء محتمل يحتمل انه تغير عليه فأصلحه فظن الراوى انه قلب أو يحتمل انه عرف من طريق الوحى ان الحال ينقلب من الجدب الى الخصب متى قلب الرداء بطريق التفاؤل ففعل وهذا لا يوجد فى حق غيره وكيفية تقليب الرداء عندهما أنه كان مربعا جعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه وان كان مدورا جعل الجانب الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن وأما القوم فلا يقلبون أرديتهم عند عامة العلماء وعند مالك يقلبون أيضا واحتج بما روى عن عبد الله بن زيد ان النبى صلى الله عليه وسلم حول رداءه وحول الناس أرديتهم ولهما يقولان ان تحويل الرداء فى حق الامام أمر ثبت بخلاف القياس بالنص على ماذكرنا فنقتصر على مورد النص وماروى من الحديث شاذ على انه يحتمل انه صلى الله عليه وسلم عرف ذلك فلم ينكر عليهم فيكون تقريرا ويحتمل انه لم يعرف لانه كان مستقبل القبلة مستدبرا لهم فلا يكون حجة مع الاحتمال ثم ان شاء رفع يديه نحو السماء عند الدعاء وان شاء أشار باصبعه كذا روى عن أبى يوسف لان رفع اليدين عند الدعاء سنة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يدعو بعرفات باسطا يديه كالمستطعم المسكين ثم المستحب أن يخرج الامام والناس الى الاستسقاء ثلاثة أيام متتابعة لان المقصود من الدعاء الاجابة والثلاثة مدة ضربت لابلاء الاعذار وان أمر الامام الناس بالخروج ولم يخرج بنفسه خرجوا لما روى ان قوما شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم القحط فأمرهم أن يجثوا على الركب ولم يخرج بنفسه واذا خرجوا اشتغلوا بالدعاء ولم يصلوا بجماعة الا اذا أمر الامام انسانا أن يصلى بهم جماعة لان هذا دعاء فلا يشترط له حضور الامام وان خرجوا بغير اذنه جاز لأنه دعاء فلا يشترط له اذن الامام ولا يمكن أهل الذمة من الخروج الى الاستسقاء عند عامة العلماء وقال مالك ان خرجوا لم يمنعوا والصحيح قول العامة لان المسلمين بخروجهم الى الاستسقاء ينتظرون نزول الرحمة عليهم والكفار منازل اللعنة والسخطة فلا يمكنون من الخروج والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الصلاة المسنونة فهى السنن المعهودة للصلوات المكتوبة والكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان مواقيت هذه السنن ومقاديرها جملة وتفصيلا وفى بيان صفة القراءة فيها وفى بيان ما يكره فيها وفى بيان انها اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا اما الاول فوقت جملتها وقت المكتوبات لانها توابع للمكتوبات فكانت تابعة لها فى الوقت ومقدار جملتها اثنا عشر ركعة ركعتان وأربع وركعتان وركعتان وركعتان فى ظاهر الرواية وأما مقدار كل واحدة منها ووقتها على التفصيل فركعتان قبل الفجر وأربع قبل الظهر لا يسلم الا فى آخرهن وركعتان بعده وركعتان بعد المغرب وركعتان بعد العشاء كذا ذكر محمد فى الاصل وذكر فى العصر والعشاء ان تطوع بأربع قبله فحسن وذكر الكرخى هكذا الا أنه قال فى العصر وأربع قبل العصر وفى العشاء وأربع بعد العشاء وروى الحسن عن أبى حنيفة وركعتان قبل العصر والعمل فيما روينا على المذكور فى الأصل والاصل فى السنن ماروى عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ثابر على اثنى عشرة ركعة فى اليوم والليلة بنى الله له بيتا فى الجنة ركعتين قبل الفجر وأربع قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء وقد واظب رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ولم يترك شيأ منها الا مرة أو مرتين لعذر وهذا تفسير السنة وأقوى السنن ركعتا الفجر لورود الشرع بالترغيب فيهما مالم يرد فى غيرهما فانه روى عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وعن ابن عباس فى تأويل قوله تعالى وأدبار النجوم انه ركعتا الفجر وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال صلوهما فان فيهما الرغائب وروى عنه انه قال صلوهما ولو طردتكم الخيل وروى جماعة من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يصلى بعد الزوال فى كل يوم أربع ركعات منهم أبو أيوب الانصارى

رضى الله عنه وروى عنه أيضا قولا على ما نذكر وعن عبيدة السلمانى انه قال ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شئ كاجتماعهم على محافظة الأربع قبل الظهر وتحريم نكاح الاخت فى عدة الاخت ثم هذه الاربع بتسليمة واحدة عندنا وعند الشافعى بتسليمتين واحتج بحديث ابن عمر رضى الله عنه انه ذكر اثنتى عشرة ركعة كما ذكرت عائشة الا انه زاد وأربعا قبل الظهر بتسليمتين ولنا حديث أبى أيوب الانصارى انه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى بعد الزوال أربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التى تداوم عليها يارسول الله فقال هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب أن يصعد لى فيها عمل صالح فقلت أفى كلهن قراءة قال نعم فقلت بتسليمة أم بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وهذا نص فى الباب والتسليم فى حديث ابن عمر عبارة عن التشهد لما فيه من السلام كما فيه من الشهادة على ما مر وانما ذكر فى الاصل ان التطوع بالاربع قبل العصر حسن لان كون الاربع من السنن الراتبة غير ثابت لانها لم تذكر فى حديث عائشة ولم يروانه صلى الله عليه وسلم كان يواظب على ذلك ولهذا اختلفت الروايات فى فعله اياها روى فى بعضها انه صلى أربعا وفى بعضها ركعتين فان صلى أربعا كان حسنا لحديث أم حبيبة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من صلى أربع ركعات قبل العصر كانت له جنة من النار وذكر فى الاصل وان تطوع بعد المغرب بست ركعات كتب من الاوابين وتلا قوله تعالى انه كان للاوابين غفورا وانما قال فى الاصل ان التطوع بالاربع قبل العشاء حسن لان التطوع بها لم يثبت انه من السنن الراتبة ولو فعل ذلك فحسن لان العشاء نظير الظهر فى انه يجوز التطوع قبلها وبعدها ووجه رواية الكرخى فى الاربع بعد العشاء ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من صلى بعد العشاء أربع ركعات كن له كمثلهن من ليلة القدر وروى عن عائشة انها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليالى رمضان فقالت كان قيامه فى رمضان وغيره سواء كان يصلى بعد العشاء أربعا لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم أربعا لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم كان يوتر بثلاث وأما السنة قبل الجمعة وبعدها فقد ذكر فى الاصل وأربع قبل الجمعة وأربع بعدها وكذا ذكر الكرخى وذكر الطحاوى عن أبى يوسف انه قال يصلى بعدها ستا وقيل هو مذهب على رضى الله عنه وما ذكرنا انه كان يصلى أربعا مذهب ابن مسعود وذكر محمد فى كتاب الصوم ان المعتكف يمكث فى المسجد الجامع مقدار ما يصلى أربع ركعات أو ست ركعات أما الاربع قبل الجمعة فلما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يتطوع قبل الجمعة بأربع ركعات ولان الجمعة نظير الظهر ثم التطوع قبل الظهر أربع ركعات كذا قبلها وأما بعد الجمعة فوجه قول أبى يوسف ان فيما قلنا جمعا بين قول النبى صلى الله عليه وسلم وبين فعله فانه روى انه أمر بالاربع بعد الجمعة وروى انه صلى ركعتين بعد الجمعة فجمعنا بين قوله وفعله قال أبو يوسف ينبغى أن يصلى أربعا ثم ركعتين كذا روى عن على رضى الله عنه كيلا يصير متطوعا بعد صلاة الفرض بمثلها وجه ظاهر الرواية ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من كان مصليا بعد الجمعة فليصل أربعا وما روى من فعله صلى الله عليه وسلم فليس فيه ما يدل على المواظبة ونحن لا نمنع من يصلى بعدها كم شاء غير انا نقول السنة بعدها أربع ركعات لا غير لما روينا

(فصل) وأما صفة القراءة فيها فالقراءة فى السنن فى الركعات كلها فرض لان السنة تطوع وكل شفع من التطوع صلاة على حدة لما نذكر فى صلاة التطوع فكان كل شفع منها بمنزلة الشفع الاول من الفرائض وقد روينا فى حديث أبى أيوب انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاربع قبل الظهر أفى كلهن قراءة قال نعم والله أعلم

(فصل) وأما بيان ما يكره منها فيكره للامام أن يصلى شيأ من السنن فى المكان الذى صلى فيه المكتوبة لما ذكرنا فيما تقدم وقد روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال أيعجز أحدكم اذا صلى أن يتقدم أو يتأخر ولا يكره ذلك للمأموم لان الكراهة فى حق الامام للاشتباه وهذا لا يوجد فى حق المأموم لكن يستحب له أن يتنحى أيضا حتى تنكسر الصفوف ويزول الاشتباه على الداخل من كل وجه على ما مر ويكره أن

يصلي شيأ منها والناس في الصلاة أو أخذ المؤذن في الاقامة الا ركعتي الفجر فانه يصليهما خارج المسجد وان فاتته ركعة من الفجر فان خاف ان تفوته الفجر تركهما وجملة الكلام فيه ان الداخل اذا دخل المسجد للصلاة لا يخلو اما ان كان يصلي المكتوبة واما ان كان لم يصل واما ان كان لم يصلها فلا يخلو اما ان دخل المسجد وقد أخذ المؤذن في الاقامة أو دخل المسجد وشرع في الصلاة ثم أخذ المؤذن في الاقامة فان دخل وقد كان المؤذن أخذ في الاقامة يكره له التطوع في المسجد سواء كان ركعتي الفجر أو غيرهما من التطوعات لانه يتهم بانه لا يرى صلاة الجماعة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وأما خارج المسجد فكذلك في سائر التطوعات وأما في ركعتي الفجر فالامر فيه على التفصيل الذي ذكرنا لان ادراك فضيلة الافتتاح أولى من الاشتغال بالنفل قال النبي صلى الله عليه وسلم تكبيرة الافتتاح خير من الدنيا ومافيها وليست هذه المرتبة لسائر النوافل وفي الاشتغال باستدراكها فوات النوافل وفي الاشتغال باستدراك النوافل فوتها وهي أعظم ثوابا فكان احراز فضيلتها أولى بخلاف ركعتي الفجر فان الترغيب فيهما قد وجد حسبما وجد في تكبيرة الافتتاح قال صلى الله عليه وسلم ركعتا الفجر خير من الدنيا ومافيها فقد استويا في الدرجة واختلف تخريج مشايخنا في ذلك منهم من قال موضوع المسئلة ان الرجل اذا انتهى الى الامام وقد سبقه بالتكبير وشرع في قراءة السورة فيأتي بركعتي الفجر لينال هذه الفضيلة عند فوت تلك الفضيلة لان ادراك تكبيرة الافتتاح غير موهوم فاذا عجز عن احراز احدى الفضيلتين يحرز الاخرى فاذا كان الامام لم يأت بتكبيرة الافتتاح بعد يشتغل باحرازها لانها عند التعارض تأيدت بالانضمام الى فضيلة الجماعة فكان احرازها أولى غير ان موضوع المسئلة على خلاف هذا فان محمدا وضع المسئلة فيما اذا أخذ المؤذن في الاقامة ومع ذلك قال انه يشتغل بالتطوع اذا كان يرجو ادراك ركعة واحدة وان استويا في الدرجة على مامر والوجه فيه انه لو اشتغل باحراز فضيلة تكبيرة الافتتاح لفاتته فضيلة ركعتي الفجر أصلا ولو اشتغل بركعتي الفجر لما فاتته فضيلة تكبيرة الافتتاح من جميع الوجوه لانها باقية من كل وجه مادامت الصلاة باقية لان تكبيرة الافتتاح هي التحريمة وهي تبقى مادامت الاركان باقية فكانت تكبيرة الافتتاح باقية ببقاء التحريمة من وجه فصار مدركا من وجه وصار مدركا أيضا فضيلة الجماعة قال النبي صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الفجر فقد أدركها ولانه أدرك أكثر الصلاة لان الفائت ركعة لا غير والمستدرك ركعة وقعدة وللاكثر حكم الكل فكان الاشتغال بركعتي الفجر أولى بخلاف ما اذا كان يخاف فوت الركعتين جميعا لانهما اذا فاتتا لم يبق شئ من الأركان الأصلية ولو بقي شئ قليل لا عبرة له بمقابلة مافات لانه أقل والفائت أكثر وللاكثر حكم الكل فعجز عن احرازهما فاختار تكبيرة الافتتاح لما انضم الى احرازها فضيلة الجماعة في الفرض والنبي صلى الله عليه وسلم يقول تفضل الصلاة بجماعة على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة وفي رواية بسبع وعشرين درجة فكان هذا أولى والله أعلم أما اذا دخل المسجد وشرع في الصلاة ثم أخذ المؤذن في الاقامة فهذا أيضا على وجهين اما ان شرع في التطوع واما ان شرع في الفرض فان شرع في التطوع ثم أقيمت الصلاة أتم الشفع الذي هو فيه ولا يزيد عليه اما اتمام الشفع فلان صونه عن البطلان واجب وقد أمكنه ذلك ولا يزيد عليه لانه لا يلزمه بالشروع في التطوع زيادة على الشفع فكانت الزيادة عليه كابتداء تطوع آخر وقد ذكرنا ان ابتداء التطوع في المسجد بعد الاقامة مكروه وأما اذا شرع في الفرض ثم أقيمت الصلاة فان كان في صلاة الفجر يقطعها مالم يقيد الثانية بالسجدة لان القطع وان كان نقضا صورة فليس بنقض معنى لانه للاداء على وجه الأكمل والهدم ليبنى أكمل يعد اصلاحا لا هدما ألا ترى ان من هدم مسجدا ليبني أحسن من الاول لا يأثم واذا قيد الثانية بالسجدة لم يقطع لانه أتى بالاكثر وللاكثر حكم الكل والفرض بعد تمامه لا يحتمل الانتقاض ولا يدخل في صلاة الامام لان التنفل بعد صلاة الفجر مكروه وان كان في صلاة الظهر فان كان صلى ركعة ضم اليها أخرى لانه يمكنه صون المؤدى واستدراك فضيلة الجماعة لان صلاة الرجل بالجماعة تزيد على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة

على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان صلى ركعتين تشهد وسلم لما قلنا وكذا اذا قام الى الثالثة قبل أن يقيدها بالسجدة يعود الى التشهد ويسلم ولا يسلم على حاله قائما لان ما أتى به من القعدة كانت سنة وقعدة الختم فرض فعليه أن يعود الى القعدة ثم يسلم ليكون متنفلا بركعتين فان كان قيد الثالثة بالسجدة أتمها لانه أدى الاكثر فلا يمكنه القطع ويدخل مع الامام فيجعلها تطوعا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه صلى فى مسجد الخيف فرأى رجلين خلف الصف فقال على بهما فجئ بهما ترتعد فرائصهما فقال ما لكما لم تصليا معنا فقالا كنا صلينا فى رحالنا فقال صلى الله عليه وسلم اذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما امام قوم فصليا معه واجعلا ذلك سبحة أى نافلة وكان ذلك فى الظهر كذا روى عن أبى يوسف فى الاملاء ولو كان فى الركعة الاولى ولم يقيدها بالسجدة لم يذكر فى الكتاب والصحيح انه يقطعها ليدخل مع الامام فيحرز ثواب تكبيرة الافتتاح لان ما دون الركعة ليس له حكم الصلاة ألا ترى انه يعود من الركعة الثالثة ما لم يقيدها بالسجدة وكذا الجواب فى العصر والعشاء الا انه لا يدخل فى العصر مع الامام لان التنفل بعده مكروه ويخرج من المسجد لان المخالفة فى الخروج أقل منها فى المكث وأما فى المغرب فان صلى ركعة قطعها الا انه لو ضم اليها أخرى لادى الاكثر فلا يمكنه القطع ولو قطع كان به متنفلا بركعتين قبل المغرب وهو منهى عنه وان قيد الثالثة بالسجدة مضى فيها لما قلنا ولا يدخل مع الامام لانه لا يخلو اما أن يقتصر على الثلاث كما يفعله الامام والتنفل بالثلاث غير مشروع واما أن يصلى اربعا فيصير مخالفا لامامه وعن أبى يوسف انه يدخل مع الامام فاذا فرغ الامام يصلى ركعة اخرى لتصير شفعا له وقال بشر المريسى يسلم مع الامام لان هذا التغير بحكم الاقتداء وذلك جائز كالمسبوق يدرك الامام فى القعدة انه يقعد معه وابتداء الصلاة لا يكون بالقعدة ثم جاز هذا التغير بحكم الاقتداء كذا هذا فان دخل مع الامام صلى أربعا كما قال أبو يوسف لان بالقيام الى الركعة الثانية صار ملتزما للركعتين لخروج الركعة الواحدة عن جواز التنفل بها قال ابن مسعود والله ما أجزأت ركعة قط فلذلك يتم أربعا ولو دخل مع الامام هذا اذا كان لم يصل المكتوبة فان كان قد صلاها ثم دخل المسجد فان كان صلاة لا يكره التطوع بعدها شرع فى صلاة الامام والا فلا

(فصل) وأما بيان أن السنة اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين أصحابنا فى سائر السنن سوى ركعتى الفجر انها اذا فاتت عن وقتها لا تقضى سواء فاتت وحدها أو مع الفريضة وقال الشافعى فى قول تقضى قياسا على الوتر ولنا ما روت أم سلمة ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل حجرتى بعد العصر فصلى ركعتين فقلت يا رسول الله ما هاتان الركعتان اللتان لم تكن تصليهما من قبل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتان كنت أصليهما بعد الظهر وفى رواية ركعتا الظهر شغلنى عنهما الوفد فكرهت ان أصليهما بحضرة الناس فيرونى فقلت أفأقضيهما اذا فاتتا فقال لا وهذا نص على ان القضاء غير واجب على الامة وانما هو شئ اختص به النبى صلى الله عليه وسلم ولا شركة لنا فى خصائصه وقياس هذا الحديث ان لا يجب قضاء ركعتى الفجر أصلا الا أنا استحسنا القضاء اذا فاتتا مع الفرض لحديث ليلة التعريس ولان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم عبارة عن طريقته وذلك بالفعل فى وقت خاص على هيئة مخصوصة على ما فعله النبى صلى الله عليه وسلم فالفعل فى وقت آخر لا يكون سلوك طريقته فلا يكون سنة بل يكون تطوعا مطلقا وأما ركعتا الفجر اذا فاتتا مع الفرض فقد فعلهما النبى صلى الله عليه وسلم مع الفرض ليلة التعريس فنحن نفعل ذلك لنكون على طريقته وهذا بخلاف الوتر لانه واجب عند أبى حنيفة على ما ذكرنا والواجب ملحق بالفرض فى حق العمل وعندهما وان كان سنة مؤكدة لكنهما عرفا وجوب القضاء بالنص الذى روينا فيما تقدم وأما سنة الفجر فان فاتت مع الفرض تقضى مع الفرض استحسانا لحديث ليلة التعريس فان النبى صلى الله عليه وسلم لما نام فى ذلك الوادى ثم استيقظ بحر الشمس فارتحل منه ثم نزل وأمر بلالا فاذن فصلى ركعتى الفجر ثم أمره فأقام فصلى صلاة الفجر وأما اذا فاتت وحدها لا تقضى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد تقضى اذا ارتفعت الشمس قبل الزوال واحتج بحديث ليلة التعريس انه صلى الله عليه وسلم قضاهما بعد

طلوع الشمس قبل الزوال فصار ذلك وقت قضائهما ولهما ان السنن شرعت توابع للفرائض فلو قضيت فى وقت لا أداء فيه للفرائض لصارت السنن أصلا و بطلت التبعية فلم تبق سنة مؤكدة لانها كانت سنة بوصف التبعية وليلة التعريس فاتتا مع الفرض فقضيناتبعا للفرض ولا كلام فيه انما الخلاف فيما اذا فاتتا وحدهما ولا وجه الى قضائهما وحدهما لما بينا ولهذا لا يقضى غيرهما من السنن ولا هما يقضيان بعد الزوال وأما الذى هو سنن الصحابة فصلاة التراويح فى ليالى رمضان والكلام فى صلاة التراويح فى مواضع فى بيان وقتها وفى بيان صفتها وفى بيان قدرها وفى سنتها وفى بيان انها اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا أما صفتها فهى سنة كذا روى الحسن عن أبى حنيفة انه قال القيام فى شهر رمضان سنة لا ينبغى تركها وكذا روى عن محمد انه قال التراويح سنة الا انها ليست بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ماواظب عليه ولم يتركه الا مرة أو مرتين لمعنى من المعانى ورسول الله صلى الله عليه وسلم ماواظب عليها بل أقامها فى بعض الليالى روى انه صلاها لليلتين بجماعة ثم ترك وقال اخشى ان تكتب عليكم لكن الصحابة واظبوا عليها فكانت سنة الصحابة

﴿فصل﴾ وأما قدرها فعشرون ركعة فى عشر تسليمات فى خمس ترويحات كل تسليمتين ترويحة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك فى قول ستة وثلاثون ركعة وفى قول ستة وعشرون ركعة والصحيح قول العامة لما روى ان عمر رضى الله عنه جمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شهر رمضان على أبى بن كعب فصلى بهم فى كل ليلة عشرين ركعة ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا منهم على ذلك وأما وقتها فقد اختلف مشايخنا فيه قال بعضهم وقتها ما بين العشاء والوتر فلا تجوز قبل العشاء ولا بعد الوتر وقال عامتهم وقتها ما بعد العشاء الى طلوع الفجر فلا تجوز قبل العشاء لانها تبع للعشاء فلا تجوز قبلها كسنة العشاء وذكر الناطفى فى امام صلى بقوم صلاة العشاء على غير وضوء ناسيا ثم صلى بهم امام آخر التراويح متوضأ ثم علم ان الاول كان على غير وضوء ان عليهم أن يعيدوا العشاء والتراويح جميعا أما العشاء فلا شك فيها وأما التراويح فلانها تصلى الى طلوع الفجر لان ذلك وقتها وهل يكره تأخيرها الى نصف الليل قال بعضهم يكره لانها تبع للعشاء ويكره تأخير العشاء الى نصف الليل فكذا تأخيرها والصحيح انه لا يكره لانها قيام الليل وقيام الليل فى آخر الليل أفضل

﴿فصل﴾ وأما سننها فمنها الجماعة والمسجد لأن النبى صلى الله عليه وسلم قدر ما صلى من التراويح صلى بجماعة فى المسجد فكذا الصحابة رضى الله عنهم صلوها بجماعة فى المسجد فكان أداؤها بالجماعة فى المسجد سنة ثم اختلف المشايخ فى كيفية سنة الجماعة والمسجد انها سنة عين أم سنة كفاية قال بعضهم انها سنة على سبيل الكفاية اذا قام بها بعض أهل المسجد فى المسجد بجماعة سقط عن الباقين ولو ترك أهل المسجد كلهم اقامتها فى المسجد بجماعة فقد أساؤا وأثموا ومن صلاها فى بيته وحده أو بجماعة لا يكون له ثواب سنة التراويح لتركه ثواب سنة الجماعة والمسجد ومنها نية التراويح أو نية قيام رمضان أو نية سنة الوقت ولو نوى الصلاة مطلقة أو نوى التطوع قال بعض المشايخ لا يجوز لانها سنة والسنة لا تتادى بنية مطلق الصلاة أو نية التطوع واستدلوا بما روى الحسن عن أبى حنيفة ان ركعتى الفجر لا تتادى الا بنية السنة وقال عامة مشايخنا ان التراويح وسائر السنن تتادى بمطلق النية لأنها وان كانت سنة لا تخرج عن كونها نافلة والنوافل تتأدى بمطلق النية الا أن الاحتياط ان ينوى التراويح أو سنة الوقت أو قيام رمضان احترازا عن موضع الخلاف ولو اقتدى من يصلى التراويح بمن يصلى المكتوبة أو النافلة قيل يصح اقتداؤه ويكون مؤديا للتراويح وقيل لا يصح اقتداؤه به هو الصحيح لأنه مكروه لكونه مخالفا لعمل السلف ولو اقتدى من يصلى التسليمة الأولى بمن يصلى التسليمة الثانية قيل لا يجوز اقتداؤه وقيل يجوز وهو الصحيح لان الصلاة متحدة فكان نية الأولى والثانية لغوا ولهذا صح اقتداء مصلى الركعتين بمصلى الاربع قبله فكذا هذا ومنها أن الامام بعد تكبيرة الافتتاح يأتى بالثناء والتعوذ والتسمية فى الركعة الأولى والمقتدى أيضا يأتى بالثناء وفى التعوذ خلاف معروف بناء على أن التعوذ تبع الثناء أو تبع القراءة على ماذكرنا

فى موضعه ولا يزيد الامام على قدر التشهد ان علم انه يثقل على القوم وان علم انه لا يثقل على القوم يزيد عليه ويأتى بالدعوات المشهورة ومنها ان يقرأ فى كل ركعة عشر آيات كذا روى الحسن عن أبى حنيفة وقيل يقرأ فيها كما يقرأ فى أخف المكتوبات وهى المغرب وقيل يقرأ كما يقرأ فى العشاء لأنها تبع للعشاء وقيل يقرأ فى كل ركعة من عشرين الى ثلاثين لأنه روى ان عمر رضى الله عنه دعا بثلاثة من الائمة فاستقرأهم وأمر أولهم ان يقرأ فى كل ركعة بثلاثين آية وأمر الثانى ان يقرأ فى كل ركعة خمسة وعشرين آية وأمر الثالث ان يقرأ فى كل ركعة عشرين آية وما قاله أبو حنيفة سنة اذ السنة ان يختم القرآن مرة فى التراويح وذلك فيما قاله أبو حنيفة وما أمر به عمر فهو من باب الفضيلة وهو ان يختم القرآن مرتين أو ثلاثا وهذا فى زمانهم وأما فى زماننا فالافضل ان يقرأ الامام على حسب حال القوم من الرغبة والكسل فيقرأ قدر ما لا يوجب تنفير القوم عن الجماعة لان تكثير الجماعة أفضل من تطويل القراءة والافضل تعديل القراءة فى الترويحات كلها وان لم يعدل فلا بأس به وكذا الافضل تعديل القراءة فى الركعتين فى التسليمة الواحدة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يطول الأولى على الثانية كما فى الفرائض ومنها ان يصلى كل ركعتين بتسليمة على حدة ولو صلى ترويحة بتسليمة واحدة وقعد فى الثانية قدر التشهد لا شك أنه يجوز على أصل أصحابنا ان صلوات كثيرة تتأدى بتحريمة واحدة بناء على أن التحريمة شرط وليست بركن عندنا خلافا للشافعى لكن اختلف المشايخ انه هل يجوز عن تسليمتين أو لا يجوز الا عن تسليمة واحدة قال بعضهم لا يجوز الا عن تسليمة واحدة لانه خالف السنة المتوارثة بترك التسليمة والتحريمة والثناء والتعوذ والتسمية فلا يجوز الا عن تسليمة واحدة وقال عامتهم انه يجوز عن تسليمتين وهو الصحيح وعلى هذا لو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة وقعد فى كل ركعتين ان الصحيح انه يجوز عن الكل لانه قد أتى بجميع أركان الصلاة وشرائطها لان تجديد التحريمة لكل ركعتين ليس بشرط عندنا هذا اذا قعد على رأس الركعتين قدر التشهد فاما اذا لم يقعد فسدت صلاته عند محمد وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز وأصل المسئلة يصلى التطوع أربع ركعات اذا لم يقعد فى الثانية قدر التشهد وقام وأتم صلاته انه يجوز استحسانا عندهما ولا يجوز عند محمد قياسا ثم اذا جاز عندهما فهل يجوز عن تسليمتين او لا يجوز الا عن تسليمة واحدة الاصح انه لا يجوز الا عن تسليمة واحدة لان السنة ان يكون الشفع الاول كاملا وكماله بالقعدة ولم توجد والكامل لا يتأدى بالناقص ولو صلى ثلاث ركعات بتسليمة واحدة ولم يقعد فى الثانية قال بعضهم لا يجزئه أصلا بناء على أن من تنفل بثلاث ركعات ولم يقعد الا فى آخرها جاز عند بعضهم لانه لو كان فرضا وهو المغرب جاز فكذا النفل ولا يجوز عند بعضهم لان القعدة على رأس الثالثة فى النوافل غير مشروعة بخلاف المغرب فصار كانه لم يقعد فيها ولو لم يقعد فيها لم تجز النافلة فكذا فى التراويح ثم ان كان ساهيا فى الثالثة لا يلزمه قضاء شئ لأنه شرع فى صلاة مظنونة ولانه لا يوجب القضاء عند أصحابنا الثلاثة وان كان عمدا فعلى قول من قال بالجواز يلزمه ركعتان لان الركعة الثانية قد صحت لبقاء التحريمة وان لم يكملها يضم ركعة أخرى اليها فيلزمه القضاء وعلى قول من قال بعدم الجواز يلزمه ركعتان عند أبى يوسف وعند أبى حنيفة لا يلزمه شئ لأن التحريمة قد فسدت بترك القعدة فى الركعة الثانية فشرع فى الثالثة بلا تحريمة وانه لا يوجب القضاء عند أبى حنيفة وعلى هذا لو صلى عشر تسليمات كل تسليمة بثلاث ركعات بقعدة واحدة ولو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة ولم يقعد الا فى آخرها قال بعضهم يجزئه عن التراويح كلها وقال بعضهم لا يجزئه الا عن تسليمة واحدة وهو الصحيح لأنه أخل بكل شفع بترك القعدة ومنها ان يصلى كل ترويحة امام واحد وعليه عمل أهل الحرمين وعمل السلف ولا يصلى الترويحة الواحدة امامان لانه خلاف عمل السلف ويكون تبديل الامام بمنزلة الانتظار بين الترويحتين وانه غير مستحب ولا يصلى امام واحد التراويح فى مسجدين فى كل مسجد على الكمال ولا له فعل ولا يحتسب التالى من التراويح وعلى القوم ان يعيدوا لان صلاة امامهم نافلة وصلاتهم سنة والسنة أقوى فلم يصح الاقتداء لأن السنة لا تتكرر فى وقت واحد وما صلى فى المسجد الاول محسوب وليس على القوم ان يعيدوا ولا

بأس اغير الامام ان يصلي التراويح في مسجدين لانه اقتداء المتطوع بمن يصلي السنة وانه جائز كما لو صلى المكتوبة ثم أدرك الجماعة ودخل فيها والله أعلم اذا صلوا التراويح ثم أرادوا أن يصلوها ثانيا يصلون فرادى لا بجماعة لان الثانية تطوع مطلق والتطوع المطلق بجماعة مكروه ويجوز التراويح قاعدا من غير عذر لانه تطوع الا انه لا يستحب لانه خلاف السنة المتوارثة وروى الحسن عن أبي حنيفة ان من صلى ركعتي الفجر قاعدا من غير عذر لا يجوز وكذا لو صلاها على الدابة من غير عذر وهو يقدر على النزول لاختصاص هذه السنة بزيادة توكيد وترغيب بتحصيلها وترهيب وتحذير على تركها فالتحقت بالواجبات كالوتر ومنها ان الامام كلما صلى ترويحة قعد بين الترويحتين قدر ترويحة يسبح ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو وينتظر أيضا بعد الخامسة قدر ترويحة لانه متوارث من السلف واما الاستراحة بعد خمس تسليمات فهل يستحب قال بعضهم نعم وقال بعضهم لا يستحب وهو الصحيح لانه خلاف عمل السلف والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أدائها اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا فقد قيل انها تقضى والصحيح انها لا تقضى لأنها ليست بآكد من سنة المغرب والعشاء وتلك لا تقضى فكذلك هذه

﴿ فصل ﴾ وأما صلاة التطوع فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان ان التطوع هل يلزم بالشروع وفي بيان مقدار ما يلزم منه بالشروع وفي بيان أفضل التطوع وفي بيان ما يكره من التطوع وفي بيان ما يفارق التطوع الفرض فيه اما الاول فقد قال أصحابنا اذا شرع في التطوع يلزمه المضي فيه واذا أفسده يلزمه القضاء وقال الشافعي لا يلزمه المضي في التطوع ولا القضاء بالافساد وجه قوله ان التطوع تبرع وانه ينافي الوجوب واذا لم يجب المضي فيه لا يجب القضاء بالافساد لان القضاء تسليم مثل الواجب ولنا ان المؤدى عبادة وابطال العبادة حرام لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم فيجب صيانتها عن الابطال وذا بلزوم المضي فيها واذا افسدها فقد أفسد عبادة واجبة الاداء فيلزمه القضاء جبرا للفائت كما في المنذور والمفروض وقد خرج الجواب عما ذكره انه تبرع لانا نقول نعم قبل الشروع وأما بعد الشروع فقد صار واجبا لغيره وهو صيانة المؤدى عن البطلان ولو افتتح الصلاة مع الامام وهو ينوي التطوع والامام في الظهر ثم قطعها فعليه قضاؤها لما قلنا فان دخل معه فيها ينوي التطوع فهذا على ثلاثة أوجه اما ان ينوي قضاء الاولى أو لم يكن له نية أصلا أو نوى صلاة أخرى ففي الوجهين الاولين يسقط عنه وتنوب هذه عن قضاء ما لزمه بالافساد عندنا وعند زفر لا يسقط وجه قوله ان ما لزمه بالافساد صار دينا في ذمته كالصلاة المنذورة فلا يتأدى خلف امام يصلي صلاة أخرى ولنا أنه لو أتمها حين شرع فيها لا يلزمه شئ آخر فكذا اذا أتمها بالشروع الثاني لانه ما التزم بالشروع الا اداء هذه الصلاة مع الامام وقد اداها وان نوى تطوعا آخر ذكر في الاصل أنه ينوب عما لزمه بالافساد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وذكر في زيادات الزيادات أنه لا ينوب وهو قول محمد ووجهه أنه لما نوى صلاة أخرى فقد أعرض عما كان دينا عليه بالافساد فلا ينوب هذا المؤدى عنه بخلاف الاول وجه قولهما انه ما التزم في المرتين الا أداء هذه الصلاة مع الامام وقد أداها والله أعلم ثم الشروع في التطوع في الوقت المكروه وغيره سواء في كونه سببا اللزوم في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر الشروع في التطوع في الاوقات المكروهة غير ملزم حتى لو قطعها لا شئ عليه عنده وعندنا الافضل ان يقطع وان أتم فقد أساء ولا قضاء عليه لانه أداها كما وجبت وان قطعها فعليه القضاء وأما الشروع في الصوم في الوقت المكروه فغير ملزم عند أبي حنيفة وزفر وعندهما ملزم فهما سويا بين الصوم والصلاة وجعلا الشروع فيهما ملزما كالنذر لكون المؤدى عبادة وزفر سوى بينهما بعلة ارتكاب المنهي وجعل الشروع فيهما غير ملزم وأبو حنيفة فرق والفرق له من وجوه أحدها انه لا بد له من تقديم مقدمة وهي ان ما تركب من أجزاء متفقة ينطلق اسم الكل فيه على البعض كالماء فان ماء البحر يسمى ماء وقطرة منه تسمى ماء وكذا الخل والزيت وكل مائع وما تركب من أجزاء مختلفة لا يكون للبعض منه اسم الكل كالسكنجبين لا يسمى الخل وحده ولا السكر وحده سكنجبينا وكذا الأنف وحده لا يسمى وجها ولا الخد

وحده ولا العظم وحده يسمى آدميا ثم الصوم يتركب من أجزاء متفقة فيكون لكل جزء اسم الصوم والصلاة تتركب من أجزاء مختلفة وهي القيام والقراءة والركوع والسجود فلا يكون للبعض اسم الكل ومن هذا قال أصحابنا ان من حلف لا يصوم ثم شرع في الصوم فكما شرع يحنث ولو حلف لا يصلي فما لم يقيد الركعة بالسجدة لا يحنث واذا تقرر هذا الأصل فنقول انه نهى عن الصوم فكما شرع باشر الفعل المنهي ونهى عن الصلاة فما لم يقيد الركعة بالسجدة لم يباشر منهيا فما انعقد انعقد قربة خالصة غير منهي عنها فبعد هذا يقول بعض مشايخنا ان الشروع سبب الوجوب وهو في الصوم منهي فنفسد في نفسه فلم يصر سبب الوجوب وفي الصلاة ليس بمنهي فصار سببا للوجوب واذا تحقق هذا فنقول وجوب المضي في التطوع لصيانة ما انعقد قربة وفي باب الصوم ما انعقد انعقد معصية من وجه والمضي أيضا معصية والمضي لو وجب وجب لصيانة ما انعقد وما انعقد عبادة وهو منهي عنه وتقرير العبادة وصيانتها واجب وتقرير المعصية وصيانتها معصية فالصيانة واجبة من وجه محظورة من وجه فلم تجب الصيانة عند الشك وترجحت جهة الحظر على ما هو الأصل والصيانة لا تحصل الا بما هو عبادة وبما هو معصية وايجاب العبادة ممكن وايجاب المعصية غير ممكن فلم يجب المضي عند التعارض بل يرجح جانب الحظر فأما في باب الصلاة فما انعقد انعقد عبادة خالصة لا حظر فيها فوجب تقريرها وصيانتها ثم صيانتها وان كانت بالمضي وبالمضي يقع في المحظور لكن لو مضى تقررت العبادة وتقريرها واجب وما يأتي به عبادة ومحظور أيضا فكان محصلا للعبادة من وجهين ومرتكبا للنهي من وجه فترجحت جهة العبادة ولو امتنع عن المضي امتنع عن تحصيل ما هو منهي ولكن امتنع أيضا عن تحصيل ما هو عبادة وأبطل العبادة المتقررة وابطالها محظور محض فكان المضي للصيانة أولى من الامتناع فيلزمه المضي فاذا أفسد يلزمه القضاء ومنهم من فرق بينهما فقال ان النهي عن الصلاة في هذه الأوقات ثبت بدليل فيه شبهة العدم وهو خبر الواحد وقد اختلف العلماء في صحته وورود فكان في ثبوته شك وشبهة وما كان هذا سبيله كان قبوله بطريق الاحتياط والاحتياط في حق ايجاب القضاء على من أفسد بالشروع أن يجعل كأنه ما ورد بخلاف النهي عن الصوم لانه ثبت بالحديث المشهور وتلقته أئمة الفتوى بالقبول فكان النهي ثابتا من جميع الوجوه فلم يصح الشروع فلم يجب القضاء بالافساد والفقيه الجليل أبو أحمد العياضي السمرقندي ذكر هذه الفروق وأشار الى فرق آخر وهو ان الصوم وجوبه بالمباشرة وهو فعل من الصوم المنهي عنه فأما الصلاة فوجوبها بالتحريمة وهي قول وليست من الصلاة فكانت بمنزلة النذر والله أعلم غير انه لو أفسد مع هذا وقضى في وقت آخر كان أحسن لان الافساد ليؤدي أكمل لا يعد افسادا وههنا كذلك لأنه يؤدي خاليا عن اقتران النهي به ولكن لو صلى مع هذا جاز لأنه ما لزمه الا هذه الصلاة وقد أداها حيث أدى مقرونا بالنهي ولو افتتح التطوع وقت طلوع الشمس فقطعها ثم قضاها وقت تغير الشمس أجزأه لانها وجبت ناقصة وأداها كما وجبت فيجوز كما لو أتمها في ذلك الوقت ثم الشروع انما يكون سبب الوجوب اذا صح فأما اذا لم يصح فلا حتى لو شرع في التطوع على غير وضوء أو في ثوب نجس لا يلزمه القضاء وكذا القارئ اذا شرع في صلاة الأمي بنية التطوع أو في صلاة امرأة أو جنب أو محدث ثم أفسدها على نفسه لا قضاء عليه لأن شروعه في الصلاة لم يصح حيث اقتدى بمن لا يصلح اماما له وكذا الشروع في الصلاة المظنونة غير موجب حتى لو شرع في الصلاة على ظن انها عليه ثم تبين انها ليست عليه لا يلزمه المضي ولو أفسد لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وفي باب الحج يلزمه التطوع بالشروع معلوما كان أو مظنونا والفرق يذكر في كتاب الصوم ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار ما يلزم منه بالشروع فنقول لا يلزمه بالافتتاح أكثر من ركعتين وان نوى أكثر من ذلك في ظاهر الروايات عن أصحابنا الا بعارض الاقتداء وروي عن أبي يوسف ثلاث روايات روى بشر بن الوليد عنه انه قال فيمن افتتح التطوع ينوي أربع ركعات ثم أفسدها قضى أربعا ثم رجع وقال يقضي ركعتين وروى بشر بن أبي الازهر عنه انه قال فيمن افتتح النافلة ينوي عددا يلزمه بالافتتاح ذلك العدد وان كان مائة ركعة وروى غسان

عنه انه قال ان نوى أربع ركعات لزمه وان نوى أكثر من ذلك لم يلزمه ولا خلاف في انه يلزمه بالنذر ماتناوله وان كثر وجه رواية ابن أبي الأزهر عنه ان الشروع في كونه سببا للزوم كالنذر ثم يلزمه بالنذر جميع ماتناوله كذا بالشروع وجه رواية غسان عنه ان ماوجب بايجاب الله تعالي بناء على مباشرة سبب الوجوب من العبد دون ماوجب بايجاب الله تعالى ابتداء وذا لا يزيد على الأربع فهذا أولى وجه ظاهر الرواية ان الوجوب بسبب الشروع ما ثبت وضعا بل ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان ومعنى الصيانة يحصل بتمام الركعتين فلا تلزم الزيادة من غير ضرورة بخلاف النذر لأنه سبب الوجوب بصيغته وضعا فيتقدر الوجوب بقدر ماتناوله السبب واما قوله ان الشروع سبب الوجوب كالنذر فنقول نعم لكنه سبب لوجوب ما وجد الشروع فيه ولم يوجد الشروع في الشفع الثاني فلا يجب ولأنه ما وضع سببا للوجوب بل الوجوب لما ذكرنا من الضرورة ولا ضرورة في حق الشفع الثاني بخلاف النذر فانه التزم صريحا فيلزمه بقدر ما التزم وكذا الجواب في السنن الراتبة انه لا يجب بالشروع فيها الا ركعتين حتى لو قطعها قضى ركعتين في ظاهر الرواية عن أصحابنا لأنه نفل وعلى رواية أبي يوسف قضى أربعا في كل موضع يقضى في التطوع أربعا ومن المتأخرين من مشايخنا اختار قول أبي يوسف فيما يؤدى من الاربع منها بتسليمة واحدة وهو الاربع قبل الظهر وقال لو قطعها يقضى أربعا ولو أخبر بالبيع فانتقل الى الشفع الثاني لا تبطل شفعته ويمنع صحة الخلوة وهو الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري واذا عرف هذا الاصل فنقول من وجب عليه ركعتان بالشروع ففرغ منهما او قعد على رأس الركعتين وقام الى الثالثة على قصد الاداء يلزمه اتمام ركعتين أخراوين ويبنيهما على التحريمة الاولى لان قدر المؤدى صار عبادة فيجب عليه اتمام الركعتين صيانة له عن البطلان والقيام الي الثالثة على قصد الاداء بناء منه الشفع الثاني على التحريمة الاولى وأمكن البناء عليها لان التحريمة شرط الصلاة عندنا والشرط الواحد يكفي لافعال كثيرة كالطهارة الواحدة انها تكفي لصلوات كثيرة ويلزمه في هاتين الركعتين القراءة كما في الاوليين لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة ولهذا قالوا ان المتنفل اذا قام الى الثالثة لقصد الاداء ينبغي أن يستفتح فيقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ كما يستفتح في الابتداء لان هذا ابتداء الافتتاح وكل ركعتين من النفل صلاة على حدة لكن بناء على التحريمة الاولى فيأتي بالثناء المسنون فيه ولو صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما فسجد لسهوه بعد السلام ثم أراد أن يبني عليهما ركعتين أخراوين ليس له ذلك لانه لو فعل ذلك لوقع سجوده للسهو في وسط الصلاة وانه غير مشروع بخلاف المسافر اذا صلى الظهر ركعتين وسها فيهما فسجد للسهو ثم نوى الاقامة حيث يصح ويقوم لاتمام صلاته وان كان يقع سهوه في وسط الصلاة والفرق ان السلام محلل في الشرع الا ان الشرع منعه عن العمل في هذه الحالة أوحكم بعود التحريمة ضرورة تحصيل السجود لان سجود السهو لا يؤتى به الا في تحريمة الصلاة والضرورة في حق تلك الصلاة وفيما يرجع الى اكمالها فظهر بقاء التحريمة أو عودها في حقها لا في حق صلاة أخرى ولا ضرورة في صلاة التطوع لان كل شفع صلاة على حدة فيعمل التسليم عمله في التحليل وكان القياس في المتنفل بالاربع اذا ترك القعدة الاولى أن تفسد صلاته وهو قول محمد لان كل شفع لما كان صلاة على حدة كانت القعدة عقيبه فرضا كالقعدة الاخيرة في ذوات الاربع من الفرائض الا ان في الاستحسان لا تفسد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه لما قام الى الثالثة قبل القعدة فقد جعلها صلاة واحدة شبيهة بالفرض واعتبار النفل بالفرض مشروع في الجملة لانه تبع للفرض فصارت القعدة الاولى فاصلة بين الشفعين والخاتمة هي الفريضة فأما الفاصلة فواجبة وهذا بخلاف ما اذا ترك القراءة في الاوليين في التطوع وقام الى الاخريين وقرأ فيهما حيث يفسد الشفع الاول بالاجماع ولم تجعل هذه الصلاة صلاة واحدة في حق القراءة بمنزلة ذوات الاربع لان القعدة انما صارت فرضا لغيرها وهو الخروج فاذا قام الى الثالثة وصارت الصلاة من ذوات الاربع لم يأت أوان الخروج فلم تبق القعدة فرضا فاما القراءة فهي ركن بنفسها فاذا تركها في الشفع الاول فسد فلم يصح بناء الشفع الثاني عليه وعلى هذا قالوا اذا صلى التطوع ثلاث ركعات بقعدة

واحدة ينبغى أن يجوز اعتبار التطوع بالفرض وهو صلاة المغرب اذا صلاها بقعدة واحدة والاصح انه لا يجوز لان ما اتصل به القعدة وهى الركعة الاخيرة فسدت لان التنفل بالركعة الواحدة غير مشروع فيفسد ما قبلها ولو تطوع بست ركعات بقعدة واحدة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لانها لما جازت بتحريمة واحدة وتسليمة واحدة فتجوز بقعدة واحدة أيضا والاصح انه لا يجوز لانا انما استحسنا جواز الاربع بقعدة واحدة اعتبارا بالفريضة وليس فى الفرائض ست ركعات يجوز أداؤها بقعدة واحدة فيعود الامر فيه الى أصل القياس والله أعلم ثم انما يجب بافساد التطوع قضاء الشفع الذى اتصل به المفسد دون الشفع الذى مضى على الصحة حتى لو صلى أربعا فتكلم فى الثالثة أو الرابعة قضى الشفع الثانى دون الاول لان كل شفع صلاة على حدة ففساد الثانى لا يوجب فساد الاول بخلاف الفرض لانه كله صلاة واحدة ففساد البعض يوجب فساد الكل ولو اقتدى المتطوع بمصلى الظهر فى أول الصلاة ثم قطعها أو اقتدى به فى القعدة الاخيرة فعليه قضاء اربع ركعات لانه بالاقتداء التزم صلاة الامام وهى أربع ركعات ومن نوى أن يصلى الظهر ستا لم يلزمه ركعتان لان الشروع لم يوجد فى الركعتين وانما وجد فى الظهر وهى أربع ولم يوجد فى حق الركعتين الا مجرد النية ومجرد النية لا يلزم شيأ وكذا المسافر اذا نوى أن يصلى الظهر أربعا فصلى ركعتين فصلاته تامة لان الظهر فى حق المسافر ركعتان فكانت نية الزيادة لغوا هذا اذا أفسد التطوع بشئ من اضداد الصلاة فى الوضع من الحدث العمد والكلام والقهقهة وعمل كثير ليس من أعمال الصلاة فاما اذا أفسده بترك القراءة بأن صلى التطوع أربعا ولم يقرأ فيهن شيأ فعليه قضاء ركعتين فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف عليه قضاء الاربع وهى من المسائل المعروفة بثمان مسائل والاصل فيها أن الشفع الاول متى فسد بترك القراءة تبقى التحريمة عند أبى يوسف فيصح الشروع فى الشفع الثانى وعند محمد متى فسد الشفع الاول لا تبقى التحريمة فلا يصح الشروع فى الشفع الثانى وعند أبى حنيفة ان فسد الشفع الاول بترك القراءة فيهما بطلت التحريمة فلا يصح الشروع فى الشفع الثانى وان فسد بترك القراءة فى احداهما بقيت التحريمة فيصح الشروع فى الشفع الثانى وجه قول محمد أن القراءة فرض فى كل شفع من النفل فى الركعتين جميعا فكما يفسد الشفع بترك القراءة فيهما يفسد بترك القراءة فى احداهما لفوات ما هو ركن كما لو ترك الركوع أو السجود انه لا يفترق الحال بين الترك فى الركعتين أو فى احداهما كذا هذا وصار ترك القراءة فى الافساد والحدث العمد والكلام سواء فاذا فسدت الافعال لم تبق التحريمة لانها تبقى لتوحيد الافعال المختلفة فاذا فسدت الافعال لا تبقى هى فلم يصح الشروع فى الشفع الثانى لعدم التحريمة فلا يتصور الفساد ولابى يوسف أن الافعال وان بطلت بترك القراءة لكون القراءة ركنا ولكن بقيت التحريمة لانها ما عقدت لهذا الشفع خاصة بل له وللشفع الثانى الا ترى أنه لو قرأ يصح بناء الشفع الثانى عليه فاذا لم تبطل التحريمة صح الشروع فى الشفع الثانى ثم يفسد هو أيضا بترك القراءة فيه ولابى حنيفة أنه لا بقاء للتحريمة مع بطلان الافعال كما اذا ترك ركنا آخر او تكلم أو أحدث عمدا لانها للجمع بين الافعال المختلفة لجعلها كلها عبادة واحدة فتبطل ببطلان الافعال كما قال محمد غير انه اذا ترك القراءة فى الشفع الاول فى الركعتين جميعا علم فساد الشفع بيقين لترك الركن بيقين فاما اذا قرأ فى احدى الاوليين لم يعلم يقينا بفساد هذا الشفع لان الحسن البصرى كان يقول بجواز الصلاة بوجود القراءة فى ركعة واحدة وقوله وان كان فاسدا لكن انما عرفنا فساده بدليل اجتهادى غير موجب علم اليقين بل يجوز أن يكون الصحيح قوله غير انا عرفنا صحة ما ذهبنا اليه وفساد ما ذهب اليه بغالب الرأى فلم نحكم ببطلان التحريمة الثانية بيقين بالشك ولان الشفع الاول متى دار بين الجواز والفساد كان الاحتياط فى الحكم بفساده ليجب عليه القضاء وبقاء التحريمة ليصح الشروع فى الشفع الثانى ليجب عليه القضاء بوجود مفسد فى هذا الشفع أيضا اذا عرفت هذا الاصل فنقول اذا ترك القراءة فى الاربع كلها يلزمه قضاء ركعتين فى قول أبى حنيفة ومحمد وزفر لان التحريمة قد بطلت بفساد الشفع الاول بيقين فلم يصح الشروع فى الشفع الثانى فلا يلزمه القضاء بالافساد لعدم الافساد وعند أبى يوسف عليه قضاء الاربع لان التحريمة بقيت وان فسد الشفع

الاول فيصح الشروع فى الشفع الثانى ثم يفسد بترك القراءة أيضا فيجب قضاء الشفعين جميعا ولو ترك القراءة فى
احدى الاوليين واحدى الاخريين أو قرأ فى احدى الاوليين فحسب عند محمد يلزمه قضاء الشفع الاول لا غير لان
الشفع الاول فسد بترك القراءة فى احدى الركعتين من هذا الشفع فبطلت التحريمة فلم يصح الشروع فى الشفع
الثانى وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يلزمه قضاء الاربع أما عند أبى يوسف فلعدم بطلان التحريمة بفساد الصلاة
وعند أبى حنيفة لكون الفساد غير ثابت بدليل مقطوع به فبقيت التحريمة فصح الشروع فى الشفع الثانى ثم فسد
الشفع الثانى بترك القراءة فى الركعتين أو فى احداهما ولو ترك القراءة فى الأوليين وقرأ فى الاخريين يلزمه قضاء
ركعتين وهو الشفع الاول بالاجماع لانه فسد بترك القراءة فى الركعتين فيلزمه قضاؤه فاما الشفع الثانى فعند أبى
يوسف صلاة كاملة لان الشروع فيه قد صح لبقاء التحريمة وقد وجدت القراءة فى الركعتين جميعا فصح وعند
أبى حنيفة ومحمد وزفر لما بطلت التحريمة لم يصح الشروع فى الشفع الثانى فلم تكن صلاة فلا يجب الا قضاء الشفع
الاول والاخريان لا يكونان قضاء عن الاوليين بالاجماع أما عند أبى حنيفة ومحمد وزفر فلان الشفع الثانى
ليس بصلاة لانعدام التحريمة وعند أبى يوسف وان كان صلاة لكنه بناء على تلك التحريمة وانها انعقدت للاداء
والتحريمة الواحدة لا يتسع فيها الاداء والقضاء ولو قرأ فى احدى الاوليين لا غير عند محمد يلزمه قضاء ركعتين وعند
أبى حنيفة وأبى يوسف قضاء الاربع وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير قول أبى حنيفة مع محمد والصحيح ماذكرنا
من الدلائل ولو قرأ فى احدى الاخريين لا غير عند أبى يوسف يلزمه قضاء الاربع وعند أبى حنيفة ومحمد وزفر
يلزمه قضاء الشفع الاول لا غير ولو قرأ فى الاوليين لا غير يلزمه قضاء الشفع الاخير عند الكل وكذا لو ترك القراءة فى
احدى الاخريين وهذا كله اذا قعد بين الشفعين قدر التشهد فأما اذا لم يقعد تفسد صلاته عند محمد بترك القعدة
ولا تتأتى هذه التفريعات عنده ولو كان خلفه رجل اقتدى به فحكمه حكم امامه يقضى ما يقضى امامه لان صلاة
المقتدى متعلقة بصلاة الامام صحة وفسادا ولو تكلم المقتدى ومضى الامام فى صلاته حتى صلى أربع ركعات وقرأ
فى الاربع كلها وقعد بين الشفعين فان تكلم قبل أن يقعد الامام قدر التشهد فعليه قضاء الاوليين فقط لانه لم يلتزم
الشفع الاخير لان الالتزام بالشروع ولم يشرع فيه وانما وجد منه الشروع فى الشفع الاول فقط فيلزمه قضاؤه
بالافساد لا غير وان تكلم بعد ما قعد قدر التشهد قبل أن يقوم الى الثالثة لا شئ عليه لانه أدى ما التزم بوصف
الصحة وأما اذا قام الى الثالثة ثم تكلم المقتدى لم يذكر هذه المسئلة فى الاصل وذكر عصام بن يوسف فى مختصره
أن عليه قضاء أربع ركعات قال الشيخ الامام الزاهد صدر الدين أبو المعين ينبغى أن يكون هذا الجواب على قول
أبى حنيفة وأبى يوسف لانهما يجعلان هذا كله صلاة واحدة بدليل انهما لم يحكما بفسادها بترك القعدة الاولى
وأما عند محمد فقد بقى كل شفع صلاة على حدة حتى حكم بافتراض القعدة الاولى فكان هذا المقتدى مفسدا للشفع
الاخير لا غير فيلزمه قضاؤه لا غير

(فصل) وأما بيان أفضل التطوع فاما فى النهار فاربع أربع فى قول أصحابنا وقال الشافعى مثنى مثنى بالليل
والنهار جميعا واحتج بما روى عمارة بن رويبة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يفتتح صلاة الضحى ركعتين
ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم كان يختار من الاعمال أفضلها ولان فى التطوع بالمثنى زيادة تكبير وتسليم فكان
أفضل ولهذا قال فى الاربع قبل الظهر انها بتسليمتين ولنا ما روى ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان
يواظب فى صلاة الضحى على أربع ركعات والاخذ برواية ابن مسعود أولى من الاخذ برواية عمارة بن رويبة
لانه يروى المواظبة وعمارة لا يرويها ولا شك أن الاخذ بالمفسر أولى ولان الاربع أدوم وأشق على البدن وسئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل الاعمال فقال أحمزها أى أشقها على البدن وأما فى الليل فاربع أربع
فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد مثنى مثنى وهو قول الشافعى احتجا بما روى ابن عمر رضى الله عنهما
عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة الليل مثنى مثنى وبين كل ركعتين فسلم أمر بالتسليم على رأس الركعتين

وما أراد به الايجاب لانه غير واجب فتعين الاستحباب مرادا به ولان عمل الامة في التراويح ظهر مثنى مثنى من لدن عمر رضي الله عنه الى يومنا هذا فدل أن ذلك أفضل ولابي حنيفة ما روينا عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالي رمضان فقالت كان قيامه في رمضان وغيره سواء لانه كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم أربعا لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم كان يوتر بثلاث وفي بعض الروايات انها سئلت عن ذلك فقالت وايكم يطيق ذلك ثم ذكرت الحديث وكلمة كان عبارة عن العادة والمواظبة وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يواظب الا على أفضل الاعمال وأحبها الى الله تعالى وفيه دلالة على أنه ما كان يسلم على رأس الركعتين اذ لو كان كذلك لم يكن لذكر الاربع فائدة ولان الوصل بين الشفعين بمنزلة التتابع في باب الصوم الا ترى أنه لو نذر أن يصلي أربعا بتسليمة فصلى بتسليمتين لا يخرج عن العهدة كذا ذكر محمد في الزيادات كما في صفة التتابع في باب الصوم ثم الصوم متتابعا أفضل فكذا الصلاة والمعنى فيه ما ذكرنا أنه أشق على البدن فكان أفضل ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فسلم أي فتشهد لان التحيات تسمى تشهدا لما فيها من الشهادة وهي قوله أشهد أن لا اله الا الله وكذا تسمى تسليما لما فيها من التسليم بقوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين وحمله على هذا أولى لانه أمر بالتسليم ومطلق الامر للوجوب والتسليم ليس بواجب الا ترى أنه لو صلى أربعا جاز أما التشهد فواجب فكان الحمل عليه أولى فاما التراويح فانما تؤدى مثنى مثنى لانها تؤدى بجماعة فتؤدى على وجه السهولة واليسر لما فيهم من المريض وذي الحاجة ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا كان وحده

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره من التطوع فالمكروه منه نوعان نوع يرجع الي القدر ونوع يرجع الى الوقت أما الذي يرجع الى القدر فأما في النهار فتكره الزيادة على الاربع بتسليمة واحدة وفي الليل لا تكره وله أن يصلي ستا وثمانيا ذكره في الاصل وذكر في الجامع الصغير في صلاة الليل ان شئت فصل بتكبيرة ركعتين وان شئت أربعا وان شئت ستا ولم يزد عليه والاصل في ذلك أن النوافل شرعت تبعا للفرائض والتبع لا يخالف الاصل فلو زيدت على الاربع في النهار لخالفت الفرائض وهذا هو القياس في الليل الا أن الزيادة على الاربع الى الثمان أو الى الست عرفناه بالنص وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلي بالليل خمس ركعات سبع ركعات تسع ركعات احدى عشرة ركعة ثلاث عشر ركعة والثلاث من كل واحد من هذه الأعداد الوتر وركعتان من ثلاثة عشر سنة الفجر فيبقى ركعتان وأربع وست وثمان فيجوز الى هذا القدر بتسليمة واحدة من غير كراهة واختلف المشايخ في الزيادة على الثمان بتسليمة واحدة قال بعضهم يكره لان الزيادة على هذا لم ترو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم لا يكره واليه ذهب الشيخ الامام الزاهد السرخسي رحمه الله قال لان فيه وصل العبادة بالعبادة فلا يكره وهذا يشكل بالزيادة على الاربع في النهار والصحيح انه يكره لما ذكرنا وعليه عامة المشايخ ولو زاد على الاربع في النهار أو على الثمان في الليل يلزمه لوجود سبب اللزوم وهو الشروع ثم اختلف في ان الافضل في التطوع طول القيام في الاربع والمثنى على حسب ما اختلف فيه أم كثرة الصلاة قال أصحابنا طول القيام أفضل وقال الشافعي كثرة الصلاة أفضل واقب المسئلة ان طول القنوت أفضل أم كثرة السجود والصحيح قولنا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن أفضل الصلاة فقال طول القنوت أي القيام وعن ابن عمر انه قال في قوله تعالى وقوموا لله قانتين ان القنوت طول القيام وقرأ قوله تعالى أمن هو قانت آناء الليل وروى عن أبي يوسف انه قال اذا لم يكن له ورد فطول القيام أفضل واما اذا كان له ورد من القرآن يقرأه فكثرة السجود أفضل لان القيام لا يختلف ويضم اليه زيادة الركوع والسجود والله أعلم وأما الذي يرجع الي الوقت فيكره التطوع في الاوقات المكروهة وهي اثنا عشر بعضها يكره التطوع فيها لمعنى في الوقت وبعضها يكره التطوع فيها لمعنى في غير الوقت أما الذي يكره التطوع فيها لمعنى يرجع الى الوقت فثلاثة أوقات أحدها ما بعد طلوع الشمس الى أن ترتفع وتبيض والثاني عند استواء الشمس الى أن تزول والثالث عند تغير الشمس وهو احمرارها واصفرارها الى أن تغرب ففي هذه

الاوقات الثلاثة يكره كل تطوع في جميع الازمان يوم الجمعة وغيره وفي جميع الاماكن بمكة وغيرها وسواء كان تطوعا مبتدأ لا سبب له أو تطوعا له سبب كركعتي الطواف وركعتي تحية المسجد ونحوهما وروى عن أبي يوسف انه لا بأس بالتطوع وقت الزوال يوم الجمعة وقال الشافعي لا بأس بالتطوع في هذه الاوقات بمكة احتج أبو يوسف بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة وقت الزوال الا يوم الجمعة واحتج الشافعي رحمه الله تعالى بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن الصلاة في هذه الاوقات الا بمكة ولنا ماروى عن عقبة بن عامر الجهني انه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا اذا طلعت الشمس حتى ترتفع واذا تضيفت للغيب وعند الزوال وروى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة وقت الطلوع والغروب وقال لان الشمس تطلع وتغرب بين قرني شيطان وروى الصنابحي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس وقال انها تطلع بين قرني شيطان يزينها في عين من يسجد لها حتى يسجد لها فاذا ارتفعت فارقها فاذا كانت عند قائم الظهيرة قارنها فاذا مالت فارقها فاذا دنت للغروب قارنها فاذا غربت فارقها فلا تصلوا في هذه الاوقات فالنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة في هذه الاوقات من غير فصل فهو على العموم والاطلاق ونبه على معنى النهي وهو طلوع الشمس بين قرني الشيطان وذلك لان عبدة الشمس يعبدون الشمس ويسجدون لها عند الطلوع تحية لها وعند الزوال لاستتمام علوها وعند الغروب وداعا لها فيجيء الشيطان فيجعل الشمس بين قرنيه ليقع سجودهم نحو الشمس له فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في هذه الاوقات لئلا يقع التشبه بعبدة الشمس وهذا المعنى يعم المصلين أجمع فقد عم النهي بصيغته ومعناه فلا معنى للتخصيص وما روى من النهي الا بمكة شاذ لا يقبل في معارضة المشهور وكذا رواية استثناء يوم الجمعة غريبة فلا يجوز تخصيص المشهور بها وأما الاوقات التي يكره فيها التطوع لمعنى في غير الوقت فنها ما بعد طلوع الفجر الى صلاة الفجر وما بعد صلاة الفجر الى طلوع الشمس وما بعد صلاة العصر الى مغيب الشمس فلا خلاف في أن قضاء الفرائض والواجبات في هذه الأوقات جائز من غير كراهة ولا خلاف في ان أداء التطوع المبتدأ مكروه فيها وأما التطوع الذي له سبب كركعتي الطواف وركعتي تحية المسجد فكروه عندنا وعند الشافعي لا يكره واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا دخل أحدكم المسجد فليحيه بركعتين من غير فصل وروى عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بعد العصر وعن عمر رضي الله عنه انه صلى صلاة الصبح فسمع صوت حدث ممن خلفه فقال عزمت على من أحدث أن يتوضأ ويعيد صلاته فلم يقم أحد فقال جرير بن عبد الله البجلي يا أمير المؤمنين أرأيت لو توضأنا جميعا واعدنا الصلاة فاستحسن ذلك عمر رضي الله عنه وقال له كنت سيدا في الجاهلية فقيها في الاسلام فقاموا وأعادوا الوضوء والصلاة ولا شك ان تلك الصلاة ممن لم يحدث كانت نافلة والدليل عليه انه لا يكره الفرائض في هذه الاوقات كذا النوافل (ولنا) ماروى عن ابن عباس انه قال شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا صلاة بعد صلاة الصبح حتى تشرق الشمس ولا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس فهو على العموم الا ما خص بدليل وكذا روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه طاف بعد طلوع الفجر سبعة أشواط ولم يصل حتى خرج الى ذي طوى وصلى ثمة بعد ما طلعت الشمس وقال ركعتان مكان ركعتين ولو كان اداء ركعتي الطواف بعد طلوع الشمس جائزا من غير كراهة لما أخر لان أداء الصلاة بمكة أفضل خصوصا ركعتا الطواف وأما حديث عائشة فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بذلك دل عليه ماروى انه قيل لابي سعيد الخدري ان عائشة تروى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بعد العصر فقال انه فعل ما أمر ونحن نفعل ما أمرنا أشار الى أنه كان مخصوصا بذلك ولا شركة في موضع الخصوص ألا ترى الى ماروى عن أم سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال شغلني وفد عن ركعتي الظهر فقضيتهما فقالت ونحن نفعل كذلك فقال لا أشار الى الخصوصية لانه كتبت عليه

السنن الراتبة ومذهبنا مذهب عمر وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم وماروى عن عمر فغريب لا يقبل على ان عمر انما فعل ذلك لاخراج المحدث عن عهدة الفرض ولا بأس بمباشرة المكره ومثله والاعتبار بالفرائض غير سديد لان الكراهة في هذه الاوقات ليست لمعنى في الوقت بل لمعنى في غيره وهو اخراج ما بقي من الوقت عن كونه تبعا لفرض الوقت لشغله بعبادة مقصودة ومعنى الاستتباع لا يمكن تحقيقه في حق الفرض فبطل الاعتبار وكذا أداء الواجب الذي وجب بصنع العبد من النذر وقضاء التطوع الذي أفسده في هذه الاوقات مكروه في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه لا يكره لانه واجب فصار كسجدة التلاوة وصلاة الجنازة وجه ظاهر الرواية ان المنذور عينه ليس بواجب بل هو نفل في نفسه وكذا عين الصلاة لا تجب بالشروع وانما الواجب صيانة المؤداة عن البطلان فبقيت الصلاة نفلا في نفسها فتكره في هذه الاوقات (ومنها) ما بعد الغروب يكره فيه النفل وغيره لان فيه تأخير المغرب وانه مكروه ومنها ما بعد شروع الامام في الصلاة وقبل شروعه بعد ما أخذ المؤذن في الاقامة يكره التطوع في ذلك الوقت قضاء لحق الجماعة كما تكره السنة الا في سنة الفجر على التفصيل الذي ذكرنا في السنن ومنها وقت الخطبة يوم الجمعة يكره فيه الصلاة لانها سبب لترك استماع الخطبة وعند الشافعي يصلي ركعتين خفيفتين تحية المسجد والمسألة قد مرت في صلاة الجمعة ومنها ما بعد خروج الامام للخطبة يوم الجمعة قبل أن يشتغل بها وما بعد فراغه منها قبل أن يشرع في الصلاة يكره التطوع فيه والكلام وجميع ما يكره في حالة الخطبة عند أبي حنيفة وعندهما لا يكره الكلام وتكره الصلاة وقد مر الكلام فيها في صلاة الجمعة (ومنها) ما قبل صلاة العيد يكره التطوع فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوع قبل العيدين مع شدة حرصه على الصلاة وعن علي رضي الله عنه انه خرج الى صلاة العيد فوجد الناس يصلون فقال انه لم يكن قبل العيد صلاة فقيل له ألا تنهاهم فقال لا فاني أخشى ان أدخل تحت قوله أرأيت الذي ينهى عبدا اذا صلى وعن عبد الله بن مسعود وحذيفة انهما كانا ينهيان الناس عن الصلاة قبل العيد ولان المبادرة الى صلاة العيد مسنونة وفي الاشتغال بالتطوع تأخيرها ولو اشتغل بأداء التطوع في بيته يقع في وقت طلوع الشمس وكلاهما مكروهان وقال محمد بن مقاتل الرازي من أصحابنا انما يكره ذلك في المصلى كيلا يشتبه على الناس انهم يصلون العيد قبل صلاة العيد فاما في بيته فلا بأس بان يتطوع بعد طلوع الشمس وعامة أصحابنا على انه لا يتطوع قبل صلاة العيد لا في المصلى ولا في بيته فاول الصلاة في هذا اليوم صلاة العيد والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يفارق التطوع الفرض فيه فنقول انه يفارقه في أشياء منها انه يجوز التطوع قاعدا مع القدرة على القيام ولا يجوز ذلك في الفرض لان التطوع خير دائم فلو ألزمناه القيام يتعذر عليه ادامة هذا الخير فاما الفرض فانه يختص ببعض الاوقات فلا يكون في الزامه مع القدرة عليه حرج والاصل في جواز النفل قاعدا مع القدرة على القيام ماروى عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي قاعدا فاذا أراد أن يركع قام فقرأ آيات ثم ركع وسجد ثم عاد الى القعود وكذا لو افتتح الفرض قائما ثم أراد أن يقعد ليس له ذلك بالاجماع ولو افتتح التطوع قائما ثم أراد أن يقعد من غير عذر فله ذلك عند أبي حنيفة استحسانا وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز وهو القياس لان الشروع ملزم كالنذر ولو نذر أن يصلي ركعتين قائما لا يجوز له القعود من غير عذر فكذا اذا شرع قائما ولابي حنيفة انه متبرع وهو مخير بين القيام والقعود في الابتداء فكذا بعد الشروع لكونه متبرعا أيضا وأما قولهما ان الشروع ملزم فنقول ان الشروع ليس بملزم وضعا وانما يلزم لضرورة صيانة ما انعقد عبادة عن البطلان وما انعقد يتعلق بقاؤه عبادة بوجود أصل ما بقي من الصلاة لا بوجود وصف ما بقي فان التطوع قاعدا جائز في الجملة فلم يلزمه تحصيل وصف القيام فيما بقي لان لزوم ما بقي لاجل الضرورة ولا ضرورة في حق وصف القيام ولهذا لا يلزمه أكثر من ركعتين لاستغناء المؤدى عن الزيادة بخلاف النذر فانه موضوع للايجاب شرعا فاذا أوجب مع الوصف وجب كذلك حتى لو أطلق النذر لا رواية فيه فقيل انه على هذا الخلاف الذي ذكرنا في

الشروع وقيل لا يلزمه بصفة القيام لان التطوع لم يتناول القيام فلا يلزمه الا بالتنصيص عليه كالتتابع في باب الصوم وقيل يلزمه قائما الا ان النذر وضع للايجاب فيعتبر ما أوجبه على نفسه بما أوجبه الله عليه مطلقا وهنالك يلزمه بصفة القيام الا من عذر كذا هذا وأما الشروع فليس بموضوع للوجوب وانما جعل موجبا بطريق الضرورة والضرورة في حق الاصل دون الوصف على ما مر ولو افتتح التطوع قاعدا فأدى بعضها قاعدا وبعضها قائما أجزأه لما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ ورده حتى اذا بقى عشر آيات أو نحوها قام فاتم قراءته ثم ركع وسجد وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية فقد انتقل من القعود الى القيام ومن القيام الى القعود فدل أن ذلك جائز في صلاة التطوع ومنها أنه يجوز التنفل على الدابة مع القدرة على النزول واداء الفرض على الدابة مع القدرة على النزول لا يجوز لما ذكرنا فيما تقدم ومنها أن القراءة في التطوع في الركعات كلها فرض والمفروض من القراءة في ذوات الاربع من المكتوبات في ركعتين منها فقط حتى لو ترك القراءة في الشفع الاول من الفرض لا يفسد الشفع الثاني بل يقضيها في الشفع الثاني أو يؤديها بخلاف التطوع لما ذكرنا أن كل شفع من التطوع صلاة على حدة وقد روى عن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يصلى بعد صلاة مثلها قال محمد تأويله لا يصلى بعد صلاة مثلها من التطوع على هيئة الفريضة في القراءة أى ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة أى لا يصلى بعد أربع الفريضة أربعا من التطوع يقرأ في ركعتين ولا يقرأ في ركعتين والنهى عن الفعل أمر بضده فكان هذا أمرا بالقراءة في الركعات كلها في التطوع ولا يحمل على المماثلة في اعداد الركعات لان ذلك غير منهى بالاجماع كالفجر بعد الركعتين والظهر بعد الاربع في حق المقيم والركعتين بعد الظهر في حق المسافر وتأويل أبى يوسف أى لا تعاد الفرائض الفوائت لانه في بداية الاسلام كانت الفرائض تقضى ثم تعاد من الغد لوقتها فنهى النبى عن ذلك ومصداق هذا التأويل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها أو استيقظ من الغد لوقتها ثم نسخ هذا الحديث بقوله لا يصلى بعد صلاة مثلها ويمكن حمل الحديث على النهى عن قضاء الفرض بعد ادائه مخافة دخول فساد فيه بحكم الوسوسة وتكون فائدة الحديث على هذا التأويل وجوب دفع الوسوسة والنهى عن اتباعها ويجوز أن يحمل الحديث على النهى عن تكرار الجماعة في مسجد واحد وعلى هذا التأويل يكون الحديث حجة لنا على الشافعى في تلك المسئلة والله أعلم ومنها أن القعدة على رأس الركعتين في ذوات الاربع في الفرائض ليست بفرض بلا خلاف حتى لا يفسد بتركها وفى التطوع اختلاف على ما مر ولو قام الى الثالثة قبل أن يقعد ساهيا في الفرض فان استتم قائما لم يعد وان لم يستتم قائما عاد وقعد وسجد سجدتى السهو وأما في التطوع فقد ذكر محمد أنه اذا نوى أن يتطوع أربع ركعات وقام ولم يستتم قائما أنه يعود ولم يذكر انه اذا استتم قائما هل يعود أم لا قال بعض مشايخنا لا يعود استحسانا لانه لما نوى الاربع التحق بالظهر وبعضهم قال يعود لان كل شفع صلاة على حدة والاول أوجه ولو كان نوى أن يتطوع بركعتين فقام من الثانية الى الثالثة قبل أن يقعد فيعود ههنا بلا خلاف بين مشايخنا لان كل شفع بمنزلة صلاة الفجر ومنها أن الجماعة في التطوع ليست بسنة الا في قيام رمضان وفى الفرض واجبة أو سنة مؤكدة لقول النبى صلى الله عليه وسلم صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجده الا المكتوبة وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى ركعتى الفجر في بيته ثم يخرج الى المسجد ولان الجماعة من شعائر الاسلام وذلك مختص بالفرائض أو الواجبات دون التطوعات وانما عرفنا الجماعة سنة في التراويح بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى التراويح في المسجد ليلتين وصلى الناس بصلاته وعمر رضى الله عنه في خلافته استشار الصحابة أن يجمع الناس على قارئ واحد فلم يخالفوه فجمعهم على أبى بن كعب ومنها أن التطوع غير موقت بوقت خاص ولا مقدر بمقدار مخصوص فيجوز في أى وقت كان على أى مقدار كان الا أنه يكره

فى بعض الأوقات وعلى بعض المقادير على ما مر والفرض مقدر بمقدار خاص موقت بأوقات مخصوصة فلا تجوز الزيادة على قدره وتخصيص جوازه ببعض الاوقات دون بعض على ما مر فى موضعه ومنها أن التطوع يتأدى بمطلق النية والفرض لا يتأدى الا بتعيين النية وقد ذكرنا الفرق فى موضعه ومنها أن مراعاة الترتيب يختص بالفرائض دون التطوعات حتى لو شرع فى التطوع ثم تذكر فائتة مكتوبة لم يفسد تطوعه ولو كان فى الفرض تفسد الفريضة لان المفسد للفرض كونه مؤديا للفرض قبل وقته وليس للتطوع وقت مخصوص بخلاف الفرض ولانه لو تذكر فائتة عليه فى صلاة الفرض ينقلب فرضه تطوعا ولا يبطل أصلا فاذا تذكر فى التطوع لأن يبقى تطوعا ولا يبطل كان أولى والله أعلم

❊﴿فصل﴾❊ وأما صلاة الجنازة فالكلام فى الجنائز يقع فى الأصل فى ستة مواضع أحدها فى غسل الميت والثانى فى تكفينه والثالث فى حمل جنازته والرابع فى الصلاة عليه والخامس فى دفنه والسادس فى الشهيد وقبل أن نشتغل ببيان ذلك نبدأ بما يستحب أن يفعل بالمريض المحتضر وما يفعل بعد موته الى أن يغسل فنقول اذا احتضر الانسان فالمستحب أن يوجه الى القبلة على شقه الأيمن كما يوجه فى القبر لانه قرب موته فيضجع كما يضجع الميت فى اللحد ويلقن كلمة الشهادة لقول النبى صلى الله عليه وسلم لقنوا موتاكم لا اله الا الله والمراد من الميت المحتضر لانه قرب موته فسمى ميتا لقربه من الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون واذا قضى نحبه تغمض عيناه ويشد لحياه لأنه لو ترك كذلك لصار كريه المنظر فى نظر الناس كالمثلة وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه دخل على أبى سلمة وقد شق بصره فغمضه ولا بأس باعلام الناس بموته من أقربائه واصدقائه وجيرانه ليؤدوا حقه بالصلاة عليه والدعاء والتشييع وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المسكينة التى كانت فى ناحية المدينة اذا ماتت فآذنونى ولان فى الاعلام تحريضا على الطاعة وحثا على الاستعداد لها فيكون من باب الاعانة على البر والتقوى والتسبب الى الخير والدلالة عليه وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال النبى صلى الله عليه وسلم الدال على الخير كفاعله الا أنه يكره النداء فى الاسواق والمحال لان ذلك يشبه عزاء أهل الجاهلية ويستحب أن يسرع فى جهازه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عجلوا بموتاكم فان يك خيرا قدمتموه اليه وان يك شرا فبعدا لاهل النار ندب النبى صلى الله عليه وسلم الى التعجيل ونبه على المعنى فيبدأ بغسله

❊﴿فصل﴾❊ والكلام فى الغسل يقع فى مواضع فى بيان أنه واجب وفى بيان كيفية وجوبه وفى بيان كيفية الغسل وفى بيان شرائط وجوبه وفى بيان من يغسل ومن لا يغسل أما الاول فالدليل على وجوبه النص والاجماع والمعقول أما النص فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للمسلم على المسلم ست حقوق وذكر من جملتها أن يغسله بعد موته وعلى كلمة ايجاب وروى أنه لما توفى آدم صلوات الله عليه غسلته الملائكة ثم قالت لولده هذه سنة موتاكم والسنة المطلقة فى معنى الواجب وكذا الناس توارثوا ذلك من لدن آدم صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان تاركه مسيأ لتركه السنة المتوارثة والاجماع منعقد على وجوبه وأما المعقول فقد اختلفت فيه عبارات مشايخنا ذكر محمد بن شجاع البلخى أن الآدمى لا يتنجس بالموت بتشرب الدم المسفوح فى اجزائه كرامة له لانه لو تنجس لما حكم بطهارته بالغسل كسائر الحيوانات التى حكم بنجاستها بالموت والآدمى يطهر بالغسل حتى روى عن محمد أن الميت لو وقع فى البئر قبل الغسل يوجب تنجيس البئر ولو وقع بعد الغسل لا يوجب تنجسه فعلم أنه لم يتنجس بالموت ولكن وجب غسله للحدث لان الموت لا يخلو عن سابقة حدث لوجود استرخاء المفاصل وزوال العقل والبدن فى حق التطهير لا يتجزأ فوجب غسله كله الا أنا اكتفينا بغسل هذه الاعضاء الظاهرة حالة الحياة دفعا للحرج لغلبة وجود الحدث فى كل وقت حتى ان خروج المنى عن شهوة لما كان لا يكثر وجوده لم يكتف فيه الا بالغسل ولا حرج بعد الموت فوجب غسل الكل وعامة مشايخنا قالوا ان بالموت يتنجس الميت لما فيه من الدم المسفوح كما يتنجس سائر الحيوانات التى لها دم سائل بالموت ولهذا لو وقع فى البئر يوجب تنجسه الا انه اذا غسل يحكم بطهارته كرامة له فكانت الكرامة عندهم فى

الحكم بالطهارة عند وجود السبب المطهر في الجملة وهو الغسل لا في المنع من حلول النجاسة وعند البلخي الكرامة في امتناع حلول النجاسة وحكمها وقول العامة أظهر لان فيه عملا بالدليلين اثبات النجاسة عند وجود سبب النجاسة والحكم بالطهارة عند وجود ماله أثر في التطهير في الجملة ولا شك أن هذا في الجملة أقرب الى القياس من منع ثبوت الحكم أصلا مع وجود السبب

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوبه فهو واجب على سبيل الكفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود بالبعض كسائر الواجبات على سبيل الكفاية وكذا الواجب هو الغسل مرة واحدة والتكرار سنة وليس بواجب حتى لو اكتفى بغسلة واحدة أو غمسة واحدة في ماء جار جاز لان الغسل ان وجب لازالة الحدث كما ذهب اليه البعض فقد حصل بالمرة الواحدة كما في غسل الجنابة وان وجب لازالة النجاسة المتشربة فيه كرامة له على ماذهب اليه العامة فالحكم بالزوال بالغسل مرة واحدة أقرب الى معنى الكرامة ولو أصابه المطر لا يجزئ عن الغسل لان الواجب فعل الغسل ولم يوجد ولو غرق في الماء فاخرج ان كان المخرج حركه كما يحرك الشئ في الماء بقصد التطهير سقط الغسل والا فلا لما قلنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية الغسل فنقول يجرد الميت اذا أريد غسله عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجرد بل يغسل وعليه ثوب ه استدلالا بغسل النبي صلى الله عليه وسلم حيث غسل في قميصه ولنا أن المقصود من الغسل هو التطهير ومعنى التطهير لا يحصل بالغسل وعليه الثوب لتنجس الثوب بالغسالات التي تنجست بما عليه من النجاسات الحقيقية وتعذر عصره أو حصوله بالتجريد أبلغ فكان أولى وأما غسل النبي صلى الله عليه وسلم في قميصه فقد كان مخصوصا بذلك لعظم حرمته فانه روى انهم لما قصدوا أن ينزعوا قميصه قبض الله السنة عليهم فما فيهم أحد الا ضرب ذقنه على صدره حتى نودوا من ناحية البيت لا تجردوا نبيكم وروى غسلوا نبيكم وعليه قميصه فدل انه كان مخصوصا بذلك ولا شركة لنا في خصائصه ولان المقصود من التجريد هو التطهير وانه صلى الله عليه وسلم كان طاهرا حتى قال على رضي الله عنه حين تولى غسله طبت حيا وميتا ويوضع على التخت لانه لا يمكن الغسل الا بالوضع عليه لانه لو غسل على الارض لتلطخ ثم لم يذكر في ظاهر الرواية كيفية وضع التخت انه يوضع الى القبلة طولا أو عرضا فمن أصحابنا من اختار الوضع طولا كما يفعل في مرضه اذا أراد الصلاة بالايماء ومنهم من اختار الوضع عرضا كما يوضع في قبره والاصح انه يوضع كما تيسر لان ذلك يختلف باختلاف المواضع وتستر عورته بخرقة لان حرمة النظر الي العورة باقية بعد الموت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنظروا الى فخذ حي ولا ميت ولهذا لا يباح للاجنبي غسل الأجنبية دل عليه ماروى عن عائشة انها قالت كسر عظم الميت ككسره وهو حي ليعلم ان الآدمي محترم حيا وميتا وحرمة النظر الى العورة من باب الاحترام وقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه يؤزر بازار سابغ كما يفعله في حياته اذا أراد الاغتسال والصحيح ظاهر الرواية لانه يشق عليهم غسل ماتحت الازار ثم الخرقة ينبغي أن تكون ساترة مابين السرة الى الركبة لان كل ذلك عورة وبه أمر في الاصل حيث قال وتطرح على عورته خرقة هكذا ذكر عن أبي عبد الله البلخي نصا في نوادره ثم تغسل عورته تحت الخرقة بعد ان يلف على يده خرقة كذا ذكر البلخي لان حرمة مس عورة الغير فوق حرمة النظر فتحريم النظر يدل على تحريم المس بطريق الاولى ولم يذكر في ظاهر الرواية انه هل يستنجي أم لا وذكر في صلاة الأثر ان عند أبي حنيفة يستنجي وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يستنجي هما يقولان فلما يخاف موضع الاستنجاء عن النجاسة الحقيقية فلابد من ازالتها وأبو يوسف ومحمد يقولان ان المسكة تسترخي بالموت فلو استنجي ربما يزداد الاسترخاء فتخرج زيادة نجاسة فكان السبيل فيه هو الترك والاكتفاء بوصول الماء اليه ولهذا والله أعلم لم يذكر في ظاهر الرواية فلعل محمدا رجع وعرف أيضا رجوع أبي حنيفة حيث لم يتعرض لذلك في ظاهر الرواية ثم يوضأ وضوءه للصلاة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للاتي غسلن ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها ولان هذا سنة الاغتسال في حالة الحياة فكذا

بعد الممات لان الغسل في الموضعين لاجل الصلاة الا انه لا يمضمض الميت ولا يستنشق لان ادارة الماء في فم الميت غير ممكن ثم يتعذر اخراجه من الفم الا بالكب وذا مثلة مع انه لا يؤمن أن يسيل منه شئ لو فعل ذلك به وكذا الماء لا يدخل الخياشيم الا بالجذب بالنفس وذا غير متصور من الميت ولو كلف الغاسل ذلك لوقع في الحرج وكذا لا يؤخر غسل رجليه عند التوضئة بخلاف حالة الحياة لان هناك الغسالة تجتمع عند رجليه ولا تجتمع الغسالة على التخت فلم يكن التأخير مفيدا وكذا لا يمسح رأسه ويمسح في حالة الحياة في ظاهر الرواية لان المسح هناك سن تعبدا لا تطهيرا وههنا الوسن لسن تطهيرا لا تعبدا والتطهير لا يحصل بالمسح ثم يغسل رأسه ولحيته بالخطمي لان ذلك أبلغ في التنظيف فان لم يكن فبالصابون وما أشبهه فان لم يكن فيكفيه الماء القراح ولا يسرح لما روى عن عائشة انها رأت قوما يسرحون ميتا فقالت علام تنصون ميتكم أى تسرحون شعره وهذا قول روى عنها ولم يرو عن غيرها خلاف ذلك فحل محل الاجماع ولانه لو سرح ربما يتناثر شعره والسنة ان يدفن الميت بجميع أجزائه ولهذا لا تقص أظفاره وشاربه ولحيته ولا يختن ولا ينتف ابطه ولا تحلق عانته ولان ذلك يفعل لحق الزينة والميت ليس بمحل الزينة ولهذا لا يزال عنه شئ مما ذكرنا وان كان فيه حصول زينة وهذا عندنا وعند الشافعي يسرح ويزال عنه شعر العانة والابط اذا كانا طويلين وشعر الرأس يزال ان كان يتزين بازالة الشعر ولا يحلق في حق من كان لا يحلق في حال الحياة وكان يتزين بالشعر واحتج الشافعي بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرائسكم ثم هذه الاشياء تصنع بالعروس فكذا بالميت (ولنا) ما روينا عن عائشة وذكرنا من المعقول وبه تبين ان ما رواه ينصرف الى زينة ليس فيها ازالة شئ من اجزاء الميت كالطيب والتنظيف من الدرن ونحو ذلك بدليل ما روينا ثم يضجعه على شقه الايسر لتحصل البداية بجانبه الايمن اذ السنة هي البداية بالميامن على ما مر فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه ويرى ان الماء قد خلص الى ما يلي التخت منه ثم قد كان أمر الغاسل قبل ذلك أن يغلي الماء بالسدر فان لم يكن سدر فحرض فان لم يكن واحد منهما فالماء القراح ثم يضجعه على شقه الايمن فيغسله بماء السدر أو الحرض أو الماء القراح حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يقعده ويسنده الى صدره أو يده فيمسح بطنه مسحا رفيقا حتى ان بقي شئ عند المخرج يسيل منه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول انه يقعده ويمسح بطنه أولا ثم يغسله بعد ذلك ووجهه انه قد يكون في بطنه شئ فيمسح حتى لو سال منه شئ يغسله بعد ذلك ثلاث مرات فيطهر ووجه ظاهر الرواية ان الميت قد يكون في بطنه نجاسة منعقدة لا تخرج بالمسح قبل الغسل وتخرج بعد ما غسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين أولى والاصل في المسح ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم لما تولى غسله علي والعباس والفضل بن العباس وصالح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلي أسند رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نفسه ومسح بطنه مسحا رفيقا فلم يخرج منه شئ فقال علي رضي الله عنه طبت حيا وميتا وروى انه لما مسح بطنه فاح ريح المسك في البيت ثم اذا مسح بطنه فان سال منه شئ يمسحه كيلا يتلوث الكفن ويغسل ذلك الموضع تطهيرا له عن النجاسة الحقيقية ولم يذكر في ظاهر الرواية سوى المسح ولا يعيد الغسل ولا الوضوء عندنا وقال الشافعي يعيد الوضوء استدلالا بحالة الحياة (ولنا) ان الموت أشد من خروج النجاسة ثم هو لم يمنع حصول الطهارة فلان لا يرفعها الخارج مع ان المنع أسهل أولى ثم يضجعه على شقه الايمن فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه ليتم عدد الغسل ثلاثا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للاتي غسلن ابنته اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا ولان الثلاث هو العدد المسنون في الغسل حالة الحياة فكذا بعد الموت فالحاصل انه يغسل في المرة الأولى بالماء القراح ليبتل الدرن والنجاسة ثم في المرة الثانية بماء السدر أو ما يجري مجراه في التنظيف لان ذلك أبلغ في التطهير وازالة الدرن ثم في المرة الثالثة بالماء القراح وشئ من الكافور وقال الشافعي في المرة الاولى لا يغسل بالماء الحار لانه يزيده استرخاء فينبغي أن يغسله بالماء البارد وهذا غير سديد لانه انما يغسله ليسترخي فيزول عنه ما عليه من الدرن والنجاسة ثم ينشفه في ثوب كيلا تبتل أكفانه كما يفعل في حالة الحياة بعد الغسل

وحكم المرأة في الغسل حكم الرجل وكذا الصبي في الغسل كالبالغ لان غسل الميت للصلاة عليه والصبي والمرأة يصلى عليهما الا ان الصبي اذا كان لا يعقل الصلاة لا يوضأ عند غسله لان حالة الموت معتبرة بحالة الحياة وفي حالة الحياة لا يعتبر وضوء من لا يعقل فكذا بعد الموت وكذا المحرم وغير المحرم سواء لان الاحرام ينقطع بالموت في حق أحكام الدنيا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبه فمنها أن يكون ميتا مات بعد الولادة حتى لو ولد ميتا لم يغسل كذا روى عن أبي حنيفة انه قال اذا استهل المولود سمي وغسل وصلي عليه وورث وورث عنه واذا لم يستهل لم يسم ولم يغسل ولم يرث وعن محمد أيضا انه لا يغسل ولا يسمى ولا يصلى عليه وهكذا ذكر الكرخي وروى عن أبي يوسف انه يغسل ويسمى ولا يصلى عليه وهكذا ذكر الطحاوي وقال محمد في السقط الذي استبان خلقه انه يغسل ويكفن ويحنط ولا يصلى عليه فاتفقت الروايات على انه لا يصلى على من ولد ميتا والخلاف في الغسل وجه ما اختاره الطحاوي ان المولود ميتا نفس مؤمنة فيغسل وان كان لا يصلى عليه كالبغاة وقطاع الطريق وجه ما ذكره الكرخي ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا استهل المولود غسل وصلي عليه وورث وان لم يستهل لم يغسل ولم يصل عليه ولم يرث ولان وجوب الغسل بالشرع وانه ورد باسم الميت ومطلق اسم الميت في العرف لا يقع على من ولد ميتا ولهذا لا يصلى عليه وقال الشافعي ان أسقط قبل أربعة أشهر لا يغسل ولا يصلى عليه قولا واحدا وان كان لاربعة أشهر من وقت العلوق وقد استبان خلقه فله فيه قولان والصحيح قولنا لما ذكرنا وهذا اذا لم يستهل فاما اذا استهل بان حصل منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو أو طرف أو غير ذلك فانه يغسل بالاجماع لما روينا ولان الاستهلال دلالة الحياة فكان موته بعد ولادته حيا فيغسل ولو شهدت القابلة أو الام على الاستهلال تقبل في حق الغسل والصلاة عليه لان خبر الواحد في باب الديانات مقبول اذا كان عدلا وأما في حق الميراث فلا يقبل قول الام بالاجماع لكونها متهمة لجرها المغنم الى نفسها وكذا شهادة القابلة عند أبي حنيفة وقالا تقبل اذا كانت عدلة على ما يعرف في موضعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد طرف من أطراف الانسان كيد او رجل انه لا يغسل لان الشرع ورد بغسل الميت والميت اسم لكله ولو وجد الاكثر منه غسل لان للاكثر حكم الكل وان وجد الاقل منه أو النصف لم يغسل كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي لان هذا القدر ليس بميت حقيقة وحكما ولان الغسل للصلاة وما لم يزد على النصف لا يصلى عليه فلا يغسل أيضا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه اذا وجد النصف ومعه الرأس يغسل وان لم يكن معه الرأس لا يغسل فكأنه جعله مع الرأس في حكم الاكثر لكونه معظم البدن ولو وجد نصفه مشقوقا لا يغسل لما قلنا ولانه لو غسل الاقل أو النصف يصلى عليه لان الغسل لاجل الصلاة ولو صلي عليه لا يؤمن أن يوجد الباقي فيصلى عليه فيؤدي الى تكرار الصلاة على ميت واحد وذلك مكروه عندنا أو يكون صاحب الطرف حيا فيصلى على بعضه وهو حي وذلك فاسد وهذا كله مذهبنا وقال الشافعي ان وجد عضو يغسل ويصلى عليه واحتج بما روى ان طائرا ألقى يدا بمكة زمن وقعة الجمل فغسلها أهل مكة وصلوا عليها وقيل انها يد طلحة أو يد عبد الرحمن بن عتاب ابن أسيد رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه انه صلى على عظام بالشام وعن أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه انه صلى على رؤس ولان صلاة الجنازة شرعت لحرمة الآدمي وكذا الغسل وكل جزء منه محترم ولنا ما روى عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما انهما قالا لا يصلى على عضو وهذا يدل على انه لا يغسل لان الغسل لاجل الصلاة ولما ذكرنا من المعاني أيضا وأما حديث أهل مكة فلا حجة فيه لان الراوي لم يروان الذي صلى عليه من هو حتى ننظر أهو حجة أم لا أو نحمل الصلاة على الدعاء وكذا حديث عمر وأبي عبيدة رضي الله عنهما ألا ترى ان العظام لا يصلى عليها بالاجماع ومنها أن يكون الميت مسلما حتى لا يجب غسل الكافر لان الغسل وجب كرامة وتعظيما للميت والكافر ليس من أهل استحقاق الكرامة والتعظيم لكن اذا كان ذا رحم محرم

من

من المسلم لا بأس بأن يغسله و يكفنه و يتبع جنازته و يدفنه لان الابن ما نهي عن البر بمكان أبيه الكافر بل أمر
بمصاحبتهما بالمعروف بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ومن البر القيام بغسله ودفنه وتكفينه والأصل فيه
ما روي عن علي رضي الله عنه لما مات أبوه أبو طالب جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان
عمك الضال قد توفي فقال اذهب وغسله وكفنه وواره ولا تحدثن حدثا حتى تلقاني قال ففعلت ذلك وأتيته فأخبرته
فدعا لي بدعوات ما أحب أن يكون لي بها حمر النعم وقال سعيد بن جبير سأل رجل عبد الله بن عباس رضي الله
تعالى عنهما فقال ان امرأتي ماتت نصرانية فقال اغسلها وكفنها وادفنها وعن الحارث بن أبي ربيعة ان أمه
ماتت نصرانية فتبع جنازتها في نفر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ثم انما يقوم ذو الرحم بذلك اذا لم يكن هنالك من
يقوم به من أهل دينه فان كان خلى المسلم بينه و بينهم ليصنعوا به ما يصنعون بموتاهم وان مات مسلم وله أب كافر
هل يمكن من القيام بتغسيله وتجهيزه لم يذكر في الكتاب و ينبغي ان لا يمكن من ذلك بل يغسله المسلمون لان
اليهودي لما آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات فقال صلى
الله عليه وسلم لاصحابه تولوا أخاكم ولم يخل بينه و بين والده اليهودي ولان غسل الميت شرع كرامة له وليس من
الكرامة ان يتولى الكافر غسله ومنها أن يكون عادلا حتى لا يغسل الباغي اذا قتل ولا يصلى عليه كذا روى المعلى
عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد وعند الشافعي يغسل و يصلى عليه وسنذكر المسألة
وذكر الفقيه أبو الحسن الرستغفني صاحب الشيخ أبي منصور الماتريدي رحمهما الله تعالى انه يغسل ولا يصلى
عليه وفرق بينهما بأن الغسل حقه والصلاة حق الله تعالى فما كان من حقه يؤتى به وما كان من حق الله تعالى لا يؤتى
به اهانة له ولهذا يغسل الكافر ولا يصلى عليه ولو اجتمع الموتى المسلمون والكفار ينظر ان كان بالمسلمين
علامة يمكن الفصل بها يفصل وعلامة المسلمين أربعة أشياء الختان والخضاب ولبس السواد وحلق العانة وان لم
يكن بهم علامة ينظر ان كان المسلمون أكثر غسلوا وكفنوا ودفنوا في مقابر المسلمين وصلى عليهم و ينوي
بالدعاء المسلمين وان كان الكفار أكثر يغسلوا ولا يصلى عليهم كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر
الكرخي لان الحكم للغالب وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ان كانت الغلبة لموتى الكفار لا يصلى
عليهم لكن يغسلون و يكفنون و يدفنون في مقابر المشركين ووجهه ان غسل المسلم واجب وغسل الكافر جائز في
الجملة فيؤتى بالجائز في الجملة لتحصيل الواجب وأما اذا كانوا على السواء فلا يشكل انهم يغسلون لما ذكرنا ان فيه تحصيل
الواجب مع الاتيان بالجائز في الجملة وهذا أولى من ترك الواجب رأسا وهل يصلى عليهم قال بعضهم لا يصلى عليهم
لان ترك الصلاة على المسلم أولى من الصلاة على الكافر لان الصلاة على الكافر غير مشروعة أصلا قال الله تعالى
ولا تصل على أحد منهم مات أبدا وترك الصلاة على المسلم مشروعة في الجملة كالبغاة وقطاع الطريق فكان الترك
أهون وقال بعضهم يصلى عليهم و ينوي بالصلاة والدعاء المسلمين لانهم ان عجزوا عن تعيين العمل للمسلمين لم يعجزوا
عن تمييز القصد في الدعاء لهم وأما الدفن فلا رواية فيه في المبسوط وذكر الحاكم الجليل في مختصره انهم يدفنون
في مقابر المشركين واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يدفنون في مقابر المسلمين وقال بعضهم في مقابر المشركين وقال
بعضهم تتخذ لهم مقبرة على حدة وتسوى قبورهم ولا تسنم وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني وهو أحوط وأصل
الاختلاف في كتابية تحت مسلم حبلت ثم ماتت وفي بطنها ولد مسلم لا يصلى عليها بالاجماع لان الصلاة على الكافرة
غير مشروعة وما في بطنها لا يستحق الصلاة عليه ولكنها تغسل وتكفن واختلف الصحابة في الدفن قال بعضهم
تدفن في مقابر المسلمين ترجيحا لجانب الولد وقال بعضهم في مقابر المشركين لان الولد في حكم جزء منها ما دام في
البطن وقال واثلة بن الاسقع تتخذ لها مقبرة على حدة وهذا أحوط ولو وجد ميت أو قتيل في دار الاسلام فان كان
عليه سيما المسلمين يغسل و يصلى عليه و يدفن في مقابر المسلمين وهذا ظاهر وان لم يكن معه سيما المسلمين
ففيه روايتان والصحيح انه يغسل و يصلى عليه و يدفن في مقابر المسلمين لحصول غلبة الظن بكونه مسلما بدلالة

المكان وهي دار الاسلام ولو وجد في دار الحرب فان كان معه سيما المسلمين يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين بالاجماع وان لم يكن معه سيما المسلمين ففيه روايتان والصحيح انه لا يغسل ولا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين والحاصل انه لا يشترط الجمع بين السيما ودليل المكان بل يعمل بالسيما وحده بالاجماع وهل يعمل بدليل المكان وحده فيه روايتان والصحيح انه يعمل به لحصول غلبة الظن عنده ومنها أن لا يكون ساعيا في الارض بالفساد فلا يغسل البغاة وقطاع الطريق والمكابرون والخناقون اذا قتلوا لان المسلم يغسل كرامة له وهؤلاء لا يستحقون الكرامة بل الاهانة وعن الفقيه أبي الحسن الرستغفني صاحب أبي منصور الماتريدي ان الباغي لا يغسل ولا يصلى عليه لان الغسل حقه فيؤتى به والصلاة حق الله تعالى فلا يصلى عليه اهانة له كالكافر انه يغسل ولا يصلى عليه كذا ذكره في العيون وعن محمد ان من قتل مظلوما لا يغسل ويصلى عليه ومن قتل ظالما يغسل ولا يصلى عليه والباغي قتل ظالما فيغسل ولا يصلى عليه ومنها وجود الماء لان وجود الفعل مقيد بالوسع ولا وسع مع عدم الماء فسقط الغسل ولكن ييمم بالصعيد لان التيمم صلح بدلا عن الغسل في حال الحياة فكذا بعد الموت غير ان الجنس ييمم بيده لانه يباح له مس مواضع التيمم منه من غير شهوة كما في حالة الحياة فكذا بعد الموت وأما غير الجنس فان كانا ذوي رحم محرم فكذلك لما قلنا وان كانا أجنبيين فان لم يكونا زوجين ييممه بخرقة تستر يده لان حرمة المس بينهما ثابتة كما في حالة الحياة الا اذا كان أحدهما مما لا يشتهى كالصغير أو الصغيرة فييممه من غير خرقة وان كانا زوجين فالمرأة تيمم زوجها بلا خرقة لانها تغسله بلا خرقة فالتيمم أولى اذا لم تبن منه في حال حياته بالاجماع ولا حدث بعد وفاته ما يوجب البينونة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على ما نذكر لانها تغسله بلا خرقة فالتيمم أولى وأما الزوج فلا ييمم زوجته بلا خرقة عندنا خلافا للشافعي على ما نذكر ومنها أن لا يكون الميت شهيدا لان الغسل ساقط عن الشهيد بالنص على ما نذكر في فصله ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان الكلام فيمن يغسل فنقول الجنس يغسل الجنس فيغسل الذكر الذكر والأنثى الأنثى لان حل المس من غير شهوة ثابت للجنس حالة الحياة فكذا بعد الموت وسواء كان الغاسل جنبا أو حائضا لان المقصود وهو التطهير حاصل فيجوز وروى عن أبي يوسف انه كره للحائض الغسل لانها لو اغتسلت بنفسها لم تعتد به فكذا اذا غسلت ولا يغسل الجنس خلاف الجنس لان حرمة المس عند اختلاف الجنس ثابتة حالة الحياة فكذا بعد الموت والمجبوب والخصي في ذلك مثل الفحل كما في حالة الحياة لان كل ذلك منهي الا المرأة لزوجها اذا لم تثبت البينونة بينهما في حالة حياته ولا حدث بعد وفاته ما يوجب البينونة أو الصغير والصغيرة فبيان ذلك في الرجل والمرأة اما الرجل فنقول اذا مات رجل في سفر فان كان معه رجال يغسله الرجل وان كان معه نساء لا رجل فيهن فان كان فيهن امرأته غسلته وكفنته وصلين عليه وتدفنه اما المرأة فتغسل زوجها لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لو استقبلنا من الامر ما استدبرنا لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا نساؤه ومعنى ذلك انها لم تكن عالمة وقت وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم باباحة غسل المرأة لزوجها ثم علمت بعد ذلك وروى ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى الى امرأته اسماء بنت عميس ان تغسله بعد وفاته وهكذا فعل أبو موسى الأشعري ولان اباحة الغسل مستفادة بالنكاح فتبقى ما بقي النكاح والنكاح بعد الموت باق الى وقت انقطاع العدة بخلاف ما اذا ماتت المرأة حيث لا يغسلها الزوج لان هناك انتهى ملك النكاح لانعدام المحل فصار الزوج أجنبيا فلا يحل له غسلها واعتبر بملك اليمين حيث لا ينتفي عن المحل بموت المالك ويبطل بموت المحل فكذا هذا وهذا اذا لم تثبت البينونة بينهما في حال حياة الزوج فاما اذا ثبتت بان طلقها ثلاثا أو بائنا ثم مات وهي في العدة لا يباح لها غسله لان ملك النكاح ارتفع بالابانة وكذا اذا قبلت ابن زوجها ثم مات وهي في العدة لان الحرمة ثبتت بالتقبيل على سبيل التأبيد فبطل ملك النكاح ضرورة وكذا لو ارتدت عن الاسلام والعياذ بالله ثم اسلمت بعد موته لان الردة توجب زوال ملك النكاح ولو طلقها

طلاقا رجعيا ثم مات وهي في العدة لها أن تغسله لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح وأما اذا حدث بعد وفاة الزوج ما يوجب البينونة لا يباح لها أن تغسله عندنا وعند زفر يباح بان ارتدت المرأة بعد موته ثم أسلمت وجه قول زفر ان الردة بعد الموت لا ترفع النكاح لانه ارتفع بالموت فبقي حل الغسل كما كان بخلاف الردة في حالة الحياة ولنا ان زوال النكاح موقوف على انقضاء العدة فكان النكاح قائما فيرتفع بالردة وان لم يبق مطلقا فقد بقي في حق حل المس والنظر وكما ترفع الردة مطلق الحل ترفع ما بقي منه وهو حل المس والنظر وعلى هذا الخلاف اذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بعد موته أو وطئت بشبهة بعد موته فوجب عليها العدة ليس لها أن تغسله عندنا خلافا لزفر ولو مات الزوج وهي معتدة من وطء شبهة ليس لها أن تغسله وكذا اذا انقضت عدتها من ذلك الغير عندنا خلافا لابي يوسف لانه لم يثبت لها حل الغسل عند الموت فلا يثبت بعده وكذلك اذا دخل الزوج باخت امرأته بشبهة ووجبت عليها العدة ثم مات فانقضت عدتها بعد موته فهو على هذا الخلاف وكذلك المجوسي اذا أسلم ثم مات ثم أسلمت امرأته المجوسية لم تغسله عندنا خلافا لابي يوسف كذا ذكره الشيخ الامام السرخسي الخلاف في هذه المسائل الثلاث وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان للمرأة أن تغسله في هذه المواضع عندنا وعند زفر ليس لها أن تغسله ولو لم يكن فيهن امرأته ولكن معهن رجل كافر علمنه غسل الميت ويخلين بينهما حتى يغسله ويكفنه ثم يصلين عليه ويدفنه لان نظر الجنس الى الجنس أخف وان لم يكن بينهما موافقة في الدين فان لم يكن معهن رجل لا مسلم ولا كافر فان كان معهن صبية صغيرة لم تبلغ حد الشهوة وأطاقت الغسل علمنها الغسل ويخلين بينه وبينها حتى تغسله وتكفنه لان حكم العورة غير ثابت في حقها وان لم يكن معهن ذلك فانهن لا يغسلنه سواء كن ذوات رحم محرم منه أولا لان المحرم في حكم النظر الى العورة والأجنبية سواء فكما لا تغسله الأجنبية فكذا ذوات محارمه ولكن يممنه غير ان الميممة اذا كانت ذات رحم محرم منه تيممه بغير خرقة وان لم تكن ذات رحم محرم منه تيممه بخرقة تلفها على كفها الا انه لم يكن لها أن تمسه في حياته فكذا بعد وفاته وكذا لو كان فيهن أم ولده لم تغسله في قول أبي حنيفة الآخر وفي قوله الاول وهو قول زفر والشافعي لها أن تغسله لانها معتدة فاشبهت المنكوحة ولنا ان الملك لا يبقى فيها ببقاء العدة لان الملك فيها كان ملك يمين وهو يعتق بموت السيد والحرية تنافي ملك اليمين فلا يبقى بخلاف المنكوحة فان حريتها لا تنافي ملك النكاح كما في حال حياة الزوج وكذا لو كان فيهن أمته أو مدبرته أما الامة فلانها زالت عن ملكه بالموت الى الورثة ولا يباح لامة الغير عورته غير انها لو يممته تيممه بغير خرقة لانه يباح للجارية مس موضع التيمم بخلاف أم الولد فانها تعتق وتلتحق بسائر الحرائر الأجنبيات وأما المدبرة فلانها تعتق ولا يجب عليها العدة ثم أم الولد لا تغسله فلان لا تغسله هذه أولى وقال الشافعي الامة تغسل مولاها لانه يحتاج الى من يغسله فبقي الملك له فيها حكما وهذا غير سديد لان حاجته تندفع بالجنس أو بالتيمم وأما المرأة فنقول اذا ماتت امرأة في سفر فان كان معها نساء غسلنها وليس لزوجها أن يغسلها عندنا خلافا للشافعي واحتج بحديث عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تقول وارأساه فقال وأنا وارأساه لا عليك انك اذا مت غسلتك وكفنتك وصليت عليك وما جاز لرسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز لامته هو الاصل الا ما قام عليه الدليل وروى ان عليا غسل فاطمة بعد موتها ولان النكاح جعل قائما حكما لحاجة الميت الى الغسل كما اذا مات الزوج ولنا ما روي عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن امرأة تموت بين رجال فقال تيمم بالصعيد ولم يفصل بين أن يكون فيهم زوجها أو لا يكون ولان النكاح ارتفع بموتها فلا يبقى حل المس والنظر كما لو طلقها قبل الدخول ودلالة الوصف انها صارت محرمة على التأبيد والحرمة على التأبيد تنافي النكاح ابتداء وبقاء ولهذا جاز للزوج أن يتزوج باختها وأربع سواها واذا زال النكاح صارت اجنبية فبطل حل المس والنظر بخلاف ما اذا مات الزوج لان هناك ملك النكاح قائم لان الزوج مالك والمرأة مملوكة والملك لا يزول عن المحل بموت المالك ويزول بموت المحل كما في ملك اليمين فهو الفرق وحديث عائشة محمول على الغسل تسببا فمعنى قوله غسلتك قمت باسباب غسلك كما يقال بنى الامير دارا وحملناه على

هذا صيانة لمنصب النبوة عما يورث شبهة نفرة الطباع عنه وتوفيقا بين الدلائل على انه يحتمل انه كان مخصوصا بانه لا ينقطع نكاحه بعد الموت لقوله كل سبب ونسب ينقطع بالموت الا سببي ونسبي وأما حديث على رضي الله عنه فقد روي ان فاطمة رضي الله عنها غسلتها أم أيمن ولو ثبت ان عليا غسلها فقد أنكر عليه ابن مسعود حتى قال على أما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان فاطمة زوجتك في الدنيا والآخرة فدعواه الخصوصية دليل على انه كان معروفا بينهم ان الرجل لا يغسل زوجته وان لم يكن هناك نساء مسلمات ومعهم امرأة كافرة علموها الغسل ويخلون بينها حتى تغسلها وتكفنها ثم يصلي عليها الرجال ويدفنونها لما ذكرنا وان لم يكن معهم نساء لا مسلمة ولا كافرة فان كان معهم صبي لم يبلغ حد الشهوة وأطاق الغسل علموه الغسل فيغسلها أو يكفنها لما بينا وان لم يكن معهم ذلك فانها لا تغسل ولكنها تيمم لما ذكرنا غير ان الميمم لها ان كان محرما لها ييممها بغير خرقة وان لم يكن محرما لها فانه يلف الخرقة على كفه لما مر ويعرض بوجهه عن ذراعيها لان في حالة الحياة ما كان للاجنبي أن ينظر الى ذراعيها فكذا بعد الموت ولا بأس أن ينظر الى وجهها كما في حالة الحياة ولو مات الصبي الذي لا يشتهى لا بأس أن تغسله النساء وكذلك الصبية التي لا تشتهى اذا ماتت لا بأس أن يغسلها الرجال لان حكم العورة غير ثابت في حق الصغير والصغيرة ثم اذا غسل الميت يكفن

﴿فصل﴾ والكلام في تكفينه في مواضع في بيان وجوب التكفين وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان كمية الكفن وفي بيان صفته وفي بيان كيفية التكفين وفي بيان من يجب عليه الكفن أما الاول فالدليل على وجه النص والاجماع والمعقول أما النص فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البسوا هذه الثياب البيض فانها خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم وظاهر الامر لوجوب العمل وروى ان الملائكة لما غسلت آدم صلوات عليه كفنوه ودفنوه ثم قالت لولده هذه سنة موتاكم والسنة المطلقة في معنى الواجب والاجماع منعقد على وجوبه ولهذا توارثه الناس من لدن وفاة آدم صلوات الله وسلامه عليه الى يومنا هذا وذا دليل الوجوب وأما المعقول فهو أن غسل الميت انما وجب كرامة له وتعظيما ومعنى التعظيم والكرامة انما يتم بالتكفين فكان واجبا

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبه فوجوبه على سبيل الكفاية قضاء لحق الميت حتى اذا قام به البعض يسقط عن الباقين لان حقه صار مقضيا كما في الغسل وأما الكلام في كمية الكفن فنقول أكثر ما يكفن فيه الرجل ثلاثة أثواب ازار ورداء وقميص وهذا عندنا وقال الشافعي لا يسن القميص في الكفن وانما الكفن ثلاث لفائف واحتج بما روى عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة ولنا ما روى عن عبد الله بن مغفل رضي الله عنه انه قال كفنوني في قميصي فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في قميصه الذي توفي فيه وهكذا روى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب أحدها القميص الذي توفي فيه والاخذ برواية ابن عباس أولى من الاخذ بحديث عائشة لان ابن عباس حضر تكفين رسول الله صلى الله عليه وسلم ودفنه وعائشة ما حضرت ذلك على ان معنى قولها ليس فيها قميص أي لم يتخذ قميصا جديدا وروى عن على رضي الله عنه انه قال كفن المرأة خمسة أثواب وكفن الرجل ثلاثة ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ولان حال ما بعد الموت يعتبر بحال حياته والرجل في حال حياته يخرج في ثلاثة أثواب عادة قميص وسراويل وعمامة فالازار بعد الموت قائم مقام السراويل في حال الحياة لانه في حال حياته انما كان يلبس السراويل لئلا تنكشف عورته عند المشي وذلك غير محتاج اليه بعد موته فاقيم الازار مقامه ولذا لم يذكر العمامة في الكفن وقد كرهه بعض مشايخنا لانه لو فعل ذلك لصار الكفن شفعا والسنة فيه أن يكون وترا واستحسنه بعض مشايخنا لحديث ابن عمر انه كان يعمم الميت ويجعل ذنب العمامة على وجهه بخلاف حال الحياة فانه يرسل ذنب العمامة من قبل القفا لان ذلك لمعنى الزينة وقد انقطع ذلك بالموت والدليل على ان السنة في حق الرجل ثلاثة أثواب ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كفن في برد وحلة والحلة اسم للزوج من الثياب والبرد اسم للفرد منها وأدنى ما يكفن فيه في حالة الاختيار

ثوبان ازار ورداء لقول الصديق كفنوني في ثوبي هذين ولان أدنى ما يلبسه الرجل في حال حياته ثوبان ألا ترى انه يجوز له أن يخرج فيهما ويصلي فيهما من غير كراهة فكذا يجوز أن يكفن فيهما أيضا ويكره أن يكفن في ثوب واحد لان في حالة الحياة تجوز صلاته في ثوب واحد مع الكراهة فكذا بعد الموت يكره أن يكفن فيه الا عند الضرورة بأن كان لا يوجد غيره لما روى ان مصعب بن عمير لما استشهد كفن في نمرة فكان اذا غطى بها رأسه بدت رجلاه واذا غطى بها رجلاه بدا رأسه فأمر النبي صلى الله عليه وسلم ان يغطى بها رأسه ويجعل على رجليه شئ من الاذخر وكذا روى ان حمزة رضي الله عنه لما استشهد كفن في ثوب واحد لم يوجد له غيره فدل على الجواز عند الضرورة والغلام المراهق كالرجل يكفن فيما يكفن فيه الرجل لان المراهق في حال حياته يخرج فيما يخرج فيه البالغ عادة فكذا يكفن فيما يكفن فيه وان كان صبيا لم يراهق فان كفن في خرقتين ازار ورداء فحسن وان كفن في ازار واحد جاز لان في حال حياته كان يجوز الاقتصار على ثوب واحد في حقه فكذا بعد الموت وأما المرأة فأكثر ما تكفن فيه خمسة أثواب درع وخمار وازار ولفافة وخرقة هو السنة في كفن المرأة لما روى عن أم عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم ناول اللواتي غسلن ابنته في كفنها ثوبا ثوبا حتى ناولهن خمسة أثواب آخرهن خرقة تربط بها ثدييها ولما روينا عن علي رضي الله عنه ولان المرأة في حال حياتها تخرج في خمسة أثواب عادة درع وخمار وازار وملاءة ونقاب فكذلك بعد الموت تكفن في خمسة أثواب ثم الخرقة تربط فوق الاكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن كيلا ينتشر عليها الكفن اذا حملت على السرير والصحيح قولنا لما روينا في حديث أم عطية انها قالت آخرهن خرقة تربط بها ثدييها وأدنى ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب ازار ورداء وخمار لان معنى الستر في حالة الحياة يحصل بثلاثة أثواب حتى يجوز لها أن تصلي فيها وتخرج فكذلك بعد الموت ويكره أن تكفن المرأة في ثوبين وأما الصغيرة فلا بأس بأن تكفن في ثوبين والجارية المراهقة بمنزلة البالغة في الكفن لما ذكرنا والسقط يلف في خرقة لانه ليس له حرمة كاملة ولان الشرع انما ورد بتكفين الميت واسم الميت لا ينطلق عليه كما لا ينطلق على بعض الميت وكذا من ولد ميتا أو وجد طرف من أطراف الانسان أو نصفه مشقوقا طولا أو نصفه مقطوعا عرضا لكن ليس معه الرأس لما قلنا فان كان معه الرأس ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يكفن وعلى قياس ما ذكره القدوري في شرحه مختصر الكرخي في الغسل يلف في خرقة لما ذكرنا في فصل الغسل وان وجد أكثره يكفن لان للاكثر حكم الكل وكذا الكافر اذا مات وله ذو رحم محرم مسلم يغسله ويكفنه لكن في خرقة لان التكفين على وجه السنة من باب الكرامة للميت ولا يكفن الشهيد كفنا جديدا غير ثيابه لقول النبي صلى الله عليه وسلم زملوهم بثيابهم وكلومهم

﴿فصل﴾ وأما صفة الكفن فالافضل أن يكون التكفين بالثياب البيض لما روى عن جابر بن عبد الله الانصاري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أحب الثياب الى الله تعالى البيض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم وفي رواية قال البسوا هذه الثياب البيض فانها خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم وقال النبي صلى الله عليه وسلم حسنوا أكفان الموتى فانهم يتزاورون فيما بينهم ويتفاخرون بحسن أكفانهم وقال صلى الله عليه وسلم اذا ولي أحدكم أخاه ميتا فليحسن كفنه والبرود والكتان والقصب كل ذلك حسن والخلق اذا غسل والجديد سواء لما روى عن أبي بكر رضي الله عنه انه قال اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما فانهما للمهل والصديد وان الحي أحوج الى الجديد من الميت والحاصل أن ما يجوز لكل جنس ان يلبسه في حياته يجوز ان يكفن فيه بعد موته حتى يكره ان يكفن الرجل في الحرير والمعصفر والمزعفر ولا يكره للنساء ذلك اعتبارا باللباس في حال الحياة

﴿فصل﴾ وأما كيفية التكفين فينبغي أن تجمر الاكفان أولا وترا أي مرة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزيد عليه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا أجمرتم الميت فاجمروه وترا ولان الثوب الجديد أو الغسيل مما يطيب ويجمر في حالة الحياة فكذا بعد الممات والوتر مندوب اليه في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى وتر يحب

الوتر ثم تبسط اللفافة وهي الرداء طولا ثم يبسط الازار عليها طولا ثم يلبسه القميص ان كان له قميص وان لم يكن له سراويل لان اللبس بعد الوفاة معتبر بحال الحياة الا ان في حياته كان يلبس السراويل حتى لا تنكشف عورته عند المشي ولا حاجة الى ذلك بعد موته فاقيم الازار مقام السراويل الا أن الازار في حال حياته تحت القميص وبعد الموت فوق القميص من المنكب الى القدم لأن الازار تحت القميص حالة الحياة ليتيسر عليه المشي و بعد الموت لا يحتاج الى المشي ثم يوضع الحنوط في رأسه ولحيته لما روى أن آدم صلوات الله وسلامه عليه لما توفي غسلته الملائكة وحنطوه و يوضع الكافور على مساجده يعني جبهته وأنفه ويديه وركبتيه وقدميه لما روى عن ابن مسعود انه قال وتتبع مساجده بالطيب يعني بالكافور ولأن تعظيم الميت واجب ومن تعظيمه ان يطيب لئلا تجيء منه رائحة منتنة وليصان عن سرعة الفساد وأولى المواضع بالتعظيم مواضع السجود وكذا الرأس واللحية هما من أشرف الأعضاء لأن الرأس موضع الدماغ ومجمع الحواس واللحية من الوجه والوجه من أشرف الاعضاء وعن زفر انه قال يذر الكافور على عينيه وأنفه وفمه لان المقصود ان يتباعد الدود من الموضع الذي يذر عليه الكافور فخص هذه المحال من بدنه لهذا وان لم يجد ذلك لم يضره ولا بأس بسائر الطيب غير الزعفران والورس في حق الرجل لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى الرجال عن المزعفر ولم يذكر في الأصل انه هل تحشى مخارقه وقالوا ان خشى خروج شيء يلوث الاكفان فلا بأس بذلك في أنفه وفمه وقد جوز الشافعي في دبره أيضا واستقبح ذلك مشايخنا وان لم يخش جاز الترك لانعدام الحاجة اليه ثم يعطف الازار عليه من قبل شقه الأيسر وان كان الازار طويلا حتى يعطف على رأسه وسائر جسده فهو أولى ثم يعطف من قبل شقه الايمن كذلك فيكون الايمن فوق الايسر ثم تعطف اللفافة وهي الرداء كذلك لان المتنقب في حالة الحياة هكذا يفعل اذا تحزم بدأ بعطف شقه الايسر على الايمن ثم يعطف الايمن على الايسر فكذا يفعل به بعد الممات فان خيف ان تنتشر اكفانه تعقد ولكن اذا وضع في قبره تحل العقد لزوال مالاجله عقد والله أعلم وأما المرأة فيبسط لها اللفافة والازار واللفافة فوق الخمار والخرقة يربط فوق الاكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن كي لا ينتشر الكفن باضطراب ثديها عند الحمل على السرير وعرض الخرقة ما بين الثدي والسرة هكذا ذكر محمد في غير رواية الاصول و يسدل شعرها ما بين ثدييها من الجانبين جميعا تحت الخمار ولا يسدل شعرها خلف ظهرها وعند الشافعي يسدل خلف ظهرها واحتج بحديث أم عطية انها قالت لما توفيت رقية بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ضفرنا شعرها ثلاثة قرون في ناصيتها وقرنيها والقيناها خلفها فدل أن السنة هكذا ولنا ان القاءها الى ظهرها من باب الزينة وهذه ليست بحال زينة ولا حجة في حديث أم عطية لان ذلك كان فعل أم عطية وليس في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم علم ذلك ثم المحرم يكفن كما يكفن الحلال عندنا أي تغطى رأسه ووجهه و يطيب وقال الشافعي لا يخمر رأسه ولا يقرب منه طيب واحتج بما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم وقصت به ناقته واندق عنقه فقال اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبه ولا تخمروا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا وفي رواية قال ولا تقربوا منه طيبا ولنا ماروى عن عطاء عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في المحرم يموت خمروهم ولا تشبهوهم باليهود وروى عن على أنه قال في المحرم اذا مات انقطع احرامه ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة ولد صالح يدعو له وصدقة جارية وعلم علمه الناس ينتفعون به والاحرام ليس من هذه الثلاثة وماروى معارض بما روينا في المحرم فبقي لنا الحديث المطلق الذي روينا ان هذا العمل منقطع على أن ذلك الحديث محمول على محرم خاص عرفه النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا به بدليل ما روينا

﴿فصل﴾ وأما بيان من يجب عليه الكفن فنقول كفن الميت في ماله ان كان له مال ويكفن من جميع ماله قبل الدين والوصية والميراث لان هذا من أصول حوائج الميت فصار كنفقته في حال حياته وان لم يكن له مال فكفنه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته في حال حياته الا المرأة فانه لا يجب كفنها على زوجها عند محمد لان الزوجية

انقطعت

انقطعت بالموت فصار كالاجنبي وعند أبي يوسف يجب عليه كفنها كما تجب عليه كسوتها في حال حياتها ولا يجب على المرأة كفن زوجها بالاجماع كما لا يجب عليها كسوته في حال الحياة وان لم يكن له مال ولا من ينفق عليه فكفنه في بيت المال كنفقته في حال حياته لانه أعد لحوائج المسلمين وعلى هذا اذا نبش الميت وهو طرى لم يتفسخ يكفن ثانيا من جميع المال لان حاجته الى الكفن في المرة الثانية كحاجته اليه في المرة الاولى فان قسم المال فهو على الوارث دون الغرماء وأصحاب الوصايا لان بالقسم انقطع حق الميت عنه فصار كانه مات ولا مال له فيكفنه وارثه ان كان له مال وان لم يكن له مال ولا من تفترض عليه نفقته فكفنه في بيت المال بمنزلة نفقته في حال حياته وان نبش بعد ما تفسخ وأخذ كفنه كفن في ثوب واحد لانه اذا تفسخ خرج عن حكم الآدميين الا ترى انه لا يصلى عليه فصار كالسقط والله أعلم ثم اذا كفن الميت يحمل على الجنازة

﴿فصل﴾ والكلام في حمله على الجنازة في مواضع في بيان كيفية من يحمل الجنازة وكيفية حملها وتشييعها ووضعها وما يتصل بذلك مما يسن ومايكره اما بيان كيفية من يحمل الجنازة وكيفية حملها فالسنة في حمل الجنازة ان يحملها أربعة نفر من جوانبها الاربع عندنا وقال الشافعي السنة حملها بين العمودين وهو ان يحملها رجلان يتقدم أحدهما فيضع جانبي الجنازة على كتفيه و يتأخر الآخر فيفعل مثل ذلك وهذا النوع من الحمل مكروه كذا ذكره الحسن ابن زياد في المجرد واحتج الشافعي بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين ولنا ما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وروى أن ابن عمر رضى الله عنهما كان يدور على الجنازة من جوانبها الاربع ولان عمل الناس أشتهر بهذه الصفة وهو آمن من سقوط الجنازة وأيسر على الحاملين المتداولين بينهم وأبعد من تشبيه حمل الجنازة بحمل الاثقال وقد أمرنا بذلك ولهذا يكره حملها على الظهر أو على الدابة وأما الحديث فتأويله انه كان لضيق المكان أو لعوز الحاملين ومن أراد كمال السنة في حمل الجنازة ينبغي له ان يحملها من الجوانب الاربع لما روينا عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يدور على الجنازة على جوانبها الاربع فيضع مقدم الجنازة على يمينه ثم مؤخرها على يمينه ثم مقدمها على يساره ثم مؤخرها على يساره كما بين في الجامع الصغير وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شئ واذا حمل هكذا حصلت البداية بيمين الحامل و يمين الميت وانما بدأنا بالايمن المقدم دون المؤخر لان المقدم أول الجنازة والبداية بالشئ انما تكون من أوله ثم يضع مؤخرها الايمن على يمينه لانه لو وضع مقدمها الايسر على يساره لاحتاج الى المشي امامها والمشي خلفها أفضل ولانه لو فعل ذلك او وضع مؤخرها الايسر على يساره لقدم الايسر على الايمن ثم يضع مقدمها الايسر على يساره لانه لو فعل كذلك يقع الفراغ خلف الجنازة فيمشي خلفها وهو أفضل كذلك كان الحمل ولكمال السنة كما وصفنا من الترتيب و ينبغي ان يحمل من كل جانب عشر خطوات لما روى في الحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت أربعين كبيرة وأما جنازة الصبي فالافضل ان يحملها الرجال و يكره ان توضع جنازته على دابة لان الصبي مكرم محترم كالبالغ ولهذا يصلى عليه كما يصلى على البالغ ومعنى الكرامة والاحترام في الحمل على الايدي فاما الحمل على الدابة فاهانة له لانه يشبه حمل الامتعة واهانة المحترم مكروه ولا بأس بان يحمله راكب على دابته وهو ان يكون الحامل له راكبا لان معنى الكرامة حاصل وعن أبي حنيفة في الرضيع والفطيم لا بأس بان يحمل في طبق يتداولونه والله أعلم والاسراع بالجنازة أفضل من الابطاء لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عجلوا بموتاكم فان يك خيرا قدمتموه اليه وان يك شرا فبعدا لاهل النار وفي رواية فبعدا لاهل النار لكن ينبغي ان يكون الاسراع دون الخبب لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشي بالجنازة فقال مادون الخبب ولان الخبب يؤدى الى الاضرار بمتبعي الجنازة و يقدم الرأس في حال حمل الجنازة لانه من أشرف الاعضاء فكان تقديمه اولى ولان معنى الكرامة في التقديم واما كيفية التشييع فالمشي خلف الجنازة افضل عندنا وقال الشافعي المشي امامها أفضل واحتج بما روى الزهرى عن سالم عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر

كانوا يمشون امام الجنازة وهذا حكاية عادة وكانت عادتهم اختيار الافضل ولانهم شفعاء الميت والشفيع أبدا يتقدم
لانه أحوط للصلاة لما فيه من التحرز عن احتمال الفوت ولنا ماروى عن ابن مسعود موقوفا عليه ومرفوعا الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الجنازة متبوعة وليست بتابعة ليس معها من تقدمها وروى عنه انه عليه
السلام كان يمشى خلف جنازة سعد بن معاذ و روى معمر عن طاوس عن أبيه قال ما مشى رسول الله حتى مات
الا خلف الجنازة وعن ابن مسعود فضل المشى خلف الجنازة على المشى امامها كفضل المكتوبة على النافلة ولان
المشى خلفها أقرب الى الاتعاظ لانه يعاين الجنازة فيتعظ فكان أفضل والمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لبيان
الجواز وتسهيل الامر على الناس عند الازدحام وهو تأويل فعل ابى بكر وعمر والدليل عليه ماروى عن عبد الرحمن
ابن أبى ليلى انه قال بينا أنا أمشى مع على خلف الجنازة وأبو بكر وعمر يمشيان امامها فقلت لعلى ما بال أبى بكر وعمر
يمشيان امام الجنازة فقال انهما يعلمان ان المشى خلفها أفضل من المشى امامها الا انهما يسهلان على الناس ومعناه
أن الناس يتحرزون عن المشى امامها تعظيما لهما فلو اختار المشى خلف الجنازة لضاق الطريق على مشيعيها وأما
قوله ان الناس شفعاء الميت فينبغى أن يتقدموا فيشكل هذا بحالة الصلاة فان حالة الصلاة حالة الشفاعة ومع ذلك
لا يتقدمون الميت بل الميت قدامهم وقوله هذا أحوط للصلاة قلنا عندنا انما يكون المشى خلفها أفضل اذا
كان بقرب منها بحيث يشاهدها وفى مثل هذا لا تفوت الصلاة ولو مشى قدامها كان واسعا لان النبى صلى الله
عليه وسلم وأبا بكر وعمر رضى الله عنهما فعلوا ذلك فى الجملة على ما ذكرنا غير انه يكره أن يتقدم الكل عليها لان فيه
ابطال متبوعية الجنازة من كل وجه ولا بأس بالركوب الى صلاة الجنازة والمشى أفضل لانه أقرب الى الخشوع وأليق
بالشفاعة ويكره للراكب أن يتقدم الجنازة لان ذلك لا يخلو عن الضرر بالناس ولا تتبع الجنازة بنار الى قبره يعنى
الاجمار فى قبره لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج فى جنازة فرأى امرأة فى يدها مجمر فصاح عليها وطردها
حتى توارت بالاكام وروى عن أبى هريرة رضى الله عنه انه قال لا تحملوا معى مجمرا ولانها آلة العذاب فلا تتبع معه
تفاؤلا قال ابراهيم النخعى أكره أن يكون آخر زاده من الدنيا نارا ولان هذا فعل أهل الكتاب فيكره التشبه بهم ولا
ينبغى أن يرجع من يتبع الجنازة حتى يصلى لان الاتباع كان للصلاة عليها فلا يرجع قبل حصول المقصود ولا
ينبغى للنساء أن يخرجن فى الجنازة لان النبى صلى الله عليه وسلم نهاهن عن ذلك وقال انصرفن مأزورات غير
مأجورات ولا ينبغى لاحد أن يقوم للجنازة اذا أتى بها بين يديه الا أن يريد اتباعها ويكره النوح والصياح فى الجنازة
ومنزل الميت لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الصوتين الاحمقين صوت النائحة والمغنية فاما البكاء
فلا بأس به لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه بكى على ابنه ابراهيم وقال العين تدمع والقلب يخشع ولا نقول ما
يسخط الرب وانا عليك يا ابراهيم لمحزونون واذا كان مع الجنازة نائحة أو صائحة زجرت فان لم تنزجر فلا بأس بان يتبع
الجنازة معها ولا يمتنع لاجلها لان اتباع الجنازة سنة فلا يترك لبدعة من غيره ويطيل الصمت اذا اتبع الجنازة
ويكره رفع الصوت بالذكر لما روى عن قيس بن عبادة انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون رفع
الصوت عند ثلاثة عند القتال وعند الجنازة والذكر ولانه تشبه باهل الكتاب فكان مكروها ويكره لمتبعى الجنازة أن
يقعدوا قبل وضع الجنازة لانهم أتباع الجنازة والتبع لا يقعد قبل قعود الاصل ولانهم انما حضروا تعظيما للميت وليس
من التعظيم الجلوس قبل الوضع فاما بعد الوضع فلا بأس بذلك لما روى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه ان النبى
صلى الله عليه وسلم كان لا يجلس حتى يوضع الميت فى اللحد وكان قائما مع أصحابه على رأس قبر فقال يهودى هكذا
نفعل بموتانا فجلس صلى الله عليه وسلم وقال لاصحابه خالفوهم وأما كيفية الوضع فنقول انها توضع عرضا للقبلة
هكذا توارثه الناس والله أعلم ثم اذا وضعت الجنازة يصلى عليها

﴿ فصل ﴾ والكلام فى صلاة الجنازة فى مواضع فى بيان انها فريضة وفى بيان كيفية فرضيتها وفى بيان من يصلى
عليه وفى بيان كيفية الصلاة وفى بيان ما تصح به الصلاة وما يفسدها وما يكره وفى بيان من له ولاية الصلاة أما

الاول فالدليل على فرضيتها ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا على كل بر وفاجر وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للمسلم على المسلم ست حقوق وذكر من جملتها أنه يصلي على جنازته وكلمة على للايجاب وكذا مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم والامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا عليها دليل الفرضية والاجماع منعقد على فرضيتها أيضا الا انها فرض كفاية اذا قام به البعض يسقط عن الباقين لان ماهو الفرض وهو قضاء حق الميت يحصل بالبعض ولا يمكن ايجابها على كل واحد من آحاد الناس فصار بمنزلة الجهاد لكن لا يسع الاجتماع على تركها كالجهاد وأما بيان من يصلي عليه فكل مسلم مات بعد الولادة يصلي عليه صغيرا كان أو كبيرا ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا الا البغاة وقطاع الطريق ومن بمثل حالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا على كل بر وفاجر وقوله للمسلم على المسلم ست حقوق وذكر من جملتها أن يصلي على جنازته من غير فصل الا ما خص بدليل والبغاة ومن بمثل حالهم مخصوصون لما ذكرنا ولا يصلي على من وجد ميتا وقد ذكرناه في باب الغسل وان مات في حال ولادته فان كان خرج أكثره صلى عليه وان كان أقله لم يصل عليه اعتبارا للاغلب وان كان خرج نصفه لم يذكر في الكتاب ويجب أن يكون هذا على قياس ماذكرنا من الصلاة على نصف الميت ولا يصلي على بعض الانسان حتى يوجد الاكثر منه عندنا لانا لو صلينا على هذا البعض يلزمنا الصلاة على الباقي اذا وجدناه فيؤدي الى التكرار وانه ليس بمشروع عندنا بخلاف الاكثر لانه اذا صلى عليه لم يصل على الباقي اذا وجد وقد ذكرناه في باب الغسل وذكرنا اختلاف رواية الكرخي والطحاوي في النصف المقطوع ولا يصلي على ميت الا مرة واحدة لا جماعة ولا وحدانا عندنا الا أن يكون الذين صلوا عليها أجانب بغير أمر الاولياء ثم حضر الولي فحينئذ له أن يعيدها وقال الشافعي يجوز لمن لم يصل أن يصلي واحتج بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على النجاشي ولا شك انه كان صلى عليه وروى انه صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسأل عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا آذنتموني بالصلاة عليها فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقال صلى الله عليه وسلم اذا مات انسان فآذنوني فان صلاتي عليه رحمة وقام وجعل القبر بينه وبين القبلة وصلى عليه وكذا الصحابة رضى الله عنهم صلوا على النبي صلى الله عليه وسلم جماعة بعد جماعة ولانها دعاء ولا بأس بتكرار الدعاء ولان حق الميت وان قضى فلكل مسلم في الصلاة حق ولانه يثاب بذلك وعسى أن يغفر له ببركة هذا الميت كرامة له ولم يقض هذا الحق في حق كل شخص فكان له أن يقضي حقه (ولنا) ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فلما فرغ جاء عمر ومعه قوم فاراد أن يصلي ثانيا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على الجنازة لا تعاد ولكن ادع للميت واستغفر له وهذا نص في الباب وروى ان ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم فاتتهما صلاة على جنازة فلما حضرا مازادا على الاستغفار له وروى عن عبد الله بن سلام انه فاتته الصلاة على جنازة عمر رضى الله عنه فلما حضر قال ان سبقتموني بالصلاة عليه فلا تسبقوني بالدعاء له والدليل عليه ان الامة توارثت ترك الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى الخلفاء الراشدين والصحابة رضى الله عنهم ولو جاز لما ترك مسلم الصلاة عليهم خصوصا على رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه في قبره كما وضع فان لحوم الانبياء حرام على الارض به ورد الاثر وتركهم ذلك اجماعا منهم دليل على عدم جواز التكرار ولان الفرض قد سقط بالفعل مرة واحدة لكونها فرض كفاية ولهذا ان من لم يصل لو ترك الصلاة ثانيا لا يأثم واذا سقط الفرض فلو صلى ثانيا كان نفلا والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع بدليل ان من صلى مرة لا يصلي ثانيا وهذا بخلاف ما اذا تقدم غير الولي فصلى ان للولي أن يصلي عليه لانه اذا لم يجز الاول تبين ان الاول لم يقع فرضا لان حق التقدم كان له فاذا تقدم غيره بغير اذنه كان له أن يستوفي حقه في التقدم فيقع الاول فرضا فهو الفرق والنبي صلى الله عليه وسلم انما أعاد لان ولاية الصلاة كانت له فانه كان أولى الاولياء قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا يصلي على موتاكم غيري مادمت بين أظهركم فلم يسقط الفرض باداء غيره وهذا هو تأويل فعل الصحابة رضى الله عنهم فان

الولاية كانت لابى بكر لانه هو الخليفة الا أنه كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل بعده عليه والله أعلم وأما حديث النجاشى فيحتمل انه دعاء لان الصلاة تذكر ويراد بها الدعاء ويحتمل انه خصه بذلك وأما قوله ان لكل واحد من الناس حقا فى الصلاة عليه قلنا نعم لكن لا وجه لاستدراك ذلك لسقوط الفرض وعدم جواز التنفل بها وهو الجواب عن قوله انها دعاء واستغفار لان التنفل بالدعاء والاستغفار مشروع وبالصلاة على الجنازة غير مشروع وعلى هذا قال أصحابنا لا يصلى على ميت غائب وقال الشافعى يصلى عليه استدلالا بصلاة النبى صلى الله عليه وسلم على النجاشى وهو غائب ولا حجة له فيه لما بينا على انه روى ان الارض طويت له ولا يوجد مثل ذلك فى حق غيره ثم ماذكره غير سديد لان الميت ان كان فى جانب المشرق فان استقبل القبلة فى الصلاة عليه كان الميت خلفه وان استقبل الميت كان مصليا لغير القبلة وكل ذلك لا يجوز ولا يصلى على صبى وهو على الدابة وعلى أيدى الرجال حتى يوضع لان الميت بمنزلة الامام لهم فلا يجوز أن يكون محمولا وهم على الارض ولا يصلى على البغاة وقطاع الطريق عندنا وقال الشافعى يصلى عليهم لانهم مسلمون قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الآية فدخلوا تحت قول النبى صلى الله عليه وسلم صلوا على كل بر وفاجر (ولنا) ماروى عن على انه لم يغسل أهل نهروان ولم يصل عليهم فقيل له أكفار هم فقال لا ولكن هم اخواننا بغوا علينا أشار الى ترك الغسل والصلاة عليهم اهانة لهم ليكون زجرا لغيرهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا وهو نظير المصلوب ترك على خشبته اهانة له وزجرا لغيره كذا هذا واذا ثبت الحكم فى البغاة ثبت فى قطاع الطريق لانهم فى معناهم اذهم يسعون فى الارض بالفساد كالبغاة فكانوا فى استحقاق الاهانة مثلهم وبه تبين ان البغاة ومن بمثلهم مخصوصون عن الحديث باجماع الصحابة رضى الله عنهم وكذلك الذى يقتل بالخنق كذا روى عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف وكذلك من يقتل على متاع يأخذه والمكابرون فى المصر بالسلاح لانهم يسعون فى الأرض بالفساد فيلحقون بالبغاة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية الصلاة على الجنازة فينبغى أن يقوم الامام عند الصلاة بحذاء الصدر من الرجل والمرأة وروى الحسن فى كتاب صلاته عن أبى حنيفة انه قال فى الرجل يقوم بحذاء وسطه ومن المرأة بحذاء صدرها وهو قول ابن أبى ليلى وجه رواية الحسن ان فى القيام بحذاء الوسط تسوية بين الجانبين فى الحظ من الصلاة الا ان فى المرأة يقوم بحذاء صدرها ليكون أبعد عن عورتها الغليظة وجه ظاهر الرواية ان الصدر هو وسط البدن لان الرجلين والرأس من جملة الاطراف فيبقى البدن من العجيزة الى الرقبة فكان وسط البدن هو الصدر والقيام بحذاء الوسط أولى ليستوى الجانبان فى الحظ من الصلاة ولان القلب معدن العلم والحكمة فالوقوف بحياله أولى ولا نص عن الشافعى فى كيفية القيام وأصحابه يقولون يقوم بحذاء رأس الرجل وبحذاء عجز المرأة ويكون هذا مذهب الشافعى لماروى عن أنس أنه صلى على امرأة فوقف عند عجيزتها وصلى على رجل فقام عند رأسه فقيل له أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى كذلك قال نعم قالوا ومذهب الشافعى لا يخالف السنة فيكون هذا مذهبه وان لم يروعنه ولكنا نقول هذا معارض بماروى سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على أم فلانة ماتت فى نفاسها فقام وسطها وهذا موافق لمذهبنا لما ذكرنا أنه يقوم بحذاء صدر كل واحد منهما لان الصدر وسط البدن أو نؤول فنقول يحتمل أنه وقف بحذاء الوسط الا أنه مال فى أحد الموضعين الى الرأس وفى الآخر الى العجز فظن الراوى أنه فرق بين الامرين ثم يكبر أربع تكبيرات وكان ابن أبى ليلى يقول خمس تكبيرات وهو رواية عن أبى يوسف وقد اختلفت الروايات فى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى عنه الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك الا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات لماروى عن عمر أنه جمع الصحابة رضى الله عنهم حين اختلفوا فى عدد التكبيرات وقال لهم انكم اختلفتم فمن يأتى بعدكم يكون أشد اختلافا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فخذوا بذلك فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعا فاتفقوا على ذلك فكان هذا دليلا على كون التكبيرات

فى صلاة الجنازة أربعا الا انهم أجمعوا عليها حتى قال عبد الله بن مسعود حين سئل عن تكبيرات الجنازة كل ذلك قد كان ولكنى رأيت الناس أجمعوا على أربع تكبيرات والاجماع حجة وكذا رووا عنه أنه صلى الله عليه وسلم كذا كان يفعل ثم أخبروا أن آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت بأربع تكبيرات وهذا خرج مخرج التناسخ حيث لم تحمل الامة الافعال المختلفة على التخيير فدل أن ما تقدم نسخ بهذه التى صلاها آخر صلاته ولان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة وليس فى المكتوبات زيادة على أربع ركعات الا أن ابن أبى ليلى يقول التكبيرة الاولى للافتتاح فينبغى أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والرافضة زعمت أن عليا كان يكبر على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعا وهذا افتراء منهم عليه فانه روى عنه أنه كبر على فاطمة أربعا وروى أنه صلى على فاطمة أبو بكر وكبر أربعا وعمر صلى على أبى بكر الصديق وكبر أربعا فاذا كبر الاولى أثنى على الله تعالى وهو أن يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وذكر الطحاوى أنه لا استفتاح فيه ولكن النقل والعادة أنهم يستفتحون بعد تكبيرة الافتتاح كما يستفتحون فى سائر الصلوات واذا كبر الثانية يأتى بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وهى الصلاة المعروفة وهى أن يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد الى قوله انك حميد مجيد واذا كبر الثالثة يستغفرون للميت ويشفعون وهذا لان صلاة الجنازة دعاء للميت والسنة فى الدعاء أن يقدم الحمد ثم الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ثم الدعاء بعد ذلك ليكون أرجى أن يستجاب والدعاء أن يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا ان كان يحسنه وان لم يحسنه يذكر ما يدعو به فى التشهد اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات الى آخره هذا اذا كان بالغا فاما اذا كان صبيا فانه يقول اللهم اجعله لنا فرطا وذخرا وشفعه فينا كذا روى عن أبى حنيفة وهو المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم يكبر التكبيرة الرابعة ويسلم تسليمتين لانه جاء أوان التحلل وذلك بالسلام وهل يرفع صوته بالتسليم لم يتعرض له فى ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد أنه لا يرفع صوته بالتسليم فى صلاة الجنازة لان رفع الصوت مشروع للاعلام ولا حاجة الى الاعلام بالتسليم فى صلاة الجنازة لانه مشروع عقب التكبيرة الرابعة بلا فصل ولكن العمل فى زماننا هذا يخالف ما يقوله الحسن وليس فى ظاهر المذهب بعد التكبيرة الرابعة دعاء سوى السلام وقد اختار بعض مشايخنا ما يختم به سائر الصلوات اللهم ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة الخ فان كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدى فى الخامسة وعند زفر يتابعه وجه قوله أن هذا مجتهد فيه فيتابع المقتدى امامه كما فى تكبيرات العيد ولنا أن هذا عمل بالمنسوخ لان ما زاد على أربع تكبيرات ثبت انتساخه بما روينا فظهر خطأه بيقين فيه فلا يتابعه فى الخطا بخلاف تكبيرات العيدين لانه لم يظهر خطأه بيقين حتى لو ظهر لا يتابعه على ما ذكرنا فى صلاة العيدين ثم اختلفت الروايات عن أبى حنيفة أن المقتدى ماذا يفعل اذا لم يتابعه فى التكبيرة الزائدة فى رواية قال ينتظر الامام حتى يتابعه فى التسليم لان البقاء فى حرمة الصلاة ليس بخطا انما الخطأ متابعته فى التكبير فينتظره ولا يتابع وفى رواية قال يسلم ولا ينتظر لان البقاء فى التحريمة بعد التكبيرة الرابعة خطأ لان التحليل عقيبها هو المشروع بلا فصل فلا يتابعه فى البقاء كما لا يتابعه فى التكبيرة الزائدة ولا يقرأ فى الصلاة على الجنازة بشئ من القرآن وقال الشافعى يفترض قراءة الفاتحة فيها وذلك عقيب التكبيرة الاولى بعد الثناء وعندنا لو قرأ الفاتحة على سبيل الدعاء والثناء لم يكره واحتج الشافعى بقول النبى صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وقوله لا صلاة الا بقراءة وهذه صلاة بدليل شرط الطهارة واستقبال القبلة فيها وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم كبر على ميت أربعا وقرأ فاتحة الكتاب بعد التكبيرة الاولى وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه صلى على جنازة فقرأ فيها بفاتحة الكتاب وجهر بها وقال انما جهرت لتعلموا أنها سنة ولنا ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن صلاة الجنازة هل يقرأ فيها فقال لم يوقت لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا ولا قراءة وفى رواية دعاء ولا قراءة كبر ما كبر الامام واختر من أطيب الكلام ما شئت وفى رواية واختر من الدعاء أطيبه وروى عن عبد الرحمن بن عوف وابن عمر أنهما قالا ليس فيها قراءة شئ من القرآن

ولانها شرعت للدعاء ومقدمة الدعاء الحمد والثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لا القراءة وقوله عليه السلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب ولا صلاة الا بقراءة لا يتناول صلاة الجنازة لانها ليست بصلاة حقيقة انما هي دعاء واستغفار للميت الا ترى أنه ليس فيها الاركان التي تتركب منها الصلاة من الركوع والسجود الا أنها تسمى صلاة لما فيها من الدعاء واشتراط الطهارة واستقبال القبلة فيها لا يدل على كونها صلاة حقيقية كسجدة التلاوة ولانها ليست بصلاة مطلقة فلا يتناولها مطلق الاسم وحديث ابن عباس معارض بحديث ابن عمر وابن عوف وتأويل حديث جابر أنه كان قرأ على سبيل الثناء لا على سبيل قراءة القرآن وذلك ليس بمكروه عندنا ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى وكثير من أئمة بلخ اختاروا رفع اليد في كل تكبيرة من صلاة الجنازة وكان نصير من يحيى يرفع تارة ولا يرفع تارة وجه قول من اختار الرفع أن هذه تكبيرات يؤتى بها في قيام مستوى فيرفع اليد عندها كتكبيرات العيد وتكبير القنوت والجامع الحاجة الى اعلام من خلفه من الاصم وجه ظاهر الرواية قول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وليس فيها صلاة الجنازة وعن علي وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالا لا ترفع الايدي فيها الا عند تكبيرة الافتتاح لان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ثم لا ترفع الايدي في سائر الصلوات الا عند تكبيرة الافتتاح عندنا فكذا في صلاة الجنازة ولا يجهر بما يقرأ عقيب كل تكبيرة لانه ذكروا السنة فيه المخافتة واذا صلين النساء جماعة على جنازة قامت الامامة وسطهن كما في الصلاة المفروضة المعهودة ولو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين أو ثلاث تكبيرات ثم جاء رجل لا يكبر ولكنه ينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه ثم اذا سلم الامام قضى ما عليه قبل أن ترفع الجنازة وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكبر واحدة حين يحضر ثم ان كان الامام كبر واحدة لم يقض شيأ وان كان كبر ثنتين قضى واحدة ولا يقضي تكبيرة الافتتاح هو يقول انه مسبوق فلا بد من أن يأتي بتكبيرة الائتمام حين انتهى الى الامام كما في سائر الصلوات وكما لو كان حاضرا مع الامام ووقع تكبير الافتتاح سابقا عليه أنه يأتي بالتكبير ولا ينتظر أن يكبر الامام الثانية بالاجماع كذا هذا ولهما ما روي عن ابن عباس أنه قال في الذي انتهى الى الامام وهو في صلاة الجنازة وقد سبقه الامام بتكبيرة أنه لا يشتغل بقضاء ما سبقه الامام بل يتابعه وهذا قول روي عنه ولم يرو عن غيره خلافه فحل محل الاجماع ولان كل تكبيرة من هذه الصلاة قائمة مقام ركعة بدليل أنه لو ترك تكبيرة منها تفسد صلاته كما لو ترك ركعة من ذوات الاربع والمسبوق بركعة يتابع الامام في الحالة التي أدركها ولا يشتغل بقضاء ما فاته أولا لان ذلك أمر منسوخ كذا ههنا وهذا بخلاف ما اذا كان حاضرا لان من كان خلف الامام فهو في حكم المدرك لتكبيرة الافتتاح الا ترى أن في تكبيرة الافتتاح يكبرون بعد الامام ويقع ذلك اداء لا قضاء فيأتي بها حين حضرته النية بخلاف المسبوق فانه غير مدرك للتكبيرة الاولى وهي قائمة مقام ركعة فلا يشتغل بقضائها قبل سلام الامام كسائر التكبيرات ثم عندهما يقضي ما فاته لان المسبوق يقضي الفائت لا محالة ولكن قبل أن ترفع الجنازة لان صلاة الجنازة بدون الجنازة لا تتصور وعند أبي يوسف ان كان الامام كبر واحدة لم يقض شيأ وان كبر ثنتين قضى واحدة لما ذكرنا ولو جاء بعد ما كبر الامام الرابعة قبل السلام لم يدخل معه وقد فاتته الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكبر واحدة واذا سلم الامام قضى ثلاث تكبيرات كما لو كان حاضرا خلف الامام ولم يكبر شيأ حتى كبر الامام الرابعة والصحيح قولهما لانه لا وجه الى أن يكبر وحده لما قلنا والامام لا يكبر بعد هذا لتتابعه والاصل في الباب عندهما أن المقتدي يدخل بتكبيرة الامام فاذا فرغ الامام من الرابعة تعذر عليه الدخول وعند أبي يوسف يدخل اذا بقيت التحريمة وذكر عصام بن يوسف أن عند محمد ههنا يكبر أيضا بخلاف ما اذا جاء وقد كبر الامام ثلاث تكبيرات حيث لا يكبر بل ينتظر الامام حتى يكبر الرابعة عند محمد لان الاشتغال بقضاء ما سبق قبل فراغ الامام ان كان لا يجوز لكن جوزنا ههنا لمكان الضرورة لانه لو انتظر الامام ههنا فاتته الصلاة بخلاف تلك الصورة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تصح به وما تفسد وما يكره أما ما تصح به فكل ما يعتبر شرط الصحة سائر الصلوات من الطهارة الحقيقية والحكمية واستقبال القبلة وستر العورة والنية يعتبر شرطا لصحتها حتى انهم لو صلوا على جنازة والامام غير طاهر فعليهم اعادتها لان صلاة الامام غير جائزة لعدم الطهارة فكذا صلاتهم لانها بناء على صلاته ولو كان الامام على الطهارة والقوم على غير طهارة جازت صلاة الامام ولم يكن عليهم اعادتها لان حق الميت تأدى بصلاة الامام ودلت المسئلة على ان الجماعة ليست بشرط فى هذه الصلاة ولو أخطؤا بالرأس فوضعوه فى موضع الرجلين وصلوا عليها جازت الصلاة لاستجماع شرائط الجواز وانما الحاصل بغير صفة الوضع وذا لا يمنع الجواز الا انهم ان تعمدوا ذلك فقد أساؤا لتغييرهم السنة المتوارثة ولو تحروا على جنازة فأخطؤا القبلة جازت صلاتهم لان المكتوبة تجوز فهذه أولى وان تعمدوا خلافها لم تجز كما فى اعتبار شرط القبلة لانه لا يسقط حالة الاختيار كما فى سائر الصلوات ولو صلى راكبا أو قاعدا من غير عذر لم تجزهم استحسانا والقياس أن تجزئهم كسجدة التلاوة ولان المقصود منها الدعاء للميت وهو لا يختلف والاركان فيها التكبيرات ويمكن تحصيلها فى حالة الركوب كما يمكن تحصيلها فى حالة القيام وجه الاستحسان ان الشرع ما ورد بها الا فى حالة القيام فيراعى فيها ما ورد به النص ولهذا لا يجوز اثبات الخلل فى شرائطها فكذا فى الركن بل أولى لان الركن أهم من الشرط ولان الاداء قعودا أو ركبانا يؤدى الى الاستخفاف بالميت وهذه الصلاة شرعت لتعظيم الميت ولهذا تسقط فى حق من تجب اهانته كالباغى والكافر وقاطع الطريق فلا يجوز اداء ما شرع للتعظيم على وجه يؤدى الى الاستخفاف لأنه يؤدى الى أن يعود على موضوعه بالنقض وذلك باطل ولو كان ولى الميت مريضا فصلى قاعدا وصلى الناس خلفه قياما أجزأهم فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجزئ الامام ولا يجزئ المأموم بناء على اقتداء القائم بالقاعد وقد مر ذلك ولو ذكروا بعد الصلاة على الميت انهم لم يغسلوه فهذا على وجهين اما ان ذكروا قبل الدفن أو بعده فان كان قبل الدفن غسلوه وأعادوا الصلاة عليه لان طهارة الميت شرط لجواز الصلاة عليه كما ان طهارة الامام شرط لانه بمنزلة الامام فتعتبر طهارته فاذا فقدت لم يعتد بالصلاة فيغسل و يصلى عليه وان ذكروا بعد الدفن لم ينبشوا عنه لان النبش حرام حقا لله تعالى فيسقط الغسل ولا تعاد الصلاة عليه لان طهارة الميت شرط جواز الصلاة عليه لما بينا وروى عن محمد انه يخرج ما لم يهيلوا عليه التراب لان ذلك ليس بنبش فان أهالوا التراب لم يخرج وتعاد الصلاة عليه لان تلك الصلاة لم تعتبر لتركهم الطهارة مع الامكان والآن فات الامكان فسقطت الطهارة فيصلى عليه ولو دفن بعد الغسل قبل الصلاة عليه صلى عليه فى القبر ما لم يعلم انه تفرق وفى الأمالى عن أبى يوسف انه قال يصلى عليه الى ثلاثة أيام هكذا ذكر ابن رستم عن محمد أما قبل مضى ثلاثة أيام فلما روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى على قبر تلك المرأة فلما جازت الصلاة على القبر بعد ما صلى على الميت مرة فلان تجوز فى موضع لم يصل عليه أصلا اولى وأما بعد الثلاثة ايام لا يصلى لان الصلاة مشروعة على البدن و بعد مضى الثلاث ينشق ويتفرق فلا يبقى البدن وهذا لان فى المدة القليلة لا يتفرق وفى الكثيرة يتفرق فجعلت الثلاث فى حد الكثرة لانها جمع والجمع ثبت بالكثرة ولان العبرة للمعتاد والغالب فى العادة أن بمضى الثلاث يتفسخ و يتفرق أعضاؤه والصحيح ان هذا ليس بتقدير لازم لأنه يختلف باختلاف الأوقات فى الحر والبرد و باختلاف حال الميت فى السمن والهزال و باختلاف الأمكنة فيحكم فيه غالب الرأى وأكبر الظن فان قيل روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه صلى على شهداء أحد بعد ثمان سنين فالجواب ان معناه والله أعلم انه دعا لهم قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم والصلاة فى الاية بمعنى الدعاء وقيل انهم لم تتفرق أعضاؤهم فان معاوية لما أراد أن يحولهم وجدهم كما دفنوا فتركهم وتجوز الصلاة على الجماعة مرة واحدة فاذا اجتمعت الجنائز فالامام بالخيار ان شاء صلى عليهم دفعة واحدة وان شاء صلى على كل جنازة على حدة لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى يوم أحد على كل عشرة من الشهداء صلاة واحدة ولان ما هو المقصود وهو الدعاء والشفاعة للموتى يحصل بصلاة واحدة فان أراد أن يصلى على كل واحدة على حدة فالأولى أن يقدم الأفضل فالأفضل فان لم يفعل فلا بأس به ثم كيف توضع الجنائز اذا اجتمعت فنقول لا يخلو اما

ان كانت من جنس واحد أو اختلف الجنس فان كان الجنس متحدا فان شاؤا جعلوها صفا واحدا كما يصطفون في حال حياتهم عند الصلاة وان شاؤا وضعوا واحدا بعد واحد مما يلي القبلة ليقوم الامام بحذاء الكل هذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول ان الثاني أولى من الأول لان السنة هي قيام الامام بحذاء الميت وهو يحصل في الثاني دون الأول واذا وضعوا واحدا بعد واحد ينبغي أن يكون أفضلهم مما يلي الامام كذا روى عن أبي حنيفة انه يوضع أفضلهما مما يلي الامام وأسنهما وقال أبو يوسف والأحسن عندي أن يكون أهل الفضل مما يلي الامام لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليليني منكم أولو الاحلام والنهى ثم ان وضع رأس كل واحد منهم بحذاء رأس صاحبه فحسن وان وضع شبه الدرج كما قال ابن أبي ليلى وهو أن يكون رأس الثاني عند منكب الاول فحسن كذا روى عن أبي حنيفة انه ان وضع هكذا فحسن أيضا لان النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبيه دفنوا على هذه الصفة فيحسن الوضع للصلاة على هذا الترتيب أيضا وأما اذا اختلف الجنس بان كانوا رجالا ونساء توضع الرجال مما يلي الامام والنساء خلف الرجال مما يلي القبلة لانهم هكذا يصطفون خلف الامام في حال الحياة ثم ان الرجال يكونون أقرب الى الامام من النساء فكذا بعد الموت ومن العلماء من قال توضع النساء مما يلي الامام والرجال خلفهن لان في الصلاة بالجماعة في حال الحياة صف النساء خلف صف الرجال الى القبلة فكذا في وضع الجنائز ولو اجتمع جنازة رجل وصبي وخنثى وامرأة وصبية وضع الرجل مما يلي الامام والصبي وراءه ثم الخنثى ثم المرأة ثم الصبية والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم ليليني منكم أولو الأحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ولانهم هكذا يقومون في الصف خلف الامام حالة الحياة فيوضعون كذلك بعد الموت ولو كبر الامام على جنازة ثم أتى بجنازة أخرى فوضعت معها مضى على الاولى ويستأنف الصلاة على الاخرى لان التحريمة انعقدت للصلاة على الاولى فيتمها فان كبر الثانية ينويهما فهي للاولى لانه لم يقصد الخروج عن الأولى فبقى فيها ولم يقع للثانية وان كبر ينوى الثانية وحدها فهي للثانية لانه خرج عن الاولى بالتكبيرة مع النية كما اذا كان في الظهر فكبر ينوى العصر صار منتقلا من الظهر فكذا هذا بخلاف ما اذا نواهما جميعا لانه ما رفض الاولى فبقي فيها فلا يصير شارعا في الثانية ثم اذا صار شارعا في الثانية فاذا فرغ منها أعاد الصلاة على الأولى أي يستقبل والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تفسد به صلاة الجنازة فنقول انها تفسد بما تفسد به سائر الصلوات وهو ما ذكرنا من الحدث العمد والكلام والقهقهة وغيرها من نواقض الصلاة الا المحاذاة فانها غير مفسدة في هذه الصلاة لان فساد الصلاة بالمحاذاة عرف بالنص والنص ورد في الصلاة المطلقة فلا يلحق بها غيرها ولهذا لم يلحق بها سجدة التلاوة حتى لم تكن المحاذاة فيها مفسدة وكذا القهقهة في هذه الصلاة لا تنقض الطهارة لانا عرفنا القهقهة حدثا بالنص الوارد في صلاة مطلقة فلا يجعل واردا في غيرها فرق بين هاتين المسئلتين وبين البناء فانه لو سبقه الحدث في صلاة الجنازة يبني وان عرف البناء بالنص وانه ورد في صلاة مطلقة والفرق ان القهقهة جعلت حدثا لقبحها في الصلاة وقبحها يزداد بزيادة حرمة الصلاة ولا شك أن حرمة الصلاة المطلقة فوق حرمة صلاة الجنازة فكان قبحها في تلك الصلاة فوق قبحها في هذه فجعلها حدثا هناك لا يدل على جعلها حدثا ههنا وكذا المحاذاة جعلت مفسدة في تلك الصلاة تعظيما لها وليست هذه مثل تلك في معنى التعظيم بخلاف البناء لان الجواز وتحمل المشي في أعلى العبادتين يوجب التحمل والجواز في أدناهما دلالة ولانا لو لم نجوز البناء ههنا تفوته الصلاة أصلا لان الناس يفرغون من الصلاة قبل رجوعه من التوضؤ ولا يمكنه الاستدراك بالاعادة لما مر ولو لم نجوز البناء هناك لفاتته الصلاة أصلا فلما جاز البناء هناك فلأن يجوز ههنا أولى

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره فيها فنقول تكره الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس وغروبها ونصف النهار لما روينا من حديث عقبة بن عامر انه قال ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا والمراد من قوله أن نقبر فيها موتانا الصلاة على الجنازة دون الدفن اذ لا بأس بالدفن في هذه

الاوقات فان صلوا فى أحد هذه الاوقات لم يكن عليهم اعادتها لان صلاة الجنازة لا يتعين لادائها وقت ففى أى وقت صليت وقعت اداء لا قضاء ومعنى الكراهة فى هذه الأوقات يمنع جواز القضاء فيها دون الاداء كما اذا أدى عصر يومه عند تغير الشمس على ماذكرنا فيما تقدم ولا تكره الصلاة على الجنازة بعد صلاة الفجر و بعد صلاة العصر قبل تغير الشمس لان الكراهة فى هذه الاوقات ليست لمعنى فى الوقت فلا يظهر فى حق الفرائض لما بينا فيما تقدم ولو أرادوا أن يصلوا على جنازة وقد غربت الشمس فالافضل أن يبدؤا بصلاة المغرب ثم يصلون على الجنازة لان المغرب آكد من صلاة الجنازة فكان تقديمه أولى ولان فى تقديم الجنازة تأخير المغرب وانه مكروه

﴿فصل﴾ وأما بيان من له ولاية الصلاة على الميت فذكر فى الاصل ان امام الحى أحق بالصلاة على الميت وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الامام الاعظم أحق بالصلاة ان حضر فان لم يحضر فأمير المصر وان لم يحضر فامام الحى فان لم يحضر فالاقرب من ذوى قراباته وهذا هو حاصل المذهب عندنا والتوفيق بين الروايتين ممكن لان السلطان اذا حضر فهو أولى لانه امام الائمة فان لم يحضر فالقاضى لانه نائبه فان لم يحضر فامام الحى لانه رضى بامامته فى حال حياته فيدل على الرضا به بعد مماته ولهذا لو عين الميت أحدا فى حال حياته فهو أولى من القريب لرضاه به الا انه بدأ فى كتاب الصلاة بامام الحى لان السلطان قلما يحضر الجنائز ثم الاقرب فالاقرب من عصبته وذوى قراباته لان ولاية القيام بمصالح الميت له وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد فاما على قول أبى يوسف وهو قول الشافعى القريب أولى من السلطان لأبى يوسف والشافعى ان هذا أمر مبنى على الولاية والقريب فى مثل هذا مقدم على السلطان كما فى النكاح وغيره من التصرفات ولان هذه الصلاة شرعت للدعاء والشفاعة للميت ودعاء القريب أرجى لانه يبالغ فى اخلاص الدعاء واحضار القلب بسبب زيادة شفقته وتوجد منه زيادة رقة وتضرع فكان أقرب الى الاجابة ولأبى حنيفة ومحمد ماروى ان الحسن بن على لما مات قدم الحسين بن على سعيد بن العاص ليصلى عليه وكان واليا بالمدينة وقال لولا السنة ماقدمتك وفى رواية قال لولا ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن التقدم لما قدمتك ولان هذا من الامور العامة فيكون متعلقا بالسلطان كاقامة الجمعة والعيدين بخلاف النكاح فانه من الامور الخاصة وضرره ونفعه يتصل بالولى لا بالسلطان فكان اثبات الولاية للقريب انفع للولى عليه وتلك ولاية نظر ثبتت حقا للولى عليه قبل الولى بخلاف مانحن فيه أما قوله ان دعاء القريب وشفاعته أرجى فنقول بتقدم الغير لا يفوت دعاء القريب وشفاعته مع ان دعاء الامام أقرب الى الاجابة على ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا يحجب دعاؤهم وذكر فيهم الامام ثم تقدم امام الحى ليس بواجب ولكنه أفضل لما ذكرنا انه رضيه فى حال حياته وأما تقديم السلطان فواجب لان تعظيمه مأمور به ولان ترك تقديمه لا يخلو عن فساد التجاذب والتنازع على ماذكرنا فى صلاة الجمعة والعيدين ولو كان للميت وليان فى درجة واحدة فأكبرهما سنا أولى لان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم الأسن فى الصلاة ولهما أن يقدما غيرهما ولو قدم كل واحد منهما رجلا على حدة فالذى قدمه الاكبر أولى وليس لاحدهما أن يقدم انسانا الا باذن الآخر لان الولاية ثابتة لهما الا انا قدمنا الاسن لسنه فاذا أراد أن يستخلف غيره كان الآخر أولى فان تشاجر الوليان فتقدم أجنبى بغير اذنهما فصلى ينظر ان صلى الاولياء معه جازت الصلاة ولا تعاد وان لم يصلوا معه فلهم اعادة الصلاة وان كان أحدهما أقرب من الآخر فالولاية اليه وله أن يقدم من شاء لان الابعد محجوب به فصار بمنزلة الاجنبى ولو كان الاقرب غائبا بمكان تفوت الصلاة بحضوره بطلت ولايته وتحولت الولاية الى الأبعد ولو قدم الغائب غيره بكتاب كان للابعد أن يمنعه وله أن يتقدم بنفسه أو يقدم من شاء لان ولاية الاقرب قد سقطت لما ان فى التوقيف على حضوره ضررا بالميت والولاية تسقط مع ضرر المولى عليه فتنتقل الى الأبعد والمريض فى المصر بمنزلة الصحيح يقدم من شاء وليس للابعد منعه ولان ولايته قائمة ألا ترى ان له أن يتقدم مع مرضه فكان له حق التقديم ولا حق للنساء والصغار والمجانين فى التقديم لانعدام ولاية التقدم ولو ماتت امرأة ولها زوج وابن بالغ عاقل فالولاية للابن دون الزوج لما روى عن عمر رضى الله عنه انه ماتت له امرأة

فقال لأوليائها كنا أحق بها حين كانت حية فأما إذا ماتت فأنتم أحق بها ولأن الزوجية تنقطع بالموت والقرابة لا تنقطع لكن يكره للابن أن يتقدم أباه وينبغي أن يقدمه مراعاة لحرمة الأبوة قال أبو يوسف وله في حكم الولاية أن يقدم غيره لأن الولاية له وإنما منع من التقدم حتى لا يستخف بأبيه فلم تسقط ولايته في التقديم وإن كان لها ابن من زوج آخر فلا بأس بأن يتقدم على هذا الزوج لأنه هو الولي وتعظيم زوج أمه غير واجب عليه وسائر القرابات أولى من الزوج وكذا مولى العتاقة وابن المولى ومولى الموالاة لما ذكرنا أن السبب قد انقطع فيما بينهما فإن تركت أبا وزوجا وابنا من هذا الزوج فلا ولاية للزوج لما بينا وأما الأب والابن فقد ذكر في كتاب الصلاة أن الأب أحق من غيره وقيل هو قول محمد وأما عند أبي يوسف فالابن أحق إلا أنه يقدم الأب تعظيما له وعند محمد الولاية للأب وقيل هو قولهم جميعا في صلاة الجنازة لأن للأب فضيلة على الابن وزيادة سن والفضيلة تعتبر ترجيحا في استحقاق الإمامة كما في سائر الصلوات بخلاف سائر الولايات ومولى الموالاة أحق من الأجنبي لأنه التحق بالقريب بعقد الموالاة ولو مات الابن وله أب وأب الأب فالولاية لأبيه ولكنه يقدم أباه الذي هو جد الميت تعظيما له وكذلك المكاتب إذا مات ابنه أو عبده ومولاه حاضر فالولاية للمكاتب لكنه يقدم مولاه احتراما له ثم إذا صلى على الميت يدفن

﴿فصل﴾ والكلام في الدفن في مواضع في بيان وجوبه وكيفية وجوبه وفي بيان سنة الحفر والدفن وما يتصل بهما أما الأول فالدليل على وجوبه توارث الناس من لدن آدم صلوات الله عليه إلى يومنا هذا مع النكير على تاركه وذا دليل الوجوب إلا أن وجوبه على سبيل الكفاية حتى إذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود

﴿فصل﴾ وأما سنة الحفر فالسنة فيه اللحد عندنا وعند الشافعي الشق واحتج أن توارث أهل المدينة الشق دون اللحد وتوارثهم حجة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وفي رواية اللحد لنا والشق لأهل الكتاب وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اختلف الناس أن يشق له أو يلحد وكان أبو طلحة الأنصاري لحادا وأبو عبيدة بن الجراح شاقا فبعثوا رجلا إلى أبي عبيدة ورجلا إلى أبي طلحة فقال العباس بن عبد المطلب اللهم خر لنبيك أحب الأمرين إليك فوجد أبا طلحة من كان بعث إليه ولم يجد أبا عبيدة من بعث إليه والعباس رضي الله عنه كان مستجاب الدعوة وأهل المدينة إنما توارثوا الشق لضعف أراضيهم بالبقيع ولهذا اختار أهل بخارى الشق دون اللحد لتعذر اللحد لرخاوة أراضيهم وصفة اللحد أن يحفر القبر ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة فيوضع فيه الميت وصفة الشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر فيوضع فيه الميت ويجعل على اللحد اللبن والقصب لما روي أنه وضع على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم طن من قصب وروي أنه صلى الله عليه وسلم رأى فرجة في قبر فأخذ مدرة وناولها الحفار وقال سد بها تلك الفرجة فإن الله تعالى يحب من كل صانع أن يحكم صنعته والمدرة قطعة من اللبن وروي عن سعيد بن العاص أنه قال اجعلوا على قبري اللبن والقصب كما جعل على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر وقبر عمر ولأن اللبن والقصب لا بد منهما ليمنعا ما يهال من التراب على القبر من الوصول إلى الميت ويكره الآجر ودفوف الخشب لما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال كانوا يستحبون اللبن والقصب على القبور وكانوا يكرهون الآجر وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تشبه القبور بالعمران والآجر والخشب للعمران ولأن الآجر مما يستعمل للزينة ولا حاجة إليها للميت ولأنه مما مسته النار فيكره أن يجعل على الميت تفاؤلا كما يكره أن يتبع قبره بنار تفاؤلا وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يقول لا بأس بالآجر في ديارنا لرخاوة الأراضي وكان أيضا يجوز دفوف الخشب واتخاذ التابوت للميت حتى قال لو اتخذوا تابوتا من حديد لم أر به بأسا في هذه الديار

﴿فصل﴾ وأما سنة الدفن فالسنة عندنا أن يدخل الميت من قبل القبلة وهو أن توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة أن يسل إلى قبره وصورة السل أن توضع الجنازة على يمين القبلة وتجعل رجلا الميت إلى القبر طولا ثم تؤخذ رجله وتدخل رجلاه في القبر ويذهب

به الى أن تصير رجلاه الى موضعهما او يدخل رأسه القبر احتج بما روى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم أدخل فى القبر سلا وقال الشافعى فى كتابه وهذا أمر مشهور يستغنى فيه عن رواية الحديث فانه تقلته العامة عن العامة بلا خلاف بينهم ولنا ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ أبا دجانة من قبل القبلة وروى عن ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم أدخل فى القبر من قبل القبلة فصار هذا معارضا لما رواه الشافعى على انا نقول انه صلى الله عليه وسلم انما أدخل الى القبر سلا لأجل الضرورة لان النبى صلى الله عليه وسلم مات فى حجرة عائشة من قبل الحائط وكانت السنة فى دفن الأنبياء عليهم السلام فى الموضع الذى قبضوا فيه فكان قبره لزيق الحائط واللحد تحت الحائط فتعذر ادخاله من قبل القبلة فسل الى قبره سلا لهذه الضرورة وعن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما انهما قالا يدخل الميت قبره من قبل القبلة ولان جانب القبلة معظم فكان ادخاله من هذا الجانب أولى وقول الشافعى هذا أمر مشهور قلنا روى عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى انه قال حدثنى من رأى أهل المدينة فى الزمن الاول انهم كانوا يدخلون الميت من قبل القبلة ثم أحدثوا السل لضعف أراضيهم بالبقيع فانها كانت أرضا سبخة والله أعلم ولا يضر وتر دخل قبره أم شفع عندنا وقال الشافعى السنة هى الوتر اعتبارا بعدد الكفن والغسل والاجمار ولنا ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم لما دفن أدخله العباس والفضل بن العباس وعلى وصهيب وقيل فى الرابع انه المغيرة بن شعبة وقيل انه أبو رافع فدل ان الشفع سنة ولان الدخول فى القبر للحاجة الى الوضع فيقدر بقدر الحاجة والوتر والشفع فيه سواء ولانه مثل حمل الميت ويحمله على الجنازة أربعة عندنا وعنده اثنان وان كان شفعا فكذا ههنا وماذكر من الاعتبار غير سديد لانتقاضه بحمل الجنازة ومخالفته فعل الصحابة مع انه لا يظن بهم ترك السنة خصوصا فى دفن النبى صلى الله عليه وسلم ويكره أن يدخل الكافر قبر أحد من قرابته من المؤمنين لان الموضع الذى فيه الكافر تتنزل فيه السخطة واللعنة فينزه قبر المسلم عن ذلك وانما يدخل قبره المسلمون ليضعوه على سنة المسلمين ويقولوا عند وضعه باسم الله وعلى ملة رسول الله واذا وضع فى اللحد قال واضعه باسم الله وعلى ملة رسول الله وذكر الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة انه يقول باسم الله وفى سبيل الله وعلى ملة رسول الله لما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أدخل ميتا قبره أو وضعه فى اللحد قال باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله وهكذا روى عن على انه كان اذا دفن ميتا أونام قال باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله وكان يقول النوم وفاة قال الشيخ أبو منصور الماتريدى معنى هذا باسم الله دفناه وعلى ملة رسول الله دفناه وليس هذا بدعاء للميت لانه اذا مات على ملة رسول الله لم يجز أن تبدل عليه الحالة وان مات على غير ذلك لم يبدل الى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولكن المؤمنين شهداء الله فى الارض فيشهدون بوفاته على الملة وعلى هذا جرت السنة ويوضع على شقه الأيمن متوجها الى القبلة لما روى عن على رضى الله عنه انه قال شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جنازة رجل فقال يا على استقبل به استقبالا وقولوا جميعا باسم الله وعلى ملة رسول الله وضعوه لجنبه ولا تكبوه لوجهه ولا تلقوه لظهره وتحل عقد أكفانه اذا وضع فى القبر لانها عقدت لئلا تنتشر أكفانه وقد زال هذا المعنى بالوضع ولو وضع لغير القبلة فان كان قبل اهالة التراب عليه وقد سرحوا اللبن أزالوا ذلك لانه ليس بنبش وان أهيل عليه التراب ترك ذلك لأن النبش حرام ولا يدفن الرجلان أو أكثر فى قبر واحد هكذا جرت السنة من لدن آدم الى يومنا هذا فان احتاجوا الى ذلك قدموا أفضلهما وجعلوا بينهما حاجزا من الصعيد لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه أمر بدفن قتلى أحد وكان يدفن فى القبر رجلان أو ثلاثة وقال قدموا أكثرهم قرآنا وان كان رجل وامرأة قدم الرجل مما يلى القبلة والمرأة خلفه اعتبارا بحال الحياة ولو اجتمع رجل وامرأة وصبى وخنثى وصبية دفن الرجل مما يلى القبلة ثم الصبى خلفه ثم الخنثى ثم الانثى ثم الصبية لانهم هكذا يصطفون خلف الامام حالة الحياة وهكذا توضع جنائزهم عند الصلاة عليها فكذا فى القبر ويسجى قبر المرأة بثوب لما روى ان فاطمة رضى الله عنها سجى

قبرها بثوب ونعش على جنازتها لان مبنى حالها على الستر فلو لم يسج ربما انكشفت عورة المرأة فيقع بصر الرجال عليها ولهذا يوضع النعش على جنازتها دون جنازة الرجل وذو الرحم المحرم أولى بادخال المرأة القبر من غيره لانه يجوز له مسها حالة الحياة فكذا بعد الموت وكذا ذو الرحم المحرم منها أولى من الاجنبى ولو لم يكن فيهم ذو رحم فلا بأس للاجانب وضعها فى قبرها ولا يحتاج الى اتيان النساء للوضع وأما قبر الرجل فلا يسجى عندنا وعند الشافعى يسجى احتج بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أقبر سعد بن معاذ ومعه اسامة بن زيد فسجى قبره ولنا ماروى عن على انه مر بميت يدفن وقد سجى قبره فنزع ذلك عنه وقال انه رجل وفى رواية قال لا تشبهوه بالنساء وأما حديث سعد بن معاذ فيحتمل انه انما سجى لان الكفن كان لا يعمه فستر القبر حتى لا يبدو منه شئ ويحتمل انه كان لضرورة أخرى من دفع مطر او حر عن الداخلين فى القبر وعندنا لا بأس بذلك فى حالة الضرورة ويسنم القبر ولا يربع وقال الشافعى يربع ويسطح لما روى المزنى باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما توفى ابنه ابراهيم جعل قبره مسطحا ولنا ماروى عن ابراهيم النخعى انه قال أخبرنى من رأى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبر أبى بكر وعمر انها مسنمة وروى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما لما مات بالطائف صلى عليه محمد بن الحنيفة وكبر عليه أربعا وجعل له لحدا وأدخله القبر من قبل القبلة وجعل قبره مسنما وضرب عليه فسطاطا ولان التربيع من صنيع أهل الكتاب والتشبيه بهم فيما منه بد مكروه وماروى من الحديث محمول على انه سطح قبره أولا ثم جعل التسنيم فى وسطه حملناه على هذا بدليل ماروينا ومقدار التسنيم ان يكون مرتفعا من الارض قدر شبر أو أكثر قليلا ويكره تجصيص القبر وتطيينه وكره أبو حنيفة البناء على القبر وان يعلم بعلامة وكره أبو يوسف الكتابة عليه ذكره الكرخى لما روى عن جابر بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجصصوا القبور ولا تبنوا عليها ولا تقعدوا ولا تكتبوا عليها ولان ذلك من باب الزينة ولا حاجة بالميت اليها ولانه تضييع المال بلا فائدة فكان مكروها ويكره ان يزاد على تراب القبر الذى خرج منه لان الزيادة عليه بمنزلة البناء ولا بأس برش الماء على القبر لانه تسوية له وروى عن أبى يوسف انه كره الرش لانه يشبه التطيين وكره أبو حنيفة ان يوطأ على قبر أو يجلس عليه أو ينام عليه أو تقضى عليه حاجة من بول أو غائط لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الجلوس على القبور ويكره ان يصلى على القبر لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى ان يصلى على القبر قال أبو حنيفة ولا ينبغى ان يصلى على ميت بين القبور وكان على وابن عباس يكرهان ذلك وان صلوا أجزاهم لما روى انهم صلوا على عائشة وأم سلمة بين مقابر البقيع والامام أبو هريرة وفيهم ابن عمر رضى الله عنهم ولا بأس بزيارة القبور والدعا للاموات ان كانوا مؤمنين من غير وطء القبور لقول النبى صلى الله عليه وسلم انى كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فانها تذكركم الآخرة ولعمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا

﴿فصل﴾ وأما الشهيد فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان من يكون شهيدا فى الحكم ومن لا يكون والثانى فى بيان حكم الشهادة فى الدنيا أما الاول فبنى على شرائط الشهادة وهى أنواع منها ان يكون مقتولا حتى لو مات حتف أنفه أو تردى من موضع أو احترق بالنار أو مات تحت هدم أو غرق لا يكون شهيدا لانه ليس بمقتول فلم يكن فى معنى شهداء أحد وبأى شئ قتل فى المعركة من سلاح أو غيره فهو سواء فى حكم الشهادة لان شهداء أحد ما قتل كلهم بسلاح بل منهم من قتل بغير سلاح وأما فى المصر فيختلف الحكم فيه على ما نذكر ومنها ان يكون مظلوما حتى لو قتل بحق فى قصاص أو رجم لا يكون شهيدا لان شهداء أحد قتلوا مظلومين وروى انه لما رجم ماعز جاء عمه الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تأمرنى ان أصنع به فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على أهل الارض لوسعتهم اذهب فاغسله وكفنه وصل عليه وكذلك من مات من حد او تعزير او عدا على قوم ظلما فقتلوه لا يكون شهيدا لانه ظالم نفسه وكذا لو

قتله

قتله سبع لانعدام تحقق الظلم ومنها ان لا يخلف عن نفسه بدلا هو مال حتى لو كان مقتولا خطأ أو شبه عمد بان قتله فى المصر نهارا بعصا صغيرة أو سوط أو وكزه باليد أو لكزه بالرجل لا يكون شهيدا لان الواجب فى هذه المواضع هو المال دون القصاص وذا دليل خفة الجناية فلم يكن فى معنى شهداء أحد ولان غير السلاح مما يلبث فكان بحال لو استغاث لحقه الغوث فاذا لم يستغث جعل كانه اعان على قتل نفسه بخلاف ما اذا قتل فى المفازة بغير السلاح لان ذلك يوجب القتل بحكم قطع الطريق لا المال ولانه لو استغاث لا يلحقه الغوث فلم يصر بترك الاستغاثة معينا على قتل نفسه وكذلك اذا قتله بعصا كبيرة أو بعدقة القصارين أو بحجر كبير أو بخشبة عظيمة أو خنقه أو غرقه فى الماء أو القاه من شاهق الجبل عند أبى حنيفة لان هذا كله شبه عمد عنده فكان الواجب فيه الدية دون القصاص وعند أبى يوسف ومحمد الواجب هو القصاص فكان المقتول شهيدا ولو نزل عليه اللصوص ليلا فى المصر فقتل بسلاح أو غيره أو قتله قطاع الطريق خارج المصر بسلاح أو غيره فهو شهيد لأن القتيل لم يخلف فى هذه المواضع بدلا هو مال ولو قتل فى المصر نهارا بسلاح ظلما بان قتل بحديدة أو ما يشبه الحديدة كالنحاس والصفر وما أشبه ذلك أو ما يعمل عمل الحديد من جرح أو قطع أو طعن بأن قتله بزجاجة أو بليطة قصب أو طعنه برمح لا زج له أو رماه بنشابة لا نصل لها أو أحرقه بالنار وفى الجملة كل قتل يتعلق به وجوب القصاص فالقتيل شهيد وقال الشافعى لا يكون شهيدا واحتج بما روى أن عمر وعليا غسلا ولان هذا قتيل أخلف بدلا وهو المال أو القصاص فما هو فى معنى شهداء أحد كالقتل خطأ أو شبه عمد ولنا أن وجوب هذا البدل دليل انعدام الشبهة وتحقق الظلم من جميع الوجوه اذ لا يجب القصاص مع الشبهة فصار فى معنى شهداء أحد بخلاف ما اذا اخلف بدلا هو مال لان ذلك امارة خفة الجناية لان المال لا يجب الا عند تحقق الشبهة فى القتل فلم يكن فى معنى شهداء أحد ولان الدية بدل عن المقتول فاذا وصل اليه البدل صار المبدل كالباقى من وجه لبقاء بدله فاوجب خللا فى الشهادة فاما القصاص فليس ببدل عن المحل بل هو جزاء الفعل على طريق المساواة فلا يسقط به حكم الشهادة وانما غسل عمر وعلى رضى الله عنهما لانهما ارتثا والارتثاث يمنع الشهادة على ما نذكر ولو وجد قتيل فى محلة أو موضع يجب فيه القسامة والدية لم يكن شهيدا لما قلنا ولو وجب القصاص ثم انقلب مالا بالصلح لا تبطل شهادته لانه لم يتبين انه أخلف بدلا هو مال وكذا الاب اذا قتل ابنه عمدا كان شهيدا لانه أخلف القصاص ثم انقلب مالا وفائدة الوجوب شهادة المقتول ومنها ان لا يكون مرتثا فى شهادته وهو ان لا يخلق شهادته مأخوذ من الثوب الرث وهو الخلق والاصل فيه ما روى ان عمر لما طعن حمل الى بيته فعاش يومين ثم مات فغسل وكان شهيدا وكذا على حمل حيا بعد ما طعن ثم مات فغسل وكان شهيدا وعثمان اجهز عليه فى مصرعه ولم يرتث فلم يغسل وسعد بن معاذ ارتث فقال النبى صلى الله عليه وسلم بادروا الى غسل صاحبكم سعد كيلا تسبقنا الملائكة بغسله كما سبقتنا بغسل حنظلة ولان شهداء أحد ماتوا على مصارعهم ولم يرتثوا حتى روى ان الكاس كان يدار عليهم فلم يشربوا خوفا من نقصان الشهادة فاذا ارتث لم يكن فى معنى شهداء أحد وهذا لانه لما ارتث ونقل من مكانه يزيده النقل ضعفا ويوجب حدوث آلام لم تحدث لولا النقل والموت يحصل عقيب ترادف الآلام فيصير النقل مشاركا للجراحة فى اثارة الموت ولو تم الموت بالنقل لسقط الغسل ولو تم بايلام سوى الجرح لا يسقط فلا يسقط بالشك ولان القتل لم يتمحض بالجرح بل حصل به وبغيره وهو النقل والجرح محظور والنقل مباح فلم يمت بسبب تمحض حراما فلم يصر فى معنى شهداء أحد ثم المرتث من خرج عن صفة القتلى وصار الى حال الدنيا بان جرى عليه شئ من أحكامها أو وصل اليه شئ من منافعها واذا عرف هذا فنقول من حمل من المعركة حيا ثم مات فى بيته أو على أيدى الرجال فهو مرتث وكذلك اذا أكل أو شرب أو باع أو ابتاع أو تكلم بكلام طويل أو قام من مكانه ذلك أو تحول من مكانه الى مكان آخر وبقى على مكانه ذلك حيا يوما كاملا أو ليلة كاملة وهو يعقل فهو مرتث وروى عن أبى يوسف اذا بقى وقت صلاة كامل حتى صارت الصلاة دينا فى ذمته وهو يعقل فهو مرتث وان بقى فى مكانه لا يعقل فليس بمرتث وقال محمد ان بقى يوما فهو مرتث ولو أوصى

كان ارتثاثا عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقيل لا خلاف بينهما في الحقيقة فجواب أبي يوسف خرج فيما اذا أوصى بشئ من أمور الدنيا وذلك يوجب الارتثاث بالاجماع لان الوصية بامور الدنيا من أحكام الدنيا ومصالحها فينقض ذلك معنى الشهادة وجواب محمد محمول على ما اذا أوصى بشئ من أمور الآخرة وذلك لا يوجب الارتثاث بالاجماع كوصية سعد بن الربيع وهو ماروى انه لما أصيب المسلمون يوم أحد ووضعت الحرب أوزارها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل من رجل ينظر ما فعل سعد بن الربيع فنظر عبد الله ابن عبد الرحمن من بني النجار رضى الله تعالى عنهم فوجده جريحا في القتلى وبه رمق فقال له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني ان أنظر في الاحياء أنت أم في الاموات فقال أنا في الاموات فأبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم عني السلام وقل له ان سعد بن الربيع يقول جزاك الله عنا خير ما يجزى نبي عن أمته وأبلغ قومك عني السلام وقل لهم ان سعدا يقول لا عذر لكم عند الله تعالى أن يخلص الى نبيكم وفيكم عين تطرف قال ثم لم أبرح حتى مات فلم يغسل وصلى عليه وذكر في الزيادات انه ان أوصى بمثل وصية سعد بن معاذ فليس بارتثاث والصلاة ارتثاث لانها من أحكام الدنيا ولو جر برجله من بين الصفين حتى تطؤه الخيول فمات لم يكن مرتثا لانه ما نال شيأ من راحة الدنيا بخلاف ما اذا مرض في خيمته أو في بيته لانه قد نال الراحة بسبب ما مرض فصار مرتثا ثم المرتث وان لم يكن شهيدا في حكم الدنيا فهو شهيد في حق الثواب حتى انه ينال ثواب الشهداء كالغريق والحريق والمبطون والغريب انهم شهداء بشهادة الرسول صلى الله عليه وسلم لهم بالشهادة وان لم يظهر حكم شهادتهم في الدنيا ومنها كون المقتول مسلما فان كان كافرا كالذمي اذا خرج مع المسلمين للقتال فقتل يغسل لان سقوط الغسل عن المسلم انما ثبت كرامة له والكافر لا يستحق الكرامة ومنها كون المقتول مكلفا هو شرط صحة الشهادة في قول أبي حنيفة فلا يكون الصبي والمجنون شهيدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط ويلحقهما حكم الشهادة وجه قولهما انه مقتول ظلما ولم يخلف بدلا هو مال فكان شهيدا كالبالغ العاقل ولان القتل ظلما لما أوجب تطهير من ليس بطاهر لارتكابه المعاصي والذنوب فلأن يوجب تطهير من هو طاهر أولى ولابي حنيفة ان النص ورد بسقوط الغسل في حقهم كرامة لهم فلا يجعل واردا فيمن لا يساويهم في استحقاق الكرامة وما ذكروا من معنى الطهارة غير سديد لان سقوط الغسل غير مبني على الطهارة بدليل ان الانبياء صلوات الله عليهم غسلوا ورسولنا سيد البشر صلى الله عليه وسلم غسل والانبياء عليهم الصلاة والسلام أطهر خلق الله تعالى فلا وجه لتعليق ذلك بالتطهير مع انه لا ذنب للصبي يطهره السيف فكان القتل في حقه والموت حتف أنفه سواء ومنها الطهارة عن الجنابة شرط في قول أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قتل جنبا لم يكن شهيدا عنده خلافا لهما وجه قولهما ان القتل على طريق الشهادة أقيم مقام الغسل كالذكاة أقيمت مقام غسل العروق بدليل انه يرفع الحدث ولابي حنيفة ماروى ان حنظلة استشهد جنبا فغسلته الملائكة حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاحبكم لتغسله الملائكة فاسألوا أهله ما باله فسئلت صاحبته فقالت خرج وهو جنب حين سمع الهيعة فقال صلى الله عليه وسلم لذلك غسلته الملائكة أشار الى أن الجنابة علة الغسل والمعنى فيه ان الشهادة عرفت مانعة من حلول نجاسة الموت لا رافعة النجاسة كانت كالذكاة فانها تمنع من حلول نجاسة الموت فيما كان حلالا اما لا ترفع حرمة كانت ثابتة وهذا لانها عرفت مانعة بخلاف القياس فلا تكون رافعة لان المنع أدون من الرفع فاما الحدث فانما ترفعه ضرورة المنع لان الموت لا يخلو عن الحدث اذ لا بد من زوال العقل سابقا على الموت فيثبت الحدث لا محالة والشهادة مانعة من نجاسة الموت فلو لم يرتفع الحدث بالشهادة لاحتيج الى غسل أعضاء الطهارة فلم يظهر أثر منع الشهادة حلول النجاسة فقلنا ان الشهادة ترفع ذلك الحدث لهذه الضرورة ولا ضرورة في الجنابة لانها لا توجد لا محالة لينعدم أثر الشهادة بل توجد في الندرة فلم يرفع وأما الحائض والنفساء اذا استشهدتا فان كان ذلك بعد انقطاع الدم وطهارتهما قبل الاغتسال فالكلام فيهما وفي الجنب سواء وان كان قبل انقطاع الدم فعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية يغسلان كالجنب

لوجود

لوجود شرط الاغتسال وهو الحيض والنفاس وفى رواية لا يغسلان لانه لم يكن وجب بعد قبل الموت فقبل انقطاع الدم فلو وجب وجب بالموت والاغتسال الذى يجب بالموت يسقط بالشهادة ولا اشترط المذكورة لصحة الشهادة بالاجماع لان النساء مخاطبات يخاصمن يوم القيامة من قتلهن فيبقى عليهن أثر الشهادة ليكون شاهدا لهن كالرجال والله أعلم واذا عرف شرائط الشهادة فنقول اذا قتل الرجل فى المعركة أوغيرها وهو يقاتل أهل الحرب أوقتل مدافعا عن نفسه أوماله أوأهله أوواحد من المسلمين أوأهل الذمة فهو شهيد سواء قتل بسلاح أوغيره لاستجماع شرائط الشهادة فى حقه فالتحق بشهداء أحد وكذلك اذا صار مقتولا من جهة قطاع الطريق لانه قتل ظلما لم يخلف بدلا هو مال دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد وهذا قتل دون ماله فيكون شهيدا بشهادة النبى صلى الله عليه وسلم وكذا اذا قتل فى محاربة أهل البغى وعند الشافعى يغسل فى أحد قوليه لان على أحد قوليه يجب القصاص على الباغى فهذا قتيل أخلف بدلا وهو القصاص وهذا يمنع الشهادة عنده على مامر ولنا ماروى عن عمار انه لما استشهد بصفين تحت راية على رضى الله تعالى عنه فقال لا تغسلوا عنى دما ولا تنزعوا عنى ثوبا فانى التقى ومعاوية بالجادة وكان قتيل أهل البغى على ماقال النبى صلى الله عليه وسلم تقتلك الفئة الباغية وروى ان زيد بن صوحان لما استشهد يوم الجمل فقال لا تغسلوا عنى دما ولا تنزعوا عنى ثوبا فانى رجل محاج أحاج يوم القيامة من قتلنى وعن على رضى الله عنه انه كان لا يغسل من قتل من أصحابه ولانه فى معنى شهداء أحد لانه قتل قتلا تمحض ظلما ولم يخلف بدلا هو مال ووجوب القصاص فى قتل الباغى ممنوع وعليه اجماع الصحابة ان كل دم أريق بتأويل القرآن فهو باطل وقتيل غير الباغى وان وجب عليه القصاص لكن ذلك امارة تغلظ الجناية على مامر فلا يوجب قدحا فى الشهادة بخلاف وجوب الدية ولو وجد فى المعركة فان لم يكن به أثر القتل من جراحة أوخنق أوضرب أوخروج الدم لم يكن شهيدا لأن المقتول انما يفارق الميت حتف أنفه بالأثر فاذا لم يكن به أثر فالظاهر انه لم يكن بفعل مضاف الى العدو بل لما التقى الصفان انخلع قناع قلبه من شدة الفزع وقد يبتلى الجبان بهذا فان كان به أثر القتل كان شهيدا لأن الظاهر ان موته كان بذلك السبب وانه كان من العدو والأصل ان الحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه وان كان الدم يخرج من مخارقه ينظر ان كان موضعا يخرج الدم منه من غير آفة فى الباطن كالأنف والذكر والدبر لم يكن شهيدا لأن المرأ قد يبتلى بالرعاف وقد يبول دما لشدة الفزع وقد يخرج الدم من الدبر من غير جرح فى الباطن فوقع الشك فى سقوط الغسل فلا يسقط بالشك وان كان الدم يخرج من أذنه أوعينه كان شهيدا لأن الدم لا يخرج من هذين الموضعين عادة الا لآفة فى الباطن فالظاهر انه ضرب على رأسه حتى خرج الدم من أذنه أوعينه وان كان الدم يخرج من فمه فان كان ينزل من رأسه لم يكن شهيدا لأن ماينزل من الرأس فنزوله من جانب الفم أومن جانب الأنف سواء وان كان يعلو من جوفه كان شهيدا لان الدم لا يصعد من الجوف الا لجرح فى الباطن وانما يميز بينهما بلون الدم والله أعلم ولو وجد فى عسكر المسلمين فان كانوا لقوا العدو فهو شهيد وليس فيه قسامة ولا دية لانه قتيل العدو ظاهرا كما لو وجد قتيلا فى المعركة وان كانوا لم يلقوا العدو لم يكن شهيدا لانه ليس قتيل العدو الا ترى ان فيه القسامة والدية ولو وطئته دابة العدو وهم راكبوها أوسائقوها أوقائدوها فمات أونفر العدو دابته أونخسها فالقته فمات أورماه العدو بالنار فاحترق أوكان المسلمون فى سفينة فرماهم العدو بالنار فاحترقوا أوتعدى هذا الحريق الى سفينة أخرى فيها مسلمون فاحترقوا أوسيلوا عليهم الماء حتى غرقوا أوالقوهم فى الخندق أومن السور بالطعن بالرمح والدفع حتى ماتوا أوالقوا عليهم الجدار كانوا شهداء لان موتهم حصل بفعل مضاف الى العدو فيلحقهم حكم الشهادة ولو نفرت دابة مسلم من دابة العدو أومن سوادهم من غير تنفير منهم فالقته فمات أوانهزم المسلمون فالقوا أنفسهم فى الخندق أومن السور حتى ماتوا لم يكونوا شهداء لان موتهم غير مضاف الى فعل العدو وكذلك اذا حمل على العدو فسقط عن فرسه أوكان المسلمون ينقبون عليهم الحائط فسقط عليهم فماتوا لم يكونوا شهداء عند محمد خلافا لابى يوسف وأصل محمد فى الزيادات فى

هذه المسائل أصلا فقال اذا صار مقتولا بفعل ينسب الى العدو كان شهيدا والا فلا والأصل عند أبى يوسف انه اذا صار مقتولا بعمل الحراب والقتال كان شهيدا والا فلا سواء كان منسوبا الى العدو أولا والاصل عند الحسن بن زياد انه اذا صار مقتولا بمباشرة العدو بحيث لو وجد ذلك القتل فيما بين المسلمين فى دار الاسلام لا يخلو عن وجوب قصاص او كفارة كان شهيدا واذا صار مقتولا بالتسبب لم يكن شهيدا وجنس هذه المسائل فى الزيادات

﴿فصل﴾ وأما حكم الشهادة فى الدنيا فنقول ان الشهيد كسائر الموتى فى أحكام الدنيا وانما يخالفهم فى حكمين أحدهما انه لا يغسل عند عامة العلماء وقال الحسن البصرى يغسل لان الغسل كرامة لبنى آدم والشهيد يستحق الكرامة حسبما يستحقه غيره بل أشد فكان الغسل فى حقه أوجب ولهذا يغسل المرتث ومن قتل بحق فكذا الشهيد ولان غسل الميت وجب تطهيرا له الا ترى انه انما تجوز الصلاة عليه بعد غسله لا قبله والشهيد يصلى عليه فيغسل أيضا تطهيرا له وانما لم تغسل شهداء أحد تخفيفا على الأحياء لكون أكثر الناس كان مجروحا لما ان ذلك اليوم كان يوم بلاء وتمحيص فلم يقدروا على غسلهم (ولنا) ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى شهداء أحد زملوهم بكلومهم ودمائهم فانهم يبعثون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك وفى بعض الروايات زملوهم بدمائهم ولا تغسلوهم فانه ما من جريح يجرح فى سبيل الله الا وهو يأتى يوم القيامة وأوداجه تشخب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك وهذه الرواية أعم فالنبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بالغسل وبين المعنى وهو أنهم يبعثون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما فلا يزال عنهم الدم بالغسل ليكون شاهدا لهم يوم القيامة وبه تبين ان ترك غسل الشهيد من باب الكرامة له وان الشهادة جعلت مانعة عن حلول نجاسة الموت كما فى شهداء أحد وما ذكر من تعذر الغسل غير سديد لما بينا ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بأن يزملوهم بدمائهم وبين المعنى ولان الجراحات التى أصابتهم لما لم تكن مانعة لهم من الحفر والدفن كيف صارت مانعة من الغسل وهو أيسر من الحفر والدفن ولان ترك الغسل لو كان للتعذر لأمر أن ييمموا كما لو تعذر غسل الميت فى زماننا لعدم الماء والدليل عليه انه كما لم تغسل شهداء أحد لم تغسل شهداء بدر والخندق وخيبر وما ذكر من التعذر لم يكن يومئذ ولذا لم يغسل عثمان وعمار وكان بالمسلمين قوة فدل انهم فهموا من ترك الغسل على قتلى أحد غير ما فهم الحسن والثانى أنه يكفن فى ثيابه لقول النبى صلى الله عليه وسلم زملوهم بدمائهم وقد روى فى ثيابهم وروينا عن عمار وزيد بن صوحان انهما قالا لا تنزعوا عنى ثوبا الحديث غير أنه ينزع عنه الجلد والسلاح والفرو والحشو والخف والمنطقة والقلنسوة وعند الشافعى لا ينزع عنه شئ مما ذكرنا لقوله عليه الصلاة والسلام زملوهم بثيابهم ولنا ماروى عن على رضى الله عنه انه قال تنزع عنه العمامة والخفين والقلنسوة وهذا لان ما يترك ليكون كفنا والكفن ما يلبس للستر وهذه الاشياء تلبس اما للتجمل والزينة أو لدفع البرد أو لدفع معرة السلاح ولا حاجة للميت الى شئ من ذلك فلم يكن شئ من ذلك كفنا وبه تبين أن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بثيابهم الثياب التى يكفن بها وتلبس للستر ولان هذا عادة أهل الجاهلية فانهم كانوا يدفنون ابطالهم بما عليهم من الاسلحة وقد نهينا عن التشبه بهم ويزيدون فى أكفانهم ما شاؤا وينقصون ما شاؤا لما روى أن حمزة رضى الله عنه كان عليه نمرة لو غطى رأسه بها بدت رجلاه ولو غطيت بها رجلاه بدا رأسه فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغطى بها رأسه ويوضع على رجليه شئ من الاذخر وذلك زيادة فى الكفن ولان الزيادة على ما عليه حتى يبلغ عدد السنة من باب الكمال فكان لهم ذلك والنقصان من باب دفع الضرر عن الورثة لجواز أن يكون عليه من الثياب ما يضر تركه بالورثة فاما فيما سوى ذلك فهو كغيره من الموتى وقال الشافعى انه لا يصلى عليه كما لا يغسل واحتج بما روى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم ما صلى على أحد من شهداء أحد ولان الصلاة على الميت شفاعة له ودعاء لتمحيص ذنوبه والشهيد قد تطهر بصفة الشهادة عن دنس الذنوب على ما قال النبى صلى الله عليه وسلم السيف محاء للذنوب فاستغنى عن ذلك كما استغنى عن الغسل ولان الله تعالى وصف

الشهداء بأنهم احياء في كتابه والصلاة على الميت لا على الحي ولنا ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على
شهداء أحد صلاة الجنازة حتى روي أنه صلى على حمزة سبعين صلاة و بعضهم أولوا ذلك بأنه كان يؤتى
بواحد واحد فيصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وحمزة رضي الله عنه بين يديه فظن
الراوي أنه كان يصلي على حمزة في كل مرة فروي أنه صلى عليه سبعين صلاة و يحتمل أنه كان
ذلك على حسب الرواية وكان مخصوصا بتلك الكرامة وماروي عن جابر رضي الله عنه
فغير صحيح وقيل انه كان يومئذ مشغولا فانه قتل أبوه وأخوه وخاله فرجع الي
المدينة ليدبر كيف يحملهم الى المدينة فلم يكن حاضرا حين صلى النبي صلى الله
عليه وسلم عليهم فلهذا روى ماروي ومن شاهد النبي صلى الله عليه وسلم قد
روي أنه صلى عليهم ثم سمع جابر منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن تدفن القتلى في مصارعهم فرجع فدفنهم فيها ولان الصلاة على الميت
لاظهار كرامته ولهذا اختص بها المسلمون دون الكفرة والشهيد
أولى بالكرامة وماذكر من حصول الطهارة بالشهادة فالعبد وان
جل قدره لا يستغني عن الدعاء ألا ترى أنهم صلوا على رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولا شك أن درجته كانت فوق
درجة الشهداء وانما وصفهم بالحياة في حق أحكام
الآخرة الا ترى الى قوله تعالى بل احياء عند ربهم
يرزقون فاما في حق أحكام الدنيا فالشهيد
ميت يقسم ماله وتنكح امرأته بعد انقضاء
العدة ووجوب الصلاة عليه من
أحكام الدنيا فكان ميتا فيه
فيصلي عليه والله أعلم
بالصواب واليه
المرجع
والمآب

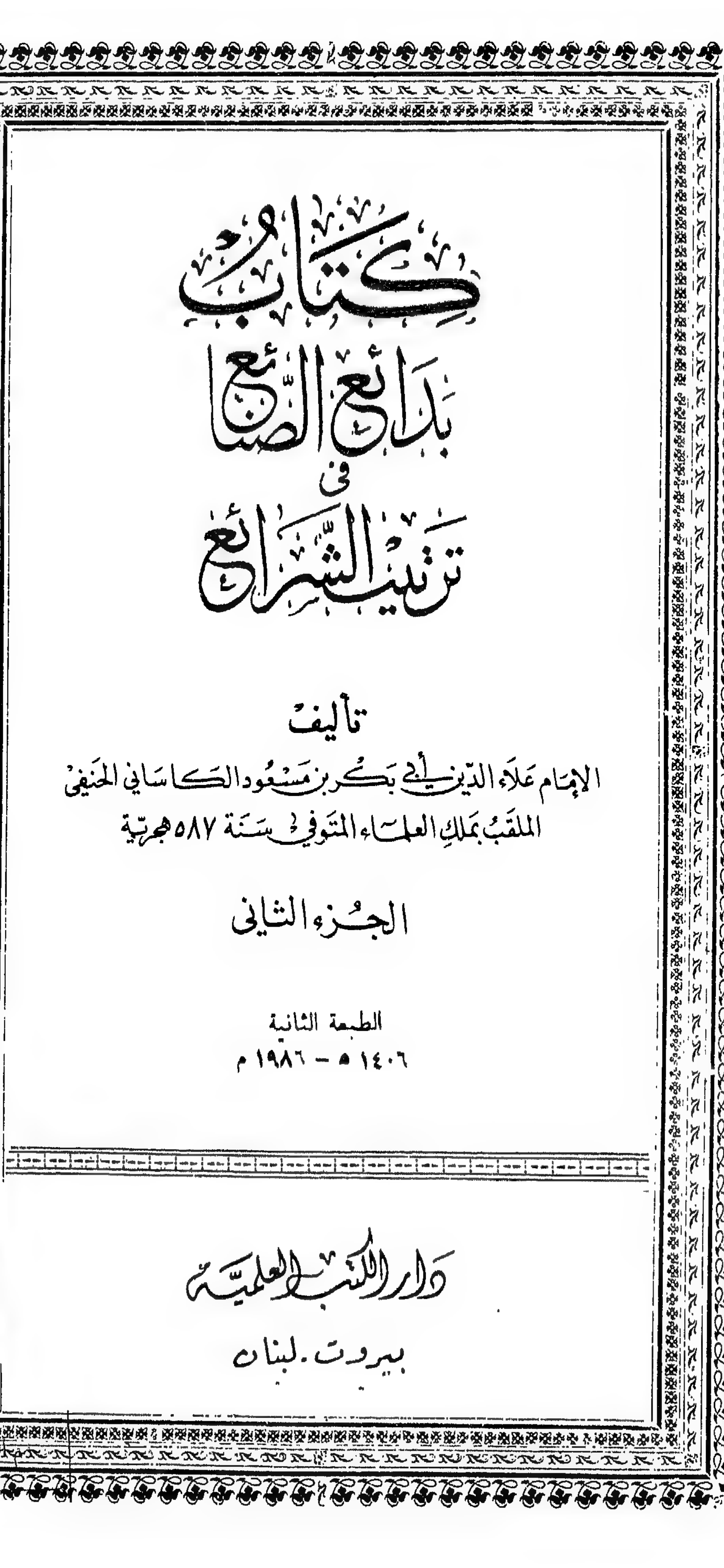
م م
م

﴿ تم الجزء الاول و يليه الجزء الثاني وأوله كتاب الزكاة ﴾

فهرست الجزء الاول من كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع

صحيفة

﴿ تمت ﴾



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

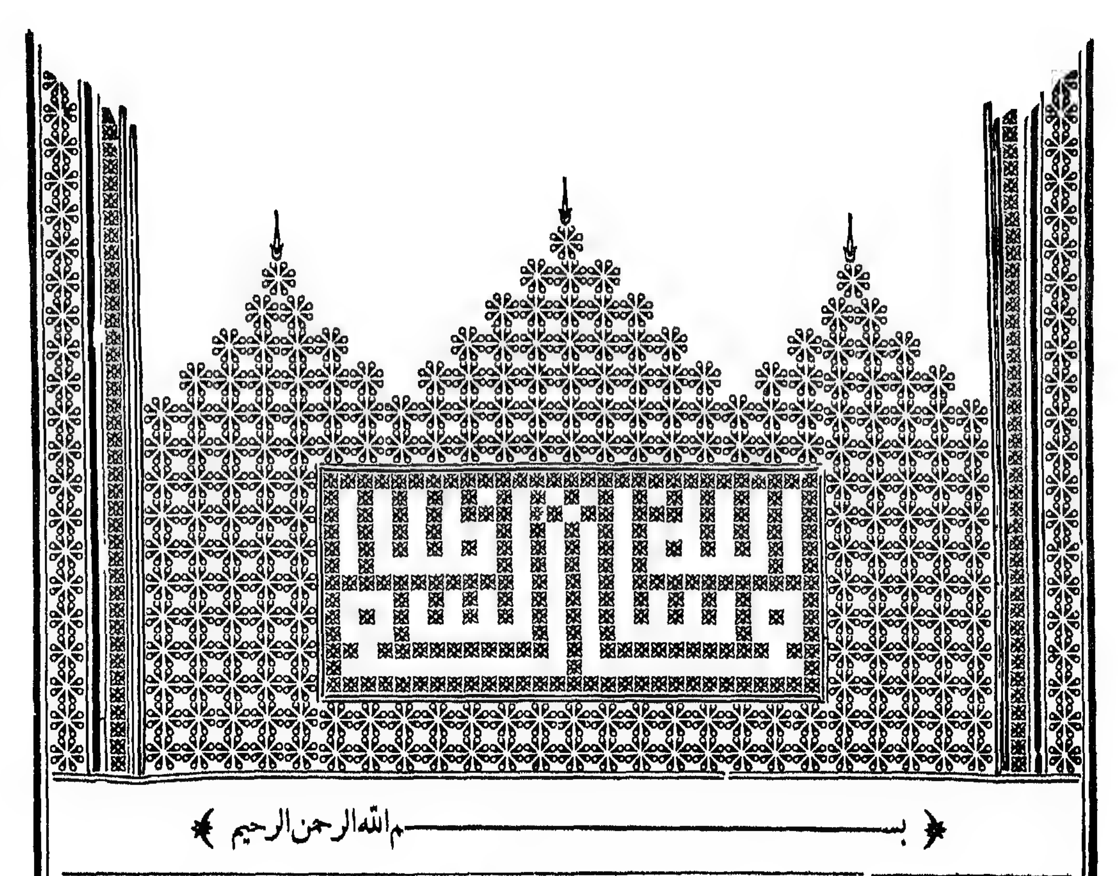
تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الثاني

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الزكاة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضعين في بيان أنواع الزكاة وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالزكاة في الاصل نوعان فرض وواجب فالفرض زكاة المال والواجب زكاة الرأس وهي صدقة الفطر وزكاة المال نوعان زكاة الذهب والفضة وأموال التجارة والسوائم وزكاة الزروع والثمار وهي العشر أو نصف العشر أما الاول فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان فرضيتها وفي بيان كيفية الفرضية وفي بيان سبب الفرضية وفي بيان ركنها وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها أما الاول فالدليل على فرضيتها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وآتوا الزكاة وقوله عز وجل خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وقوله عز وجل وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم والحق المعلوم هو الزكاة وقوله والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الآية فكل مال لم تؤد زكاته فهو كنز لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل مال أديت الزكاة عنه فليس بكنز وان كان تحت سبع أرضين وكل مال لم تؤد الزكاة عنه فهو كنز وان كان على وجه الارض فقد الحق الوعيد الشديد بمن كنز الذهب والفضة ولم ينفقها في سبيل الله ولا يكون ذلك الا بترك الفرض وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم واداء الزكاة انفاق في سبيل الله وقوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين وقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وايتاء الزكاة من باب الاحسان والاعانة على البر والتقوى وأما السنة فما ورد في المشاهير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال بني الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وأقام الصلاة وايتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع اليه سبيلا وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال عام حجة الوداع اعبدوا ربكم وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وحجوا بيت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما من صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي حقها الا جعلت له يوم القيامة صفائح ثم احمي عليها في نار جهنم فيكوى بها جنبه وجبهته وظهره في يوم كان مقداره

خمسين ألف سنة حتى يقضى بين الناس فيرى سبيله اما الى الجنة واما الى النار ومامن صاحب بقر ولا غنم لا يؤدى حقها الا اتى بها يوم القيامة تطؤه بأظلافها وتنطحه بقرونها ثم ذكر فيه ما ذكر فى الاول قالوا يارسول الله فصاحب الخيل قال الخيل ثلاث لرجل أجر ولرجل ستر ولرجل وزر فامامن ربطها عدة فى سبيل الله فانه لوطول لها فى مرج خصب أو فى روضة كتب الله له عدد ما أكلت حسنات وعدد أرواثها حسنات وان مرت بنهر عجاج لا يريد منه السقى فشربت كتب الله له عدد ماشربت حسنات ومن ارتبطها عزا ونفرا على المسلمين كانت له وزرا يوم القيامة ومن ارتبطها تغنيا وتعففا ثم لم ينس حق الله تعالى فى رقابها وظهورها كانت له سترا من النار يوم القيامة وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال مامن صاحب غنم لا يؤدى زكاتها الا بطح لها يوم القيامة بقاع قرقر تطؤه بأظلافها وتنطحه بقرونها وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فى مانعى زكاة الغنم والابل والبقر والفرس لا الفين أحدكم يأتى يوم القيامة وعلى عاتقه شاة تيعر يقول يامحمد يامحمد فأقول لا أملك لك من الله شيأ الا قد بلغت ولا الفين أحدكم يأتى يوم القيامة وعلى عاتقه بعير له رغاء فيقول يامحمد يامحمد فأقول لا املك لك من الله شيأ الا قد بلغت ولا الفين أحدكم يأتى يوم القيامة وعلى عاتقه بقرة لها خوار فيقول يامحمد يامحمد فأقول لا أملك لك من الله شيأ الا قد بلغت ولا الفين احدكم يوم القيامة وعلى عاتقه فرس له حمحمة فيقول يامحمد يامحمد فاقول لا أملك لك من الله شيأ الا قد بلغت والاحاديث فى الباب كثيرة وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على فرضيتها وأما المعقول فمن وجوه أحدها أن اداء الزكاة من باب اعانة الضعيف واغاثة اللهيف واقدار العاجز وتقويته على أداء ما افترض الله عز وجل عليه من التوحيد والعبادات والوسيلة الى اداء المفروض مفروض والثانى أن الزكاة تطهر نفس المؤدى عن انجاس الذنوب وتزكى اخلاقه بتخلق الجود والكرم وترك الشح والضن اذ الأنفس مجبولة على الضن بالمال فتتعود السماحة وترتاض لاداء الامانات وايصال الحقوق الى مستحقيها وقد تضمن ذلك كله قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها والثالث ان الله تعالى قد أنعم على الاغنياء وفضلهم بصنوف النعمة والاموال الفاضلة عن الحوائج الأصلية وخصهم بها فيتنعمون ويستمتعون بلذيذ العيش وشكر النعمة فرض عقلا وشرعا واداء الزكاة الى الفقير من باب شكر النعمة فكان فرضا

﴿فصل﴾ واما كيفية فرضيتها فقد اختلف فيها ذكر الكرخى انها على الفور وذكر فى المنتقى ما يدل عليه فانه قال اذا لم يؤد الزكاة حتى مضى حولان فقد أساء وأثم ولم يحل له ماصنع وعليه زكاة حول واحد وعن محمد ان من لم يؤد الزكاة لم تقبل شهادته وروى عنه أن التأخير لا يجوز وهذا نص على الفور وهو ظاهر مذهب الشافعى وذكر الجصاص انها على التراخى واستدل بمن عليه الزكاة اذا هلك نصابه بعد تمام الحول والتمكن من الاداء أنه لا يضمن ولو كانت واجبة على الفور لضمن كمن أخر صوم شهر رمضان عن وقته أنه يجب عليه القضاء وذكر أبو عبد الله الثلجى عن أصحابنا أنها تجب وجوبا موسعا وقال عامة مشايخنا انها على سبيل التراخى ومعنى التراخى عندهم انها تجب مطلقا عن الوقت غير عين ففى أى وقت أدى يكون مؤديا للواجب ويتعين ذلك الوقت للوجوب واذا لم يؤد الى آخر عمره يتضيق عليه الوجوب بأن بقى من الوقت قدر ما يمكنه الاداء فيه وغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه يموت فيفوت فعند ذلك يتضيق عليه الوجوب حتى انه لو لم يؤد فيه حتى مات يأثم وأصل المسئلة أن الامر المطلق عن الوقت هل يقتضى وجوب الفعل على الفور أم على التراخى كالامر بقضاء صوم رمضان والامر بالكفارات والنذور المطلقة وسجدة التلاوة ونحوها فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وقال امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى انه يجب تحصيل الفعل على الفور وهو الفعل فى أول أوقات الامكان ولكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين بل مع الاعتقاد المبهم أن ما أراد الله به من الفور والتراخى فهو حق وهذه من مسائل اصول الفقه ويجوز أن تبنى مسئلة هلاك النصاب على هذا الاصل لان الوجوب لما كان على التراخى عندنا لم يكن بتأخيره الاداء عن اول أوقات الامكان مفرطا فلا يضمن وعنده لما كان الوجوب على الفور صار مفرطا بالتأخير فيضمن ويجوز

أن بني على أصل آخر نذكره في بيان صفة الواجب ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما سبب فرضيتها فالمال لانها وجبت شكرا لنعمة المال ولذا تضاف الى المال فيقال زكاة المال والاضافة في مثل هذا يراد بها السببية كما يقال صلاة الظهر وصوم الشهر وحج البيت ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما شرائط الفرضية فأنواع بعضها يرجع الى من عليه و بعضها يرجع الى المال أما الذي يرجع الى من عليه فأنواع أيضا منها اسلامه حتى لا تجب على الكافر في حق أحكام الآخرة عندنا لانها عبادة والكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات هو الصحيح من مذهب أصحابنا خلافا للشافعي وهي من مسائل أصول الفقه وأما في حق أحكام الدنيا فلا خلاف في أنها لا تجب على الكافر الاصلي حتى لا يخاطب بالاداء بعد الاسلام كالصوم والصلاة وأما المرتد فكذلك عندنا حتى اذا مضى عليه الحول وهو مرتد فلا زكاة عليه حتى لا يجب عليه أداؤها اذا أسلم وعند الشافعي تجب عليه في حال الردة و يخاطب بادائها بعد الاسلام وعلى هذا الخلاف الصلاة وجه قوله انه أهل للوجوب لقدرته على الاداء بواسطة الطهارة فكان ينبغي أن يخاطب الكافر الأصلي بالأداء بعد الاسلام الا انه سقط عنه الاداء رحمة عليه وتخفيفا له والمرتد لا يستحق التخفيف لانه رجع بعد ما عرف محاسن الاسلام فكان كفره أغلظ فلا يلحق به (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله ولان الزكاة عبادة والكافر ليس من أهل العبادة لعدم شرط الأهلية وهو الاسلام فلا يكون من أهل وجوبها كالكافر الاصلي وقوله انه قادر على الاداء بتقديم شرطه وهو الايمان فاسد لان الايمان أصل والعبادات توابع له بدليل أنه لا يتحقق الفعل عبادة بدونه والايمان عبادة بنفسه وهذه آية التبعية وهذا لا يجوز أن يرتفع الايمان عن الخلائق بحال من الأحوال في الدنيا والآخرة مع ارتفاع غيره من العبادات فكان هو عبادة بنفسه وغيره عبادة به فكان تبعا له فالقول بوجوب الزكاة وغيرها من العبادات بناء على تقديم الايمان جعل التبع متبوعا والمتبوع تابعا وهذا قلب الحقيقة وتغيير الشريعة بخلاف الصلاة مع الطهارة لان الصلاة أصل والطهارة تابعة لها فكان ايجاب الأصل ايجابا للتبع وهو الفرق ومنها العلم بكونها فريضة عند أصحابنا الثلاثة ولسنا نعني به حقيقة العلم بل السبب الموصل اليه وعند زفر ليس بشرط حتى ان الحربي لو أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا ومكث هناك سنين وله سوائم ولا علم له بالشرائع لا يجب عليه زكاتها حتى لا يخاطب بادائها اذا خرج الى دار الاسلام عندنا خلافا لزفر وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الصلاة وهل تجب عليه اذا بلغه رجل واحد في دار الحرب أو يحتاج فيه الى العدد وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب الصلاة ومنها البلوغ عندنا فلا تجب على الصبي وهو قول علي وابن عباس فانهما قالا لا تجب الزكاة على الصبي حتى تجب عليه الصلاة وعند الشافعي ليس بشرط وتجب الزكاة في مال الصبي و يؤديها الولي وهو قول ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول يحصي الولي أعوام اليتيم فاذا بلغ أخبره وهذا اشارة الى أنه تجب الزكاة لكن ليس للولي ولاية الاداء وهو قول ابن أبي ليلى حتى قال لو أداها الولي من ماله ضمن ومن أصحابنا من بني المسئلة على أصل وهو ان الزكاة عبادة عندنا والصبي ليس من أهل وجوب العبادة فلا تجب عليه كما لا يجب عليه الصوم والصلاة وعند الشافعي حق العبد والصبي من أهل وجوب حقوق العباد كضمان المتلفات وأروش الجنايات ونفقة الاقارب والزوجات والخراج والعشر وصدقة الفطر ولان كانت عبادة فهي عبادة مالية تجري فيها النيابة حتى تتأدى بأداء الوكيل والولي نائب الصبي فيها فيقوم مقامه في اقامة هذا الواجب بخلاف العبادات البدنية لانها لا تجري فيها النيابة ومنهم من تكلم فيها ابتداء أما الكلام فيها على وجه البناء فوجه قوله النص ودلالة الاجماع والحقيقة أما النص فقوله تعالى انما الصدقات للفقراء وقوله عز وجل وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم والاضافة بحرف اللام تقتضي الاختصاص بجهة الملك اذا كان المضاف اليه من أهل الملك وأما دلالة الاجماع فلأنا أجمعنا على ان من عليه الزكاة اذا وهب جميع النصاب من الفقير ولم تحضره النية تسقط عنه الزكاة والعبادة لا تتأدى بدون النية ولذا يجري فيها الجبر والاستحلاف من الساعي

وانما يجريان فى حقوق العباد وكذا يصح توكيل الذمى باداء الزكاة والذمى ليس من أهل العبادة وأما الحقيقة فان الزكاة تمليك المال من الفقير والمنتفع بها هو الفقير فكانت حق الفقير والصبا لا يمنع حقوق العباد على ما بينا ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع اليه سبيلا وما بنى عليه الاسلام يكون عبادة والعبادات التى تحتمل السقوط تقدر فى الجملة فلا تجب على الصبيان كالصوم والصلاة وأما الآية فالمراد من الصدقة المذكورة فيها محل الصدقة وهو المال لا نفس الصدقة لانها اسم للفعل وهو اخراج المال الى الله تعالى وذلك حق الله تعالى لا حق الفقير وكذلك الحق المذكور فى الآية الاخرى المراد منه المال وذا ليس بزكاة بل هو محل الزكاة وسقوط الزكاة بهبة النصاب من الفقير لوجود النية دلالة والجبر على الأداء ليؤدى من عليه بنفسه لا ينافى العبادة حتى لو مد يده وأخذه من غير أداء من عليه لا تسقط عنه الزكاة عندنا وجريان الاستخلاف لثبوت ولاية المطالبة للساعى ليؤدى من عليه باختياره وهذا لا يقتضى كون الزكاة حق العبد وانما جازت باداء الوكيل لان المؤدى فى الحقيقة هو الموكل والخراج ليس بعبادة بل هو مؤنة الارض وصدقة الفطر ممنوعة على قول محمد وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلانها مؤنة من وجه قال النبى صلى الله عليه وسلم أدوا عمن تمونون فتجب بوصف المؤنة لا بوصف العبادة وهو الجواب عن العشر وأما الكلام فى المسئلة على وجه الابتداء فالشافعى احتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ابتغوا فى أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الصدقة ولو لم تجب الزكاة فى مال اليتيم ما كانت الصدقة تأكلها وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من ولى يتيما فليؤد زكاة ماله وروى من ولى يتيما فليزك ماله ولعمومات الزكاة من غير فصل بين البالغين والصبيان ولان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وقد وجد فتجب الزكاة فيه كالبالغ (ولنا) انه لا سبيل الى الايجاب على الصبى لانه مرفوع القلم بالحديث ولان ايجاب الزكاة ايجاب الفعل وايجاب الفعل على العاجز عن الفعل تكليف ما ليس فى الوسع ولا سبيل الى الايجاب على الولى ليؤدى من مال الصبى لان الولى منهى عن قربان مال اليتيم الا على وجه الأحسن بنص الكتاب وأداء الزكاة من ماله قربان ماله لا على وجه الأحسن لما ذكرنا فى الخلافيات والحديثان غريبان أو من الآحاد فلا يعارضان الكتاب مع ما ان اسم الصدقة يطلق على النفقة قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة وعلى عياله صدقة وفى الحديث ما يدل عليه لانه أضاف الاكل الى جميع المال والنفقة هى التى تأكل الجميع لا الزكاة أو تحمل الصدقة والزكاة على صدقة الفطر لانها تسمى زكاة وأما قوله من ولى يتيما فليزك ماله أى ليتصرف فى ماله كى ينمو ماله اذ التزكية هى التنمية توفيقا بين الدلائل وعمومات الزكاة لا تتناول الصبيان أو هى مخصوصة فتخص المتنازع فيه بما ذكرنا والله أعلم (ومنها) العقل عندنا فلا تجب الزكاة فى مال المجنون جنونا أصليا وجملة الكلام فيه ان الجنون نوعان أصلى وطارئ أما الاصلى وهو أن يبلغ مجنونا فلا خلاف بين أصحابنا انه يمنع انعقاد الحول على النصاب حتى لا يجب عليه اداء زكاة ما مضى من الاحوال بعد الافاقة وانما يعتبر ابتداء الحول من وقت الافاقة لانه الآن صار أهلا لان ينعقد الحول على ماله كالصبى اذا بلغ أنه لا يجب عليه أداء زكاة ما مضى من زمان الصبا وانما يعتبر ابتداء الحول على ماله من وقت البلوغ عندنا كذا هذا ولهذا منع وجوب الصلاة والصوم كذا الزكاة وأما الجنون الطارئ فان دام سنة كاملة فهو فى حكم الاصلى ألا ترى انه فى حق الصوم كذلك كذا فى حق الزكاة لان السنة فى الزكاة كالشهر فى الصوم والجنون المستوعب للشهر يمنع وجوب الصوم فالمستوعب للسنة يمنع وجوب الزكاة ولهذا يمنع وجوب الصلاة والحج فكذا الزكاة وان كان فى بعض السنة ثم أفاق روى عن محمد فى النوادر انه ان أفاق فى شئ من السنة وان كان ساعة من الحول من أوله أو وسطه أو آخره تجب زكاة ذلك الحول وهو رواية ابن سماعة عن أبى يوسف أيضا وروى هشام عنه أنه قال ان أفاق أكثر السنة وجبت والا فلا وجه هذه الرواية انه اذا كان فى أكثر السنة مفيقا فكانه كان مفيقا فى جميع السنة لان للاكثر حكم الكل فى كثير من الاحكام خصوصا فيما يحتاط فيه وجه الرواية الأخرى وهو قول محمد هو اعتبار

الزكاة بالصوم وهو اعتبار صحيح لان السنة للزكاة كالشهر للصوم ثم الافاقة في جزء من الشهر يكفي لوجوب صوم الشهر كذا الافاقة في جزء من السنة تكفي لانعقاد الحول على المال وأما الذي يجن و يفيق فهو كالصحيح وهو بمنزلة النائم والمغمى عليه ومنها الحرية لان الملك من شرائط الوجوب لما نذكر والمملوك لا ملك له حتى لا تجب الزكاة على العبد وان كان مأذونا له في التجارة لانه ان لم يكن عليه دين فكسبه لمولاه وعلى المولى زكاته وان كان عليه دين محيط بكسبه فالمولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عند أبي حنيفة فلا زكاة فيه على أحد وعند أبي يوسف ومحمد ان كان يملكه لكنه مشغول بالدين والمال المشغول بالدين لا يكون مال الزكاة وكذا المدبر وأم الولد لما قلنا وكذا لا زكاة على المكاتب في كسبه لانه ليس ملكه حقيقة لقيام الرق فيه بشهادة النبي صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد اسم للمرقوق والرق ينافي الملك وأما المستسعى فحكمه حكم المكاتب في قول أبي حنيفة وعندهما هو حر مديون فينظر ان كان فضل عن سعايته ما يبلغ نصابا تجب الزكاة عليه والا فلا ومنها أن لا يكون عليه دين مطالب به من جهة العباد عندنا فان كان فانه يمنع وجوب الزكاة بقدره حالا كان أو مؤجلا وعند الشافعي هذا ليس بشرط والدين لا يمنع وجوب الزكاة كيفما كان احتج الشافعي بعمومات الزكاة من غير فصل ولان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وشرطه أن يكون معدا للتجارة أو للاسامة وقد وجد أما الملك فظاهر لان المديون مالك لماله لان دين الحر الصحيح يجب في ذمته ولا يتعلق بماله ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاء وأما الاعداد للتجارة أو الاسامة فلان الدين لا ينافي ذلك والدليل عليه انه لا يمنع وجوب العشر (ولنا) ماروى عن عثمان رضي الله عنه انه خطب في شهر رمضان وقال في خطبته الا ان شهر زكاتكم قد حضر فمن كان له مال وعليه دين فليحسب ماله بما عليه ثم ليزك بقية ماله وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان ذلك اجماعا منهم على انه لا تجب الزكاة في القدر المشغول بالدين و به تبين ان مال المديون خارج عن عمومات الزكاة ولانه محتاج الى هذا المال حاجة أصلية لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية والمال المحتاج اليه حاجة أصلية لا يكون مال الزكاة لانه لا يتحقق به الغنى ولا صدقة الا عن ظهر غنى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خرج الجواب عن قوله انه وجد سبب الوجوب وشرطه لان صفة الغنى مع ذلك شرط ولا يتحقق مع الدين مع ما أن ملكه في النصاب ناقص بدليل ان لصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه أن يأخذه من غير قضاء ولا رضاء وعند الشافعي له ذلك في الجنس وخلاف الجنس وذا آية عدم الملك كما في الوديعة والمغصوب فلأن يكون دليل نقصان الملك أولى وأما العشر فقد روى ابن المبارك عن أبي حنيفة ان الدين يمنع وجوب العشر فيمنع على هذه الرواية وأما على ظاهر الرواية فلان العشر مؤنة الأرض النامية كالخراج فلا يعتبر فيه غنى المالك ولهذا لا يعتبر فيه أصل الملك عندنا حتى يجب في الاراضي الموقوفة وأرض المكاتب بخلاف الزكاة فانه لا بد فيها من غنى المالك والغنى لا يجامع الدين وعلى هذا يخرج مهر المرأة فانه يمنع وجوب الزكاة عندنا معجلا كان أو مؤجلا لانها اذا طالبته يؤاخذ به وقال بعض مشايخنا ان المؤجل لا يمنع لانه غير مطالب به عادة فأما المعجل فيطالب به عادة فيمنع وقال بعضهم ان كان الزوج على عزم من قضائه يمنع وان لم يكن على عزم القضاء لا يمنع لانه لا يعده دينا وانما يؤاخذ المرء بما عنده في الأحكام وذكر الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري في الاجارة الطويلة التي تعارفها أهل بخارى ان الزكاة في الاجرة المعجلة تجب على الآجر لانه ملكه قبل الفسخ وان كان يلحقه دين بعد الحول بالفسخ وقال بعض مشايخنا انه يجب على المستأجر أيضا لانه يعد ذلك مالا موضوعا عند الآجر وقالوا في البيع الذي اعتاده أهل سمرقند وهو بيع الوفاء ان الزكاة على البائع في ثمنه ان بقي حولا لانه ملكه و بعض مشايخنا قالوا يجب أن يلزم المشتري أيضا لانه يعده مالا موضوعا عند البائع فيؤاخذ بما عنده وقالوا فيمن ضمن الدرك فاستحق المبيع انه ان كان في الحول يمنع لان المانع قارن الموجب فيمنع الوجوب فأما اذا استحق بعد الحول لا يسقط الزكاة لانه دين حادث لان الوجوب مقتصر على حالة الاستحقاق وان كان الضمان سببا حتى

اعتبر

اعتبر من جميع المال واذا اقتصر وجوب الدين لم يمنع وجوب الزكاة قبله وأما نفقة الزوجات فما لم يصر دينا اما بفرض القاضي أو بالتراضي لا يمنع لانها تجب شيأ فشيأ فتسقط اذا لم يوجد قضاء القاضي أو التراضي وتمنع اذا فرضت بقضاء القاضي أو بالتراضي لصيرورته دينا وكذا نفقة المحارم تمنع اذا فرضها القاضي في مدة قصيرة نحو ما دون الشهر فتصير دينا فأما اذا كانت المدة طويلة فلا تصير دينا بل تسقط لانها صلة محضة بخلاف نفقة الزوجات الا ان القاضي يضطر الى الفرض في الجملة في نفقة المحارم أيضا لكن الضرورة ترتفع بأدنى المدة وقال بعض مشايخنا ان نفقة المحارم تصير دينا أيضا بالتراضي في المدة اليسيرة وقالوا دين الخراج يمنع وجوب الزكاة لانه مطالب به وكذا اذا صار العشر دينا في ذمته بان أتلف الطعام العشري صاحبه فأما وجوب العشر فلا يمنع لانه متعلق بالطعام يبقى ببقائه ويهلك بهلاكه والطعام ليس مال التجارة حتى يصير مستحقا بالدين وأما الزكاة الواجبة في النصاب أو دين الزكاة بان أتلف مال الزكاة حتى انتقل من العين الى الذمة فكل ذلك يمنع وجوب الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد سواء كان في الأموال الظاهرة أو الباطنة وقال زفر لا يمنع كلاهما وقال أبو يوسف وجوب الزكاة في النصاب يمنع فأما دين الزكاة فلا يمنع هكذا ذكر الكرخي قول زفر ولم يفصل بين الأموال الظاهرة والباطنة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا مذهبه في الأموال الباطنة من الذهب والفضة وأموال التجارة ووجه هذا القول ظاهر لان الأموال الباطنة لا يطالب الامام بزكاتها فلم يكن لزكاتها مطالب من جهة العباد سواء كانت في العين أو في الذمة فلا يمنع وجوب الزكاة كديون الله تعالى من الكفارات والنذور وغيرها بخلاف الأموال الظاهرة لان الامام يطالب بزكاتها وأما وجه قوله الآخر فهو ان الزكاة قربة فلا يمنع وجوب الزكاة كدين النذور والكفارات ولابي يوسف الفرق بين وجوب الزكاة وبين دينها هو ان دين الزكاة في الذمة لا يتعلق بالنصاب فلا يمنع الوجوب كدين الكفارات والنذور وأما وجوب الزكاة فتعلق بالنصاب اذ الواجب جزء من النصاب واستحقاق جزء من النصاب يوجب النصاب اذ المستحق كالمصروف وحكي انه قيل لابي يوسف ما حجتك على زفر فقال ما حجتي على من يوجب في مائتي درهم أربعمائة درهم والأمر على ما قاله أبو يوسف لانه اذا كان له مائتا درهم فلم يؤد زكاتها سنين كثيرة يؤدي الى ايجاب الزكاة في المال أكثر منه باضعافه وانه قبيح ولابي حنيفة ومحمد أن كل ذلك دين مطالب به من جهة العباد أما زكاة السوائم فلانها يطالب بها من جهة السلطان عينا كان أو دينا ولهذا يستحلف اذا أنكر الحول أو أنكر كونه للتجارة أو ما أشبه ذلك فصار بمنزلة ديون العباد وأما زكاة التجارة فطالب بها أيضا تقديرا لان حق الأخذ للسلطان وكان يأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما الى زمن عثمان رضي الله عنه فلما كثرت الأموال في زمانه وعلم ان في تتبعها زيادة ضرر بأربابها رأى المصلحة في أن يفوض الاداء الى أربابها باجماع الصحابة فصار أرباب الأموال كالوكلاء عن الامام ألا ترى انه قال من كان عليه دين فليؤده وليترك ما بقي من ماله فهذا توكيل لأرباب الأموال باخراج الزكاة فلا يبطل حق الامام عن الأخذ ولهذا قال أصحابنا ان الامام اذا علم من أهل بلدة انهم يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة فانه يطالبهم بها لكن اذا أراد الامام أن يأخذها بنفسه من غير تهمة الترك من أربابها ليس له ذلك لما فيه من مخالفة اجماع الصحابة رضي الله عنهم وبيان ذلك انه اذا كان لرجل مائتا درهم أو عشرون مثقال ذهب فلم يؤد زكاته سنتين يزكي السنة الاولى وليس عليه للسنة الثانية شيء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يؤدي زكاة سنتين وكذا هذا في مال التجارة وكذا في السوائم اذا كان له خمس من الابل السائمة مضى عليها سنتان ولم يؤد زكاتها انه يؤدي زكاة السنة الاولى وذلك شاة ولا شيء عليه للسنة الثانية ولو كانت عشرا وحال عليها حولان يجب للسنة الاولى شاتان وللثانية شاة ولو كانت الابل خمسا وعشرين يجب للسنة الاولى بنت مخاض وللسنة الثانية أربع شياه ولو كان له ثلاثون من البقر السوائم يجب للسنة الاولى تبيع أو تبيعة ولا شيء للسنة الثانية وان كانت أربعين يجب للسنة الاولى مسنة وللثانية تبيع أو تبيعة وان كان له أربعون من الغنم عليه للسنة الاولى شاة ولا شيء للسنة الثانية وان كانت مائة واحدى وعشرين

عليه للسنة الاولى شاتان وللسنة الثانية شاة ولو لحقه دين مطالب به من جهة العباد فى خلال الحول هل ينقطع حكم الحول قال أبو يوسف لا ينقطع حتى اذا سقط بالقضاء أو بالابراء قبل تمام الحول تلزمه الزكاة اذا تم الحول وقال زفر ينقطع الحول بلحوق الدين والمسئلة مبنية على نقصان النصاب فى خلال الحول لان بالدين ينعدم كون المال فاضلا عن الحاجة الأصلية فتنعدم صفة الغنى فى المالك فكان نظير نقصان النصاب فى أثناء الحول وعندنا نقصان النصاب فى خلال الحول لا يقطع الحول وعند زفر يقطع على ما نذكر فهذا مثله وأما الديون التى لا مطالب لها من جهة العبادات كالنذور والكفارات وصدقة الفطر ووجوب الحج ونحوها لا يمنع وجوب الزكاة لان أثرها فى حق أحكام الآخرة وهو الثواب بالاداء والاثم بالترك فاما لا أثر له فى أحكام الدنيا ألا ترى انه لا يجبر ولا يحبس فلا يظهر فى حق حكم من أحكام الدنيا فكانت ملحقة بالعدم فى حق أحكام الدنيا ثم اذا كان على الرجل دين وله مال الزكاة وغيره من عبيد الخدمة وثياب البذلة ودور السكنى فان الدين يصرف الى مال الزكاة عندنا سواء كان من جنس الدين أو لا ولا يصرف الى غير مال الزكاة وان كان من جنس الدين وقال زفر يصرف الدين الى الجنس وان لم يكن مال الزكاة حتى انه لو تزوج امرأة على خادم بغير عينه وله مائتا درهم وخادم فدين المهر يصرف الى المائتين دون الخادم عندنا وعنده يصرف الى الخادم وجه قول زفر ان قضاء الدين من الجنس أيسر فكان الصرف اليه أولى ولنا ان عين مال الزكاة مستحق كسائر الحوائج ومال الزكاة فاضل عنها فكان الصرف اليه أيسر وأنظر بارباب الأموال ولهذا لا يصرف الى ثياب بدنه وقوته وقوت عياله وان كان من جنس الدين لما قلنا وذكر محمد فى الأصل أرأيت لو تصدق عليه لم يكن موضعا للصدقة ومعنى هذا الكلام ان مال الزكاة مشغول بحاجة الدين فكان ملحقا بالعدم وملك الدار والخادم لا يحرم عليه أخذ الصدقة فكان فقيرا ولا زكاة على الفقير ولو كان فى يده من أموال الزكاة أنواع مختلفة من الدراهم والدنانير وأموال التجارة والسوائم فانه يصرف الدين الى الدراهم والدنانير وأموال التجارة دون السوائم لان زكاة هذه الجملة يؤديها أرباب الأموال وزكاة السوائم يأخذها الامام وربما يقصرون فى الصرف الى الفقراء ضنا بمالهم فكان صرف الدين الى الأموال الباطنة ليأخذ السلطان زكاة السوائم نظرا للفقراء وهذا أيضا عندنا وعلى قول زفر يصرف الدين الى الجنس وان كان من السوائم حتى ان من تزوج امرأة على خمس من الابل السائمة بغير أعيانها وله أموال التجارة وابل سائمة فان عنده يصرف المهر الى الابل وعندنا يصرف الى مال التجارة لما مر وذكر الشيخ الامام السرخسى ان هذا اذا حضر المصدق فان لم يحضر فالخيار لصاحب المال ان شاء صرف الدين الى السائمة وأدى الزكاة من الدراهم وان شاء صرف الدين الى الدراهم وأدى الزكاة من السائمة لان فى حق صاحب المال هما سواء لا يختلف وانما الاختلاف فى حق المصدق فان له ولاية أخذ الزكاة من السائمة دون الدراهم فلهذا اذا حضر صرف الدين الى الدراهم وأخذ الزكاة من السائمة فاما اذا لم يكن له مال الزكاة سوى السوائم فان الدين يصرف اليها ولا يصرف الى أموال البذلة لما ذكرنا ثم ينظر ان كان له أنواع مختلفة من السوائم فان الدين يصرف الي أقلها زكاة حتى يجب الأكثر نظرا للفقراء بان كان له خمس من الابل وثلاثون من البقر وأربعون شاة فان الدين يصرف الي الابل أو الغنم دون البقر حتى يجب التبيع لانه أكثر قيمة من الشاة وهذا اذا صرف الدين الي الابل والغنم بحيث لا يفضل شئ منه فاما اذا استغرق أحدهما وفضل منه شئ وان صرف الى البقر لا يفضل منه شئ فانه يصرف الى البقر لانه اذا فضل شئ منه يصرف الي الغنم فانتقص النصاب بسبب الدين فامتنع وجوب شاتين ولو صرف الى البقر وامتنع وجوب التبيع تجب الشاتان لانه لو صرف الدين الى الغنم يبقى نصاب الابل السائمة كاملا والتبيع أقل قيمة من شاتين ولو لم يكن له الا الابل والغنم ذكر فى الجامع ان لصاحب المال أن يصرف الدين الى أيهما شاء لاستوائهما فى قدر الواجب وهو الشاة وذكر فى نوادر الزكاة أن للمصدق أن يأخذ الزكاة من الابل دون الغنم لان الشاة الواجبة فى الابل ليست من نفس النصاب فلا ينتقص النصاب بأخذها ولو صرف الدين الى الابل يأخذ الشاة من الأربعين فينتقص النصاب فكان هذا أنفع للفقراء ولو كان له خمس وعشرون من الابل وثلاثون بقرا

وأربعون

وأربعون شاة فان كان الدين لا يفضل عن الغنم يصرف الى الشاة لانه أقل زكاة فان فضل منه ينظر ان كان بنت مخاض وسط أقل قيمة من الشاة وتبيع وسط يصرف الى الابل وان كان أكثر قيمة منها يصرف الى الغنم والبقر لان هذا أنفع للفقراء فالمدار على هذا الحرف فاما اذا لم يكن له مال للزكاة فانه يصرف الدين الى عروض البذلة والمهنة أولا ثم الى العقار لان الملك مما يستحدث في العروض ساعة فساعة فاما العقار فمما لا يستحدث فيه الملك غالبا فكان فيه مراعاة النظر لهما جميعا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التي ترجع الى المال فمنها الملك فلا تجب الزكاة في سوائم الوقف والخيل المسبلة لعدم الملك وهذا لان في الزكاة تمليكا والتمليك في غير الملك لا يتصور ولا تجب الزكاة في المال الذي استولى عليه العدو وأحرزوه بدارهم عندنا لانهم ملكوها بالاحراز عندنا فزال ملك المسلم عنها وعند الشافعي تجب لان ملك المسلم بعد الاستيلاء والاحراز بالدار قائم وان زالت يده عنه والزكاة وظيفة الملك عنده ومنها الملك المطلق وهو أن يكون مملوكا له رقبة ويدا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اليد ليست بشرط وهو قول الشافعي فلا تجب الزكاة في المال الضمار عندنا خلافا لهما وتفسير مال الضمار هو كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك كالعبد الآبق والضال والمال المفقود والمال الساقط في البحر والمال الذي أخذه السلطان مصادرة والدين المجحود اذا لم يكن للمالك بينة وحال الحول ثم صار له بينة بأن أقر عند الناس والمال المدفون في الصحراء اذا خفي على المالك مكانه فان كان مدفونا في البيت تجب فيه الزكاة بالاجماع وفي المدفون في الكرم والدار الكبيرة اختلاف المشايخ احتجا بعمومات الزكاة من غير فصل ولان وجوب الزكاة يعتمد الملك دون اليد بدليل ابن السبيل فانه تجب الزكاة في ماله وان كانت يده فائتة لقيام ملكه وتجب الزكاة في الدين مع عدم القبض وتجب في المدفون في البيت فثبت ان الزكاة وظيفة الملك والملك موجود فتجب الزكاة فيه الا انه لا يخاطب بالأداء للحال لعجزه عن الأداء لبعد يده عنه وهذا لا ينفي الوجوب كما في ابن السبيل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة في مال الضمار وهو المال الذي لا ينتفع به مع قيام الملك مأخوذ من البعير الضامر الذي لا ينتفع به لشدة هزاله مع كونه حيا وهذه الاموال غير منتفع بها في حق المالك لعدم وصول يده اليها فكانت ضمارا ولان المال اذا لم يكن مقدور الانتفاع به في حق المالك لا يكون المالك به غنيا ولا زكاة على غير الغني بالحديث الذي روينا ومال ابن السبيل مقدور الانتفاع به في حقه بيد نائبه وكذا المدفون في البيت لانه يمكنه الوصول اليه بالنبش بخلاف المفازة لان نبش كل الصحراء غير مقدور له وكذا الدين المقر به اذا كان المقر مليا فهو ممكن الوصول اليه واما الدين المجحود فان لم يكن له بينة فهو على الاختلاف وان كان له بينة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تجب الزكاة فيه لانه يمكن الوصول اليه بالبينة فاذا لم يقم البينة فقد ضيع القدرة فلم يعذر وقال بعضهم لا تجب لان الشاهد قد يفسق الا اذا كان القاضي عالما بالدين لانه يقضي بعلمه فكان مقدور الانتفاع به وان كان المديون يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكاة فيه كذا روي عن أبي يوسف لانه لا ينتفع باقراره في السر فكان بمنزلة الجاحد سرا وعلانية وان كان المديون مقرا بالدين لكنه مفلس فان لم يكن مقضيا عليه بالافلاس تجب الزكاة فيه في قولهم جميعا وقال الحسن بن زياد لا زكاة فيه لان الدين على المعسر غير منتفع به فكان ضمارا والصحيح قولهم لان المفلس قادر على الكسب والاستقراض مع ان الافلاس محتمل الزوال ساعة فساعة اذ المال غاد ورائح وان كان مقضيا عليه بالافلاس فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا زكاة فيه فمحمد مر على أصله لان التفليس عنده يتحقق وانه يوجب زيادة عجز لانه يسد عليه باب التصرف لان الناس لا يعاملونه بخلاف الذي لم يقض عليه بالافلاس وأبو حنيفة مر على أصله لان الافلاس عنده لا يتحقق في حال الحياة والقضاء به باطل وأبو يوسف وان كان يرى التفليس لكن المفلس قادر في الجملة بواسطة الاكتساب فصار الدين مقدور الانتفاع في الجملة فكان أثر التفليس في تأخير المطالبة الى وقت اليسار فكان كالدين المؤجل فتجب الزكاة فيه ولو دفع الى انسان وديعة ثم نسي

المودع فان كان المدفوع اليه من معارفه فعليه الزكاة لما مضى اذا تذكر لان نسيان المعروف نادر فكان طريق الوصول قائما وان كان ممن لا يعرفه فلا زكاة عليه فيما مضى لتعذر الوصول اليه ولا زكاة فى دين الكتابة والدية على العاقلة لان دين الكتابة ليس بدين حقيقة لانه لا يجب للمولى على عبده دين فلهذا لم تصح الكفالة به والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم اذ هو ملك المولى من وجه وملك المكاتب من وجه لان المكاتب فى اكتسابه كالحر فلم يكن بدل الكتابة ملك المولى مطلقا بل كان ناقصا وكذا الدية على العاقلة ملك ولى القتيل فيها متزلزل بدليل انه لو مات واحد من العاقلة سقط ما عليه فلم يكن ملكا مطلقا ووجوب الزكاة وظيفة الملك المطلق وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة فى الدين الذى وجب للانسان لا بدلا عن شئ رأسا كالميراث الدين والوصية بالدين او وجب بدلا عما ليس بمال اصلا كالمهر للمرأة على الزوج وبدل الخلع للزوج على المرأة والصلح عن دم العمد انه لا تجب الزكاة فيه وجملة الكلام فى الديون انها على ثلاث مراتب فى قول أبى حنيفة دين قوى ودين ضعيف ودين وسط كذا قال عامة مشايخنا اما القوى فهو الذى وجب بدلا عن مال التجارة كثمن عرض التجارة من ثياب التجارة وعبيد التجارة أو غلة مال التجارة ولا خلاف فى وجوب الزكاة فيه الا انه لا يخاطب باداء شئ من زكاة ما مضى ما لم يقبض أربعين درهما فكلما قبض أربعين درهما أدى درهما واحدا وعند أبى يوسف ومحمد كلما قبض شيأ يؤدى زكاته قل المقبوض أو كثر واما الدين الضعيف فهو الذى وجب له بدلا عن شئ سواء وجب له بغير صنعه كالميراث أو بصنعه كالوصية أو وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص وبدل الكتابة ولا زكاة فيه ما لم يقبض كله ويحول عليه الحول بعد القبض وأما الدين الوسط فما وجب له بدلا عن مال ليس للتجارة كثمن عبد الخدمة وثمن ثياب البذلة والمهنة وفيه روايتان عنه ذكر فى الاصل انه تجب فيه الزكاة قبل القبض لكن لا يخاطب بالاداء ما لم يقبض مائتى درهم فاذا قبض مائتى درهم زكى لما مضى وروى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه لا زكاة فيه حتى يقبض المائتين ويحول عليه الحول من وقت القبض وهو أصح الروايتين عنه وقال أبو يوسف ومحمد الديون كلها سواء وكلها قوية تجب الزكاة فيها قبل القبض الا الدية على العاقلة ومال الكتابة فانه لا تجب الزكاة فيها أصلا ما لم تقبض ويحول عليها الحول وجه قولهما ان ما سوى بدل الكتابة والدية على العاقلة ملك صاحب الدين ملكا مطلقا رقبة ويدا لتمكنه من القبض بقبض بدله وهو العين فتجب فيه الزكاة كسائر الاعيان المملوكة ملكا مطلقا الا انه لا يخاطب بالاداء للحال لانه ليس فى يده حقيقة فاذا حصل فى يده يخاطب باداء الزكاة قدر المقبوض كما هو مذهبهما فى العين فيما زاد على النصاب بخلاف الدية وبدل الكتابة لان ذلك ليس بملك مطلق بل هو ملك ناقص على ما بينا والله أعلم ولأبى حنيفة وجهان أحدهما ان الدين ليس بمال بل هو فعل واجب وهو فعل تمليك المال وتسليمه الى صاحب الدين والزكاة انما تجب فى المال فاذا لم يكن مالا لا تجب فيه الزكاة ودليل كون الدين فعلا من وجوه ذكرناها فى الكفالة بالدين عن ميت مفلس فى الخلافيات كان ينبغى أن لا تجب الزكاة فى دين ما لم يقبض ويحول عليه الحول الا أن ما وجب له بدلا عن مال التجارة أعطى له حكم المال لان بدل الشئ قائم مقامه كانه هو فصار كأن المبدل قائم فى يده وانه مال التجارة وقد حال عليه الحول فى يده والثانى ان كان الدين مالا مملوكا أيضا لكنه مال لا يحتمل القبض لانه ليس بمال حقيقة بل هو مال حكمى فى الذمة وما فى الذمة لا يمكن قبضه فلم يكن مالا مملوكا رقبة ويدا فلا تجب الزكاة فيه كمال الضمار فقياس هذا أن لا تجب الزكاة فى الديون كلها لنقصان الملك بفوات اليد الا ان الدين الذى هو بدل مال التجارة التحق بالعين فى احتمال القبض لكونه بدل مال التجارة قابل للقبض والبدل يقام مقام المبدل والمبدل عين قائمة قابلة للقبض فكذا ما يقوم مقامه وهذا المعنى لا يوجد فيما ليس ببدل رأسا ولا فيما هو بدل عما ليس بمال وكذا فى بدل مال ليس للتجارة على الرواية الصحيحة انه لا تجب فيه الزكاة ما لم يقبض قدر النصاب ويحول عليه الحول بعد القبض لان الثمن بدل مال ليس للتجارة فيقوم مقام المبدل ولو كان المبدل قائما فى يده حقيقة لا تجب الزكاة فيه فكذا فى بدله بخلاف بدل مال التجارة واما الكلام فى اخراج زكاة قدر المقبوض من الدين الذى تجب فيه

الزكاة على نحو الكلام في المال العين اذا كان زائدا على قدر النصاب وحال عليه الحول فعند أبي حنيفة لا شئ في الزيادة هناك مالم يكن أربعين درهما فههنا أيضا لا يخرج شيأ من زكاة المقبوض مالم يبلغ المقبوض أربعين درهما فيخرج من كل أربعين درهما يقبضها درهما وعندهما يخرج قدر ما قبض قل المقبوض أو كثر كما في المال العين اذا كان زائدا على النصاب وسيأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى وذكر الكرخي ان هذا اذا لم يكن له مال سوى الدين فأما اذا كان له مال سوى الدين فما قبض منه فهو بمنزلة المستفاد فيضم الى ما عنده والله أعلم (ومنها) كون المال ناميا لان معنى الزكاة وهو النماء لا يحصل الا من المال النامي ولسنا نعني به حقيقة النماء لان ذلك غير معتبر وانما نعني به كون المال معدا للاستنماء بالتجارة أو بالاسامة لان الاسامة سبب لحصول الدر والنسل والسمن والتجارة سبب لحصول الربح فيقام السبب مقام المسبب وتعلق الحكم به كالسفر مع المشقة والنكاح مع الوطء والنوم مع الحدث ونحو ذلك وان شئت قلت ومنها كون المال فاضلا عن الحاجة الأصلية لأن به يتحقق الغنا ومعنى النعمة وهو التنعم وبه يحصل الأداء عن طيب النفس اذ المال المحتاج اليه حاجة أصلية لا يكون صاحبه غنيا عنه ولا يكون نعمة اذ التنعم لا يحصل بالقدر المحتاج اليه حاجة اصلية لانه من ضرورات حاجة البقاء وقوام البدن فكان شكره شكر نعمة البدن ولا يحصل الأداء عن طيب نفس فلا يقع الأداء بالجهة المأمور بها لقوله صلى الله عليه وسلم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم فلا تقع زكاة اذ حقيقة الحاجة أمر باطن لا يوقف عليه فلا يعرف الفضل عن الحاجة فيقام دليل الفضل عن الحاجة مقامه وهو الاعداد للاسامة والتجارة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك هذا ليس بشرط لوجوب الزكاة وتجب الزكاة في كل مال سواء كان ناميا فاضلا عن الحاجة الاصلية أولا كثياب البذلة والمهنة والعلوفة والحمولة والعمولة من المواشي وعبيد الخدمة والمسكن والمراكب وكسوة الاهل وطعامهم وما يتجمل به من آنية أو لؤلؤ أو فرش ومتاع لم ينو به التجارة ونحو ذلك واحتج بعمومات الزكاة من غير فصل بين مال ومال نحو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز وجل وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم وقوله تعالى وآتوا الزكاة وغير ذلك ولانها وجبت شكر النعمة المال ومعنى النعمة في هذه الاموال أتم وأقرب لانها متعلق البقاء فكانت أدعى الى الشكر ولنا أن معنى النماء والفضل عن الحاجة الأصلية لا بد منه لوجوب الزكاة لما ذكرنا من الدلائل ولا يتحقق ذلك في هذه الاموال وبه تبين أن المراد من العمومات الاموال النامية الفاضلة عن الحوائج الاصلية وقد خرج الجواب عن قوله انها نعمة لما ذكرنا أن معنى النعمة فيها يرجع الى البدن لانها تدفع الحاجة الضرورية وهي حاجة دفع الهلاك عن البدن فكانت تابعة لنعمة البدن فكان شكرها شكر نعمة البدن وهي العبادات البدنية من الصلاة والصوم وغير ذلك وقوله تعالى وآتوا الزكاة دليلنا لان الزكاة عبارة عن النماء وذلك من المال النامي على التفسير الذي ذكرناه وهو ان يكون معدا للاستنماء وذلك بالاعداد للاسامة في المواشي والتجارة في أموال التجارة الا ان الاعداد للتجارة في الاثمان المطلقة من الذهب والفضة ثابت بأصل الخلقة لانها لا تصلح للانتفاع بأعيانها في دفع الحوائج الاصلية فلا حاجة الى الاعداد من العبد للتجارة بالنية اذ النية للتعيين وهي متعينة للتجارة بأصل الخلقة فلا حاجة الى التعيين بالنية فتجب الزكاة فيها نوى التجارة أو لم ينو أصلا أو نوى النفقة وأما فيما سوى الاثمان من العروض فانما يكون الاعداد فيها للتجارة بالنية لانها كما تصلح للتجارة تصلح للانتفاع بأعيانها بل المقصود الاصلي منها ذلك فلا بد من التعيين للتجارة وذلك بالنية وكذا في المواشي لا بد فيها من نية الاسامة لانها كما تصلح للدر والنسل تصلح للحمل والركوب واللحم فلا بد من النية ثم نية التجارة والاسامة لا تعتبر مالم تتصل بفعل التجارة والاسامة لان مجرد النية لا عبرة به في الاحكام لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله عفا عن أمتي ما تحدثت به انفسهم مالم يتكلموا به أو يفعلوا ثم نية التجارة قد تكون صريحا وقد تكون دلالة أما الصريح فهو ان ينوي عند عقد التجارة ان يكون المملوك به للتجارة بان اشترى سلعة ونوى ان تكون للتجارة عند الشراء فتصير للتجارة سواء كان الثمن الذي اشتراها به من الاثمان المطلقة أو من عروض التجارة أو مال البذلة والمهنة أو آجر داره بعرض بنية

التجارة فيصير ذلك مال التجارة لوجود صريح نية التجارة مقارنا لعقد التجارة اما الشراء فلا شك أنه تجارة وكذلك
الاجارة لانها معاوضة المال بالمال وهو نفس التجارة ولهذا ملك المأذون بالتجارة الاجارة والنية المقارنة للفعل معتبرة
ولو اشترى عينا من الاعيان ونوى ان تكون للبذلة والمهنة دون التجارة لا تكون للتجارة سواء كان الثمن من مال
التجارة أو من غير مال التجارة لان الشراء بمال التجارة ان كان دلالة التجارة فقد وجد صريح نية الابتذال ولا
تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافها ولو ملك عروضا بغير عقد أصلا بان ورثها ونوى التجارة لم تكن للتجارة لان النية
تجردت عن العمل أصلا فضلا عن عمل التجارة لان الموروث يدخل في ملكه من غير صنعه ولو ملكها بعقد
ليس مبادلة أصلا كالهبة والوصية والصدقة أو بعقد هو مبادلة مال بغير مال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم
العمد وبدل العتق ونوى التجارة يكون للتجارة عند أبي يوسف وعند محمد لا يكون للتجارة كذا ذكر الكرخي وذكر
القاضي الشهيد الاختلاف على القلب فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون
للتجارة وجه قول من قال انه لا يكون للتجارة ان النية لم تقارن عملا هو تجارة وهي مبادلة المال بالمال فكان
الحاصل مجرد النية فلا تعتبر ووجه القول الآخر ان التجارة عقد اكتساب المال وما لا يدخل في ملكه الا بقبوله فهو
حاصل بكسبه فكانت نيته مقارنة لفعله فاشبه قرانها بالشراء والاجارة والقول الاول أصح لان التجارة كسب المال
ببدل ما هو مال والقبول اكتساب المال بغير بدل أصلا فلم تكن من باب التجارة فلم تكن النية مقارنة عمل التجارة
ولو استقرض عروضا ونوى ان تكون للتجارة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يصير للتجارة لان القرض ينقلب
معاوضة المال بالمال في العاقبة واليه أشار في الجامع ان من كان له مائتا درهم لا مال له غيرها فاستقرض قبل
حولان الحول بيوم من رجل خمسة أقفزة لغير التجارة ولم تستهلك الاقفزة حتى حال الحول لا زكاة عليه في المائتين
ويصرف الدين الى مال الزكاة دون الجنس الذي ليس بمال الزكاة فقوله استقرض لغير التجارة دليل انه لو استقرض
للتجارة يصير للتجارة وقال بعضهم لا يصير للتجارة وان نوى لأن القرض اعارة وهو تبرع لا تجارة فلم توجد نية التجارة
مقارنة للتجارة فلا تعتبر ولو اشترى عروضا للبذلة والمهنة ثم نوى ان تكون للتجارة بعد ذلك لا تصير للتجارة ما لم
يبعها فيكون بدلها للتجارة فرق بين هذا وبين ما اذا كان له مال التجارة فنوى ان يكون للبذلة حيث يخرج من
أن يكون للتجارة وان لم يستعمله لان النية لا تعتبر ما لم تتصل بالفعل وهو ليس بفاعل فعل التجارة فقد عزبت النية
عن فعل التجارة فلا تعتبر للحال بخلاف ما اذا نوى الابتذال لانه نوى ترك التجارة وهو تارك لها في الحال فاقترنت
النية بعمل هو ترك التجارة فاعتبرت ونظير الفصلين السفر مع الاقامة وهو ان المقيم اذا نوى السفر لا يصير مسافرا
ما لم يخرج عن عمران المصر والمسافر اذا نوى الاقامة في مكان صالح للاقامة يصير مقيما للحال ونظيرهما من غير هذا
الجنس الكافر اذا نوى أن يسلم بعد شهر لا يصير مسلما للحال والمسلم اذا قصد ان يكفر بعد سنين والعياذ بالله فهو
كافر للحال ولو انه اشترى بهذه العروض التي اشتراها للابتذال بعد ذلك عروضا آخر تصير بدلها للتجارة بتلك النية
السابقة وكذلك في الفصول التي ذكرنا انه نوى للتجارة في الوصية والقرض ومبادلة مال بما ليس بمال اذا اشترى
بتلك العروض عروضا أخر صارت للتجارة لان النية قد وجدت حقيقة الا انها لم تعمل للحال لانها لم تصادف عمل
التجارة فاذا وجدت التجارة بعد ذلك عملت النية السابقة عملها فيصير المال للتجارة لوجود نية التجارة مع التجارة
وأما الدلالة فهي ان يشتري عينا من الاعيان بعرض التجارة أو يؤاجر داره التي للتجارة بعرض من العروض فيصير
للتجارة وان لم ينو التجارة صريحا لانه لما اشترى بمال التجارة فالظاهر انه نوى به التجارة وأما الشراء بغير مال التجارة
فلا يشكل واما اجارة الدار فلان بدل منافع عين معدة للتجارة كبدل عين معدة للتجارة في أنه للتجارة كذا ذكر في كتاب
الزكاة من الاصل وذكر في الجامع ما يدل على انه لا يكون للتجارة الا بالنية صريحا فانه قال وان كانت الاجرة جارية
تساوي ألف درهم وكانت عند المستأجر للتجارة فاجر المؤجر داره بها وهو يريد التجارة شرط النية عند الاجارة
لتصير الجارية للتجارة ولم يذكر ان الدار للتجارة أو لغير التجارة فهذا يدل على أن النية شرط ليصير بدل منافع الدار

المستأجرة للتجارة وان كانت الدار معدة للتجارة فكان فى المسئلة روايتان ومشايخ بلخ كانوا يصححون رواية الجامع ويقولون ان العين وان كانت للتجارة لكن قد يقصد بدل منافعها المنفعة فيؤاجر الدابة لينفق عليها والدار للعمارة فلا تصير للتجارة مع التردد الا بالنية وأما اذا اشترى عروضا بالدراهم او بالدنانير او بما يكال أو يوزن موصوفا فى الذمة فانها لا تكون للتجارة مالم ينو التجارة عند الشراء وان كانت الدراهم والدنانير أثمانا والموصوف فى الذمة من المكيل والموزون اثمان عند الناس ولانها كما جعلت ثمنا لمال التجارة جعلت ثمنا لشراء ما يحتاج اليه للابتذال والقوت فلا يتعين الشراء به للتجارة مع الاحتمال وعلى هذا اذا اشترى المضارب بمال المضاربة عبيدا ثم اشترى لهم كسوة وطعاما للنفقة كان الكل للتجارة وتجب الزكاة فى الكل لان نفقة عبيد المضاربة من مال المضاربة فمطلق تصرفه ينصرف الى ما يملك دون ما لا يملك حتى لا يصير خائنا وعاصيا عملا بدينه وعقله وان نص على النفقة وعند المالك اذا اشترى عبيدا للتجارة ثم اشترى لهم ثيابا للكسوة وطعاما للنفقة فانه لا يكون للتجارة لان المالك كما يملك الشراء للتجارة يملك الشراء للنفقة والبذلة وله ان ينفق من مال التجارة وغير مال التجارة فلا يتعين للتجارة الا بدليل زائد واما الاجراء الذين يعملون للناس نحو الصباغين والقصارين والدباغين اذا اشتروا الصبغ والصابون والدهن ونحو ذلك مما يحتاج اليه فى عملهم ونووا عند الشراء أن ذلك للاستعمال فى عملهم هل يصير ذلك مال التجارة روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف ان الصباغ اذا اشترى العصفر والزعفران ليصبغ ثياب الناس فعليه فيه الزكاة والحاصل ان هذا على وجهين ان كان شيأ يبقى أثره فى المعمول فيه كالصبغ والزعفران والشحم الذى يدبغ به الجلد فانه يكون مال التجارة لان الاجر يكون مقابلة ذلك الاثر وذلك الاثر مال قائم فانه من أجزاء الصبغ والشحم لكنه لطيف فيكون هذا تجارة وان كان شيأ لا يبقى أثره فى المعمول فيه مثل الصابون والاشنان والقلى والكبريت فلا يكون مال التجارة لان عينها تتلف ولم ينتقل أثرها الى الثوب المغسول حتى يكون له حصة من العوض بل البياض أصلى للثوب يظهر عند زوال الدرن فما يأخذ من العوض يكون بدل عمله لا بدل هذه الآلات فلم يكن مال التجارة وأما آلات الصناع وظروف امتعة التجارة لا تكون مال التجارة لانها لا تباع مع الامتعة عادة وقالوا فى نخاس الدواب اذا اشترى المقاود والجلال والبراذع انه ان كان يباع مع الدواب عادة يكون للتجارة لانها معدة لها وان كان لا يباع معها ولكن تمسك وتحفظ بها الدواب فهى من آلات الصناع فلا يكون مال التجارة اذا لم ينو التجارة عند شرائها وقال أصحابنا فى عبد التجارة قتله عبد خطأ فدفع به ان الثانى للتجارة لانه عوض مال التجارة وكذا اذا فدى بالدية من العروض والحيوان واما اذا قتله عمدا فصالح المولى من الدية على العبد القاتل أو على شئ من العروض لا يكون مال التجارة لانه عوض القصاص لا عوض العبد المقتول والقصاص ليس بمال والله اعلم ومنها الحول فى بعض الاموال دون بعض وجملة الكلام فى هذا الشرط يقع فى موضعين أحدهما فى بيان ما يشترط له الحول من الاموال وما لا يشترط والثانى فى بيان ما يقطع حكم الحول وما لا يقطع أما الاول فنقول لا خلاف فى ان أصل النصاب وهو النصاب الموجود فى أول الحول يشترط له الحول لقول النبى صلى الله عليه وسلم لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول ولان كون المال ناميا شرط وجوب الزكاة لما ذكرنا والنماء لا يحصل الا بالاستنماء ولا بد لذلك من مدة وأقل مدة يستنمى المال فيها بالتجارة والاسامة عادة الحول فاما المستفاد فى خلال الحول فهل يشترط له حول على حدة أو يضم الى الاصل فيزكى بحول الاصل جملة الكلام فى المستفاد انه لا يخلو اما ان كان مستفادا فى الحول واما ان كان مستفادا بعد الحول والمستفاد فى الحول لا يخلو اما ان كان من جنس الاصل واما ان كان من خلاف جنسه فان كان من خلاف جنسه كالابل مع البقر والبقر مع الغنم فانه لا يضم الى نصاب الاصل بل يستأنف له الحول بلا خلاف وان كان من جنسه فاما ان كان متفرعا من الاصل أو حاصلا بسببه كالولد والربح واما لم يكن متفرعا من الاصل ولا حاصلا بسببه كالمشترى والموروث والموهوب والموصى به فان كان متفرعا من الاصل أو حاصلا بسببه يضم الى الاصل ويزكى بحول الاصل بالاجماع وان لم يكن متفرعا من الاصل

ولا بحاصلا بسببه فانه يضم الى الاصل عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يضم احتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم
لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول والمستفاد مال لم يحل عليه الحول فلا زكاة فيه ولان الزكاة وظيفة الملك
والمستفاد أصل فى الملك لانه أصل فى سبب الملك لانه ملك بسبب على حدة فيكون أصلا فى شرط الحول كالمستفاد
بخلاف الجنس بخلاف الولد والربح لان ذلك تبع للاصل فى الملك لكونه تبعا له فى سبب الملك فيكون تبعا فى الحول
ولنا أن عمومات الزكاة تقتضى الوجوب مطلقا عن شرط الحول الا ما خص بدليل ولان المستفاد من جنس
الاصل تبع له لانه زيادة عليه اذ الاصل يزداد به ويتكثر والزيادة تبع للمزيد عليه والتبع لا يفرد بالشرط كما
لا يفرد بالسبب لئلا ينقلب التبع أصلا فتجب الزكاة فيها بحول الاصل كالاولاد والارباح بخلاف المستفاد بخلاف
الجنس لانه ليس بتابع بل هو أصل بنفسه الا ترى أن الاصل لا يزداد به ولا يتكثر وقوله انه أصل فى الملك لانه أصل
فى سبب الملك مسلم لكن كونه أصلا من هذا الوجه لا ينفى أن يكون تبعا من الوجه الذى بينا وهو أن الاصل يزداد
به ويتكثر فكان أصلا من وجه وتبعا من وجه فتترجح جهة التبعية فى حق الحول احتياطا لوجوب الزكاة وأما
الحديث فعام خص منه بعضه وهو الولد والربح فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا ثم انما يضم المستفاد عندنا الى
أصل المال اذا كان الأصل نصابا فأما اذا كان أقل من النصاب فانه لا يضم اليه وان كان يتكامل به النصاب وينعقد
الحول عليهما حال وجود المستفاد لانه اذا كان أقل من النصاب لم ينعقد الحول على الأصل فكيف ينعقد على
المستفاد من طريق التبعية وأما المستفاد بعد الحول فلا يضم الى الاصل فى حق الحول الماضى بلا خلاف وانما
يضم اليه فى حق الحول الذى استفيد فيه لان النصاب بعد مضى الحول عليه يجعل متجددا حكما كأنه انعدم الاول
وحدث آخر لان شرط الوجوب وهو النماء يتجدد بتجدد الحول فيصير النصاب كالمتجدد والموجود فى الحول الاول
يصير كالعدم والمستفاد انما يجعل تبعا للاصل الموجود لا للمعدوم هذا الذى ذكرنا اذا لم يكن المستفاد ثمن الابل
المزكاة فأما اذا كان فانه لا يضم الى ما عنده من النصاب من جنسه ولا يزكى بحول الاصل بل يشترط له حول على
حدة فى قول أبى حنيفة وعندهما يضم وصورة المسئلة اذا كان لرجل خمس من الابل السائمة ومائتا درهم فتم حول
السائمة فزكاها ثم باعها بدراهم ولم يتم حول الدراهم فانه يستأنف للثمن حولا عنده ولا يضم الى الدراهم وعندهما
يضم ولو زكاها ثم جعلها علوفة ثم باعها ثم تم الحول على الدراهم فان ثمنها يضم الى الدراهم فيزكى الكل بحول الدراهم
ولو كان له عبد للخدمة فأدى صدقة فطره أو كان له طعام فادى عشره أو كان له أرض فادى خراجها ثم باعها يضم
ثمنها الى أصل النصاب وجه قولهما ماذكرنا فى المسئلة الاولى وهو ظاهر نصوص الزكاة مطلقة عن شرط الحول
واعتبار معنى التبعية والدليل عليه ثمن الابل المعلوفة وعبد الخدمة والطعام المعشور والارض التى أدى خراجها
ولابى حنيفة عموم قوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول من غير فصل بين مال ومال الا
أن المستفاد الذى ليس بثمن الابل السائمة صار مخصوصا بدليل فبقى الثمن على أصل العموم وصار مخصوصا
عن عمومات الزكاة بالحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى فى الصدقة أى لا تؤخذ الصدقة مرتين
الا أن الاخذ حال اختلاف المالك والحول والمال صورة ومعنى صار مخصوصا وههنا لم يوجد اختلاف المالك
والحول ولا شك فيه وكذا المال لم يختلف من حيث المعنى لان الثمن بدل الابل السائمة وبدل الشئ يقوم مقامه
كأنه هو فكانت السائمة قائمة معنى وماذكر من معنى التبعية قياس فى مقابلة النص فيكون باطلا على أن اعتبار
التبعية ان كان يوجب الضم فاعتبار البناء يحرم الضم والقول بالحرمة أولى احتياطا وأما اذا زكاها ثم جعلها علوفة
ثم باعها بدراهم فقد قال بعض مشايخنا ان على قول أبى حنيفة لا يضم والصحيح أنه يضم بالاجماع ووجه التحريم أنه
لما جعلها علوفة فقد خرجت من أن تكون مال الزكاة لفوات وصف النماء فصار كأنها هلكت وحدث عين أخرى
فلم يكن الثمن بدل الابل السائمة فلا يؤدى الى البناء وكذا فى المسائل الاخر الثمن ليس بدل مال الزكاة وهو المال
النامى الفاضل عن الحاجة الاصلية فلا يكون الضم بناء ولو كان عنده نصابان أحدهما ثمن الابل المزكاة والآخر

غير ثمن الابل من الدراهم والدنانير وأحدهما أقرب حولا من الآخر فاستفاد دراهم بالارث أو الهبة أو الوصية فان المستفاد يضم الى أقربهما حولا أيهما كان ولو لم يوهب له ولا ورث شيأ ولا أوصى له بشئ ولكنه تصرف فى النصاب الاول بعد ما أدى زكاته وربح فيه ربحا ولم يحل حول ثمن الابل المزكاة فان الربح يضم الى النصاب الذى ربح فيه لا الى ثمن الابل وان كان ذلك أبعد حولا وانما كان كذلك لان فى الفصل الاول استويا فى جهة التبعية فيرجح أقرب النصابين حولا يضم المستفاد اليه نظرا للفقراء وفى الفصل الثانى ما استويا فى جهة التبعية بل أحدهما أقوى فى الاستتباع لان المستفاد تبع لاحدهما حقيقة لكونه متفرعا منه فتعتبر حقيقة التبعية فلا يقطع حكم التبع عن الاصل وأما الثانى وهو بيان ما يقطع حكم الحول وما لا يقطع فهلاك النصاب فى خلال الحول يقطع حكم الحول حتى لو استفاد فى ذلك الحول نصابا يستأنف له الحول لقول النبى صلى الله عليه وسلم لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول والهالك ما حال عليه الحول وكذا المستفاد بخلاف ما اذا هلك بعض النصاب ثم استفاد ما يكمل به لان ما بقى من النصاب ما حال عليه الحول فلم ينقطع حكم الحول ولو استبدل مال التجارة بمال التجارة وهى العروض قبل تمام الحول لا يبطل حكم الحول سواء استبدل بجنسها أو بخلاف جنسها بلا خلاف لان وجوب الزكاة فى أموال التجارة يتعلق بمعنى المال وهو المالية والقيمة فكان الحول منعقدا على المعنى وانه قائم لم يفت بالاستبدال وكذلك الدراهم والدنانير اذا باعها بجنسها أو بخلاف جنسها بأن باع الدراهم بالدراهم أو الدنانير بالدنانير أو الدنانير بالدراهم أو الدراهم بالدنانير وقال الشافعى ينقطع حكم الحول فعلى قياس قوله لا تجب الزكاة فى مال الصيارفة لوجود الاستبدال منهم ساعة فساعة وجه قوله انهما عينان مختلفان حقيقة فلا تقوم احداهما مقام الاخرى فينقطع الحول المنعقد على احداهما كما اذا باع السائمة بالسائمة بجنسها أو بخلاف جنسها ولنا أن الوجوب فى الدراهم والدنانير متعلق بالمعنى أيضا لا بالعين والمعنى قائم بعد الاستبدال فلا يبطل حكم الحول كما فى العروض بخلاف ما اذا استبدل السائمة بالسائمة لان الحكم هناك متعلق بالعين وقد تبدلت العين فبطل الحول المنعقد على الاول فيستأنف للثانى حولا ولو استبدل السائمة بالسائمة فان استبدلها بخلاف جنسها بأن باع الابل بالبقر أو البقر بالغنم ينقطع حكم الحول بالاجماع وان استبدلها بجنسها بأن باع الابل بالابل او البقر بالبقر أو الغنم بالغنم فكذلك فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا ينقطع وجه قوله ان الجنس واحد فكان المعنى متحدا فلا ينقطع الحول كما اذا باع الدراهم بالدراهم ولنا أن الوجوب فى السوائم يتعلق بالعين لا بالمعنى الا ترى أن من كان له خمس من الابل عجاف هزال لا تساوى مائتى درهم تجب فيها الزكاة فدل أن الوجوب فيها تعلق بالعين والعين قد اختلفت فيختلف له الحول وكذا لو باع السائمة بالدراهم أو بالدنانير أو بعروض ينوى بها التجارة أنه يبطل حكم الحول الاول بالاتفاق لان متعلق الوجوب فى المالين قد اختلف اذ المتعلق فى احدهما العين وفى الآخر المعنى ولو احتال بشئ من ذلك فرارا من وجوب الزكاة عليه هل يكره له ذلك قال محمد يكره وقال أبو يوسف لا يكره وهو على الاختلاف فى الحيلة لمنع وجوب الشفعة ولا خلاف فى الحيلة لاسقاط الزكاة بعد وجوبها مكروهة كالحيلة لاسقاط الشفعة بعد وجوبها ومنها النصاب وجملة الكلام فى النصاب فى مواضع فى بيان أنه شرط وجوب الزكاة وفى بيان كيفية اعتبار هذا الشرط وفى بيان مقدار النصاب وفى بيان صفته وفى بيان مقدار الواجب فى النصاب وفى بيان صفته أما الاول فكمال النصاب شرط وجوب الزكاة فلا تجب الزكاة فيما دون النصاب لانها لا تجب الا على الغنى والغنا لا يحصل الا بالمال الفاضل عن الحاجة الاصلية وما دون النصاب لا يفضل عن الحاجة الاصلية فلا يصير الشخص غنيا به ولانها وجبت شكرا لنعمة المال وما دون النصاب لا يكون نعمة موجبة للشكر للمال بل يكون شكره شكر النعمة البدن لكونه من توابع نعمة البدن على ماذكرنا ولكن هذا الشرط يعتبر فى أول الحول وفى آخره لا فى خلاله حتى لو انتقص النصاب فى اثناء الحول ثم كمل فى آخره تجب الزكاة سواء كان من السوائم أو من الذهب والفضة أو مال التجارة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر كمال النصاب من أول الحول الى آخره شرط وجوب الزكاة وهو قول

الشافعي الا في مال التجارة فانه يعتبر كمال النصاب في آخر الحول ولا يعتبر في أول الحول ووسطه حتى انه اذا كان قيمة مال التجارة في أول الحول مائة درهم فصارت قيمته في آخر الحول مائتين تجب الزكاة عنده وجه قول زفر ان حولان الحول على النصاب شرط وجوب الزكاة فيه ولا نصاب في وسط الحول فلا يتصور حولان الحول عليه ولهذا لو هلك النصاب في خلال الحول ينقطع حكم الحول وكذا لو كان النصاب سائمة فجعلها علوفة في وسط الحول بطل الحول وبهذا يحتج الشافعي أيضا الا أنه يقول تركت هذا القياس في مال التجارة للضرورة وهي أن نصاب التجارة يكمل بالقيمة والقيمة تزداد وتنتقص في كل ساعة لتغير السعر لكثرة رغبة الناس وقلتها وعزة السلعة وكثرتها فيشق عليه تقويم ماله في كل يوم فاعتبر الكمال عند وجوب الزكاة وهو آخر الحول لهذه الضرورة وهذه الضرورة لا توجد في السائمة لان نصابها لا يكمل باعتبار القيمة بل باعتبار العين ولنا أن كمال النصاب شرط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في أول الحول وآخره لا غير لان أول الحول وقت انعقاد السبب وآخره وقت ثبوت الحكم فأما وسط الحول فليس بوقت انعقاد السبب ولا وقت ثبوت الحكم فلا معنى لاعتبار كمال النصاب فيه الا أنه لا بد من بقاء شيء من النصاب الذي انعقد عليه الحول ليضم المستفاد اليه فاذا هلك كله لم يتصور الضم فيستأنف له الحول بخلاف ما اذا جعل السائمة علوفة في خلال الحول لانه لما جعلها علوفة فقد أخرجها من أن تكون مال الزكاة فصار كما لو هلكت وما ذكر الشافعي من اعتبار المشقة يصلح لاسقاط اعتبار كمال النصاب في خلال الحول لا في أوله لانه لا يشق عليه تقويم ماله عند ابتداء الحول ليعرف به انعقاد الحول كما لا يشق عليه ذلك في آخر الحول ليعرف به وجوب الزكاة في ماله والله أعلم وأما مقدار النصاب وصفته ومقدار الواجب في النصاب وصفته فلا سبيل الى معرفتها الا بعد معرفة أموال الزكاة لان هذه الجملة تختلف باختلاف أموال الزكاة فنقول وبالله التوفيق أموال الزكاة أنواع ثلاثة أحدها الأثمان المطلقة وهي الذهب والفضة والثاني أموال التجارة وهي العروض المعدة للتجارة والثالث السوائم فنبين مقدار النصاب من كل واحد وصفته ومقدار الواجب في كل واحد وصفته ومن له المطالبة باداء الواجب في السوائم والأموال الظاهرة

﴿فصل﴾ أما الأثمان المطلقة وهي الذهب والفضة أما قدر النصاب فيهما فالامر لا يخلو اما أن يكون له فضة مفردة أو ذهب مفرد أو اجتمع له الصنفان جميعا فان كان له فضة مفردة فلا زكاة فيها حتى تبلغ مائتي درهم وزنا وزن سبعة فاذا بلغت ففيها خمسة دراهم لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كتب كتاب الصدقات لعمرو بن حزم ذكر فيه الفضة ليس فيها صدقة حتى تبلغ مائتي درهم فاذا بلغت مائتين ففيها خمسة دراهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لمعاذ لما بعثه الى اليمن ليس فيما دون مائتين من الورق شيء وفي مائتين خمسة وانما اعتبرنا الوزن في الدراهم دون العدد لان الدراهم اسم للموزون لانه عبارة عن قدر من الموزون مشتمل على جملة موزونة من الدوانيق والحبات حتى لو كان وزنها دون المائتين وعددها مائتان أو قيمتها لجودتها وصياغتها تساوي مائتين فلا زكاة فيها وانما اعتبرنا وزن سبعة وهو أن يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل والمائتان منها يوزن مائة وأربعون مثقالا لانه الوزن المجمع عليه للدراهم المضروبة في الاسلام وذلك ان الدراهم في الجاهلية كان بعضها ثقيلا مثقالا وبعضها خفيفا طبريا فلما عزموا على ضرب الدراهم في الاسلام جمعوا الدرهم الثقيل والدرهم الخفيف فجعلوهما درهمين فكانا درهمين بوزن سبعة فاجتمعت الامة على العمل على ذلك ولو نقص النصاب عن المائتين نقصانا يسيرا يدخل بين الوزنين قال أصحابنا لا تجب الزكاة فيه لانه وقع الشك في كمال النصاب فلا نحكم بكماله مع الشك والله أعلم ولو كانت الفضة مشتركة بين اثنين فان كان يبلغ نصيب كل واحد منهما مقدار النصاب تجب الزكاة والا فلا ويعتبر في حال الشركة ما يعتبر في حال الانفراد وهذا عندنا وعند الشافعي تجب ونذكر المسئلة في السوائم ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا النصاب فنقول لا يعتبر في هذا النصاب صفة زائدة على كونه فضة فتجب الزكاة فيها سواء

كانت دراهم مضروبة أو نقرة أو تبرا أو حليا مصوغا أو حلية سيف أو منطقة أو لجام أو سرج أو الكواكب في المصاحف والاواني وغيرها اذا كانت تخلص عند الاذابة اذا بلغت مائتي درهم وسواء كان يمسكها للتجارة أو للنفقة أو للتجمل أو لم ينو شيأ وهذا عندنا وهو قول الشافعي أيضا الا في حلي النساء اذا كان معدا للبس مباح أو للعارية للثواب فله فيه قولان في قول لاشئ فيه وهو مروي عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما واحتج بما روي في الحديث لازكاة في الحلي وعن ابن عمر رضي الله عنه انه قال زكاة الحلي اعارته ولانه مال مبتذل في وجه مباح فلا يكون نصاب الزكاة كثياب البذلة والمهنة بخلاف حلي الرجال فانه مبتذل في وجه محظور وهذا لان الابتذال اذا كان مباحا كان معتبرا شرعا واذا كان محظورا كان ساقط الاعتبار شرعا فكان ملحقا بالعدم نظيره ذهاب العقل بشرب الدواء مع ذهابه بسبب السكر انه اعتبر الاول وسقط اعتبار الثاني كذا هذا ولنا قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم الحق الوعيد الشديد بكنز الذهب والفضة وترك انفاقها في سبيل الله من غير فصل بين الحلي وغيره وكل مال لم تؤد زكاته فهو كنز بالحديث الذي روينا فكان تارك اداء الزكاة منه كانزا فيدخل تحت الوعيد ولا يلحق الوعيد الا بترك الواجب وقول النبي صلى الله عليه وسلم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم من غير فصل بين مال ومال ولان الحلي مال فاضل عن الحاجة الأصلية اذ الاعداد للتجمل والتزين دليل الفضل عن الحاجة الأصلية فكان نعمة لحصول التنعم به فيلزمه شكرها باخراج جزء منها للفقراء وأما الحديث فقد قال بعض صيارفة الحديث انه لم يصح لاحد شئ في باب الحلي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمروي عن ابن عمر معارض بالمروي عنه أيضا انه زكى حلي بناته ونسائه على ان المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يكون قول البعض حجة على البعض مع ما ان تسمية اعارة الحلي زكاة لا تنفي وجوب الزكاة المعهودة اذا قام دليل الوجوب وقد بينا ذلك هذا اذا كانت الدراهم فضة خالصة فاما اذا كانت مغشوشة فان كان الغالب هو الفضة فكذلك لان الغش فيها مغمور مستهلك كذا روى الحسن عن أبي حنيفة ان الزكاة تجب في الدراهم الجياد والزيوف والنبهرجة والمكحلة والمزيفة قال لان الغالب فيها كلها الفضة وما تغلب فضته على غشه يتناوله اسم الدراهم مطلقا والشرع أوجب باسم الدراهم وان كان الغالب هو الغش والفضة فيها مغلوبة فان كانت أثمانا رائجة أو كان يمسكها للتجارة يعتبر قيمتها فان بلغت قيمتها مائتي درهم من أدنى الدراهم التي تجب فيها الزكاة وهي التي الغالب عليها الفضة تجب فيها الزكاة والا فلا وان لم تكن أثمانا رائجة ولا معدة للتجارة فلا زكاة فيها الا أن يكون ما فيها من الفضة يبلغ مائتي درهم بان كانت كبيرة لان الصفر لا تجب فيه الزكاة الا بنية التجارة والفضة لا يشترط فيها نية التجارة فاذا أعدها للتجارة اعتبرنا القيمة كعروض التجارة واذا لم تكن للتجارة ولا أثمانا رائجة اعتبرنا ما فيها من الفضة وكذا روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن كانت عنده فلوس أو دراهم رصاص أو نحاس أو مموهة بحيث لا يخلص فيها الفضة انها ان كانت للتجارة يعتبر قيمتها فان بلغت مائتي درهم من الدراهم التي تغلب فيها الفضة ففيها الزكاة وان لم تكن للتجارة فلا زكاة فيها لما ذكرنا ان الصفر ونحوه لا تجب فيه الزكاة ما لم تكن للتجارة وعلى هذا كان جواب المتقدمين من مشايخنا بما وراء النهر في الدراهم المسماة بالغطارفة التي كانت في الزمن المتقدم في ديارنا انها ان كانت أثمانا رائجة يعتبر قيمتها بأدنى ما ينطلق عليه اسم الدراهم وهي التي تغلب عليها الفضة وان لم تكن أثمانا رائجة فان كانت سلعا للتجارة تعتبر قيمتها أيضا وان لم تكن للتجارة ففيها الزكاة بقدر ما فيها من الفضة ان بلغت نصابا أو بالضم الى ما عنده من مال التجارة وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتي بوجوب الزكاة في كل مائتين فيها ربع عشرها وهو خمسة منها عددا وكان يقول هو من أعز النقود فينا بمنزلة الفضة فيهم ونحن أعرف بنقودنا وهو اختيار الامام الحلواني والسرخسي وقول السلف اصح لما ذكرنا من الفقه ولو زاد على نصاب الفضة شئ فلا شئ في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيجب فيها درهم في قول أبي حنيفة وعلى هذا ابدا في كل اربعين درهم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي

تجب الزكاة في الزيادة بحساب ذلك قلت أو كثرت حتى لو كانت الزيادة درهما يجب فيه جزء من الأربعين جزأ من درهم والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر رضي الله عنه مثل قول أبي حنيفة وروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهما مثل قولهم ولا خلاف في السوائم انه لا شئ في الزوائد منها على النصاب حتى تبلغ نصابا احتجوا بما روي عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وما زاد على المائتين فبحساب ذلك وهذا نص في الباب ولان شرط النصاب ثبت معدولا به عن القياس لان الزكاة عرف وجوبها شكر النعمة المال ومعنى النعمة يوجد في القليل والكثير وانما عرفنا اشتراطه بالنص وانه ورد في أصل النصاب فبقي الأمر في الزيادة على أصل القياس الا ان الزيادة في السوائم لا تعتبر ما لم تبلغ نصابا دفعا للضرر الشركة اذ الشركة في الأعيان عيب وهذا المعنى لم يوجد ههنا ولابي حنيفة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في كتاب عمرو بن حزم فاذا بلغت مائتين ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهم وليس فيما دون الأربعين صدقة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لمعاذ حين وجهه الى اليمن لا تأخذ من الكسور شيأ فاذا كان الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تأخذ مما زاد شيأ حتى يبلغ أربعين درهما فتأخذ منه درهما ولان الأصل أن يكون بعد كل نصاب عفو نظرا لأرباب الأموال كما في السوائم ولان في اعتبار الكسور حرجا وانه مدفوع وحديث علي رضي الله عنه لم يرفعه أحد من الثقات بل شكوا في قوله وما زاد على المائتين فبحساب ذلك ان ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أو قول علي فان كان قول النبي صلى الله عليه وسلم يكون حجة وان كان قول علي رضي الله عنه لا يكون حجة لان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فلا يحتج بقول البعض على البعض وبه تبين انه لا يصلح معارضا لما روينا وما ذكروا من شكر النعمة فالجواب عنه ما ذكرنا فيما تقدم لان معنى النعمة هو التنعم وانه لا يحصل بما دون النصاب ثم يبطل بالسوائم مع انه قياس في مقابلة النص وانه باطل والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب فيها فربع العشر وهو خمسة من مائتين للاحاديث التي روينا اذ المقادير لا تعرف الا توقيفا وقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشور أموالكم وخمسة من مائتين ربع عشرها وأما صدقة الواجب فنذكرها ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ هذا اذا كان له فضة مفردة فاما اذا كان له ذهب مفرد فلا شئ فيه حتى يبلغ عشرين مثقالا فاذا بلغ عشرين مثقالا ففيه نصف مثقال لما روي في حديث عمرو بن حزم والذهب ما لم يبلغ قيمته مائتي درهم فلا صدقة فيه فاذا بلغ قيمته مائتي درهم ففيه ربع العشر وكان الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مقوما بعشرة دراهم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي ليس عليك في الذهب زكاة ما لم يبلغ عشرين مثقالا فاذا بلغ عشرين مثقالا ففيه نصف مثقال وسواء كان الذهب لواحد او كان مشتركا بين اثنين أنه لا شئ على أحدهما ما لم يبلغ نصيب كل واحد منهما نصابا عندنا خلافا للشافعي والمسئلة تأتي في نصاب السوائم ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما صفة نصاب الذهب فنقول لا يعتبر في نصاب الذهب أيضا صفة زائدة على كونه ذهبا فتجب الزكاة في المضروب والتبر والمصوغ والحلي الا على أحد قولي الشافعي في الحلي الذي يحل استعماله والصحيح قولنا لان قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة وقول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم وحديث علي يقتضي الوجوب في مطلق الذهب وكذا حكم الدنانير التي الغالب عليها الذهب كالمحمودية والصورية ونحوهما وحكم الذهب الخالص سواء لما ذكرنا واما الهروية والمروية وما لم يكن الغالب عليها الذهب فتعتبر قيمتها ان كانت أثمانا رائجة أو للتجارة والا فيعتبر قدر ما فيها من الذهب والفضة وزنا لان كل واحد يخلص بالاذابة ولو زاد على نصاب الذهب شئ فلا شئ في الزيادة في قول أبي حنيفة حتى تبلغ أربعة مثاقيل فيجب فيها قيراطان وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يجب في الزيادة وان قلت بحساب ذلك والمسئلة قد مرت والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب فيه فربع العشر بحديث عمرو بن حزم وحديث علي رضي الله عنهما

لان نصف مثقال من عشرين مثقالا ربع عشره وأما صفة الواجب فنذكرها ان شاء الله تعالى هذا اذا كان له فضة مفردة أو ذهب مفرد فاما اذا كان له الصنفان جميعا فان لم يكن كل واحد منهما نصابا بأن كان له عشرة مثاقيل ومائة درهم فانه يضم أحدهما الى الآخر في حق تكميل النصاب عندنا وعند الشافعي لا يضم أحدهما الى الآخر بل يعتبر كمال النصاب من كل واحد منهما على حدة وجه قوله انهما جنسان مختلفان فلا يضم أحدهما للآخر في تكميل النصاب كالسوائم عند اختلاف الجنس وانما قلنا انهما عينان مختلفان لاختلافهما صورة ومعنى اما الصورة فظاهر وأما المعنى فلانه يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وصار كالابل مع الغنم بخلاف مال التجارة لأن هناك يكمل النصاب من قيمتها والقيمة واحدة وهي دراهم أو دنانير فكان مال الزكاة جنسا واحدا وهو الذهب أو الفضة فاما الزكاة في الذهب والفضة فانما تجب لعينها دون القيمة ولهذا لا يكمل به القيمة حالة الانفراد وانما يكمل بالوزن كثرت القيامة أو قلت بأن كانت رديئة (ولنا) ماروى عن بكير بن عبد الله بن الاشج انه قال مضت السنة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بضم الذهب الى الفضة والفضة الى الذهب في اخراج الزكاة ولانهما مالان متحدان في المعنى الذي تعلق به وجوب الزكاة فيهما وهو الاعداد للتجارة بأصل الخلقة والثمنية فكانا في حكم الزكاة كجنس واحد ولهذا اتفق الواجب فيهما وهو ربع العشر على كل حال وانما يتفق الواجب عند اتحاد المال وأما عند الاختلاف فيختلف الواجب واذا اتحد المالان معنى فلا يعتبر اختلاف الصورة كعروض التجارة ولهذا يكمل نصاب كل واحد منهما بعروض التجارة ولا يعتبر اختلاف الصورة كما اذا كان له أقل من عشرين مثقالا وأقل من مائتي درهم وله عروض للتجارة ونقد البلد في الدراهم والدنانير سواء فان شاء كمل به نصاب الذهب وان شاء كمل به نصاب الفضة وصار كالسود مع البيض بخلاف السوائم لان الحكم هناك متعلق بالصورة والمعنى وهما مختلفان صورة ومعنى فتعذر تكميل نصاب أحدهما بالآخر ثم اذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما بالآخر اختلفت الرواية فيما يؤدى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه يؤدى من مائة درهم درهمان ونصف ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف لأن هذا أقرب الى المعادلة والنظر من الجانبين وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدى الزكاة من نوع واحد وهو أقرب الى موافقة نصوص الزكاة ثم اختلف أصحابنا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة يضم أحدهما الى الآخر باعتبار القيمة وقال أبو يوسف ومحمد يضم باعتبار الاجزاء وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ذكره في نوادر هشام وانما تظهر ثمرة الاختلاف فيما اذا كانت قيمة أحدهما لجودته وصياغته أكثر من وزنه بان كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل قيمتها مائة درهم فعند أبي حنيفة يقوم الدنانير بخلاف جنسها دراهم وتضم الى الدراهم فيكمل نصاب الدراهم من حيث القيمة فتجب الزكاة وعندهما تضم باعتبار الاجزاء فلا يكمل النصاب لان له نصف نصاب الفضة وربع نصاب الذهب فيكون ثلاثة أرباع النصاب فلا يجب شئ وعلى هذا لو كان له مائة درهم وعشرة مثاقيل ذهب قيمتها مائة وأربعون درهما تضم باعتبار القيمة عند أبي حنيفة فتبلغ مائتين وأربعين درهما فتجب فيها ستة دراهم وعندهما الضم باعتبار الأجزاء فيكون نصف نصاب الذهب ونصف نصاب الفضة فيكون نصابا تاما فتجب في نصف كل واحد منهما ربع عشره فاما اذا كان وزنهما وقيمتهما سواء بان كان له مائة درهم وعشرة مثاقيل ذهب تساوى مائة أو مائة وخمسون درهما وخمسة مثاقيل ذهب أو خمسة عشر مثقالا وخمسون درهما فههنا لا تظهر ثمرة الاختلاف بل يضم أحدهما الى الآخر بالاجماع على اختلاف الاصلين عنده باعتبار التقويم وعندهما باعتبار الاجزاء وأجمعوا على انه اذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب قيمتها خمسون درهما لا تجب الزكاة فيهما لان النصاب لم يكمل بالضم لا باعتبار القيمة ولا باعتبار الاجزاء وأجمعوا على انه لا تعتبر القيمة في الذهب والفضة عند الانفراد في حق تكميل النصاب حتى انه اذا كان له ابريق فضة وزنه مائة درهم وقيمته لصناعته مائتان لا تجب فيه الزكاة باعتبار القيمة وكذلك اذا كان له آنية ذهب وزنها عشرة وقيمتها لصناعتها مائتا درهم لا تجب فيها الزكاة

باعتبار القيمة وجه قولهما ان القيمة فى الذهب والفضة ساقطة الاعتبار شرعا لان سائر الأشياء تقوم بهما
وانما المعتبر فيهما الوزن الاترى ان من ملك ابريق فضة وزنه مائة وخمسون درهما وقيمته مائتا درهم لا تجب
الزكاة وكذلك اذا ملك آنية ذهب وزنها عشرة مثاقيل وقيمتها مائتا درهم لا تجب الزكاة ولو كانت القيمة فيها
معتبرة لوجبت ولابى حنيفة انهما عينان وجب ضم أحدهما الى الآخر لايجاب الزكاة فكان الضم باعتبار
القيمة كعروض التجارة وهذا لان كمال النصاب لا يتحقق الا عند اتحاد الجنس ولا اتحاد الا باعتبار صفة المالية
دون العين فان الاموال أجناس بأعيانها جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها وهذا بخلاف الابريق والآنية لان
هناك ماوجب ضمه الى شئ آخر حتى تعتبر فيه القيمة وهذا لان القيمة فى الذهب والفضة انما تظهر شرعا عند
مقابلة أحدهما بالآخر فان الجودة والصنعة لا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها قال النبى صلى الله عليه وسلم جيدها
ورديئها سواء فاما عند مقابلة أحدهما بالآخر فتظهر للجودة قيمة الاترى انه متى وقعت الحاجة الى تقويم الذهب
والفضة فى حقوق العباد تقوم بخلاف جنسها فان اغتصب قلبا فهشمه واختار المالك تضمينه ضمنه قيمته
من خلاف جنسه فكذلك فى حقوق الله تعالى ولان فى التكميل باعتبار التقويم ضرب احتياط فى باب العبادة
ونظرا للفقراء فكان أولى ثم عند أبى حنيفة يعتبر فى التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روى عنه انه قال اذا كان
لرجل مائة وخمسة وتسعون درهما ودينار يساوى خمسة دراهم انه تجب الزكاة وذلك بأن يقوم الفضة بالذهب
كل خمسة منها بدينار وهذا الذى ذكرنا كله من وجوب الضم اذا لم يكن كل واحد منهما نصابا بأن كان أقل من
النصاب فاما اذا كان كل واحد منهما نصابا تاما ولم يكن زائدا عليه لا يجب الضم بل ينبغى أن يؤدى من كل واحد
منهما زكاته ولو ضم أحدهما الى الآخر حتى يؤدى كله من الفضة أو من الذهب فلا بأس به عندنا ولكن يجب
أن يكون التقويم بما هو أنفع للفقراء رواجا والا فيؤدى من كل واحد منهما ربع عشره وان كان على كل واحد
من النصابين زيادة فعند أبى يوسف ومحمد لا يجب ضم احدى الزيادتين الى الأخرى لانهما يوجبان الزكاة فى
الكسور بحساب ذلك وأما عند أبى حنيفة فينظر ان بلغت الزيادة أربع مثاقيل وأربعين درهما فكذلك وان
كان أقل من أربعة مثاقيل وأقل من أربعين درهما تجب ضم احدى الزيادتين الى الأخرى ليتم أربعين درهما
او أربعة مثاقيل لان الزكاة لا تجب فى الكسور عنده والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما أموال التجارة فتقدير النصاب فيها بقيمتها من الدنانير والدراهم فلا شئ فيها ما لم تبلغ قيمتها مائتى
درهم أو عشرين مثقالا من ذهب فتجب فيها الزكاة وهذا قول عامة العلماء وقال أصحاب الظواهر لا زكاة فيها أصلا
وقال مالك اذا نضت زكاها لحول واحد وجه قول أصحاب الظواهر ان وجوب الزكاة انما عرف بالنص والنص ورد
بوجوبها فى الدراهم والدنانير والسوائم فلو وجبت فى غيرها لوجبت بالقياس عليها والقياس ليس بحجة خصوصا
فى باب المقادير (ولنا) ماروى عن سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا باخراج الزكاة
من الرقيق الذى كنا نعده للبيع وروى عن أبى ذر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى البز صدقة
وقال صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشر أموالكم فان قيل الحديث ورد فى نصاب الدراهم لانه قال فى آخره من كل
أربعين درهما درهم فالجواب ان أول الحديث عام وخصوص آخره يوجب سلب عموم أوله أو نحمل قوله من
كل أربعين درهما على القيمة أى من كل أربعين درهما من قيمتها درهم وقال صلى الله عليه وسلم أدوا زكاة
أموالكم من غير فصل بين مال ومال الا ما خص بدليل ولان مال التجارة مال نام فاضل عن الحاجة الأصلية فيكون
مال الزكاة كالسوائم وقد خرج الجواب عن قولهم ان وجوب الزكاة عرف بالنص لانا قد روينا النص فى الباب
على ان أصل الوجوب عرف بالعقل وهو شكر لنعمة المال وشكر نعمة القدرة باعانة العاجز الا ان مقدار الواجب
عرف بالسمع وما ذكره مالك غير سديد لانه وجد سبب وجوب الزكاة وشرطه فى كل حول فلا معنى لتخصيص
الحول الاول بالوجوب فيه كالسوائم والدراهم والدنانير وسواء كان مال التجارة عروضا أو عقارا أو شيئا مما يكال

أو يوزن لان الوجوب فى أموال التجارة تعلق بالمعنى وهو المالية والقيمة وهذه الاموال كلها فى هذا المعنى جنس واحد وكذا يضم بعض أموال التجارة الى البعض فى تكميل النصاب لما قلنا واذا كان تقدير النصاب من أموال التجارة بقيمتها من الذهب والفضة وهو أن تبلغ قيمتها مقدار نصاب من الذهب والفضة فلا بد من التقويم حتى يعرف مقدار النصاب ثم بماذا تقوم ذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى انه يقوم بأوفى القيمتين من الدراهم والدنانير حتى انها اذا بلغت بالتقويم بالدراهم نصابا ولم تبلغ بالدنانير قومت بما تبلغ به النصاب وكذا روى عن أبى حنيفة فى الامالى انه يقومها بأنفع النقدين للفقراء وعن أبى يوسف انه يقومها بما اشتراها به فان اشتراها بالدراهم قومها بالدراهم وان اشتراها بالدنانير قومها بالدنانير وان اشتراها بغيرهما من العروض أو لم يكن اشتراها بان كان وهب له فقبله ينوى به التجارة قومها بالنقد الغالب فى ذلك الموضع وعند محمد يقومها بالنقد الغالب على كل حال وذكر فى كتاب الزكاة أنه يقومها يوم حال الحول ان شاء بالدراهم وان شاء بالدنانير وجه قول محمد أن التقويم فى حق الله تعالى يعتبر بالتقويم فى حق العباد ثم اذا وقعت الحاجة الى تقويم شئ من حقوق العباد كالمغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب فى البلدة كذا هذا وجه قول أبى يوسف ان المشترى بدل وحكم البدل يعتبر باصله فاذا كان مشترى بأحد النقدين فتقويمه بما هو أصله أولى وجه رواية كتاب الزكاة أن وجوب الزكاة فى عروض التجارة باعتبار ماليتها دون أعيانها والتقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان فى ذلك سيان فكان الخيار الى صاحب المال يقومه بأيهما شاء ألا ترى أن فى السوائم عند الكثرة وهى ما اذا بلغت مائتين الخيار الى صاحب المال ان شاء أدى أربع حقاق وان شاء خمس بنات لبون فكذا هذا وجه قول أبى حنيفة أن الدراهم والدنانير وان كانا فى الثمنية والتقويم بهما سواء لكنا رجحنا أحدهما بمرجح وهو النظر للفقراء والاخذ بالاحتياط أولى ألا ترى انه لو كان بالتقويم باحدهما يتم النصاب وبالآخر لا فانه يقوم بما يتم به النصاب نظرا للفقراء واحتياطا كذا هذا ومشايخنا حملوا رواية كتاب الزكاة على ما اذا كان لا يتفاوت النفع فى حق الفقراء بالتقويم بأيهما كان جمعا بين الروايتين وكيفما كان ينبغى ان يقوم بادنى ما ينطلق عليه اسم الدراهم أو الدنانير وهى التى يكون الغالب فيها الذهب والفضة وعلى هذا اذا كان مع عروض التجارة ذهب وفضة فانه يضمها الى العروض ويقومه جملة لأن معنى التجارة يشمل الكل لكن عند أبى حنيفة يضم باعتبار القيمة ان شاء قوم العروض وضمها الى الذهب والفضة وان شاء قوم الذهب والفضة وضم قيمتهما الى قيمة أعيان التجارة وعندهما يضم باعتبار الاجزاء فتقوم العروض فيضم قيمتها الى ما عنده من الذهب والفضة فان بلغت الجملة نصابا تجب الزكاة والا فلا ولا يقوم الذهب والفضة عندهما أصلا فى باب الزكاة على ما مر

(فصل) وأما صفة هذا النصاب فهى ان يكون معدا للتجارة وهو ان يمسكها للتجارة وذلك بنية التجارة مقارنة لعمل التجارة لما ذكرنا فيما تقدم بخلاف الذهب والفضة فانه لا يحتاج فيهما الى نية التجارة لأنها معدة للتجارة باصل الخلقة فلا حاجة الى اعداد العبد ويوجد الاعداد منه دلالة على ما مر

(فصل) واما مقدار الواجب من هذا النصاب فما هو مقدار الواجب من نصاب الذهب والفضة وهو ربع العشر لان نصاب مال التجارة مقدر بقيمته من الذهب والفضة فكان الواجب فيه ما هو الواجب فى الذهب والفضة وهو ربع العشر ولقول النبى صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشور أموالكم من غير فصل

(فصل) وأما صفة الواجب فى أموال التجارة فالواجب فيها ربع عشر العين وهو النصاب فى قول أصحابنا وقال بعض مشايخنا هذا قول أبى يوسف ومحمد وأما على قول أبى حنيفة فالواجب فيها أحد شيئين اما العين أو القيمة فالمالك بالخيار عند حولان الحول ان شاء أخرج ربع عشر العين وان شاء أخرج ربع عشر القيمة وبنوا على بعض مسائل الجامع فيمن كانت له مائتا قفيز حنطة للتجارة قيمتها مائتا درهم فحال عليها الحول فلم يؤد زكاتها حتى تغير سعرها الى النقصان حتى صارت قيمتها مائة درهم أو الى الزيادة حتى صارت قيمتها أربعمائة درهم ان على قول أبى حنيفة ان أدى من عينها يؤدى خمسة أقفزة فى الزيادة والنقصان جميعا لأنه تبين أنه الواجب من الأصل

فان أدي القيمة يؤدى خمسة دراهم في الزيادة والنقصان جميعا لانه تبين انها هي الواجبة يوم الحول وعند أبي
يوسف ومحمد ان أدى من عينها يؤدى خمسة أقفزة في الزيادة والنقصان جميعا كما قال أبو حنيفة وان أدى من
القيمة يؤدى في النقصان درهمين ونصفا وفي الزيادة عشرة دراهم لان الواجب الاصلي عندهما هو ربع
عشر العين وانما له ولاية النقل الى القيمة يوم الاداء فيعتبر قيمتها يوم الاداء والصحيح ان هذا مذهب جميع
أصحابنا لان المذهب عندهم أنه اذا هلك النصاب بعد الحول تسقط الزكاة سواء كان من السوائم أو من أموال التجارة
ولو كان الواجب أحدهما غير عين عند أبي حنيفة لتعينت القيمة عند هلاك العين على ما هو الاصل في التخيير بين
شيئين اذا هلك أحدهما انه يتعين الآخر وكذا لو وهب النصاب من الفقير ولم تحضره النية أصلا سقطت عنه الزكاة
ولو لم يكن الواجب في النصاب عينا لما سقطت كما اذا وهب منه غير النصاب وكذا اذا باع نصاب الزكاة من السوائم
والساعي حاضر ان شاء أخذ من المشترى وان شاء أخذ من البائع ولولا أن الواجب ربع عشر العين لما ملك الاخذ
من غير المشترى فدل أن مذهب جميع أصحابنا هذا وهو أن الواجب ربع عشر العين الا عند أبي حنيفة الواجب
عند الحول ربع عشر العين من حيث انه مال لا من حيث انه عين وعندهما الواجب ربع عشر العين من حيث
الصورة والمعنى جميعا لكن لمن عليه حق النقل من العين الى القيمة وقت الاداء ومسائل الجامع مبنية على هذا
الاصل على ما نذكر وقال الشافعي الواجب من قدر الزكاة بعد الحول في الذمة لا في النصاب وعلى هذا ينبني ما اذا
هلك مال الزكاة بعد الحول وبعد التمكن من الاداء انه تسقط عنه الزكاة عندنا وعنده لا تسقط واذا هلك قبل
التمكن من الاداء لا تجب عندنا وللشافعي قولان في قول لا تجب أصلا وفي قول تجب ثم تسقط لا الى ضمان ولا
خلاف في ان صدقة الفطر لا تسقط بهلاك النصاب وعلى هذا الخلاف العشر والخراج وجه قول الشافعي أن هذا
حق وجب في ذمته وتقرر بالتمكن من الاداء فلا يسقط بهلاك النصاب كما في ديون العباد وصدقة الفطر وكما في الحج
فانه اذا كان موسرا وقت خروج القافلة من بلده ثم هلك ماله لا يسقط الحج عنه وانما قلنا انه وجب في ذمته لان
الشرع أضاف الايجاب الى مال لا بعينه قال النبي صلى الله عليه وسلم في مائتي درهم خمسة دراهم وفي أربعين
شاة شاة أوجب خمسة وشاة لا بعينها والواجب اذا لم يكن عينا كان في الذمة كما في صدقة الفطر ونحوها ولان غاية
الامر ان قدر الزكاة امانة في يده لكنه مطالب شرعا بالاداء بعد التمكن منه ومن منع الحق عن المستحق بعد طلبه
يضمن كما في سائر الامانات والخلاف ثابت فيما اذا طلبه الفقير أو طالبه الساعي بالاداء فلم يؤد حتى هلك النصاب ولنا
أن المالك اما أن يؤاخذ باصل الواجب أو بضمانه لا وجه للاول لان محله النصاب والحق لا يبقى بعد فوات
محله كالعبد الجاني او المديون اذا هلك والشقص الذي فيه الشفعة اذا صار بحرا والدليل على ان محل أصل الواجب هو
النصاب قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقول النبي صلى الله عليه وسلم خذ من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة
ومن الابل الابل الحديث وكلمة من تبعيض فيقتضى ان يكون الواجب بعض النصاب وقوله صلى الله عليه وسلم في
مائتي درهم خمسة دراهم وفي أربعين شاة شاة جعل الواجب مظروفا في النصاب لان في للظرف ولان الزكاة عرف
وجوبها على طريق اليسر وطيبة النفس بادائها ولهذا اختص وجوبها بالمال النامي الفاضل عن الحاجة الاصلية
وشرط لها الحول وكمال النصاب ومعنى اليسر في كون الواجب في النصاب يبقى ببقائه ويهلك بهلاكه ولا سبيل الى
الثاني لان وجوب الضمان يستدعى تفويت ملك أو يد كما في سائر الضمانات وهو بالتأخير عن أول أوقات الامكان
لم يفوت على الفقير ملكا ولا يدا فلا يضمن بخلاف صدقة الفطر والحج لان محل الواجب هنا ذمته لا ماله
وذمته باقية بعد هلاك المال وأما قوله انه منع حق الفقير بعد طلبه فنقول ان هذا الفقير ما تعين مستحقا لهذا
الحق فان له ان يصرفه الى فقير آخر وان طالبه الساعي فامتنع من الاداء حتى هلك المال قال أهل العراق من
أصحابنا انه يضمن لان الساعي متعين للاخذ فيلزمه الاداء عند طلبه فيصير بالامتناع مفوتا فيضمن ومشايخنا بما
وراء النهر قالوا انه لا يضمن وهو الاصح فانه ذكر في كتاب الزكاة اذا حبس السائمة بعد ما وجبت الزكاة فيها حتى

ثويت لم يضمنها ومعلوم انه لم يرد بهذا الحبس ان يمنعها العلف والماء لان ذلك استهلاك لها ولو استهلكها يصير ضامنا الزكاة وانما أراد به حبسها بعد طلب الساعي لها والوجه فيه انه مافوت بهذا الحبس ملكا ولا يدا على أحد فلا يصير ضامنا وله رأي في اختيار محل الاداء ان شاء من السائمة وان شاء من غيرها فانما حبس السائمة ليؤدي من محل آخر فلا يصير ضامنا هذا اذا هلك كل النصاب فان هلك بعضه دون بعض فعليه في الباقي حصته من الزكاة اذا لم يكن في المال فضل على النصاب بلا خلاف لان البعض معتبر بالكل ثم اذا هلك الكل سقط جميع الزكاة فاذا هلك البعض يجب ان يسقط بقدره هذا اذا لم يكن في المال عفو فأما اذا اجتمع فيه النصاب والعفو ثم هلك البعض فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصرف الهلاك الى العفو أولا كانه لم يكن في ملكه الا النصاب وعند محمد وزفر يصرف الهلاك الي الكل شائعا حتى اذا كان له تسعة من الابل فحال عليها الحول ثم هلك منها أربعة فعليه في الباقي شاة كاملة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر عليه في الباقي خمسة اتساع شاة والاصل عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوجوب يتعلق بالنصاب دون العفو وعند محمد وزفر رحمهما الله يتعلق بهما جميعا واحتجا بقول النبي صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة الى تسع أخبر ان الوجوب يتعلق بالكل ولان سبب الوجوب هو المال النامي والعفو مال نام ومع هذا لا تجب بسببه زيادة على ان الوجوب في الكل نظيره اذا قضى القاضي بحق بشهادة ثلاثة نفر كان قضاؤه بشهادة الكل وان كان لا حاجة الى القضاء الى الثالث واذا ثبت ان الوجوب في الكل فما هلك يهلك بزكاته ومابقي يبقى بزكاته كالمال المشترك واحتج أبو حنيفة وأبو يوسف بقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شئ حتى تكون عشرا وقال في حديثه أيضا في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض وليس في الزيادة شئ الى خمس وثلاثين وهذا نص على أن الواجب في النصاب دون الوقص ولان الوقص والعفو تبع للنصاب لان النصاب باسمه وحكمه يستغني عن الوقص والوقص باسمه وحكمه لا يستغني عن النصاب والمال اذا اشتمل على أصل وتبع فاذا هلك منه شئ يصرف الهلاك الى التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك شئ منه يصرف الهلاك الى الربح دون رأس المال كذا هذا وعلى هذا اذا حال الحول على ثمانين شاة ثم هلك أربعون منها وبقي أربعون فعليه في الاربعين الباقية شاة كاملة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان الهلاك يصرف الى العفو أولا عندهما فجعل كان الغنم أربعون من الابتداء وفي قول محمد وزفر عليه في الباقي نصف شاة لان الواجب في الكل عندهما وقد هلك النصف فيسقط الواجب بقدره ولو هلك منها عشرون وبقي ستون فعليه في الباقي شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر ثلاثة أرباع شاة لما قلنا وعلى هذا مسائل في الجامع ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم فعند أبي حنيفة الواجب في الدراهم والدنانير وأموال التجارة جزء من النصاب من حيث المعنى لا من حيث الصورة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الواجب هو الجزء منه صورة ومعنى لكن يجوز اقامة غيره مقامه من حيث المعنى ويبطل اعتبار الصورة باذن صاحب الحق وهو الله تعالى وأما في زكاة السوائم فقد اختلف مشايخنا على قول أبي حنيفة قال بعضهم الواجب هناك أيضا جزء من النصاب من حيث المعنى وذكر المنصوص عليه من خلاف جنس النصاب للتقدير وقال بعضهم الواجب هو المنصوص عليه لا جزء من النصاب لكن من حيث المعنى وعندهما الواجب هو المنصوص عليه صورة ومعنى لكن يجوز اقامة غيره مقامه من حيث المعنى دون الصورة على ماذكرنا وينبني على هذا الاصل مسائل الجامع اذا كان لرجل مائتا قفيز حنطة للتجارة تساوي مائتي درهم ولا مال له غير ذلك وحال عليها الحول فان أدى من عينها يؤدي خمسة أقفزة بلا خلاف لانها هي ربع عشر النصاب وهو الواجب على ما مر ولو أراد أن يؤدي القيمة جاز عندنا خلافا للشافعي لكن عند أبي حنيفة في الزيادة والنقصان جميعا يؤدي قيمتها يوم الحول وهي خمسة دراهم وعندهما في الفصلين جميعا يؤدي قيمتها يوم الأداء في النقصان درهمين ونصفا وفي الزيادة عشرة دراهم ولان الواجب جزء من النصاب وغير

المنصوص عليه حق لله تعالى غير ان الشرع أثبت له ولاية أداء القيمة اما تيسيرا عليه واما نقلا للحق والتيسير له في الأداء دون الواجب وكذا الحاجة الى نقل حق الله تعالى الى مطلق المال وقت الأداء الى الفقير فبقي الواجب الى وقت الأداء في الذمة عين المنصوص عليه وجزء النصاب ثم عند الأداء ينقل ذلك الى القيمة فتعتبر القيمة يوم النقل كما في ولد المغرور انه يضمن المغرور قيمته للمالك يوم التضمين لان الولد في حقه وان علق حر الاصل ففي حق المستحق جعل مملوكا له لحصوله عن مملوكته وانما ينقل عنه حقه الى القيمة يوم الخصومة فكذا ههنا وأبو حنيفة يقول الواجب هو الجزء من النصاب غير ان وجوبه من حيث انه مطلق المال لا من حيث انه جزء من النصاب بدليل انه يجوز أداء الشاة عن خمس من الابل وان لم يكن جزأ منها والتعلق بكونه جزأ للتيسير لا للتحقيق لان الأداء منه أيسر في الاغلب حتى ان الاداء من غير الجزء لو كان أيسر مال اليه وعند ميله اليه يتبين انه هو الواجب لانه هو مطلق المال وهذا هو الواجب على طريق الاستحقاق وكذا المنصوص عليه معلول بمطلق المال والتعلق به للتيسير بدليل جواز أداء الواحد من الخمس والناقة الكوماء عن بنت مخاض فكان الواجب عند الحول ربع العشر من حيث انه مال والمنصوص عليه من حيث انه مال فوجب اعتبار قيمته يوم الوجوب ولا يعتبر التغير بسبب نقصان السعر لانه لا عبرة به لاسقاط الزكاة الواجبة احتياطا لحق الفقراء وأما في السوائم اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة قال بعضهم يعتبر قيمتها يوم الوجوب كما في مال التجارة لان الواجب جزء من النصاب من حيث انه مال في جميع أموال الزكاة وقال بعضهم يوم الاداء كما قالا لان الواجب ثمة هو المنصوص عليه صورة ومعنى ولكن يجوز اقامة غيره مقامه والله أعلم وكذلك الجواب في مال الزكاة اذا كان جارية تساوي مائتين في جميع ما ذكرنا من تغير السعر الى زيادة أو نقصان وللمسئلة فروع تعرف في كتاب الزكاة من الجامع هذا اذا هلك النصاب بعد الحول فاما اذا تصرف فيه المالك فهل يجوز تصرفه عندنا يجوز وعند الشافعي لا وهذا بناء على أصلنا ان التصرف في مال الزكاة بعد وجوبها جائز عندنا حتى لو باع نصاب الزكاة جاز البيع في الكل عندنا وأما عند الشافعي فلا يجوز في قدر الزكاة قولا واحدا وله في الزيادة على قدر الزكاة قولان وجه قوله ان الواجب جزء من النصاب لما ذكرنا من الدلائل فلا يخلوا ما أن يكون وجوبه حقا للعبد كما يقول أو حقا لله تعالى كما يقولون وكل ذلك يمنع من التصرف فيه ولنا ان الزكاة اسم للفعل وهو اخراج المال الى الله وقبل الاخراج لا حق في المال حتى يمنع نفاذ البيع فيه فينفذ كالعبد اذا جنى جناية فباعه المولى فينفذ بيعه لان الواجب فيه هو فعل الدفع فكان المحل خاليا عن الحق قبل الفعل فنفذ البيع فيه كذا هذا واذا جاز التصرف في النصاب بعد وجوب الزكاة فيه عندنا فاذا تصرف المالك فيه ينظر ان كان استبدالا بمثله لا يضمن الزكاة وينتقل الواجب اليه يبقى ببقائه ويسقط بهلاكه وان كان استهلاكا يضمن الزكاة ويصير دينا في ذمته بيان ذلك اذا حال الحول على مال التجارة ووجبت فيه الزكاة فاخرجه المالك عن ملكه بالدراهم والدنانير أو بعرض التجارة فباعه بمثل قيمته لا يضمن الزكاة لانه ما أتلف الواجب بل نقله من محل الى محل مثله اذ المعتبر في مال التجارة هو المعنى وهو المالية لا الصورة فكان الاول قائما معنى فيبقى الواجب ببقائه ويسقط بهلاكه وكذا لو باعه وحابى بما يتغابن الناس في مثله لان ذلك مما لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا ولهذا جعل عفوا في بيع الأب والوصي وان حابى بما لا يتغابن الناس في مثله يضمن قدر زكاة المحاباة ويكون دينا في ذمته وزكاة ما بقي يتحول الى العين يبقى ببقائها ويسقط بهلاكها ولو أخرج مال الزكاة عن ملكه بغير عوض أصلا بالهبة والصدقة من غير الفقير والوصية أو بعوض ليس بمال بأن تزوج عليه امرأة أو صالح به من دم العمد أو اختلعت به المرأة يضمن الزكاة في ذلك كله لان اخراج المال بغير عوض اتلاف له وكذا بعوض ليس بمال وكذا لو أخرجه بعوض هو مال لكنه ليس بمال الزكاة بأن باعه بعبيد الخدمة أو ثياب البذلة سواء بقي العوض في يده أو هلك لانه ابطل المعنى الذي صار المال به مال الزكاة فكان استهلاكا له في حق الزكاة وكذا لو استأجر به عينا من الاعيان لان المنافع وان كانت مالا في نفسها لكنها ليست بمال الزكاة لانه لا بقاء لها وكذا لو صرف مال الزكاة الى حوائجه بالاكل والشرب واللبس لوجود حقيقة الاستهلاك

وكذا اذا باع مال التجارة بالسوائم على أن يتركها سائمة يضمن الزكاة لان زكاة مال التجارة خلاف زكاة السائمة فيكون استهلاكا ولو كان مال الزكاة سائمة فباعها بخلاف جنسها من الحيوان والعروض والاثمان أو بجنسها يضمن ويصير قدر الزكاة دينا فى ذمته لا يسقط بهلاك ذلك العوض لما ذكرنا ان وجوب الزكاة فى السوائم يتعلق بالصورة والمعنى فبيعها يكون استهلاكا لها لا استبدالا ولو كان مال الزكاة دراهم أو دنانير فاقرضها بعد الحول فتوى المال عنده ذكر فى العيون عن محمد انه لا زكاة عليه لانه لم يوجد منه الاتلاف وكذا لو كان مال الزكاة ثوبا فاعاره فهلك لما قلنا وقالوا فى عبد التجارة اذا قتله عبد خطأ فدفع به ان الثانى للتجارة لانه عوض عن الأول قائم مقامه كانه هو ولو قتله عمدا وصالحه المولى من الدم على عبد أو غيره لم يكن للتجارة لان الثانى ليس بعوض عن الاول بل هو عوض عن القصاص والقصاص ليس بمال وقالوا فيمن اشترى عصيرا للتجارة فصار خمرا ثم صار خلا انه للتجارة لان العارض هو التخمر وأثر التخمر فى زوال صفة التقوم لا غير وقد عادت الصفة بالتخلل فصار مالا متقوما كما كان وكذلك قالوا فى الشاة اذا ماتت فدبغ جلدها ان جلدها يكون للتجارة لما قلنا ولو باع السائمة بعد وجوب الزكاة فيها فان كان المصدق حاضرا ينظر اليها فهو بالخيار ان شاء أخذ قيمة الواجب من البائع وتم البيع فى الكل وان شاء أخذ الواجب من العين المشتراة ويبطل البيع فى القدر المأخوذ وان لم يكن حاضرا وقت البيع فحضر بعد البيع والتفرق عن المجلس فانه لا يأخذ من المشترى ولكنه يأخذ قيمة الواجب من البائع وانما كان كذلك لان بيع السائمة بعد وجوب الزكاة فيها استهلاك لها لما بينا الا ان معنى الاستهلاك بازالة الملك قبل الافتراق عن المجلس ثبت بالاجتهاد اذ المسئلة اجتهادية مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فللساعى أن يأخذ بأى القولين أفضى اجتهاده اليه فان افضى اجتهاده الى زوال الملك بنفس البيع أخذ قيمة الواجب منه لحصول الاستهلاك وتم البيع فى الكل اذ لم يستحق شئ من المبيع وان أفضى اجتهاده الى عدم الزوال أخذ الواجب من غير المشترى كما قبل البيع ويبطل البيع فى القدر المأخوذ كانه استحق هذا القدر من المبيع فاما بعد الافتراق فقد تأكد زوال الملك لخروجه عن محل الاجتهاد فتأكد الاستهلاك فصار الواجب دينا فى ذمته فهو الفرق وهل يشترط نقل الماشية من موضعها مع افتراق العاقدين بأنفسهما لم يشترط ذلك فى ظاهر الرواية وشرطه الكرخى وقال ان حضر المصدق قبل النقل فله الخيار وكذا روى ابن سماعة عن محمد ولو باع طعاما وجب فيه العشر فالمصدق بالخيار ان شاء أخذ من البائع وان شاء أخذ من المشترى سواء حضر قبل الافتراق أو بعده بخلاف الزكاة ووجه الفرق أن تعلق العشر بالعين آكد من تعلق الزكاة بها الا ترى ان العشر لا يعتبر فيه المالك بخلاف الزكاة ولو مات من عليه العشر قبل أدائه من غير وصية يؤخذ من تركته بخلاف الزكاة والله أعلم وهذا الذى ذكرنا ان الواجب أداء جزء من النصاب من حيث المعنى أو من حيث الصورة والمعنى مذهب أصحابنا رحمهم الله فاما عند الشافعى فالواجب أداء عين المنصوص عليه وينبنى عليه ان دفع القيم والابدال فى باب الزكاة والعشر والخراج وصدقة الفطر والنذور والكفارات جائز عندنا وعنده لا يجوز الا أداء المنصوص عليه واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم فى الخمس من الابل السائمة شاة وقوله فى أربعين شاة شاة وكل ذلك بيان لمجمل كتاب الله تعالى وآتوا الزكاة اذ ليس فيه بيان الزكاة فبينه النبى صلى الله عليه وسلم والتحق البيان بمجمل الكتاب فصار كان الله تعالى قال وآتوا الزكاة من كل أربعين شاة شاة وفى خمس من الابل شاة فصارت الشاة واجبة للاداء بالنص ولا يجوز الاشتغال بالتعليل لانه يبطل حكم النص ولهذا لا يجوز اقامة السجود على الخد والذقن مقام السجود على الجبهة والانف والتعليل فيه بمعنى الخضوع لما ذكرنا كذا هذا وصار كالهدايا والضحايا وجواز أداء البعير عن خمس من الابل عندى باعتبار النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل الابل الا ان عند قلة الابل أوجب من خلاف الجنس تيسيرا على أرباب الأموال فاذا سمحت نفسه باداء بعير من الجنس فقد ترك هذا التيسير فجاز بالنص لا بالتعليل ولنا فى المسئلة طريقان أحدهما طريق أبى حنيفة والثانى طريق أبى يوسف ومحمد أما طريق أبى حنيفة فهو ان الواجب أداء جزء من النصاب من حيث المعنى وهو المالية

وأداء القيمة مثل أداء الجزء من النصاب من حيث انه مال وبيان كون الواجب أداء جزء من النصاب ماذكرنا
في مسئلة التفريط والدليل على ان الجزء من النصاب واجب من حيث انه مال ان تعلق الواجب بالجزء من
النصاب للتيسير ليبقى الواجب ببقائه ويسقط بهلاكه ومعنى التيسير انما يتحقق ان لو تعين الجزء من النصاب للوجوب
من حيث هو مال اذ لو تعلق الوجوب بغير الجزء لبقيت الشركة في النصاب للفقراء وفيه من العسر والمشقة مالا يخفى
خصوصا اذا كان النصاب من نفائس الاموال نحو الجواري الحسان والافراس الفارهة للتجارة ونحوها ولا
كذلك اذا كان التعلق به من حيث هو مال لانه حينئذ كان الاختيار الى رب المال فان رأى أداء الجزء اليه
أيسر أدى الجزء وان رأى أداء غيره أيسر مال اليه فيحصل معنى اليسر وبه تبين ان ذكر الشاة في الحديث
لتقدير المالية لا لتعلق الحكم به وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه رأى في ابل الصدقة
ناقة كوماء فغضب على المصدق وقال ألم أنهكم عن أخذ كرائم أموال الناس فقال أخذتها ببعيرين من ابل
الصدقة وفي رواية ارتجعتها فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخذ البعير ببعيرين يكون باعتبار
القيمة فدل على صحة مذهبنا وأما طريق أبي يوسف ومحمد فهو ان الواجب عين ما ورد به النص وهو أداء
ربع العشر في مال التجارة واداء المنصوص عليه في السوائم صورة ومعنى غير معقول المعنى بل هو تعبد محض
حتى انه سبحانه وتعالى لو أمرنا باتلافه حقا له أو سيبه لفعلنا ولم نعدل عن المنصوص عليه الى غيره غير ان الله تعالى لما
أمر بصرفه الى عباده المحتاجين كفاية لهم وكفايتهم متعلقة بمطلق المال صار وجوب الصرف اليهم معقول المعنى وهو
الكفاية التي تحصل بمطلق المال فصار معلولا بمطلق المال وكان أمره عز وجل أرباب الأموال بالصرف الى الفقير
اعلاما انه أذن لهم بنقل حقه الثابت في المنصوص عليه الى مطلق المال كمن له على رجل حنطة ولرجل آخر على
صاحب الدين دراهم فأمر من له الحنطة من عليه الحنطة بأن يقضى دين الدراهم من الذي له عليه وهو الحنطة كان
ذلك اذنا منه اياه بنقل حقه الى الدراهم بأن يستبدل الحنطة بالدراهم وجعل المأمور بالاداء كانه أدى عين الحق الى
من له الحق ثم استبدل ذلك وصرف الى الآخر ما أمر بالصرف اليه فصار ما وصل الى الفقير معلولا بمطلق المال
سواء كان المنصوص عليه أو غيره جزأ من النصاب أو غيره واداء القيمة اداء مال مطلق مقدر بقيمة المنصوص عليه
بنية الزكاة فيجزئه كما لو أدى واحدا من خمس من الابل بخلاف السجود على الخد والذقن لان معنى القربة فائت
أصلا ولهذا لا يتنفل به ولا يصار اليه عند العجز وما ليس بقربة لا يقوم مقام القربة وبخلاف الهدايا والضحايا
لان الواجب فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق لا يلزمه شئ واراقة الدم ليس بمال فلا يقوم المال
مقامه والله أعلم وأما السوائم من الابل والبقر والغنم أما نصاب الابل فليس فيما دون خمس من الابل زكاة وفي
الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمسة عشر ثلاث شياه وفي عشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض
وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وفي احدى وستين جذعة وهي أقصى سن لها مدخل في الزكاة
والأصل فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فكتبه أبو بكر
لانس وكان فيه وفي أربع وعشرين فما دونها الغنم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت خمسا وعشرين الى خمس
وثلاثين ففيها بنت مخاض فاذا كانت ستا وثلاثين الى خمس وأربعين ففيها بنت لبون فاذا كانت ستا وأربعين الى
ستين ففيها حقة فاذا كانت احدى وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة فاذا كانت ستا وسبعين الى تسعين ففيها بنتا
لبون فاذا كانت احدى وتسعين الى مائة وعشرين ففيها حقتان ولا خلاف في هذه الجملة الا ما روى عن علي رضي
الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين بنت مخاض وهذه الرواية لا تكاد تثبت عن علي
رضي الله عنه لانها مخالفة للاحاديث المشهورة منها ما روينا من كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي كتبه لابي
بكر الصديق رضي الله عنه ومنها كتابه الذي كتبه لعمرو بن حزم وغير ذلك من الاحاديث المشهورة ولانها مخالفة
لاصول الزكوات في السوائم لان فيها موالاة بين واجبين لا وقص بينهما والاصل فيها أن يكون بين الفرضين وقص

وهذا دليل عدم الثبوت وقد حكي عن سفيان الثوري انه قال كان علي رضي الله عنه أفقه من أن يقول مثل هذا انما هو غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه أراد به أن الراوي يجوز أن يكون سمعه يقول في ست وعشرين بنت مخاض وفي خمس وعشرين خمس من الغنم قيمة بنت مخاض فجمع بينهما واختلف العلماء في الزيادة على مائة وعشرين فقال أصحابنا اذا زادت الابل على هذا العدد تستأنف الفريضة ويدار الحساب على الخمسينات في النصاب وعلى الحقاق في الواجب لكن بشرط عود ماقبله من الواجبات والأوقاص بقدر ما يدخل فيه وبيان ذلك اذا زادت الابل على مائة وعشرين فلا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسا فيكون فيها شاة وحقتان وفي العشر شاتان وحقتان وفي خمسة عشر ثلاث شياه وحقتان وفي عشرين أربع شياه وحقتان وفي خمس وعشرين بنت مخاض وحقتان الى مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق في كل خمسين حقة ثم يستأنف الفريضة فلا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسا فيكون فيها شاة وثلاث حقاق وفي العشر شاتان وثلاث حقاق وفي خمس عشرة ثلاث شياه وثلاث حقاق وفي عشرين أربع شياه وثلاث حقاق فاذا بلغت مائة وخمسا وسبعين ففيها بنت مخاض وثلاث حقاق فاذا بلغت مائة وستة وثمانين ففيها بنت لبون وثلاث حقاق الى مائة وستة وتسعين ففيها أربع حقاق الى مائتين فان شاء أدى منها أربع حقاق من كل خمسين حقة وان شاء أدى خمس بنات لبون من كل أربعين بنت لبون ثم يستأنف الفريضة أبدا في كل خمسين كما استؤنفت من مائة وخمسين الى مائتين فيدخل فيها بنت مخاض وبنت لبون وحقة مع الشياه هذا قول أصحابنا وقال مالك اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة لا تجب في الزيادة شيء الى تسعة بل يجعل تسعة عفوا حتى تبلغ مائة وثلاثين وكذا اذا بلغت مائة وثلاثين فلا شيء في الزيادة الى تسعة وثلاثين ويجعل كل تسعة عفوا وتجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة فيدار النصاب على الخمسينات والأربعينات والواجب على الحقاق وبنات لبون فيجب في مائة وثلاثين حقة وبنتا لبون لانها مرة خمسون ومرتين أربعون وفي مائة وأربعين حقتان وبنت لبون وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق وفي مائة وستين أربع بنات لبون وفي مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون وفي مائة وثمانين حقتان وبنتا لبون وفي مائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون الى مائتين فان شاء أدى من المائتين أربع حقاق وان شاء خمس بنات لبون وقال الشافعي مثل قول مالك انه يدار الحساب على الخمسينات والأربعينات في النصب وعلى الحقاق وبنات اللبون في الواجب وانما خالفه في فصل واحد وهو انه قال اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون احتجا بما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتاب الصدقات وقرنه بقراب سيفه ولم يخرجه الى عماله حتى قبض ثم عمل به أبو بكر وعمر حتى قبضا وكان فيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة غير ان مالكا قال لفظ الزيادة انما تتناول زيادة يمكن اعتبار المنصوص عليه فيها وذلك لا يكون فيما دون العشرة والشافعي قال ان النبي صلى الله عليه وسلم علق هذا الحكم بنفس الزيادة وذلك يحصل بزيادة الواحدة فعندهما يوجب في كل أربعين بنت لبون وهذه الواحدة لتعيين الواجب بها فلا يكون لها حظ من الواجب ثم أعدل الأسنان بنت لبون والحقة فان أدناها بنت مخاض وأعلاها الجذعة فالأعدل هو المتوسط ولنا ماروى عن قيس بن سعد انه قال قلت لابي بكر بن عمرو بن حزم اخرج الى كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فاخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة فما كان أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة وروى هذا المذهب عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وهذا باب لا يعرف بالاجتهاد فيدل على سماعهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى عن علي رضي الله عنه انه قال ما عندنا شيء نقرأه الا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة فيها اسنان الابل أخذتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز أن نخالفها وروى أنه أنفذها الى عثمان فقال له مر سعاتك فليعملوا بها فقال لا حاجة لنا فيها معنا مثلها وما هو خير منها فقد وافق عليا رضي الله عنهما ولان وجوب الحقتين في مائة وعشرين

ثابت باتفاق الاخبار واجماع الامة فلا يجوز اسقاطه الا بمثله وبعد مائة وعشرين اختلفت الآثار فلا يجوز
اسقاط ذلك الواجب عند اختلاف الآثار بل يعمل بحديث عمرو بن حزم ويحمل حديث ابن عمر رضي الله عنهما
على الزيادة الكثيرة حتى تبلغ مائتين وبه نقول ان في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وأما قوله ان الواجب
في كل مال من جنسه فنعم اذا احتمل ذلك فلم قلتم ان الزيادة تحتمل الواجب من الجنس فان الزيادة لا يمكن الحاقها
بالمائة والعشرين لبقاء الحقتين فيها كما كانت ومع بقاء الحقتين فيها على حالهما لا يمكن البناء فلا تكون الزيادة مع
بقاء الحقتين بعد محتملة للايجاب من جنسه فلهذا صرنا الى ايجاب القيمة فيه كما في الابتداء حتى انه لما كان أمكن
البناء مع بقاء الحقتين بعد مائة وخمسة وأربعين بنينا فنقلنا من بنات المخاض الى الحقة اذا بلغت مائة وخمسين فلانها
ثلاث مرات خمسين فيوجب من كل خمسين حقة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما نصاب البقر فليس في أقل من ثلاثين بقرا زكاة وفي كل ثلاثين منها تبيع أو تبيعة ولا شيء في الزيادة
الى تسع وثلاثين فاذا بلغت أربعين ففيها مسنة وهذا مما لا خلاف فيه بين الأمة والاصل فيه ما روى عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لمعاذ حين بعثه الى اليمن في كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وفي كل أربعين مسنة
فاما اذا زادت على الاربعين فقد اختلفت الرواية فيه ذكر في كتاب الزكاة وما زاد على الاربعين ففي
الزيادة بحساب ذلك ولم يفسر هذا الكلام وذكر في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى اذا كان له احدى
وأربعين بقرة قال أبو حنيفة عليه مسنة وربع عشر مسنة أو ثلث عشر تبيع وهذا يدل على انه لا نصاب عنده
في الزيادة على الاربعين وانه تجب فيه الزكاة قل أو كثر بحساب ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجب في الزيادة
شيء حتى تبلغ خمسين فاذا بلغت خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع وروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة
انه قال ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين فاذا كانت ستين ففيها تبيعان أو تبيعتان وهو قول أبي يوسف ومحمد
والشافعي فاذا زاد على الستين يدار الحساب على الثلاثينات والاربعينات في النصب وعلى الاتبعة والمسنات في
الواجب ويجعل تسعة بينهما عفوا بلا خلاف فيجب في كل ثلاثين تبيع أو تبيعة وفي كل أربعين مسنة فاذا كانت
سبعين ففيها مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة أتبعة وفي مائة مسنة وتبيعان وفي مائة وعشرة مسنتان
وتبيع وفي مائة وعشرين ثلاث مسنات أو أربعة أتبعة فانها ثلاث مرات أربعين وأربع مرات ثلاثين
وعلى هذا الاعتبار يدار الحساب وجه رواية الاصل ان اثبات الوقص والنصاب بالرأي لا سبيل اليه وانما طريق
معرفته النص ولا نص فيما بين الاربعين الى الستين فلا سبيل الى اخلاء مال الزكاة عن الزكاة فاوجبنا فيما زاد
على الاربعين بحساب ما سبق وجه رواية الحسن ان الاوقاص في البقر تسع تسع بدليل ما قبل الأربعين وما بعد
الستين فكذلك فيما بين ذلك لانه ملحق بما قبله أو بما بعده فنجعل التسعة عفوا فاذا بلغت خمسين ففيها مسنة وربع
مسنة أو ثلث تبيع لان الزيادة عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع أربعين وجه رواية أسد بن عمرو وهي أعدل
الروايات ما روى في حديث معاذ رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لا تأخذ من أوقاص البقر
شيأ وفسر معاذ الوقص بما بين الاربعين الى الستين حتى قيل له ما تقول فيما بين الاربعين الى الستين فقال تلك
الاوقاص لا شيء فيها ولان مبنى زكاة السائمة على انه لا يجب فيها الاشقاص دفعا للضرر عن أرباب الاموال
ولهذا وجب في الابل عند قلة العدد من خلاف الجنس تحرزا عن ايجاب الشقص فكذلك في زكاة البقر لا يجوز
ايجاب الشقص والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما نصاب الغنم فليس في أقل من أربعين من الغنم زكاة فاذا كانت أربعين ففيها شاة الى مائة
وعشرين فاذا كانت مائة واحدى وعشرين ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه الى
أربعمائة فاذا كانت أربعمائة ففيها أربع شياه ثم في كل مائة شاة وهذا قول عامة العلماء وقال الحسن بن حي اذا
زادت على ثلاثمائة واحدة ففيها أربع شياه وفي أربعمائة خمس شياه والصحيح قول العامة لما روى في

حديث أنس ان أبابكر الصديق رضى الله عنه كتب له كتاب الصدقات الذى كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه وفى أربعين من الغنم شاة وفى مائة وواحدة وعشرين شاتان وفى مائتين وواحدة ثلاث شياه الى أربعمائة ففيها أربع شياه وطريق معرفة النصب التوقيف دون الرأى والاجتهاد والله أعلم هذا الذى ذكرنا اذا كانت السوائم لواحد فأما اذا كانت مشتركة بين اثنين فقد اختلف فيه قال أصحابنا انه يعتبر فى حال الشركة ما يعتبر فى حال الانفراد وهو كمال النصاب فى حق كل واحد منهما فان كان نصيب كل واحد منهما يبلغ نصابا تجب الزكاة والا فلا وقال الشافعى اذا كانت أسباب الاسامة متحدة وهو أن يكون الراعى والمرعى والماء والمراح والكلب واحدا والشريكان من أهل وجوب الزكاة عليهما يجعل مالهما كمال واحد وتجب عليهما الزكاة وان كان كل واحد منهما لو انفرد لا تجب عليه واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان بين خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فقد اعتبر النبى صلى الله عليه وسلم الجمع والتفريق حيث نهى عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع وفى اعتبار حال الجمع بحال الانفراد فى اشتراط النصاب فى حق كل واحد من الشريكين ابطال معنى الجمع وتفريق المجتمع (ولنا) ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ليس فى سائمة المرء المسلم اذا كانت أقل من أربعين صدقة نفى وجوب الزكاة فى أقل من أربعين مطلقا عن حال الشركة والانفراد فدل ان كمال النصاب فى حق كل واحد منهما شرط الوجوب وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين متفرق ودليلنا أن المراد منه التفرق فى الملك لا فى المكان لاجماعنا على ان النصاب الواحد اذا كان فى مكانين تجب الزكاة فيه فكان المراد منه التفرق فى الملك ومعناه اذا كان الملك متفرقا لا يجمع فيجعل كانه لواحد لاجل الصدقة كخمس من الابل بين اثنين أو ثلاثين من البقر أو أربعين من الغنم حال عليهما الحول وأراد المصدق أن يأخذ منها الصدقة ويجمع بين الملكين ويجعلهما كملك واحد ليس له ذلك وكثمانين من الغنم بين اثنين حال عليهما الحول انه يجب فيها شاتان على كل واحد منهما شاة ولو أرادا أن يجمعا بين الملكين فيجعلاهما ملكا واحدا خشية الصدقة فيعطيا المصدق شاة واحدة ليس لهما ذلك لتفرق ملكيهما فلا يملكان الجمع لاجل الزكاة وقوله ولا يفرق بين مجتمع أى فى الملك كرجل له ثمانون من الغنم فى مرعيين مختلفين انه يجب عليه شاة واحدة ولو أراد المصدق أن يفرق المجتمع فيجعلها كانها لرجلين فيأخذ منها شاتين ليس له ذلك لان الملك مجتمع فلا يملك تفريقه وكذا لو كان له أربعون من الغنم فى مرعيين مختلفين تجب عليه الزكاة لان الملك مجتمع فلا يجعل كالمتفرقين فى الملك خشية الصدقة أو يحتمل ما قلنا فيحمل عليه عملا بالدليلين بقدر الامكان وبيان هذه الجملة اذا كان خمس من الابل بين اثنين حال عليهما الحول لا زكاة فيها على أحدهما عندنا لان نصابه ناقص وعنده يجب عليهما شاة ولو كانت الابل عشرا فعلى كل واحد منهما شاة بلا خلاف لكمال نصاب كل واحد منهما وكذا لو كانت خمسة عشر عندنا وعنده ثلاث شياه ولو كانت عشرين فعلى كل واحد منهما شاتان لان نصاب كل واحد منهما كامل ولو كانت خمسا وعشرين فكذلك عندنا وعنده يجب عليهما بنت مخاض ولو كان النصاب ثلاثين من البقر فلا زكاة فيه عندنا وعنده يجب فيها تبيع عليهما ولو كانت ستين ففيها تبيعان على كل واحد منهما تبيع بلا خلاف وكذلك أربعون من الغنم بين اثنين لا شئ عليهما عندنا وعنده شاة واحدة عليهما ولو كانت ثمانين فعلى كل واحد منهما شاة عندنا وعنده عليهما شاة واحدة ولو كان بينه وبين رجل شاة و بينه و بين رجل آخر تمام ثمانين وذلك تسعة وسبعون شاة ذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى ان على قول أبى يوسف عليه الزكاة وعلى قول زفر لا زكاة عليه وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان على قول أبى حنيفة ومحمد وزفر لا زكاة عليه بخلاف ما اذا كان الثمانون بينه و بين رجل واحد وفى قول أبى يوسف عليه الزكاة كما اذا كان الثمانون بينه و بين رجل واحد وجه قول من قال بالوجوب ان الزكاة تجب عند كمال النصاب وفى ملكه نصاب كامل فتجب فيه الزكاة كما لو كانت مشتركة بينه و بين رجل واحد وجه قول من قال لا يجب انه لو قسم لا يصيبه نصاب كامل لانه لا يملك من شاة

واحدة الا نصفها فلا يكمل النصاب فلا تجب الزكاة وكذلك ستون من البقر أو عشر من الابل اذا كانت مشتركة
على الوجه الذي وصفنا فهو على ما ذكرنا من الاختلاف وكل جواب عرفته في السوائم المشتركة فهو الجواب في
الذهب والفضة وأموال التجارة وقد ذكرنا فيما تقدم وذكر الطحاوي وكذلك الزروع وهذا محمول على مذهب
أبي يوسف ومحمد لان النصاب عندهما شرط لوجوب العشر وذلك خمسة أوسق فاما على مذهب أبي حنيفة
لا يستقيم لان النصاب ليس بشرط لوجوب العشر بل يجب في القليل والكثير ثم اذا حضر المصدق بعد تمام الحول
على المال المشترك بينهما فانه يأخذ الصدقة منه اذا وجد فيه واجبا على الاختلاف ولا ينتظر القسمة لان
اشتراكهما على علمهما بوجوب الزكاة في المال المشترك وان المصدق لا يميزله المال فيكون أذن من كل واحد
منهما بأخذ الزكاة من ماله دلالة ثم اذا أخذ ينظر ان كان المأخوذ حصة كل واحد منهما لا غير بأن كان المال بينهما
على السوية فلا تراجع بينهما لان ذلك القدر كان واجبا على كل واحد منهما بالسوية وان كانت الشركة بينهما على
التفاوت فاخذ من أحدهما زيادة لأجل صاحبه فانه يرجع على صاحبه بذلك القدر وبيان ذلك اذا كان ثمانون
من الغنم بين رجلين فأخذ المصدق منها شاتين فلا تراجع ههنا لان الواجب على كل واحد منهما بالسوية وهو شاة
فلم يأخذ من كل واحد منهما الا قدر الواجب عليه فليس له أن يرجع بشئ ولو كانت الثمانون بينهما اثلاثا يجب فيها
شاة واحدة على صاحب الثلثين لكمال نصابه وزيادة ولا شئ على صاحب الثلث لنقصان نصابه فاذا حضر المصدق
وأخذ من عرضها شاة واحدة يرجع صاحب الثلث على صاحب الثلثين بثلث قيمة الشاة لان كل شاة بينهما
اثلاثا فكانت الشاة المأخوذة بينهما اثلاثا فقد أخذ المصدق من نصيب صاحب الثلث ثلث شاة لاجل صاحب
الثلثين فكان له أن يرجع بقيمة الثلث وكذلك اذا كان مائة وعشرون من الغنم بين رجلين لاحدهما ثلثاها وللآخر
ثلثها ووجب على كل واحد منهما شاة فجاء المصدق وأخذ من عرضها شاتين كان لصاحب الثلثين أن يرجع على
صاحب الثلث بقيمة ثلث شاة لان كل شاة بينهما اثلاثا ثلثاها لصاحب الثمانين والثلث لصاحب الأربعين
فكانت الشاتان المأخوذتان بينهما اثلاثا لصاحب الثلثين شاة وثلث شاة ولصاحب الثلث ثلثا شاة والواجب عليه
شاة كاملة فاخذ المصدق من نصيب صاحب الثلثين شاة وثلث شاة ومن نصيب صاحب الثلث ثلثي شاة فقد صار
آخذا من نصيب صاحب الثلثين ثلث شاة لاجل زكاة صاحب الثلث فيرجع صاحب الثلثين على صاحب
الثلث بقيمة ثلث شاة وهذا والله أعلم معنى قوله صلى الله عليه وسلم وما كان بين الخليطين فانهما يتراجعان بالسوية

﴿ فصل ﴾ وأما صفة نصاب السائمة فله صفات منها أن يكون معدا للاسامة وهو أن يسيمها للدر والنسل لما
ذكرنا ان مال الزكاة هو المال النامي وهو المعد للاستنماء والنماء في الحيوان بالاسامة اذ بها يحصل النسل فيزداد
المال فان اسيمت للحمل أو الركوب أو اللحم فلا زكاة فيها ولو اسيمت للبيع والتجارة ففيها زكاة مال التجارة
لا زكاة السائمة ثم السائمة هي الراعية التي تكتفي بالرعي عن العلف ويمونها ذلك ولا تحتاج الى أن تعلف فان كانت
تسام في بعض السنة وتعلف وتمان في البعض يعتبر فيه الغالب لان للاكثر حكم الكل ألا ترى ان أهل اللغة
لا يمنعون من اطلاق اسم السائمة على ما تعلف زمانا قليلا من السنة ولان وجوب الزكاة فيها لحصول معنى النماء
وقلة المؤنة لان عند ذلك يتيسر الاداء فيحصل الاداء عن طيب نفس وهذا المعنى يحصل اذا اسيمت في أكثر
السنة ومنها أن يكون الجنس فيه واحدا من الابل والبقر والغنم سواء اتفق النوع والصفة أو اختلفا فتجب الزكاة
عند كمال النصاب من كل جنس من السوائم وسواء كانت كلها ذكورا أو اناثا أو مختلطة وسواء كانت من نوع واحد
أو أنواع مختلفة كالعراب والبخاتي في الابل والجواميس في البقر والضأن والمعز في الغنم لان الشرع ورد بنصابها
باسم الابل والبقر والغنم فاسم الجنس يتناول جميع الانواع بأي صفة كانت كاسم الحيوان وغير ذلك وسواء كان
متولدا من الاهلي أو من أهلي ووحشي بعد ان كان الام أهليا كالمتولد من الشاة والظبي اذا كان أمه شاة
والمتولد من البقر الاهلي والوحشي اذا كان أمه أهلية فتجب فيه الزكاة ويكمل به النصاب عندنا وعند الشافعي

لا زكاة فيه وجه قوله ان الشرع ورد باسم الشاة بقوله في أربعين شاة شاة وهذا وان كان شاة بالنسبة الى الام فليس بشاة بالنسبة الى الفحل فلا يكون شاة على الاطلاق فلا يتناوله النص (ولنا) ان جانب الام راجح بدليل ان الولد يتبع الأم في الرق والحرية ولما نذكر في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى ومنها السن وهو أن تكون كلها مسان أو بعضها فان كان كلها صغارا فصلانا أو حملانا أو عجاجيل فلا زكاة فيها وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وكان أبو حنيفة يقول أولا يجب فيها ما يجب في الكبار وبه أخذ زفر ومالك ثم رجع وقال يجب فيها واحدة منها وبه أخذ أبو يوسف والشافعي ثم رجع وقال لا يجب فيها شئ واستقر عليه وبه أخذ محمد واختلفت الرواية عن أبي يوسف في زكاة الفصلان في رواية قال لا زكاة فيها حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا تجب فيها واحدة منها وهو خمسة وعشرون وفي رواية قال في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل وفي خمسة عشر ثلاثة أخماس فصيل وفي عشرين أربعة أخماس فصيل وفي خمس وعشرين واحدة منها وفي رواية قال في الخمس ينظر الى قيمة شاة وسط والى قيمة خمس فصيل فيجب أقلهما وفي العشر ينظر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل فيجب أقلهما وفي خمسة عشر ينظر الى قيمة ثلاث شياه والى قيمة ثلاثة اخماس فصيل فيجب اقلهما وفي عشرين ينظر الى قيمة أربعة شياه والى قيمة أربعة أخماس فصيل فيجب أقلهما وفي خمس وعشرين يجب واحدة منها وعلى رواياته كلها قال لا تجب في الزيادة على خمس وعشرين شئ حتى تبلغ العدد الذي لو كانت كبارا يجب فيها اثنان وهو ستة وسبعون ثم لا يجب فيها شئ حتى تبلغ العدد الذي لو كانت كبارا يجب فيها ثلاثة وهو مائة وخمسة وأربعون واحتج زفر بعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض وقوله في ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة من غير فصل بين الكبار والصغار وبه تبين ان المراد من الواجب في قوله في خمس من الابل شاة وفي قوله في أربعين شاة شاة هو الكبيرة لا الصغيرة ولأبي يوسف انه لا بد من الايجاب في الصغار لعموم قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة وفي أربعين شاة شاة لكن لا سبيل الى ايجاب المسنة لقول النبي صلى الله عليه وسلم للسعاة اياكم وكرائم أموال الناس وقوله لا تأخذوا من حزرات الأموال ولكن خذوا من حواشيها وأخذ الكبار من الصغار أخذ من كرائم الأموال وحزراتها وأنه منهي ولان مبنى الزكاة على النظر من الجانبين جانب الملاك وجانب الفقراء الا ترى ان الواجب هو الوسط وما كان ذلك الا مراعاة الجانبين وفي ايجاب المسنة اضرار بالملاك لان قيمتها قد تزيد على قيمة النصاب وفيه اجحاف بأرباب الأموال وفي نفي الوجوب رأسا اضرار بالفقراء فكان العدل في ايجاب واحدة منها وقد روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال لو منعوني عناقا مما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم والعناق هي الأنثى الصغيرة من أولاد المعز فدل ان أخذ الصغار زكاة كان أمرا ظاهرا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأبي حنيفة ومحمد ان تنصيب النصاب بالرأي ممتنع وانما يعرف بالنص والنص انما ورد باسم الابل والبقر والغنم وهذه الأسامي لا تتناول الفصلان والحملان والعجاجيل فلم يثبت كونها نصابا وعن أبي بن كعب انه قال وكان مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم في عهدي ان لا آخذ من راضع اللبن شيأ واما قول الصديق رضي الله عنه لو منعوني عناقا فقد روى عنه انه قال لو منعوني عقالا وهو صدقة عام أو الحبل الذي يعقل به الصدقة فتعارضت الرواية فيه فلم يكن حجة ولئن ثبت فهو كلام تمثيل لا تحقيق أي لو وجبت هذه ومنعوها لقاتلتهم واما صورة هذه المسئلة فقد تكلم المشايخ فيها الا انها مشكلة اذ الزكاة لا تجب قبل تمام الحول وبعد تمامه لا يبقى اسم الفصيل والحمل والعجول بل تصير مسنة قال بعضهم الخلاف في ان الحول هل ينعقد عليها وهي صغار او يعتبر انعقاد الحول عليها اذا كبرت وزالت صفة الصغر عنها وقال بعضهم الخلاف فيما اذا كان له نصاب من النوق فمضى عليها ستة أشهر أو أكثر فولدت أولادا ثم ماتت الأمهات وتم الحول على الاولاد وهي صغار هل تجب الزكاة في الاولاد أم لا وعلى هذا الاختلاف اذا كان له مسنات فاستفاد في خلال الحول صغارا ثم هلكت المسنات وبقي المستفاد انه هل تجب الزكاة في المستفاد فهو على ما ذكرنا والى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى في الكتاب فيمن كان له أربعون حملا وواحدة مسنة

فهلكت المسنة وتم الحول على الحملان انه لايجب شئ عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تجب واحدة منها وعند زفر تجب مسنة هذا اذا كان الكل صغارا فاما اذا اجتمعت الصغار والكبار وكان واحد منها كبيرا فان الصغار تعد ويجب فيها مايجب فى الكبار وهو المسنة بلاخلاف لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وتعد صغارها وكبارها وروى ان الناس شكوا الى عمر عامله وقالوا انه يعد علينا السخلة ولا يأخذها منا فقال عمر أليس يترك لكم الربى والماخض والاكيلة وفحل الغنم ثم قال عدها ولو راح بها الراعى على كفه ولا تأخذها منهم ولانها اذا كانت مختلطة بالكبار أو كان فيها كبير دخلت تحت اسم الابل والبقر والغنم فتدخل تحت عموم النصوص فيجب فيها مايجب فى الكبار ولانه اذا كان فيها مسنة كانت تبعا للمسنة فيعتبر الاصل دون التبع فان كان واحد منها مسنة فهلكت المسنة بعد الحول سقطت الزكاة عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تجب فى الصغار زكاتها بقدرها حتى لو كانت حملانا يجب عليه تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من الحمل لان عندهما وجوب الزكاة فى الصغار لاجل الكبار تبعا لها فكانت أصلا فى الزكاة فهلاكها كهلاك الجميع وعنده الصغار أصل فى النصاب والواجب واحد منها وانما الفصل على الحمل الواحد باعتبار المسنة فهلاكها يسقط الفصل لا أصل الواجب ولو هلكت الحملان وبقيت المسنة يؤخذ قسطها من الزكاة وذلك جزأ من أربعين جزءا من المسنة لان المسنة كانت سبب زكاة نفسها وزكاة تسعة وثلاثين سواها لان كل الفريضة كانت فيها لكن أعطى الصغار حكم الكبار تبعا لها فصارت الصغار كانها كبار فاذا هلكت الحملان هلكت بقسطها من الفريضة وبقيت المسنة بقسطها من الفريضة وهو ماذكرنا ثم الاصل حال اختلاط الصغار بالكبار انه تجب الزكاة فى الصغار تبعا للكبار اذا كان العدد الواجب فى الكبار موجودا فى الصغار فى قولهم جميعا فاذا لم يكن عدد الواجب فى الكبار كله موجودا فى الصغار فانما تجب بقدر الموجود على أصل أبى حنيفة ومحمد بيان ذلك اذا كان له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان بلاخلاف لان عدد الواجب موجود فيه وان كان له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا أخذت تلك المسنة لاغير فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تؤخذ المسنة وحمل وكذلك ستون من العجاجيل فيها تبيع عند أبى حنيفة ومحمد يؤخذ التبيع لاغير وعند أبى يوسف يؤخذ التبيع وعجول وكذلك ستة وسبعون من الفصلان فيها بنت لبون انها تؤخذ فحسب فى قولهما وعند أبى يوسف تؤخذ بنت لبون وفصيل لان الوجوب لا يتعلق بالصغار أصلا عندهما وعنده يتعلق بها والله أعلم

﴿ فصل ﴾ واما مقدار الواجب فى السوائم فقد ذكرناه فى بيان مقدار نصاب السوائم من الابل والبقر والغنم وهو الأسنان المعروفة من بنت المخاض وبنت اللبون والحقة والجذعة والتبيع والمسنة والشاة ولا بد من معرفة معانى هذه الاسماء فبنت المخاض هى التى تمت لها سنة ودخلت فى الثانية سميت بذلك لان أمها صارت حاملا بولد آخر بعدها والماخض اسم للحامل من النوق وبنت اللبون هى التى تمت لها سنتان ودخلت فى الثالثة سميت بذلك لان أمها حملت بعدها وولدت فصارت ذات لبن واللبون هى ذات اللبن والحقة هى التى تمت لها ثلاث سنين وطعنت فى الرابعة سميت بذلك اما لاستحقاقها الحمل والركوب او لاستحقاقها الضراب والجذعة هى التى تمت لها أربع سنين وطعنت فى الخامسة ولا اشتقاق لاسمها والذكور منها ابن مخاض وابن لبون وحق وجذع ووراء هذه اسنان من الابل من الثنى والسديس والبازل لكن لامدخل لها فى باب الزكاة فلا معنى لذكر معانيها فى كتب الفقه والتبيع الذى تم له حول ودخل فى الثانى والأنثى منه التبيعة والمسنة التى تمت لها سنتان وطعنت فى الثالثة والذكر منه المسن وأما الشاة فذكر فى الأصل عن أبى حنيفة انه لايجوز الا الثنى فصاعدا والثنى من الشاة هى التى دخلت فى السنة الثانية وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجوز الجذع من الضأن والثنى من المعز وهو قول أبى يوسف ومحمد والشافعى وماذكره الطحاوى يقتضى أن يجوز أخذ الجذع من الضأن والثنى من المعز لانه قال ولا يؤخذ فى الصدقة الا مايجوز فى الأضحية والجذع من الضأن يجوز فى الأضحية وقول الطحاوى يؤيد رواية الحسن والجذع

من

من الغنم الذى أتى عليه ستة أشهر وقيل الذى أتى عليه أكثر السنة ولا خلاف فى انه لا يجوز من المعز الا الثنى وجه رواية الحسن ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما حقنا فى الجذعة والثنية ولان الجذع يجوز فى الاضاحى فلأن يجوز فى الزكاة أولى لان الأضحية أكثر شروطا من الزكاة فالجواز هناك يدل على الجواز ههنا من طريق الأولى وجه ظاهر الرواية ماروى عن على رضى الله عنه انه قال لا يجزئ فى الزكاة الا الثنى من المعز فصاعدا ولم يرو عن غيره من الصحابة خلافه فيكون اجماعا من الصحابة مع ما ان هذا باب لا يدرك بالاجتهاد فالظاهر انه قال ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الواجب فى السوائم فالواجب فيها صفات لابد من معرفتها منها الأنوثة فى الواجب فى الابل من جنسها من بنت المخاض و بنت اللبون والحقة والجذعة ولا يجوز الذكور منها وهو ابن المخاض وابن اللبون والحق والجذع الا بطريق القيمة لان الواجب فيها انما عرف بالنص والنص ورد فيها بالاناث فلا يجوز الذكور الا بالتقويم لان دفع القيم فى باب الزكاة جائز عندنا وأما فى البقر فيجوز فيها الذكر والأنثى لورود النص بذلك وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم وفى ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وكذا فى الابل فيما دون خمس وعشرين لان النص ورد باسم الشاة وانها تقع على الذكر والأنثى وكذا فى الغنم عندنا يجوز فى زكاتها الذكر والانثى وقال الشافعى لا يجوز الذكر الا اذا كانت كلها ذكورا وهذا فاسد لان الشرع ورد فيها باسم الشاة قال النبى صلى الله عليه وسلم فى أربعين شاة شاة واسم الشاة يقع على الذكر والأنثى فى اللغة ومنها أن يكون وسطا فليس للساعى أن يأخذ الجيد ولا الردىء الا من طريق التقويم برضا صاحب المال لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للسعاة اياكم وحزرات أموال الناس وخذوا من أوساطها وروى انه قال للساعى اياك وكرائم أموال الناس وخذ من حواشيها واتق دعوة المظلوم فانها ليس بينها و بين الله حجاب وفى الخبر المعروف انه رأى فى ابل الصدقة ناقة كوماء فغضب على الساعى وقال ألم أنهكم عن أخذ كرائم أموال الناس حتى قال الساعى أخذتها ببعيرين يارسول الله ولان مبنى الزكاة على مراعاة الجانبين وذلك فى أخذ الوسط لما فى أخذ الخيار من الاضرار بأرباب الأموال وفى أخذ الارذال من الاضرار بالفقراء فكان نظر الجانبين فى أخذ الوسط والوسط هو أن يكون ادون من الأرفع وأرفع من الادون كذا فسره محمد فى المنتقى ولا يؤخذ فى الصدقة الربى بضم الراء ولا الماخض ولا الاكيلة ولا فحل الغنم قال محمد الربى التى تربى ولدها والاكيلة التى تسمن للاكل والماخض التى فى بطنها ولد ومن الناس من طعن فى تفسير محمد الربى والاكيلة وزعم ان الربى المرباة والاكيلة المأكولة وطعنه مردود عليه وكان من حقه تقليد محمد اذ هو كما كان اماما فى الشريعة كان اماما فى اللغة واجب التقليد فيها كتقليد نقلة اللغة كأبى عبيد والاصمعى والخليل والكسائى والفراء وغيرهم وقد قلده أبو عبيد القاسم بن سلام مع جلالة قدره واحتج بقوله وسئل أبو العباس ثعلب عن الغزالة فقال هى عين الشمس ثم قال أما ترى ان محمد بن الحسن قال لغلامه يوما انظر هل دلكت الغزالة يعنى الشمس وكان ثعلب يقول محمد بن الحسن عندنا من أقران سيبويه وكان قوله حجة فى اللغة فكان على الطاعن تقليده فيها كيف وقد ذكر صاحب الديوان ومجمل اللغة ما يوافق قوله فى الربى قال صاحب الديوان الربى التى وضعت حديثا أى هى قريبة العهد بالولادة وقال صاحب المجمل الربى الشاة التى تحبس فى البيت للبن فهى مربية لا مرباة والاكيلة وان فسرت فى بعض كتب اللغة بما قاله الطاعن لكن تفسير محمد أولى وأوفق للأصول لان الاصل أن المفعول اذا ذكر بلفظ فعيل يستوى فيه الذكر والانثى ولا يدخل فيه هاء التأنيث يقال امرأة قتيل وجريح من غير هاء التأنيث فلو كانت الاكيلة المأكولة لما أدخل فيها الهاء على اعتبار الاصل ولما أدخل الهاء دل انها ليست باسم للمأكولة بل لما اعد للاكل كالاضحية انها اسم لما أعد للتضحية والله أعلم وسواء كان النصاب من نوع واحد أو من نوعين كالضأن والمعز والبقر والجواميس والعراب والبخت أن المصدق يأخذ منها واحدة وسطا على التفسير الذى ذكرنا وقال الشافعى فى أحد قوليه يأخذ من الغالب وقال فى القول الآخر انه يجمع بين قيمة شاة من الضأن وشاة من المعز و ينظر فى

نصف القيمتين فيأخذ شاة قيمة ذلك من أى النوعين كانت وهو غير سديد لما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أخذ كرائم أموال الناس وحرزاتها وأمر بأخذ أوساطها من غير فصل بين ما اذا كان النصاب من نوع واحد أو نوعين ولو كان له خمس من الابل كلها بنات مخاض أو كلها بنات لبون أو حقاق أو جذاع ففيها شاة وسط لقوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل شاة وان كانت عجافا فان كان فيها بنت مخاض وسط وأعلى سنا منها ففيها أيضا شاة وسط وكذلك ان كانت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وسط أنه يجب فيها بنت مخاض وتؤخذ تلك لقوله صلى الله عليه وسلم فى خمس وعشرين من الابل بنت مخاض وان كانت جيدة لا يأخذ المصدق الجيدة ولكن يأخذ قيمة بنت مخاض وسط وان أخذ الجيدة يرد الفضل وان كانت كلها عجافا ليس فيها بنت مخاض ولا ما يساوى قيمتها قيمة بنت مخاض بل قيمتها دون قيمة بنت مخاض أوساط ففيها شاة بقدرها وطريق معرفة ذلك أن تجعل بنت مخاض وسطا حكما فى الباب فينظر الى قيمتها والى قيمة أفضلها من النصاب ان كانت قيمة بنت مخاض وسط مثلا مائة درهم وقيمة أفضلها خمسين تجب شاة قيمتها قيمة نصف شاة وكذلك لو كان التفاوت أكثر من النصف أو أقل فكذلك تجب على قدره وهى من مسائل الزيادات تعرف هنالك ثم اذا وجب الوسط فى النصاب فلم يوجد الوسط ووجد سن أفضل منه أو دونه قال محمد فى الاصل ان المصدق بالخيار ان شاء أخذ قيمة الواجب وان شاء أخذ الادون وأخذ تمام قيمة الواجب من الدراهم وقيل ينبغى أن يكون الخيار لصاحب السائمة ان شاء دفع القيمة وان شاء دفع الافضل واسترد الفضل من الدراهم وان شاء دفع الادون ودفع الفضل من الدراهم لان دفع القيمة فى باب الزكاة جائز عندنا والخيار فى ذلك لصاحب المال دون المصدق وانما يكون الخيار للمصدق فى فصل واحد وهو ما اذا أراد صاحب المال أن يدفع بعض العين لاجل الواجب فالمصدق بالخيار بين أنه لا يأخذ وبين أنه يأخذ بأن كان الواجب بنت لبون فأراد صاحب المال أن يدفع بعض الحقة بطريق القيمة أو كان الواجب حقة فأراد أن يدفع بعض الجذعة بطريق القيمة فالمصدق بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لما فيه من تشقيص العين والشقص فى الاعيان عيب فكان له أن لا يقبل فأما فيما سوى ذلك فلا خيار له وليس له أن يمتنع من القبول والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الخيل فجملة الكلام فيه ان الخيل لا تخلو اما أن تكون علوفة أو سائمة فان كانت علوفة بأن كانت تعلف للركوب أو للحمل أو للجهاد فى سبيل الله فلا زكاة فيها لانها مشغولة بالحاجة ومال الزكاة هو المال النامى الفاضل عن الحاجة لما بينا فيما تقدم وان كانت تعلف للتجارة ففيها الزكاة بالاجماع لكونها مالا ناميا فاضلا عن الحاجة لان الاعداد للتجارة دليل النماء والفضل عن الحاجة وان كانت سائمة فان كانت تسام للركوب والحمل أو للجهاد والغزو فلا زكاة فيها لما بينا وان كانت تسام للتجارة ففيها الزكاة بلا خلاف وان كانت تسام للدر والنسل فان كانت مختلطة ذكورا واناثا فقد قال أبو حنيفة تجب الزكاة فيها قولا واحدا وصاحبها بالخيار ان شاء أدى من كل فرس دينارا وان شاء قومها وأدى من كل مائتى درهم خمسة دراهم وان كانت اناثا منفردة ففيها روايتان عنه ذكرهما الطحاوى وان كانت ذكورا منفردة ففيها روايتان عنه أيضا ذكرهما الطحاوى فى الآثار وقال أبو يوسف ومحمد لا زكاة فيها كيفما كانت وبه أخذ الشافعى احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق الا أن فى الرقيق صدقة الفطر وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على المسلم فى عبده ولا فى فرسه صدقة وكل ذلك نص فى الباب ولان زكاة السائمة لا بد لها من نصاب مقدر كالابل والبقر والغنم والشرع لم يرد بتقدير النصاب فى السائمة منها فلا يجب فيها زكاة السائمة كالحمير ولابى حنيفة ما روى عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى كل فرس سائمة دينار وليس فى الرابطة شئ وروى أن عمر بن الخطاب كتب الى أبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنه فى صدقة الخيل أن خير أربابها فان شاؤا ادوا من كل فرس دينارا والا قوموها وخذ من كل مائتى درهم خمسة دراهم وروى

عن السائب بن زيد رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه لما بعث العلاء بن الحضرمى الى البحرين أمره أن يأخذ من كل فرس شاتين أو عشرة دراهم ولانها مال نام فاضل عن الحاجة الأصلية فتجب فيها الزكاة كما لو كانت للتجارة وأما قول النبى صلى الله عليه وسلم عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق فالمراد منها الخيل المعدة للركوب والغزو لا للاسامة بدليل أنه قرن بين الخيل وبين الرقيق والمراد منها عبيد الخدمة الا ترى أنه أوجب فيها صدقة الفطر وصدقة الفطر انما تجب فى عبيد الخدمة أو يحتمل ماذكرنا فيحمل عليه عملا بالدليلين بقدر الامكان وهو الجواب عن تعلقهم بالحديث الآخر وأما اذا كان الكل اناثا أو ذكورا فوجه رواية الوجوب الاعتبار بسائر السوائم من الابل والبقر والغنم أنه تجب الزكاة فيها وان كان كلها اناثا أو ذكورا كذا ههنا والصحيح أنه لا زكاة فيها لما ذكرنا أن مال الزكاة هو المال النامى ولا نماء فيها بالدر والنسل ولا لزيادة اللحم لان لحمها غير مأكول عنده بخلاف الابل والبقر والغنم لان لحمها مأكول فكان زيادة اللحم فيها بالسمن بمنزلة الزيادة بالدر والنسل والله أعلم وأما البغال والحمير فلا شئ فيها وان كانت سائمة لان المقصود منها الحمل والركوب عادة لا الدر والنسل لكنها قد تسام فى غير وقت الحاجة لدفع مؤنة العلف وان كانت للتجارة تجب الزكاة فيها

﴿فصل﴾ وأما بيان من له المطالبة باداء الواجب فى السوائم والاموال الظاهرة فالكلام فيه يقع فى مواضع فى بيان من له ولاية الاخذ وفى بيان شرائط ثبوت ولاية الآخذ وفى بيان القدر المأخوذ أما الاول فمال الزكاة نوعان ظاهر وهو المواشى والمال الذى يمر به التاجر على العاشر وباطن وهو الذهب والفضة وأموال التجارة فى مواضعها أما الظاهر فللامام ونوابه وهم المصدقون من السعاة والعشار ولاية الاخذ والساعى هو الذى يسعى فى القبائل ليأخذ صدقة المواشى فى أماكنها والعاشر هو الذى يأخذ الصدقة من التاجر الذى يمر عليه والمصدق اسم جنس والدليل على أن للامام ولاية الاخذ فى المواشى والاموال الظاهرة الكتاب والسنة والاجماع واشارة الكتاب أما الكتاب فقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة والآية نزلت فى الزكاة عليه عامة أهل التأويل أمر الله عز وجل نبيه بأخذ الزكاة فدل أن للامام المطالبة بذلك والاخذ قال الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها فقد بين الله تعالى ذلك بيانا شافيا حيث جعل للعاملين عليها حقا فلو لم يكن للامام أن يطالب أرباب الاموال بصدقات الانعام فى أماكنها وكان أداؤها الى أرباب الاموال لم يكن لذكر العاملين وجه وأما السنة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث المصدقين الى احياء العرب والبلدان والآفاق لاخذ الصدقات من الانعام والمواشى فى أماكنها وعلى ذلك فعل الائمة من بعده من الخلفاء الراشدين أبى بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم حتى قال الصديق رضى الله عنه لما امتنعت العرب عن أداء الزكاة والله لو منعونى عقالا كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاربتهم عليه وظهر العمال بذلك من بعدهم الى يومنا هذا وكذا المال الباطن اذا مر به التاجر على العاشر كان له أن يأخذ فى الجملة لانه لما سافر به وأخرجه من العمران صار ظاهرا والتحق بالسوائم وهذا لان الامام انما كان له المطالبة بزكاة المواشى فى أماكنها لمكان الحماية لان المواشى فى البرارى لا تصير محفوظة الا بحفظ السلطان وحمايته وهذا المعنى موجود فى مال يمر به التاجر على العاشر فكان كالسوائم وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم فان عمر رضى الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمى نصف العشر ومن الحربى العشر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه واحد منهم فكان اجماعا وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى عماله بذلك وقال أخبرنى بهذا من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما المال الباطن الذى يكون فى المصر فقد قال عامة مشايخنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طالب بزكاته وأبو بكر وعمر طالبا وعثمان طالب زمانا ولما كثرت أموال الناس ورأى أن فى تتبعها حرجا على الامة وفى تفتيشها ضررا بأرباب الاموال فوض الاداء الى أربابها وذكر امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله وقال لم يبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث فى مطالبة

المسلمين بزكاة الورق وأموال التجارة ولكن الناس كانوا يعطون ذلك ومنهم من كان يحمل الى الائمة فيقبلون منه ذلك ولا يسألون أحدا عن مبلغ ماله ولا يطالبونه بذلك الا ما كان من توجيه عمر رضى الله عنه العشار الى الاطراف وكان ذلك منه عندنا والله أعلم عمن بعد داره وشق عليه أن يحمل صدقته اليه وقد جعل فى كل طرف من الاطراف عاشر التجار أهل الحرب والذمة وأمر أن يأخذ وا من تجار المسلمين ما يدفعونه اليه وكان ذلك من عمر تخفيفا على المسلمين الا أن على الامام مطالبة أرباب الاموال العين وأموال التجارة باداء الزكاة اليهم سوى المواشى والانعام وأن مطالبة ذلك الى الائمة الا أن يأتى أحدهم الى الامام بشئ من ذلك فيقبله ولا يتعدى عما جرت به العادة والسنة الى غيره وأما سلاطين زماننا الذين اذا أخذوا الصدقات والعشور والخراج لا يضعونها مواضعها فهل تسقط هذه الحقوق عن أربابها اختلف المشايخ فيه ذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى أنه يسقط ذلك كله وان كانوا لا يضعونها فى أهلها لان حق الاخذ لهم فيسقط عنا بأخذهم ثم انهم ان لم يضعوها مواضعها فالوبال عليهم وقال الشيخ أبو بكر بن سعيد ان الخراج يسقط ولا تسقط الصدقات لان الخراج يصرف الى المقاتلة وهم يصرفون الى المقاتلة ويقاتلون العدو ألا ترى انه لو ظهر العدو فانهم يقاتلون ويذبون عن حريم المسلمين فاما الزكوات والصدقات فانهم لا يضعونها فى أهلها وقال أبو بكر الاسكاف ان جميع ذلك يسقط ويعطى ثانيا لانهم لا يضعونها مواضعها ولو نوى صاحب المال وقت الدفع انه يدفع اليهم ذلك عن زكاة ماله قيل يجوز لانهم فقراء فى الحقيقة ألا ترى انهم لو أدوا ما عليهم من التبعات والمظالم صاروا فقراء وروى عن أبى مطيع البلخى انه قال تجوز الصدقة لعلى بن عيسى بن هامان وكان والى خراسان وانما قال ذلك لما ذكرنا وحكى ان أميرا ببلخ سأل واحدا من الفقهاء عن كفارة يمين لزمته فأمره بالصيام فبكى الامير وعرف انه يقول لو أديت ما عليك من التبعات والمظالم لم يبق لك شئ وقيل ان السلطان لو أخذ مالا من رجل بغير حق مصادرة فنوى صاحب المال وقت الدفع أن يكون ذلك عن زكاة ماله وعشر أرضه يجوز ذلك والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرط ولاية الاخذ فأنواع منها وجود الحماية من الامام حتى لو ظهر أهل البغى على مدينة من مدائن أهل العدل أو قرية من قراهم وغلبوا عليها فأخذوا صدقات سوائمهم وعشور أراضيهم وخراجها ثم ظهر عليهم امام العدل لا يأخذ منهم ثانيا لان حق الأخذ للامام لاجل الحفظ والحماية ولم يوجد الا انهم يفتون فيما بينهم وبين ربهم أن يؤدوا الزكاة والعشور ثانيا وسكت محمد عن ذكر الخراج واختلف مشايخنا قال بعضهم عليهم أن يعيدوا الخراج كالزكاة والعشور وقال بعضهم ليس عليهم الاعادة لان الخراج يصرف الى المقاتلة وأهل البغى يقاتلون العدو ويذبون عن حريم الاسلام ومنها وجوب الزكاة لان المأخوذ زكاة والزكاة فى عرف الشرع اسم للواجب فلا بد من تقديم الوجوب فتراعى له شرائط الوجوب وهى ما ذكرنا من الملك المطلق وكمال النصاب وكونه معدا للنماء وحولان الحول وعدم الدين المطالب به من جهة العباد وأهلية الوجوب ونحو ذلك ومنها ظهور المال وحضور المالك حتى لو حضر المالك ولم يظهر ماله لا يطالب بزكاته لانه اذا لم يظهر ماله لا يدخل تحت حماية السلطان وكذا اذا ظهر المال ولم يحضر المالك ولا المأذون من جهة المالك كالمستبضع ونحوه لا يطالب بزكاته وبيان هذه الجملة اذا جاء الساعى الى صاحب المواشى فى أماكنها يريد أخذ الصدقة فقال ليست هى مالى أو قال لم يحل عليها الحول أو قال علىّ دين يحيط بقيمتها فالقول قوله لانه ينكر وجوب الزكاة ويستحلف لانه تعلق به حق العبد وهو مطالبة الساعى فيكون القول قوله مع يمينه ولو قال أديت الى مصدق آخر فان لم يكن فى تلك السنة مصدق آخر لا يصدق لظهور كذبه بيقين وان كان فى تلك السنة مصدق آخر يصدق مع اليمين سواء أتى بخط وبراءة أو لم يأت به فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يصدق ما لم يأت بالبراءة وجه هذه الرواية أن خبره يحتمل الصدق والكذب فلا بد من مرجح والبراءة أمارة رجحان الصدق وجه ظاهر الرواية ان الرجحان ثابت بدون البراءة لانه أمين اذ له أن يدفع الى المصدق فقد أخبر عن الدفع الى من جعل له الدفع اليه فكان كالمودع اذا قال دفعت

الوديعة الى المودع والبراءة ليست بعلامة صادقة لان الخط يشبه الخط وعلى هذا اذا أتى بالبراءة على خلاف اسم ذلك المصدق انه يقبل قوله مع يمينه على جواب ظاهر الرواية لان البراءة ليست بشرط فكان الاتيان بها والعدم بمنزلة واحدة وعلى رواية الحسن لا يقبل لان البراءة شرط فلا تقبل بدونها ولو قال أديت زكاتها الى الفقراء لا يصدق وتؤخذ منه عندنا وعند الشافعي لا تؤخذ وجه قوله ان المصدق لا يأخذ الصدقة لنفسه بل ليوصلها الى مستحقيها وهو الفقير وقد أوصل بنفسه ولنا ان حق الأخذ للسلطان فهو بقوله أديت بنفسي أراد ابطال حق السلطان فلا يملك ذلك وكذلك العشر على هذا الخلاف وكذا الجواب فيمن مر على العاشر بالسوائم أو بالدراهم أو الدنانير أو بأموال التجارة في جميع ما وصفنا الا في قوله أديت زكاتها بنفسي الى الفقراء فيما سوى السوائم انه يقبل قوله ولا يؤخذ ثانيا لان اداء زكاة الأموال الباطنة مفوض الى أربابها اذا كانوا يتجرون بها في المصر فلم يتضمن الدفع بنفسه ابطال حق احد ولو مر على العاشر بمائة درهم وأخبر العاشر ان له مائة أخرى قد حال عليها الحول لم يأخذ منه زكاة هذه المائة التي مر بها لان حق الأخذ لمكان الحماية وما دون النصاب قليل لا يحتاج الى الحماية والقدر الذي في بيته لم يدخل تحت الحماية فلا يؤخذ من أحدهما شيء ولو مر عليه بالعروض فقال هذه ليست للتجارة أو قال هذه بضاعة أو قال أنا أجير فيها فالقول قوله مع اليمين لانه أمين ولم يوجد ظاهر يكذبه وجميع ما ذكرنا انه يصدق فيه المسلم يصدق فيه الذمي لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولان الذمي لا يفارق المسلم في هذا الباب الا في قدر المأخوذ وهو انه يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في التغلبي لانه يؤخذ منه بسبب الحماية وباسم الصدقة وان لم تكن صدقة حقيقة ولا يصدق الحربي في شيء من ذلك ويؤخذ منه العشر الا في جوار يقول هن أمهات أولادي أو في غلمان يقول هم أولادي لان الأخذ منه لمكان الحماية والعصمة لما في يده وقد وجدت فلا يمنع شيء من ذلك من الأخذ وانما قبل قوله في الاستيلاد والنسب لان الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب وعلل محمد رحمه الله فقال الحربي لا يخلو اما أن يكون صادقا واما أن يكون كاذبا فان كان صادقا فقد صدق وان كان كاذبا فقد صارت باقراره في الحال أم ولد له ولا عشر في أم الولد ولو قال هم مدبرون لا يلتفت الى قوله لان التدبير لا يصح في دار الحرب ولو مر على عاشر بمال وقال هو عندي بضاعة أو قال أنا أجير فيه فالقول قوله ولا يعشره ولو قال هو عندي مضاربة فالقول قوله أيضا وهل يعشره كان أبو حنيفة أولا يقول يعشره ثم رجع وقال لا يعشره وهو قول أبي يوسف ومحمد ولو مر العبد المأذون بمال من كسبه وتجارته وليس عليه دين واستجمع شرائط وجوب الزكاة فيه فان كان معه مولاه عشره بالاجماع وان لم يكن معه مولاه فكذلك يعشره في قول أبي حنيفة وفي قولهما لا يعشره وقال أبو يوسف لا أعلم انه رجع في العبد أم لا وقيل ان الصحيح ان رجوعه في المضارب رجوع في العبد المأذون وجه قوله الاول في المضارب ان المضارب بمنزلة المالك لانه يملك التصرف في المال ولهذا يجوز بيعه من رب المال وجه قوله الاخير وهو قولهما ان الملك شرط الوجوب ولا ملك له فيه ورب المال لم يأمره باداء الزكاة لانه لم يأذن له بعقد المضاربة الا بالتصرف في المال وقد خرج الجواب عن قوله انه بمنزلة المالك لانا نقول نعم لكن في ولاية التصرف في المال لا في اداء الزكاة كالمستبضع والعبد المأذون في معنى المضارب في هذا المعنى ولانه لم يؤمر الا بالتصرف فكان الصحيح هو الرجوع ولا يؤخذ من المسلم اذا مر على العاشر في السنة الا مرة واحدة لان المأخوذ منه زكاة والزكاة لا تجب في السنة الا مرة واحدة وكذلك الذمي لانه بقبول عقد الذمة صار له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين ولان العاشر يأخذ منه باسم الصدقة وان لم تكن صدقة حقيقة كالتغلبي فلا يؤخذ منه في الحول الا مرة واحدة وكذلك الحربي الا اذا عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج انه يعشره ثانيا وان خرج من يومه ذلك لان الأخذ من أهل الحرب لمكان حماية ما في أيديهم من الأموال وما دام هو في دار الاسلام فالحماية متحدة ما دام الحول باقيا فيتحد حق الأخذ وعند دخوله دار الحرب ورجوعه الى دار الاسلام تتجدد الحماية فيتجدد حق الاخذ واذا مر الحربي على العاشر فلم يعلم حتى عاد الى دار الحرب ثم رجع ثانيا

فعلم به لم يعشر لما مضى لان ما مضى سقط لانقطاع حق الولاية عنه بدخوله دار الحرب ولو اجتاز المسلم والحربى
ولم يعلم بهما العاشر ثم علم بهما فى الحول الثانى أخذ منهما لان الوجوب قد ثبت ولم يوجد ما يسقطه ولو مر على
العاشر بالخضراوات وبما لا يبقى حولا كالفاكهة ونحوها لا يعشره فى قول أبى حنيفة وان كانت قيمته مائتى
درهم وقال أبو يوسف ومحمد يعشره وجه قولهما ان هذا مال التجارة والمعتبر فى مال التجارة معناه وهو ماليته
وقيمته لا عينه فاذا بلغت قيمته نصابا تجب فيه الزكاة ولهذا وجبت الزكاة فيه اذا كان يتجر فيه فى المصر ولأبى
حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس فى الخضراوات صدقة والصدقة اذا أطلقت يراد بها
الزكاة الا ان ما يتجر بها فى المصر صار مخصوصا بدليل أو يحمل على انه ليس فيها صدقة تؤخذ أى ليس للامام أن
يأخذها بل صاحبها يؤديها بنفسه ولان الحول شرط وجوب الزكاة وأنها لا تبقى حولا والعاشر انما يأخذ منها
بطريق الزكاة ولان ولاية الأخذ بسبب الحماية وهذه الأشياء لا تفتقر الى الحماية لان احدا لا يقصدها ولانها تهلك
فى يد العاشر فى المفازة فلا يكون أخذها مفيدا وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه تجب الزكاة على
صاحبها بالاجماع وانما الخلاف فى انه هل للعاشر حق الأخذ وذكر الكرخى انه لا شئ فيه فى قول أبى حنيفة وهذا
الاطلاق يدل على ان الوجوب مختلف فيه والله أعلم ولا يعشر مال الصبى والمجنون لانهما ليسا من أهل وجوب
الزكاة عليهما عندهما ولو مر صبى وامرأة من بنى تغلب على العاشر فليس على الصبى شئ وعلى المرأة ما على الرجل
لان المأخوذ من بنى تغلب يسلك به مسلك الصدقات لا يفارقها الا فى التضعيف والصدقة لا تؤخذ من الصبى
وتؤخذ من المرأة ولو مر على عاشر الخوارج فى أرض غلبوا عليها فعشره ثم مر على عاشر أهل العدل يعشره ثانيا لانه
بالمرور على عاشرهم ضيع حق سلطان أهل العدل وحق فقراء أهل العدل بعد دخوله تحت حماية سلطان أهل العدل
فيضمن ولو مر ذمى على العاشر بخمر للتجارة أو خنازير يأخذ عشر ثمن الخمر ولا يعشر الخنازير فى ظاهر الرواية
وروى عن أبى يوسف انه يعشرهما وهو قول زفر وعند الشافعى لا يعشرهما وجه قول الشافعى أن الخمر والخنزير
ليسا بمال أصلا والعشر انما يؤخذ من المال وجه قول زفر انهما مالان متقومان فى حق أهل الذمة فالخمر عندهم
كالخل عندنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا ولهذا كانا مضمونين على المسلم بالاتلاف وجه ظاهر الرواية وهو الفرق
بين الخمر والخنزير من وجهين أحدهما ان الخمر من ذوات الامثال والقيمة فيما له مثل من جنسه لا يقوم مقامه فلا
يكون أخذ قيمة الخمر كأخذ عين الخمر والخنزير من ذوات القيم لا من ذوات الامثال والقيمة فيما لا مثل له يقوم
مقامه فكان أخذ قيمته كأخذ عينه وذا لا يجوز للمسلم والثانى ان الاخذ حق للعاشر بسبب الحماية وللمسلم ولاية
حماية الخمر فى الجملة الا ترى انه اذا ورث الخمر فله ولاية حمايتها عن غيره بالغصب ولو غصبها غاصب له ان يخاصمه
ويستردها منه للتخليل فله ولاية حماية خمر غيره عند وجود سبب ثبوت الولاية وهو ولاية السلطنة وليس للمسلم
ولاية حماية الخنزير رأسا حتى لو أسلم وله خنازير ليس له ان يحميها بل يسيبها فلا يكون له ولاية حماية خنزير غيره

(فصل) واما القدر المأخوذ مما يمر به التاجر على العاشر فالمار لا يخلو اما ان كان مسلما أو ذميا أو حربيا فان كان
مسلما يأخذ منه فى أموال التجارة ربع العشر لان المأخوذ منه زكاة فيؤخذ على قدر الواجب من الزكاة فى
أموال التجارة وهو ربع العشر ويوضع موضع الزكاة ويسقط عن ماله زكاة تلك السنة وان كان ذميا يأخذ منه
نصف العشر ويؤخذ على شرائط الزكاة لكن يوضع موضع الجزية والخراج ولا تسقط عنه جزية رأسه فى تلك
السنة غير نصارى بنى تغلب لأن عمر رضى الله عنه صالحهم من الجزية على الصدقة المضاعفة فاذا أخذ العاشر
منهم ذلك سقطت الجزية عنهم وان كان حربيا يأخذ منه ما يأخذونه من المسلمين فان علم انهم يأخذون منا ربع العشر
أخذ منهم ذلك القدر وان كان نصفا فنصف وان كان عشرا فعشر لان ذلك ادعى لهم الى المخالطة بدار الاسلام
فيروا محاسن الاسلام فيدعوهم ذلك الى الاسلام فان كان لا يعلم ذلك يأخذ منه العشر وأصله ما روينا عن عمر رضى
الله عنه انه كتب الى العشار فى الاطراف ان خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمى نصف العشر ومن الحربى

العشر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم يخالفه أحد منهم فيكون اجماعا منهم على ذلك وروى انه قال خذوا منهم ما يأخذون من تجارنا فقيل له ان لم نعلم ما يأخذون من تجارنا فقال خذوا منهم العشر وما يؤخذ منهم فهو فى معنى الجزية والمؤنة توضع مواضع الجزية وتصرف الى مصارفها

﴿فصل﴾ وأما ركن الزكاة فركن الزكاة هو اخراج جزء من النصاب الى الله تعالى وتسليم ذلك اليه يقطع المالك يده عنه بتمليكه من الفقير وتسليمه اليه أو الى يد من هو نائب عنه وهو المصدق والملك للفقير يثبت من الله تعالى وصاحب المال نائب عن الله تعالى فى التمليك والتسليم الى الفقير والدليل على ذلك قوله تعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقول النبى صلى الله عليه وسلم الصدقة تقع فى يد الرحمن قبل ان تقع فى كف الفقير وقد أمر الله تعالى الملاك بايتاء الزكاة لقوله عز وجل وآتوا الزكاة والايتاء هو التمليك ولذا سمى الله تعالى الزكاة صدقة بقوله عز وجل انما الصدقات للفقراء والتصدق تمليك فيصير المالك مخرجا قدر الزكاة الى الله تعالى بمقتضى التمليك سابقا عليه ولان الزكاة عبادة على أصلنا والعبادة اخلاص العمل بكليته لله تعالى وذلك فيما قلنا ان عند التسليم الى الفقير تنقطع نسبة قدر الزكاة عنه بالكلية وتصير خالصة لله تعالى ويكون معنى القربة فى الاخراج الى الله تعالى بابطال ملكه عنه لا فى التمليك من الفقير بل التمليك من الله تعالى فى الحقيقة وصاحب المال نائب عن الله تعالى غير ان عند أبى حنيفة الركن هو اخراج جزء من النصاب من حيث المعنى دون الصورة وعندهما صورة ومعنى لكن يجوز اقامة الغير مقامه من حيث المعنى ويبطل اعتبار الصورة باذن صاحب الحق وهو الله تعالى على ما بينا فيما تقدم وبينا اختلاف المشايخ فى السوائم على قول أبى حنيفة وعلى هذا يخرج صرف الزكاة الى وجوه البر من بناء المساجد والرباطات والسقايات واصلاح القناطر وتكفين الموتى ودفنهم انه لا يجوز لأنه لم يوجد التمليك أصلا وكذلك اذا اشترى بالزكاة طعاما فاطعم الفقراء غداء وعشاء ولم يدفع عين الطعام اليهم لا يجوز لعدم التمليك وكذا لو قضى دين ميت فقير بنية الزكاة لانه لم يوجد التمليك من الفقير لعدم قبضه ولو قضى دين حى فقير ان قضى بغير أمره لم يجز لانه لم يوجد التمليك من الفقير لعدم قبضه وان كان بامره يجوز عن الزكاة لوجود التمليك من الفقير لانه لما أمره به صار وكيلا عنه فى القبض فصار كان الفقير قبض الصدقة بنفسه وملكه من الغريم ولو أعتق عبده بنية الزكاة لا يجوز لانعدام التمليك اذ الاعتاق ليس بتمليك بل هو اسقاط الملك وكذا لو اشترى بقدر الزكاة عبدا فاعتقه لا يجوز عن الزكاة عند عامة العلماء وقال مالك يجوز وبه تأول قوله تعالى وفى الرقاب وهو ان يشترى بالزكاة عبدا فيعتقه ولنا أن الواجب هو التمليك والاعتاق ازالة الملك فلم يأت بالواجب والمراد من قوله تعالى وفى الرقاب اعانة المكاتبين بالزكاة لما نذكره ولو دفع زكاته الى الامام أو الى عامل الصدقة يجوز لانه نائب عن الفقير فى القبض فكان قبضه كقبض الفقير وكذا لو دفع زكاة ماله الى صبى فقير أو مجنون فقير وقبض له وليه أبوه أو جده أو وصيهما جاز لان الولى يملك قبض الصدقة عنه وكذا لو قبض عنه بعض أقاربه وليس ثمة أقرب منه وهو فى عياله يجوز وكذا الاجنبى الذى هو فى عياله لانه فى معنى الولى فى قبض الصدقة لكونه نفعا محضا الا ترى انه يملك قبض الهبة له وكذا الملتقط اذا قبض الصدقة عن اللقيط لانه يملك القبض له فقد وجد تمليك الصدقة من الفقير وذكر فى العيون عن أبى يوسف ان من عال يتيما فجعل يكسوه ويطعمه وينوى به عن زكاة ماله يجوز وقال محمد ما كان من كسوة يجوز وفى الطعام لا يجوز الا ما دفع اليه وقيل لا خلاف بينهما فى الحقيقة لان مراد أبى يوسف ليس هو الاطعام على طريق الاباحة بل على وجه التمليك ثم ان كان اليتيم عاقلا يدفع اليه وان لم يكن عاقلا يقبض عنه بطريق النيابة ثم يكسوه ويطعمه لان قبض الولى كقبضه لو كان عاقلا ولا يجوز قبض الاجنبى للفقير البالغ العاقل الا بتوكيله لانه لا ولاية له عليه فلا بد من أمره كما فى قبض الهبة وعلى هذا أيضا يخرج الدفع الى عبده ومدبره وأم ولده انه لا يجوز لعدم التمليك اذ هم لا يملكون شيأ فكان الدفع اليهم دفعا الى نفسه ولا يدفع الى مكاتبه لانه عبد ما بقى عليه درهم ولان كسبه متردد

بين ان يكون له أولمولاه لجواز ان يعجز نفسه ولا يدفع الى والده وان علا ولا الى ولده وان سفل لانه ينتفع بملكه فكان الدفع اليه دفعا الى نفسه من وجه فلا يقع تمليكا مطلقا ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه ولا يدفع أحد الزوجين زكاته الى الآخر وقال أبو يوسف ومحمد تدفع الزوجة زكاتها الى زوجها احتجا بما روى ان امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصدقة على زوجها عبد الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة ولابي حنيفة ان أحد الزوجين ينتفع بمال صاحبه كما ينتفع بمال نفسه عرفا وعادة فلا يتكامل معنى التمليك ولهذا لم يجز للزوج ان يدفع الى زوجته كذا الزوجة وتخرج هذه المسائل على أصل آخر سنذكره والله أعلم

(فصل) وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المؤدي وبعضها يرجع الى المؤدى وبعضها يرجع الى المؤدى اليه أما الذي يرجع الى المؤدي فنية الزكاة والكلام في النية في موضعين في بيان ان النية شرط جواز أداء الزكاة وفي بيان وقت نية الاداء اما الاول فالدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا عمل لمن لا نية له وقوله انما الاعمال بالنيات ولان الزكاة عبادة مقصودة فلا تتأدى بدون النية كالصوم والصلاة ولو تصدق بجميع ماله على فقير ولم ينو الزكاة أجزأه عن الزكاة استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ما ذكرنا أن الزكاة عبادة مقصودة فلابد لها من النية وجه الاستحسان أن النية وجدت دلالة لان الظاهر ان من عليه الزكاة لا يتصدق بجميع ماله و يغفل عن نية الزكاة فكانت النية موجودة دلالة وعلى هذا اذا وهب جميع النصاب من الفقير أو نوى تطوعا وروى عن أبي يوسف انه ان نوى ان يتصدق بجميع ماله فتصدق شيأ فشيأ أجزأه عن الزكاة لما قلنا وان لم ينو أن يتصدق بجميع ماله فجعل يتصدق حتى أتى عليه ضمن الزكاة لان الزكاة بقيت واجبة عليه بعدما تصدق ببعض المال فلا تسقط بالتصدق بالباقي ولو تصدق ببعض ماله من غير نية الزكاة حتى لم يجزئه عن زكاة الكل فهل يجزئه عن زكاة القدر الذي تصدق به قال أبو يوسف لا يجزئه وعليه ان يزكي الجميع وقال محمد يجزئه عن زكاة ما تصدق به ويزكي ما بقي حتى انه لو أدى خمسة من مائتين لا ينوي الزكاة أو نوى تطوعا لا تسقط عنه زكاة الخمسة في قول أبي يوسف وعليه زكاة الكل وعند محمد تسقط عنه زكاة الخمسة وهو ثمن درهم ولا يسقط عنه زكاة الباقي وكذا لو أدى مائة لا ينوي الزكاة ونوى تطوعا لا تسقط زكاة المائة وعليه ان يزكي الكل عند أبي يوسف وعند محمد يسقط عنه زكاة ما تصدق وهو درهمان ونصف ولا يسقط عنه زكاة الباقي كذا ذكر القدوري الخلاف في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يسقط عنه زكاة القدر المؤدى ولم يذكر الخلاف وجه قول محمد اعتبار البعض بالكل وهو انه لو تصدق بالكل لجاز عن زكاة الكل فاذا تصدق بالبعض يجوز عن زكاته لان الواجب شائع في جميع النصاب ولابي يوسف ان سقوط الزكاة بغير نية لزوال ملكه على وجه القربة عن المال الذي فيه الزكاة ولم يوجد ذلك في التصدق بالبعض ولو تصدق بخمسة ينوي بجميعها الزكاة والتطوع كانت من الزكاة في قول أبي يوسف وقال محمد هي من التطوع وجه قول محمد ان النيتين تعارضتا فلم يصح التعيين للتعارض فالتحق بالعدم فبقي التصدق بنية مطلقة فيقع عن التطوع لانه أدنى والادنى متيقن به وجه قول أبي يوسف ان عند تعارض الجهتين يعمل بالاقوى وهو الفرض كما في تعارض الدليلين انه يعمل باقواهما ولان التعيين يعتبر في الزكاة لا في التطوع لان التطوع لا يحتاج الى التعيين الا ترى أن اطلاق الصدقة يقع عليه فلغا تعيينه و بقيت الزكاة متعينة فيقع عن الزكاة والمعتبر في الدفع نية الآمر حتى لو دفع خمسة الى رجل وأمره ان يدفعها الى الفقير عن زكاة ماله فدفع ولم تحضره النية عند الدفع جاز لان النية انما تعتبر من المؤدي والمؤدي هو الآمر في الحقيقة وانما المأمور نائب عنه في الاداء ولهذا لو وكل ذميا باداء الزكاة جاز لان المؤدي في الحقيقة هو المسلم وذكر في الفتاوى عن الحسن بن زياد في رجل أعطى رجلا دراهم ليتصدق بها تطوعا ثم نوى الآمر ان يكون ذلك من زكاة ماله ثم تصدق المأمور جاز عن زكاة مال الآمر وكذا

لو

لوقال تصدق بها عن كفارة يميني ثم نوى الآمر عن زكاة ماله جاز لما ذكرنا أن الآمر هو المؤدى من حيث المعنى
وانما المأمور نائب عنه ولو قال ان دخلت هذه الدار فلله على أن أتصدق بهذه المائة درهم ثم نوى وقت الدخول عن
زكاة ماله لا تكون زكاة لان عند الدخول وجب عليه التصدق بالنذر المتقدم أو اليمين المتقدمة وذلك لا يحتمل
الرجوع فيه بخلاف الاول ولو تصدق عن غيره بغير أمره فان تصدق بمال نفسه جازت الصدقة عن نفسه ولا تجوز
عن غيره وان أجازه ورضى به أما عدم الجواز عن غيره فلعدم التمليك منه اذ لا ملك له فى المؤدى ولا يملكه بالاجازة فلا
تقع الصدقة عنه وتقع عن المتصدق لان التصدق وجد نفاذا عليه وان تصدق بمال المتصدق عنه وقف على اجازته
فان أجاز والمال قائم جاز عن الزكاة وان كان المال هالكا جاز عن التطوع ولم يجز عن الزكاة لانه لما تصدق عنه بغير
أمره وهلك المال صار بدله دينا فى ذمته فلو جاز ذلك عن الزكاة كان أداء الدين عن العين وانه لا يجوز والله أعلم واما
وقت النية فقد ذكر الطحاوى ولا تجزئ الزكاة عمن أخرجها الا بنية مخالطة لاخراجه اياها كما قال فى باب الصلاة
وهذا اشارة الى انها لا تجزئ الا بنية مقارنة للاداء وعن محمد بن سلمة انه قال ان كان وقت التصدق بحال لو سئل
عماذا يتصدق أمكنه الجواب من غير فكرة فان ذلك يكون نية منه وتجزئه كما قال فى نية الصلاة والصحيح أن النية
تعتبر فى أحد الوقتين اما عند الدفع واما عند التمييز هكذا روى هشام عن محمد فى رجل نوى ان ما يتصدق به الى آخر
السنة فهو عن زكاة ماله فجعل يتصدق الى آخر السنة ولا تحضره النية قال لا تجزئه وان ميز زكاة ماله فصرها فى كمه
وقال هذه من الزكاة فجعل يتصدق ولا تحضره النية قال ارجو ان تجزئه عن الزكاة لان فى الاول لم توجد النية
فى الوقتين وفى الثانى وجد فى أحدهما وهو وقت التمييز وانما لم تشترط فى وقت الدفع عينا لان دفع الزكاة قد يقع
دفعة واحدة وقد يقع متفرقا وفى اشتراط النية عند كل دفع مع تفريق الدفع حرج والحرج مدفوع والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المؤدى فمنها ان يكون مالا متقوما على الاطلاق سواء كان منصوصا عليه أولا من
جنس المال الذى وجبت فيه الزكاة أو من غير جنسه والاصل ان كل مال يجوز التصدق به تطوعا يجوز أداء الزكاة
منه ومالا فلا وهذا عندنا وعند الشافعى لا يجوز الاداء الا المنصوص عليه وقد مضت المسئلة غيران المؤدى يعتبر
فيه القدر والصفة فى بعض الأموال وفى بعضها القدر دون الصفة وفى بعضها الصفة دون القدر وفى بعض هذه
الجملة اتفاق وفى بعضها اختلاف وجملة الكلام فيه ان مال الزكاة لا يخلو اما أن يكون عينا واما أن يكون دينا والعين
لا يخلو اما أن تكون مما لا يجرى فيه الربا كالحيوان والعروض واما أن يكون مما يجرى فيه الربا كالمكيل والموزون
فان كان مما لا يجرى فيه الربا فان كان من السوائم فان أدى المنصوص عليه من الشاة وبنت المخاض ونحو ذلك
يراعى فيه صفة الواجب وهو أن يكون وسطا فلا يجوز الردىء الا على طريق التقويم فبقدر قيمته وعليه التكميل
لانه لم يؤد الواجب ولو أدى الجيد جاز لانه أدى الواجب وزيادة وان أدى القيمة أدى قيمة الوسط فان أدى قيمة
الردىء لم يجز الا بقدر قيمته وعليه التكميل ولو أدى شاة واحدة سمينة عن شاتين وسطين تعدل قيمتها قيمة
شاتين وسطين جاز لان الحيوان ليس من أموال الربا والجودة فى غير أموال الربا متقومة ألا ترى انه يجوز بيع شاة
بشاتين فبقدر الوسط يقع عن نفسه وبقدر قيمة الجودة يقع عن شاة أخرى وان كان من عروض التجارة فان أدى
من النصاب ربع عشره يجوز كيفما كان النصاب لانه أدى الواجب بكماله وان أدى من غير النصاب فان كان
من جنسه يراعى فيه صفة الواجب من الجيد والوسط والردىء ولو أدى الردىء مكان الجيد والوسط لا يجوز الا
على طريق التقويم بقدره وعليه التكميل لان العروض ليست من أموال الربا حتى يجوز بيع ثوب بثوبين
فكانت الجودة فيها متقومة ولهذا لو أدى ثوبا جيدا عن ثوبين رديئين يجوز وان كان من خلاف جنسه يراعى فيه
قيمة الواجب حتى لو أدى أنقص منه لا يجوز الا بقدره وان كان مال الزكاة مما يجرى فيه الربا من الكيلى والوزنى
فان أدى ربع عشر النصاب يجوز كيفما كان لانه أدى ما وجب عليه وان أدى من غير النصاب فلا يخلو اما ان كان
من جنس النصاب واما ان كان من خلاف جنسه فان كان المؤدى من خلاف جنسه بأن أدى الذهب عن الفضة أو

الحنطة عن الشعير يراعى قيمة الواجب بالاجماع حتى لو أدى أنقص منها لا يسقط عنه كل الواجب بل يجب عليه التكميل لان الجودة فى أموال الربا متقومة عند مقابلتها بخلاف جنسها وان كان المؤدى من جنس النصاب فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة وأبو يوسف ان المعتبر هو القدر لا القيمة وقال زفر المعتبر هو القيمة لا القدر وقال محمد المعتبر ما هو انفع للفقراء فان كان اعتبار القدر أنفع فالمعتبر هو القدر كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف وان كان اعتبار القيمة أنفع فالمعتبر هو القيمة كما قال زفر وبيان هذا فى مسائل اذا كان له مائتا قفيز حنطة جيدة للتجارة قيمتها مائتا درهم فحال عليها الحول فلم يؤد منها وأدى خمسة أقفزة رديئة يجوز وتسقط عنه الزكاة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ويعتبر القدر لا قيمة الجودة وعند محمد وزفر عليه أن يؤدى الفضل الى تمام قيمة الواجب اعتبارا فى حق الفقراء للقيمة عند زفر واعتبار الانفع عند محمد والصحيح اعتبار أبى حنيفة وأبى يوسف لان الجودة فى الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقول النبى صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء الا ان محمدا يقول ان الجودة متقومة حقيقة وانما سقط اعتبار تقومها شرعا لجريان الربا والربا اسم لمال يستحق بالبيع ولم يوجد والجواب ان المسقط لاعتبار الجودة وهو النص مطلق فيقتضى سقوط تقومها مطلقا الا فيما قيد بدليل ولو كان النصاب حنطة رديئة للتجارة قيمتها مائتا درهم فادى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة أقفزة رديئة لا يجوز الا عن أربعة أقفزة منها وعليه أن يؤدى قفيزا آخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد اعتبارا للقدر دون القيمة عندهما واعتبار الانفع للفقراء عند محمد وعند زفر لا يجب عليه شئ آخر اعتبار القيمة عنده وعلى هذا اذا كان له مائتا درهم جيدة حال عليها الحول فادى خمسة زيوفا جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف لوجود القدر ولا يجوز عند محمد وزفر لعدم القيمة والانفع ولو أدى أربعة دراهم جيدة عن خمسة رديئة لا يجوز الا عن أربعة دراهم وعليه درهم آخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وأما عند أبى حنيفة وابى يوسف فلاعتبار القدر والقدر ناقص وأما عند محمد فلاعتبار الانفع للفقراء والقدر ههنا أنفع لهم وعلى أصل زفر يجوز لاعتبار القيمة ولو كان له قلب فضة أو اناء مصوغ من فضة جيدة وزنه مائتا درهم وقيمته لجودته وصياغته ثلثمائة فان أدى من النصاب أدى ربع عشره وان أدى من الجنس من غير النصاب يؤدى خمسة دراهم زكاة المائتين عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر يؤدى زكاة ثلثمائة درهم بناء على الأصل الذى ذكرنا وان أدى من غير جنسه يؤدى زكاة ثلثمائة وذلك سبعة دراهم ونصف بالاجماع لان قيمة الجودة تظهر عند المقابلة بخلاف الجنس ولو أدى عنها خمسة زيوفا قيمتها أربعة دراهم جيدة جاز وسقطت عنه الزكاة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر عليه أن يؤدى الفضل الى تمام قيمة الواجب وعلى هذا النذر اذا أوجب على نفسه صدقة قفيز حنطة جيدة فادى قفيزا رديا يخرج عن النذر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر عليه أداء الفضل ولو أوجب على نفسه صدقة قفيز حنطة رديئة فتصدق بنصف قفيز حنطة جيدة تبلغ قيمته قيمة قفيز حنطة رديئة لا يجوز الا عن النصف وعليه أن يتصدق بنصف آخر فى قول أصحابنا الثلاثة وفى قول زفر لا شئ عليه غيره وهذا والزكاة سواء والأصل ما ذكرنا ولو أوجب على نفسه صدقة بشاتين فتصدق مكانهما بشاة واحدة تبلغ قيمتها قيمة شاتين جاز ويخرج عن النذر كما فى الزكاة وهذا بخلاف ما اذا أوجب على نفسه أن يهدى شاتين فاهدى مكانهما شاة تبلغ قيمتها قيمة شاتين انه لا يجوز الا عن واحدة منهما وعليه شاة أخرى لان القربة هناك فى نفس الاراقة لا فى التمليك واراقة دم واحد لا يقوم مقام اراقة دمين وكذا لو أوجب على نفسه عتق رقبتين فاعتق رقبة تبلغ قيمتها قيمة رقبتين لم يجز لأن القربة ثمة ليس فى التمليك بل فى ازالة الرق وازالة رق واحد لا يقوم مقام ازالة رقين ولهذا لم يجز اعتاق رقبة واحدة وان كانت سمينة الا عن كفارة واحدة والله أعلم وان كان مال الزكاة دينا فجملة الكلام فيه ان أداء العين عن العين جائز بأن كان له مائتا درهم عين فحال عليها الحول فادى خمسة منها لانه أداء الكامل عن الكامل فقد أدى ما وجب عليه فيخرج عن الواجب وكذا اذا أدى العين عن الدين بان كان له مائتا درهم دين فحال عليها الحول ووجبت فيها الزكاة

فادى خمسة عينا عن الدين لانه أداء الكامل عن الناقص لان العين مال بنفسه ومالية الدين لاعتبار تعينه فى العاقبة وكذا العين قابل للتمليك من جميع الناس والدين لا يقبل التمليك لغير من عليه الدين وأداء الدين عن العين لا يجوز بأن كان له على فقير خمسة دراهم وله مائتا درهم عين حال عليها الحول فتصدق بالخمسة على الفقير ناويا عن زكاة المائتين لانه أداء الناقص عن الكامل فلا يخرج عما عليه والحيلة فى الجواز أن يتصدق عليه بخمسة دراهم عين ينوى عن زكاة المائتين ثم يأخذها منه قضاء عن دينه فيجوز ويحل له ذلك وأما أداء الدين عن الدين فان كان عن دين يصير عينا لا يجوز بأن كان له على فقير خمسة دراهم دين وله على رجل آخر مائتا درهم فحال عليها الحول فتصدق بهذه الخمسة على من عليه ناويا عن زكاة المائتين لان المائتين تصير عينا بالاستيفاء فتبين فى الآخرة ان هذا أداء الدين عن العين وانه لا يجوز لما بينا وان كان عن دين لا يصير عينا يجوز بأن كان له على فقير مائتا درهم دين فحال عليها الحول فوهب منه المائتين ينوى عن الزكاة لان هذا دين لا ينقلب عينا فلا يظهر فى الآخرة ان هذا أداء الدين عن العين فلا يظهر انه أداء الناقص عن الكامل فيجوز هذا اذا كان من عليه الدين فقيرا فوهب المائتين له أو تصدق بها عليه فاما اذا كان غنيا فوهب أو تصدق فلا شك أنه سقط عنه الدين لكن هل يجوز وتسقط عنه الزكاة أم لا يجوز وتكون زكاتها دينا عليه ذكر فى الجامع انه لا يجوز ويكون قدر الزكاة مضمونا عليه وذكر فى نوادر الزكاة انه يجوز وجه رواية الجامع ظاهر لانه دفع الزكاة الى الغنى مع العلم بحاله أو من غير تحر وهذا لا يجوز بالاجماع وجه رواية النوادر ان الجواز ليس على معنى سقوط الواجب بل على امتناع الوجوب لان الوجوب باعتبار ماليته وماليته باعتبار صيرورته عينا فى العاقبة فاذا لم يصر تبين انه لم يكن مالا والزكاة لا تجب فيما ليس بمال والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المؤدى اليه فانواع منها أن يكون فقيرا فلا يجوز صرف الزكاة الى الغنى الا أن يكون عاملا عليها لقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل جعل الله تعالى الصدقات للاصناف المذكورين بحرف اللام وانه للاختصاص فيقتضى اختصاصهم باستحقاقها فلو جاز صرفها الى غيرهم لبطل الاختصاص وهذا لا يجوز والآية خرجت لبيان مواضع الصدقات ومصارفها ومستحقيها وهم وان اختلفت أساميهم فسبب الاستحقاق فى الكل واحد وهو الحاجة الا العاملين عليها فانهم مع غناهم يستحقون العمالة لان السبب فى حقهم العمالة لما نذكر ثم لا بد من بيان معانى هذه الاسماء اما الفقراء والمساكين فلا خلاف فى ان كل واحد منهما جنس على حدة وهو الصحيح لما نذكر واختلف أهل التأويل واللغة فى معنى الفقير والمسكين وفى ان أيهما أشد حاجة وأسوأ حالا قال الحسن الفقير الذى لا يسأل والمسكين الذى يسأل وهكذا ذكره الزهرى وكذا روى ابو يوسف عن أبى حنيفة وهو المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وهذا يدل على ان المسكين أحوج وقال قتادة الفقير الذى به زمانة وله حاجة والمسكين المحتاج الذى لا زمانة به وهذا يدل على ان الفقير أحوج وقيل الفقير الذى يملك شيأ يقوته والمسكين الذى لا شئ له سمى مسكينا لما أسكنته حاجته عن التحرك فلا يقدر يبرح عن مكانه وهذا أشبه الاقاويل قال الله تعالى أو مسكينا ذا متربة قيل فى التفسير أى استتر بالتراب وحفر الارض الى عانته وقال الشاعر

أما الفقير الذى كانت حلوبته * وفق العيال فلم يترك له سبد

سماه فقيرا مع ان له حلوبة هى وفق العيال والاصل ان الفقير والمسكين كل واحد منهما اسم ينبئ عن الحاجة الا حاجة المسكين أشد وعلى هذا يخرج قول من يقول الفقير الذى لا يسأل والمسكين الذى يسأل لان من شأن الفقير المسلم انه يتحمل ما كانت له حيلة ويتعفف ولا يخرج فيسأل وله حيلة فسؤاله يدل على شدة حاله وما روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ليس المسكين الطواف الذى يطوف على الناس ترده اللقمة واللقمتان والتمرة والتمرتان قيل فما المسكين يا رسول الله قال الذى لا يجد ما يغنيه ولا يفطن به فيتصدق عليه

ولا يقوم فيسأل الناس فهو محمول على ان الذى يسأل وان كان عندكم مسكينا فان الذى لا يسأل ولا يفطن به أشد
مسكنة من هذا وعلى هذا يحمل ماروى عن عمر رضى الله عنه انه قال ليس المسكين الذى لا مال له ولكن المسكين الذى
لا مكسب له أى الذى لا مال له وان كان مسكينا فالذى لا مال له ولا مكسب له أشد مسكنة منه وكانه قال الذى لا مال
له ولا مكسب فهو فقير والمسكين الذى لا مال له ولا مكسب وما قاله بعض مشايخنا ان الفقراء والمساكين جنس
واحد فى الزكاة بلا خلاف بين أصحابنا بدليل جواز صرفها الى جنس واحد وانما الخلاف بعد فى كونهما جنسا واحدا
أو جنسين فى الوصايا اختلاف بين أصحابنا غير سديد بل لا خلاف بين أصحابنا فى انهما جنسان مختلفان فيهما جميعا لما
ذكرنا والدليل عليه ان الله تعالى عطف البعض على البعض والعطف دليل المغايرة فى الاصل وانما جاز صرف الزكاة
الى صنف واحد لمعنى آخر وذلك المعنى لا يوجد فى الوصية وهو دفع الحاجة وذا يحصل بالصرف الى صنف واحد
والوصية ما شرعت لدفع حاجة الموصى له فانها تجوز للفقير والغنى وقد يكون للموصى اغراض كثيرة لا يوقف عليها
فلا يمكن تعليل نص كلامه فتجرى على ظاهر لفظه من غير اعتبار المعنى بخلاف الزكاة فانا عقلنا المعنى فيها وهو دفع
الحاجة وازالة المسكنة وجميع الاصناف فى هذا المعنى جنس واحد لذلك افترقا لا لما قالوه والله أعلم وأما العاملون
عليها فهم الذين نصبهم الامام لجباية الصدقات واختلف فيما يعطون قال أصحابنا يعطيهم الامام كفايتهم منها وقال
الشافعى يعطيهم الثمن وجه قوله ان الله تعالى قسم الصدقات على الاصناف الثمانية منهم العاملون عليها فكان لهم
منها الثمن ولنا ان ما يستحقه العامل انما يستحقه بطريق العمالة لا بطريق الزكاة بدليل انه يعطى وان كان غنيا
بالاجماع ولو كان ذلك صدقة لما حلت للغنى وبدليل انه لو حمل زكاته بنفسه الى الامام لا يستحق العامل منها
شيأ ولهذا قال أصحابنا ان حق العامل فيما فى يده من الصدقات حتى لو هلك ما فى يده سقط حقه كنفقة المضارب انها
تكون فى مال المضاربة حتى لو هلك مال المضاربة سقطت نفقته كذا هذا دل انه انما يستحق بعمله لكن على سبيل
الكفاية له ولاعوانه لا على سبيل الاجرة لان الاجرة مجهولة اما عندنا فظاهر لان قدر الكفاية له ولاعوانه غير
معلوم وكذا عنده لان قدر ما يجتمع من الصدقات بجبايته مجهول فكان ثمنه مجهولا لا محالة وجهالة أحد البدلين
يمنع جواز الاجارة فجهالة البدلين جميعا أولى فدل أن الاستحقاق ليس على سبيل الاجرة بل على طريق الكفاية له
ولاعوانه لاشتغاله بالعمل لاصحاب المواشى فكانت كفايته فى مالهم واما قوله ان الله تعالى قسم الصدقات على
الاصناف المذكورين فى الآية فممنوع انه قسم بل بين فيها مواضع الصدقات ومصارفها لما نذكر ولو كان العامل
هاشميا لا يحل له عندنا وعند الشافعى يحل واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضى الله عنه
الى اليمن مصدقا وفرض له ولو لم يحل للهاشمى لما فرض له ولان العمالة أجرة العمل بدليل انها تحل للغنى فيستوى
فيها الهاشمى وغيره ولنا ما روى ان نوفل بن الحارث بعث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستعملهما
على الصدقة فقال صلى الله عليه وسلم لا تحل لكما الصدقة ولا غسالة الناس ولان المال المجبى صدقة ولما حصل
فى يد الامام حصلت الصدقة مؤداة حتى لو هلك المال فى يده تسقط الزكاة عن صاحبها واذا حصلت صدقة
والصدقة مطهرة لصاحبها فتمكن الخبث فى المال فلا يباح للهاشمى لشرفه صيانة له عن تناول الخبث تعظيما
لرسول الله صلى الله عليه وسلم أو نقول للعمالة شبهة الصدقة وانها من أوساخ الناس فيجب صيانة الهاشمى عن
ذلك كرامة له وتعظيما للرسول صلى الله عليه وسلم وهذا المعنى لا يوجد فى الغنى وقد فرغ نفسه لهذا العمل فيحتاج
الى الكفاية والغنى لا يمنع من تناولها عند الحاجة كابن السبيل انه يباح له وان كان غنيا مالكا فكذا هذا وقوله ان
الذى يعطى للعامل أجرة عمله ممنوع وقد بينا فساده وأما حديث على رضى الله عنه فلا حجة فيه لان فيه أنه فرض
له وليس فيه بيان المفروض انه من الصدقات أو من غيرها فيحتمل انه فرض له من بيت المال لانه كان قاضيا والله
أعلم وأما المؤلفة قلوبهم فقد قيل انهم كانوا قوما من رؤساء قريش وصناديد العرب مثل أبى سفيان بن حرب
وصفوان بن أمية والاقرع بن حابس وعيينة بن حصن الفزارى والعباس بن مرداس السلمى ومالك بن عوف

النضري وحكيم بن حزام وغيرهم ولهم شوكة وقوة واتباع كثيرة بعضهم أسلم حقيقة وبعضهم أسلم ظاهرا لا حقيقة وكان من المنافقين وبعضهم كان من المسالمين فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم من الصدقات تطييبا لقلوب المسلمين منهم وتقريرا لهم على الاسلام وتحريضا لاتباعهم على اتباعهم وتأليفا لمن لم يحسن اسلامه وقد حسن اسلام عامتهم الا من شاء الله تعالى لحسن معاملة النبي صلى الله عليه وسلم معهم وجميل سيرته حتى روى عن صفوان بن امية قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لابغض الناس الي فما زال يعطيني حتى انه لاحب الخلق الي واختلف في سهامهم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عامة العلماء انه انتسخ سهمهم وذهب ولم يعطوا شيأ بعد النبي صلى الله عليه وسلم ولا يعطى الآن لمثل حالهم وهو أحد قولي الشافعي وقال بعضهم وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه ان حقهم بقي وقد أعطى من بقي من أولئك الذين أخذوا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم والآن يعطى لمن حدث اسلامه من الكفرة تطييبا لقلبه وتقريرا له على الاسلام وتعطى الرؤساء من أهل الحرب اذا كانت لهم غلبة يخاف على المسلمين من شرهم لان المعنى الذي له كان يعطي النبي صلى الله عليه وسلم أولئك موجود في هؤلاء والصحيح قول العامة لاجماع الصحابة على ذلك فان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ما أعطيا المؤلفة قلوبهم شيأ من الصدقات ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة رضي الله عنهم فانه روى أنه لما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم جاؤا الى أبي بكر واستبدلوا الخط منه لسهامهم فبدل لهم الخط ثم جاؤا الى عمر رضي الله عنه وأخبروه بذلك فاخذ الخط من أيديهم ومزقه وقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعطيكم ليؤلفكم على الاسلام فاما اليوم فقد أعز الله دينه فان ثبتم على الاسلام والا فليس بيننا وبينكم الا السيف فانصرفوا الى أبي بكر فاخبروه بما صنع عمر رضي الله عنهما وقالوا انت الخليفة أم هو فقال ان شاء الله هو ولم ينكر أبو بكر قوله وفعله وبلغ ذلك الصحابة فلم ينكروا فيكون اجماعا منهم على ذلك ولانه ثبت باتفاق الامة أن النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يعطيهم ليتألفهم على الاسلام ولهذا سماهم الله المؤلفة قلوبهم والاسلام يومئذ في ضعف وأهله في قلة وأولئك كثير ذو قوة وعدد واليوم بحمد الله عز الاسلام وكثر أهله واشتدت دعائمه ورسخ بنيانه وصار أهل الشرك اذلاء والحكم متى ثبت معقولا بمعنى خاص ينتهي بذهاب ذلك المعنى ونظيره ما كان عاهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كثيرا من المشركين لحاجته الى معاهدتهم ومداراتهم لقلة أهل الاسلام وضعفهم فلما أعز الله الاسلام وكثر اهله امر رسوله صلى الله عليه وسلم ان يرد الى أهل العهود عهودهم وان يحارب المشركين جميعا بقوله عز وجل براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين الى قوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وأما قوله تعالى وفي الرقاب فقد قال بعض أهل التأويل معناه وفي عتق الرقاب ويجوز اعتاق الرقبة بنية الزكاة وهو قول مالك وقال عامة أهل التأويل الرقاب المكاتبون قوله تعالى وفي الرقاب أي وفي فك الرقاب وهو ان يعطى المكاتب شيأ من الصدقة يستعين به على كتابته لما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علمني عملا يدخلني الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة فقال الرجل أوليسا سواء قال لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في عتقها وانما جاز دفع الزكاة الى المكاتب ليؤدي بدل كتابته فيعتق ولا يجوز ابتداء الاعتاق بنية الزكاة لوجهين أحدهما ما ذكرنا ان الواجب ايتاء الزكاة والايتاء هو التمليك والدفع الى المكاتب تمليك فاما الاعتاق فليس بتمليك والثاني ما أشار اليه سعيد بن جبير فقال لا يعتق من الزكاة مخافة جر الولاء ومعنى هذا الكلام ان الاعتاق يوجب الولاء للمعتق فكان حقه فيه باقيا ولم ينقطع من كل وجه فلا يتحقق الاخلاص فلا يكون عبادة والزكاة عبادة فلا تتأدى بما ليس بعبادة فاما الذي يدفع الى المكاتب فينقطع عنه حق المؤدي من كل وجه ولا يرجع اليه بذلك نفع فيتحقق الاخلاص وأما قوله تعالى والغارمين قيل الغارم الذي عليه الدين أكثر من المال الذي في يده أو مثله أو أقل منه لكن ما وراءه ليس بنصاب وأما قوله تعالى وفي سبيل الله عبارة عن جميع القرب فيدخل فيه كل من سعى في طاعة الله وسبيل الخيرات اذا كان محتاجا وقال

أبو يوسف المراد منه فقراء الغزاة لان سبيل الله اذا أطلق في عرف الشرع يراد به ذلك وقال محمد المراد منه الحاج المنقطع لما روي أن رجلا جعل بعيراله في سبيل الله فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج وقال الشافعي يجوز دفع الزكاة الى الغازي وان كان غنيا وأما عندنا فلا يجوز الا عند اعتبار حدوث الحاجة واحتج بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحل الصدقة لغني الا في سبيل الله أو ابن السبيل أو رجل له جار مسكين تصدق عليه فأعطاها له وعن عطاء بن يسار عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحل الصدقة الا لخمس العامل عليها ورجل اشتراها وغارم وغاز في سبيل الله وفقير تصدق عليه فاهداها الى غني نفى حل الصدقة للاغنياء واستثنى الغازي منهم والاستثناء من النفي اثبات فيقتضي حل الصدقة للغازي الغني ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني وقوله صلى الله عليه وسلم أمرت ان آخذ الصدقة من اغنيائكم وأردها في فقرائكم جعل الناس قسمين قسما يؤخذ منهم وقسما يصرف اليهم فلو جاز صرف الصدقة الى الغني لبطلت القسمة وهذا لا يجوز وأما استثناء الغازي فمحمول على حال حدوث الحاجة وسماه غنيا على اعتبار ما كان قبل حدوث الحاجة وهو ان يكون غنيا ثم تحدث له الحاجة بان كان له دار يسكنها ومتاع يمتهنه وثياب يلبسها وله مع ذلك فضل مائتي درهم حتى لا تحل له الصدقة ثم يعزم على الخروج في سفر غزو فيحتاج الى آلات سفره وسلاح يستعمله في غزوه ومركب يغزو عليه وخادم يستعين بخدمته على ما لم يكن محتاجا اليه في حال اقامته فيجوز ان يعطى من الصدقات ما يستعين به في حاجته التي تحدث له في سفره وهو في مقامه غني بما يملكه لانه غير محتاج في حال اقامته فيحتاج في حال سفره فيحمل قوله لا تحل الصدقة لغني الا لغاز في سبيل الله على من كان غنيا في حال مقامه فيعطى بعض ما يحتاج اليه لسفره لما أحدث السفر له من الحاجة الا انه يعطى حين يعطى وهو غني وكذا تسمية الغارم غنيا في الحديث على اعتبار ما كان قبل حلول الغرم به وقد حدثت له الحاجة بسبب الغرم وهذا لان الغني اسم لمن يستغني عما يملكه وانما كان كذلك قبل حدوث الحاجة فاما بعده فلا وأما قوله تعالى وابن السبيل فهو الغريب المنقطع عن ماله وان كان غنيا في وطنه لأنه فقير في الحال وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحل الصدقة لغني الا في سبيل الله او ابن السبيل الحديث ولو صرف الى واحد من هؤلاء الاصناف يجوز عند أصحابنا وعند الشافعي لا يجوز الا ان يصرف الى ثلاثة من كل صنف واحتج بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الى آخر الاصناف أخبر الله تعالى ان الصدقات للاصناف المذكورين في الآية على الشركة فيجب ايصال كل صدقة الى كل صنف الا ان الاستيعاب غير ممكن فيصرف الى ثلاثة من كل صنف اذ الثلاثة أدنى الجمع الصحيح ولنا السنة المشهورة واجماع الصحابة وعمل الأئمة الى يومنا هذا والاستدلال أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه الى اليمن فان أجابوك لذلك فاعلمهم ان الله تعالى فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد في فقرائهم ولم يذكر الأصناف الاخر وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال بعث علي رضي الله عنه وهو باليمن الى النبي صلى الله عليه وسلم مذهبة في ترابها فقسمها النبي صلى الله عليه وسلم بين الأقرع بن حابس وبين زيد الخيل وبين عيينة بن حصن وعلقمة بن علاثة فغضبت قريش والانصار وقالوا اتعطي صناديد أهل نجد فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما أتألفهم ولو كان كل صدقة مقسومة على الثمانية بطريق الاستحقاق لما دفع النبي صلى الله عليه وسلم المذهبة الى المؤلفة قلوبهم دون غيرهم وأما اجماع الصحابة فانه روي عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا جمع صدقات المواشي من البقر والغنم نظر منها ما كان منيحة اللبن فيعطيها لأهل بيت واحد على قدر ما يكفيهم وكان يعطي العشرة للبيت الواحد ثم يقول عطية تكفي خير من عطية لا تكفي أو كلام نحو هذا وروي عن علي رضي الله عنه انه أتي بصدقة فبعثها الى أهل بيت واحد وعن حذيفة رضي الله عنه انه قال هؤلاء أهلها ففي أي صنف وضعتها أجزأك وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال كذلك وأما عمل الأئمة فانه لم يذكر عن أحد من الائمة انه تكلف طلب هؤلاء الأصناف فقسمها بينهم مع ما انه لو تكلف الامام أن يظفر بهؤلاء الثمانية ما قدر على

ذلك

ذلك وكذلك لم يذكر عن أحد من أرباب الأموال انه فرق صدقة واحدة على هؤلاء ولو كان الواجب هو القسمة على السوية بينهم لا يحتمل أن يقسموها كذلك ويضيعوا حقوقهم وأما الاستدلال فهو ان الله تعالى أمر بصرف الصدقات الى هؤلاء بأسامي منبئة عن الحاجة فعلم انه انما أمر بالصرف اليهم لدفع حاجتهم والحاجة في الكل واحدة وان اختلفت الاسامي وأما الآية ففيها بيان مواضع الصدقات ومصارفها ومستحقيها لان اللام للاختصاص وهو انهم المختصون بهذا الحق دون غيرهم لا للتسوية لغة وانما الصيغة للشركة والتسوية لغة حرف بين ألا ترى انه اذا قيل الخلافة لبني العباس والسدانة لبني عبد الدار والسقاية لبني هاشم يراد به انهم المختصون بذلك لا حق فيها لغيرهم لانها بينهم بالحصص بالسوية ولو قيل الخلافة بين بني العباس والسدانة بين بني عبد الدار والسقاية بين بني هاشم كان خطأ ولهذا قال أصحابنا فيمن قال مالي لفلان وللموتى انه كله لفلان ولو قال مالي بين فلان وبين الموتى كان لفلان نصفه ولو كان الأمر على ما قاله الشافعي ان الصدقة تقسم بين الأصناف الثمانية على السوية لقال انما الصدقات بين الفقراء الآية فان قيل أليس أن من قال ثلث مالي لفلان وفلان انه يقسم بينهما بالسوية كما اذا قال ثلث مالي بين فلان وفلان والجواب ان الاشتراك هناك ليس موجب الصيغة اذ الصيغة لا توجب الاشتراك والتسوية بينهما بل موجب الصيغة ما قلنا الا ان في باب الوصية لما جعل الثلث حقا لهما دون غيرهما وهو شيء معلوم لا يزيد بعد الموت ولا يتوهم له عدد وليس أحدهما بأولى من الآخر فقسم بينهما على السواء نظرا لهما جميعا فاما الصدقات فليست بأموال متعينة لا تحتمل الزيادة والمدد حتى يحرم البعض بصرفها الى البعض بل يردف بعضها بعضا واذا فني مال يجيء مال آخر واذا مضت سنة تجيء سنة أخرى بمال جديد ولا انقطاع للصدقات الى يوم القيامة فاذا صرف الامام صدقة يأخذها من قوم الى صنف منهم لم يثبت الحرمان للباقين بل يحمل اليه صدقة أخرى فيصرف الى فريق آخر فلا ضرورة الى الشركة والتسوية في كل مال يحمل الى الامام من الصدقات والله أعلم وكما لا يجوز صرف الزكاة الى الغني لا يجوز صرف جميع الصدقات المفروضة والواجبة اليه كالعشور والكفارات والنذور وصدقة الفطر لعموم قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولان الصدقة مال تمكن فيه الخبث لكونه غسالة الناس لحصول الطهارة لهم به من الذنوب ولا يجوز الانتفاع بالخبيث الا عند الحاجة والحاجة للفقير لا للغني وأما صدقة التطوع فيجوز صرفها الى الغني لانها تجري مجرى الهبة ولا يجوز الصرف الى عبد الغني ومدبره وأم ولده لان الملك في المدفوع يقع لمولاه وهو غني فكان دفعا الى الغني هذا اذا كان العبد محجورا أو كان مأذونا لكنه لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته لان كسبه ملك المولى فالدفع يقع الي المولى وهو غني فلا يجوز ذلك وان كان عليه دين مستغرق لكنه غير ظاهر في حق المولى لانه يتأخر الى ما بعد العتاق فكان كسبه ملك المولى وهو غني وأما اذا كان ظاهرا في حق المولي كدين الاستهلاك ودين التجارة فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا ظاهرا في حقه وعندهما لا يجوز لانه يملك كسبه عندهما ويجوز الدفع الى مكاتب الغني لان كسب المالك المكاتب ملكه من حيث الظاهر وانما يملكه المولى بالعجز ولم يوجد وأما ولد الغني فان كان صغيرا لم يجز الدفع اليه وان كان فقيرا لا مال له لان الولد الصغير يعد غنيا بغنا أبيه وان كان كبيرا فقيرا يجوز لانه لا يعد غنيا بمال أبيه فكان كالأجنبي ولو دفع الى امرأة فقيرة وزوجها غني جاز في قول أبي حنيفة ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وروي عنه انها لا تعطى اذا قضي لها بالنفقة وجه هذه الرواية ان نفقة المرأة تجب على زوجها فتصير غنية بغنا الزوج كالولد الصغير وانما شرط القضاء لها بالنفقة لان النفقة لا تصير دينا بدون القضاء وجه ظاهر الرواية ان المرأة الفقيرة لا تعد غنية بغنا زوجها لانها لا تستحق على زوجها الا مقدار النفقة فلا تعد بذلك القدر غنية وكذا يجوز الدفع الى فقير له ابن غني وان كان يجب عليه نفقته لما قلنا ان قدر النفقة لا يصير غنيا فيجوز الدفع اليه وأما صدقة الوقف فيجوز صرفها الى الأغنياء ان سماهم الواقف في الوقف ذكره الكرخي في مختصره وان لم يسمهم لا يجوز لانها صدقة واجبة ثم لا بد من معرفة حد الغنا فنقول الغنا أنواع

ثلاثة غنى تجب به الزكاة وغنى يحرم به أخذ الصدقة وقبولها ولا تجب به الزكاة وغنى يحرم به السؤال ولا يحرم به الأخذ أما الغنا الذي تجب به الزكاة فهو ان يملك نصابا من المال النامي الفاضل عن الحاجة الأصلية وأما الغنا الذي يحرم به أخذ الصدقة وقبولها فهو الذي تجب به صدقة الفطر والأضحية وهو ان يملك من الأموال التي لا تجب فيها الزكاة ما يفضل عن حاجته وتبلغ قيمة الفاضل مائتي درهم من الثياب والفرش والدور والحوانيت والدواب والخدم زيادة على ما يحتاج اليه كل ذلك للابتذال والاستعمال لا للتجارة والاسامة فاذا فضل من ذلك ما يبلغ قيمته مائتي درهم وجب عليه صدقة الفطر والأضحية وحرم عليه أخذ الصدقة ثم قدر الحاجة ما ذكره الكرخي في مختصره فقال لا بأس بأن يعطى من الزكاة من له مسكن وما يتأثث به في منزله وخادم وفرس وسلاح وثياب البدن وكتب العلم ان كان من أهله فان كان له فضل عن ذلك ما يبلغ قيمته مائتي درهم حرم عليه أخذ الصدقة لما روى عن الحسن البصري انه قال كانوا يعطون الزكاة لمن يملك عشرة آلاف درهم من الفرس والسلاح والخادم والدار وقوله كانوا كناية عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان هذه الأشياء من الحوائج اللازمة التي لا بد للانسان منها فكان وجودها وعدمها سواء وذكر في الفتاوى فيمن له حوانيت ودور الغلة لكن غلتها لا تكفيه ولعياله انه فقير ويحل له أخذ الصدقة عند محمد وزفر وعند أبي يوسف لا يحل وعلى هذا اذا كان له أرض وكرم لكن غلته لا تكفيه ولعياله ولو كان عنده طعام للقوت يساوي مائتي درهم فان كان كفاية شهر تحل له الصدقة وان كان كفاية سنة قال بعضهم لا تحل وقال بعضهم تحل لان ذلك مستحق الصرف الى الكفاية والمستحق ملحق بالعدم وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادخر لنسائه قوت سنة ولو كان له كسوة شتاء وهو لا يحتاج اليها في الصيف يحل له أخذ الصدقة ذكر هذه الجملة في الفتاوى وهذا قول أصحابنا وقال مالك من ملك خمسين درهما لا يحل له أخذ الصدقة ولا يباح أن يعطى واحتج بما روى عن علي وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم انهم قالوا لا تحل الصدقة لمن له خمسون درهما او عوضها من الذهب وهذا نص في الباب ولنا حديث معاذ حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم قسم الناس قسمين الأغنياء والفقراء فجعل الأغنياء يؤخذ منهم والفقراء يرد فيهم فكل من لم يؤخذ منه يكون مردودا فيه وما رواه مالك محمول على حرمة السؤال معناه لا يحل سؤال الصدقة لمن له خمسون درهما أو عوضها من الذهب أو يحمل ذلك على كراهة الأخذ لان من له سداد من العيش فالتعفف اولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم من استغنى أغناه الله ومن استعف أعفه الله وقال الشافعي يجوز دفع الزكاة الى رجل له مال كثير ولا كسب له وهو يخاف الحاجة ويجوز له الأخذ وهذا فاسد لان هذا دفع الزكاة الى الغني ولا سبيل اليه لما بينا وخوف حدوث الحاجة في الثاني لا يجعله فقيرا في الحال ألا ترى انه لا يعتبر ذلك في سقوط الوجوب حتى تجب عليه الزكاة فكذا في جواز الأخذ ولو كان الفقير قويا مكتسبا يحل له أخذ الصدقة عندنا وعند الشافعي لا يحل واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي وفي بعض الروايات ولا لقوي مكتسب ولنا ما روى عن سلمان الفارسي انه قال حمل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة فقال لأصحابه كلوا ولم يأكل ومعلوم انه لا يتوهم ان أصحابه رضي الله عنهم كانوا كلهم زمنى بل كان بعضهم قويا مكتسبا وما رواه الشافعي محمول على حرمة الطلب والسؤال فان ذلك للزجر عن المسئلة والحمل على الكسب والدليل عليه ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجلين اللذين سألاه ان شئتما اعطيتكما منه ولا حق فيها لغني ولا لقوي مكتسب ولو كان حراما لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليعطيهما الحرام ولكن قال ذلك للزجر عن السؤال والحمل على الكسب كذا هذا ويكره لمن عليه الزكاة ان يعطى فقيرا مائتي درهم أو أكثر ولو أعطى جاز وسقط عنه الزكاة في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولا يسقط وجه قوله ان هذا نصاب كامل فيصير غنيا بهذا المال ولا يجوز الصرف الى الغني ولنا انه انما يصير غنيا بعد ثبوت الملك له فاما قبله فقد كان فقيرا فالصدقة لاقت كف الفقير فجازت وهذا لان الغنا يثبت بالملك والقبض شرط ثبوت الملك فيقبض ثم يملك المقبوض ثم يصير غنيا الا ترى انه يكره لان المنتفع به

يصـيرهو الغنى وذكر في الجامع الصـغير وان يغنى به انسانا أحب الى ولم يرد به الاغناء المطلق لان ذلك مكروه لما بينا وانما أراد به المقيـد وهو انه يغنيه يوما أو أياما عن المسئلة لان الصـدقة وضعت لمثل هـذا الاغناء قال النبي صـلى الله عليه وسلم في صـدقة الفطر اغنوهـم عن المسئلة في مثل هـذا اليوم هـذا اذا اعطى مائتى درهـم وليس عليـه دين ولا له عيال فان كان عليـه دين فـلا بأس بأن يتصـدق عليـه قـدر دينـه وزيادة مادون المائتـين وكذا اذا كان له عيال يحتاج الى نفقتهم وكسوتهم واما الغنا الذى يحرم به السؤال فهو ان يكون له سداد عيش بان كان له قوت يومه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من سأل الناس عن ظهر غنى فانما يستكثر من جمر جهنم قيل يارسول الله وماظهر الغنا قال ان يعلم ان عنـده مايغديهم أو يعشيهم فان لم يكن له قوت يومه ولا مايستر به عورته يحل له ان يسأل لان الحال حال الضرورة وقد قال الله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وترك السؤال في هذا الحال القاء النفس في التهلكة وانه حرام فكان له أن يسأل بل يجب عليه ذلك ومنها أن يكون مسلما فلا يجوز صرف الزكاة الي الكافر بلا خلاف لحديث معاذ رضى الله عنه خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم أمر بوضع الزكاة في فقراء من يؤخذ من أغنيائهم وهم المسلمون فلا يجوز وضـعها في غـيرهم وأما ماسوى الزكاة من صدقة الفطر والكفارات والنذور فلا شك في أن صرفها الي فقراء المسلمين أفضل لان الصرف اليهم يقع اعانة لهم على الطاعة وهل يجوز صرفها الى أهل الذمة قال أبو حنيفة ومحمد يجوز وقال أبو يوسف لا يجوز وهو قول زفر والشافعى وجه قولهـم الاعتبار بالزكاة وبالصرف الى الحربى ولهما قوله تعالى ان تبدوا الصدقات فنعما هى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ونكفر عنكم من سيآتكم من غير فصـل بين فقير وفقير وعموم هذا النص يقتضى جواز صرف الزكاة اليهم الا انه خص منه الزكاة لحديث معاذ رضى الله عنه وقوله تعالى في الكفارات فكفارته اطعام عشرة مسـاكين من أوسط ما تطعمون أهليكم من غير فصـل بين مسكين ومسكين الا انه خص منه الحربى بدليل ولأن صرف الصدقة الى أهل الذمة من باب ايصال البر اليهم وما نهينا عن ذلك قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين وظاهر هذا النص يقتضى جواز صرف الزكاة اليهـم لان أداء الزكاة برهم الا ان البر بطريق الزكاة غـير مراد عرفنا ذلك بحديث معاذ رضى الله عنه وانما لا يجوز صرفها الى الحربى لان في ذلك اعانة لهم على قتالنا وهذا لا يجوز وهذا المعنى لم يوجد في الذمى (ومنها) أن لا يكون من بنى هاشم لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يامعشر بنى هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان الصـدقة محرمة على بنى هاشم وروى انه رأى في الطريق تمرة فقال لولا انى أخاف أن تكون من الصـدقة لاكلتها ثم قال ان الله حرم عليكم يابنى هاشم غسالة أيدى الناس والمعنى ما أشار اليه انها من غسالة الناس فيتمكن فيها الخبث فصان الله تعالى بنى هاشم عن ذلك تشريفا لهـم واكراما وتعظيما لرسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها أن لا يكون من مواليهـم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنـه انه قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم أرقم ابن أبى أرقم الزهرى على الصدقات فاستتبع أبا رافع فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فسأله فقال يا أبا رافع ان الصدقة حرام على محمد وآل محمد وان موالى القوم من أنفسهم أى في حرمـة الصدقة لاجماعنا على ان مولى القوم ليس منهم في جميع الأحكام الا ترى انه ليس بكفء لهم وكذا مولى المسلم اذا كان كافرا تؤخذ منه الجزية ومولى التغلبى تؤخذ منه الجزية ولا تؤخـذ منه الصدقة المضاعفة فدل ان المراد منه في حرمة الصدقة خاصة وبنو هاشم الذين تحرم عليهم الصدقات آل العباس وآل على وآل جعفر وآل عقيل وولد الحارث بن عبد المطلب كذا ذكره الكرخى ومنها أن لا تكون منافع الاملاك متصلة بين المؤدى وبين المؤدى اليـه لان ذلك يمنع وقوع الاداء تمليكا من الفقير من كل وجه بل يكون صرفا الى نفسه من وجه وعلى هـذا يخرج الدفع الى الوالدين وان علوا والمولودين وان سفلوا لان أحدهما ينتفع بمال الآخر ولا يجوز أن يدفع الرجل الزكاة الى زوجته بالاجماع وفى دفع المرأة الى زوجها اختلاف بين

أبي حنيفة وصاحبيه ذكرناه فيما تقدم وأما صدقة التطوع فيجوز دفعها الى هؤلاء والدفع اليهم أولى لان فيه أجرين أجر الصدقة وأجر الصلة وكونه دفعا الى نفسه من وجه لا يمنع صدقة التطوع قال النبي صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة وعلى عياله صدقة وكل معروف صدقة ويجوز دفع الزكاة الى من سوى الوالدين والمولودين من الاقارب ومن الاخوة والاخوات وغيرهم لانقطاع منافع الاملاك بينهم ولهذا تقبل شهادة البعض على البعض والله أعلم هذا الذي ذكرنا اذا دفع الصدقة الى انسان على علم منه بحاله انه محل الصدقة فاما اذا لم يعلم بحاله ودفع اليه فهذا على ثلاثة أوجه في وجه هو على الجواز حتى يظهر خطأه وفي وجه على الفساد حتى يظهر صوابه وفي وجه فيه تفصيل على الوفاق والخلاف أما الذي هو على الجواز حتى يظهر خطأه فهو أن يدفع زكاة ماله الى رجل ولم يخطر بباله وقت الدفع ولم يشك في أمره فدفع اليه فهذا على الجواز الا اذا ظهر بعد الدفع انه ليس محل الصدقة فحينئذ لا يجوز لان الظاهر انه صرف الصدقة الى محلها حيث نوى الزكاة عند الدفع والظاهر لا يبطل الا باليقين فاذا ظهر بيقين انه ليس بمحل الصدقة ظهر انه لم يجز وتجب عليه الاعادة وليس له أن يسترد مادفع اليه ويقع تطوعا حتى انه لو خطر بباله بعد ذلك وشك فيه ولم يظهر له شئ لا تلزمه الاعادة لان الظاهر لا يبطل بالشك وأما الذي هو على الفساد حتى يظهر جوازه فهو انه خطر بباله وشك في أمره لكنه لم يتحر ولا طلب الدليل أو تحرى بقلبه لكنه لم يطلب الدليل فهو على الفساد الا اذا ظهر انه محل بيقين أو بغالب الرأي فحينئذ يجوز لانه لما شك وجب عليه التحري والصرف الى من وقع عليه تحريه فاذا ترك لم يوجد الصرف الى من أمر بالصرف اليه فيكون فاسدا الا اذا ظهر انه محل فيجوز وأما الوجه الذي فيه تفصيل على الوفاق والخلاف فهو ان خطر بباله وشك في أمره وتحرى ووقع تحريه على انه محل الصدقة فدفع اليه جاز بالاجماع وكذا ان لم يتحر ولكن سأل عن حاله فدفع أو رآه في صف الفقراء أو على زي الفقراء فدفع فان ظهر انه كان محلا جاز بالاجماع وكذا اذا لم يظهر حاله عنده وأما اذا ظهر انه لم يكن محلا بان ظهر انه غني أو هاشمي أو مولى لهاشمي أو كافر أو والد أو مولود أو زوجة يجوز وتسقط عنه الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد ولا تلزمه الاعادة وعند أبي يوسف لا يجوز وتلزمه الاعادة وبه أخذ الشافعي وروى محمد بن شجاع عن أبي حنيفة في الوالد والولد والزوجة انه لا يجوز كما قال أبو يوسف ولو ظهر انه عبده أو مدبره أو أم ولده أو مكاتبه لم يجز وعليه الاعادة في قولهم جميعا ولو ظهر انه مستسعاه لم يجز عند أبي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما يجوز لانه حر عليه دين وجه قول أبي يوسف ان هذا مجتهد ظهر خطأه بيقين فبطل اجتهاده كما لو تحرى في ثياب أو أواني وظهر خطأه فيها وكما لو صرف ثم ظهر انه عبده أو مدبره أو أم ولده أو مكاتبه ولهما أنه صرف الصدقة الى من أمر بالصرف اليه فيخرج عن العهدة كما اذا صرف ولم يظهر حاله بخلافه ودلالة ذلك انه مأمور بالصرف الى من هو محل عنده وفي ظنه واجتهاده لا على الحقيقة اذ لا علم له بحقيقة الغنا والفقر لعدم امكان الوقوف على حقيقتهما وقد صرف الى من أدى اجتهاده انه محل فقد أتى بالمأمور به فيخرج عن العهدة بخلاف الثياب والأواني لان العلم بالثوب الطاهر والماء الطاهر ممكن فلم يأت بالمأمور به فلم يجز وبخلاف ما اذا ظهر انه عبده لان الوقوف على ذلك بامارات تدل عليه ممكن على ان معنى صرف الصدقة وهو التمليك هناك لا يتصور لاستحالة تمليك الشئ من نفسه وقوله ظهر خطأه بيقين ممنوع وانما يكون كذلك ان لو قلنا انه صار محل الصدقة باجتهاده فلا نقول كذلك بل المحل المأمور بالصرف اليه شرعا حالة الاشتباه وهو من وقع عليه التحري وعلى هذا لا يظهر خطأه ولهما في الصرف الى ابنه وهو لا يعلم به الحديث المشهور وهو ما روى ان يزيد بن معن دفع صدقته الى رجل وأمره بأن يأتي المسجد ليلا فيتصدق بها فدفعها الى ابنه معن فلما أصبح رآها في يده فقال له لم أردك بها فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا معن لك ما أخذت ويا يزيد لك ما نويت والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حولان الحول فليس من شرائط جواز اداء الزكاة عند عامة العلماء وعند مالك من شرائط الجواز فيجوز تعجيل الزكاة عند عامة العلماء خلافا لمالك والكلام في التعجيل في مواضع في بيان أصل الجواز وفي بيان

شرائطه وفي بيان حكم المعجل اذالم يقع زكاة أما الأول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وجه قول مالك ان اداء الزكاة اداء الواجب واداء الواجب ولا وجوب لا يتحقق ولا وجوب قبل الحول لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ولنا ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من العباس زكاة سنتين وأدنى درجات فعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز واما قوله ان اداء الزكاة اداء الواجب ولا وجوب قبل حولان الحول فالجواب عنه من وجهين أحدهما ممنوع انه لا وجوب قبل حولان الحول بل الوجوب ثابت قبله لوجود سبب الوجوب وهو ملك نصاب كامل نام أوفاضل عن الحاجة الأصلية لحصول الغنا به ولوجوب شكر نعمة المال على ما بينا فيما تقدم ثم من المشايخ من قال بالوجوب توسعا وتأخير الاداء الى مدة الحول ترفيها وتيسيرا على أرباب الأموال كالدين المؤجل فاذا عجل فلم يترفه فيسقط الواجب كما في الدين المؤجل فمنهم من قال بالوجوب لكن لا على سبيل التأكيد وانما تأكد الوجوب بآخر الحول ومنهم من قال بالوجوب في أول الحول لكن بطريق الاستناد وهو أن يجب أولا في آخر الحول ثم يستند الوجوب الى أوله لاستناد سببه وهو كون النصاب حوليا فيكون التعجيل اداء بعد الوجوب لكن بالطريق الذي قلنا فيقع زكاة والثاني ان سلمنا انه لا وجوب قبل الحول لكن سبب الوجوب موجود وهو ملك النصاب ويجوز اداء العبادة قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب كاداء الكفارة بعد الجرح قبل الموت وسواء عجل عن نصاب واحد أو اثنين أو أكثر من ذلك مما يستفيده في السنة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز الا عن النصاب الموجود حتى لو كان له مائتا درهم فعجل زكاة الالف وذلك خمسة وعشرون ثم استفاد مالا أو ربح في ذلك المال حتى صار ألف درهم فتم الحول وعنده ألف درهم جاز عن الكل عندنا وعند زفر لا يجوز الا عن المائتين وجه قوله ان التعجيل عما سوى المائتين تعجيل قبل وجود السبب فلا يجوز كما لو عجل قبل ملك المائتين ولنا ان ملك النصاب موجود في أول الحول والمستفاد على ملك النصاب في الحول كالموجود من ابتداء الحول بدليل وجوب الزكاة فيه عند حولان الحول فلو لم يجعل كالموجود في أول الحول لما وجبت الزكاة فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول واذا كان كذلك جعلت الالف كأنها كانت موجودة في ابتداء الحول ليصير مؤديا بعد وجود الالف تقديرا فجاز والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فثلاثة أحدها كمال النصاب في أول الحول والثاني كماله في آخر الحول والثالث ان لا ينقطع النصاب فيما بين ذلك حتى لو عجل وله في أول الحول أقل من النصاب ثم كمل في آخره فتم الحول والنصاب كامل لم يكن المعجل زكاة بل كان تطوعا وكذا لو عجل والنصاب كامل ثم هلك نصفه مثلا فتم الحول والنصاب غير كامل لم يجز التعجيل وانما كان كذلك لان المعتبر كمال النصاب في طرفي الحول ولان سبب الوجوب هو النصاب فأحد الطرفين حال انعقاد السبب والطرف الآخر حال الوجوب أو حال تأكد الوجوب بالسبب وما بين ذلك ليس بحال الانعقاد ولا حال الوجوب اذ تأكد الوجوب بالسبب فلا معنى لاشتراط النصاب عنده ولان في اعتبار كمال النصاب فيما بين ذلك حرجا لان التجار يحتاجون الى النظر في ذلك كل يوم وكل ساعة وفيه من الحرج مالا يخفى ولا حرج في مراعاة الكمال في أول الحول وآخره وكذلك جرت عادة التجار بتعرف رؤس أموالهم في أول الحول وآخره ولا يلتفتون الى ذلك في أثناء الحول الا أنه لا بد من بقاء شئ من النصاب وان قل في أثناء الحول ليضم المستفاد اليه ولانه اذا هلك النصاب الاول كله فقد انقطع حكم الحول فلا يمكن ابقاء المعجل زكاة فيقع تطوعا ولو كان له نصاب في أول الحول فعجل زكاته وانتقص النصاب ولم يستفد شيأ حتى حال الحول والنصاب ناقص لم يجز التعجيل ويقع المؤدى تطوعا ولا يعتبر المعجل في تمام النصاب عندنا وعند الشافعي يكمل النصاب بما عجل ويقع زكاة وصورته اذا عجل خمسة عن مائتين ولم يستفد شيأ حتى حال الحول وعنده مائة وخمسة وتسعون أو عجل شاة من أربعين فحال عليها الحول وعنده تسعة وثلاثون لم يجز التعجيل عندنا وعنده جائز وجه قوله ان المعجل وقع زكاة عن كل النصاب فيعتبر في اتمام النصاب ولنا أن المؤدى مال أزال ملكه عنه بنية الزكاة فلا يكمل به النصاب كما لو

هلك في يد الامام ولو استفاد خمسة في آخر الحول جاز التعجيل لوجود كمال النصاب في طرفي الحول ولو كان له مائتا درهم فعجل زكاتها خمسة فانتقص النصاب ثم استفاد ما يكمل به النصاب بعد الحول في أول الحول الثاني وتم الحول الثاني والنصاب كامل فعليه الزكاة للحول الثاني وما عجل يكون تطوعا لانه عجل للحول الاول ولم تجب عليه الزكاة للحول الاول لنقصان النصاب في آخر الحول ولو كان له مائتا درهم فعجل خمسة منها ثم تم الحول والنصاب ناقص ودخل الحول الثاني وهو ناقص ثم تم الحول الثاني وهو كامل لا تجزى الخمسة عن السنة الاولى ولا عن السنة الثانية لان في السنة الاولى كان النصاب ناقصا في آخرها وفي السنة الثانية كان ناقصا في أولها فلم تجب الزكاة في السنتين فلا يقع المؤدى زكاة عنهما ولو كان له مائتا درهم فحال الحول وأدى خمسة منها حتى انتقص منها خمسة ثم انه عجل عن السنة الثانية خمسة حتى انتقص منها خمسة أخرى فصار المال مائة وتسعين فتم الحول الثاني وقد استفاد عشرة حتى حال الحول على المائتين ذكر في الجامع أن الخمسة التي عجل للحول الثاني جائزة طعن عيسى ابن أبان وقال ينبغي أن لا تجزئه هذه الخمسة عن السنة الثانية لان الحول الاول لما تم وجبت الزكاة وصارت خمسة من المائتين واجبة ووجوب الزكاة يمنع وجوب الزكاة فانعقد الحول الثاني والنصاب ناقص فكان تعجيل الخمسة عن السنة الثانية تعجيلا حال نقصان النصاب فلم يجز والجواب أن الزكاة تجب بعد تمام السنة الاولى وتمام السنة الاولى يتعقبه الجزء الاول من السنة الثانية والوجوب ثبت مقارنا لذلك الجزء والنصاب كان كاملا في ذلك الوقت ثم انتقص بعد ذلك وهو حال وجود الجزء الثاني من السنة الثانية فكان ذلك نقصان النصاب في اثناء الحول ولا عبرة به عند وجود الكمال في طرفيه وقد وجد ههنا فجاز التعجيل لوجود حال كمال النصاب

﴿فصل﴾ وأما حكم المعجل اذا لم يقع زكاة أنه ان وصل الى يد الفقير يكون تطوعا سواء وصل الى يده من يد رب المال أو من يد الامام أو نائبه وهو الساعي لانه حصل أصل القربة وانما التوقف في صفة الفرضية وصدقة التطوع لا يحتمل الرجوع فيها بعد وصولها الى يد الفقير وان كان المعجل في يد الامام قائما له أن يسترده لانه لما لم يصل الى يد الفقير لم يتم الصرف لان يد المصدق في الصدقة المعجلة يد المالك من وجه لانه مخير في دفع المعجل اليه وان كان يد الفقير من وجه من حيث انه يقبض له فلم يتم الصرف فلم تقع صدقة أصلا وان هلك في يده لا يضمن عندنا وقال الشافعي ان استسلف الامام بغير مسئلة رب المال ولا أهل السهمان يضمن وهذا فاسد لان الضمان انما يجب على الانسان بفعله وفعله الاخذ وانه مأذون فيه فلا يصلح سببا لوجوب الضمان والهلاك ليس من صنعه بل هو محض صنع الله تعالى لا صنع له في مصنوعه ولو دفع الامام المعجل الى فقير فأيسر الفقير قبل تمام الحول أو مات أو ارتد جاز عن الزكاة عندنا وقال الشافعي يسترده الامام الا أن يكون يساره من ذلك المال وجه قوله أن كون المعجل زكاة انما يثبت عند تمام الحول وهو ليس محل الصرف في ذلك الوقت فلا يقع زكاة الا اذا كان يساره من ذلك المال لانه حينئذ يكون أصلا فلا يقطع التبع عن أصله ولنا أن الصدقة لاقت كف الفقير فوقعت موقعها فلا تتغير بالغنا الحادث بعد ذلك كما اذا دفعها الى الفقير بعد حولان الحول ثم أيسر ولو عجل زكاة ماله ثم هلك المال لم يرجع على الفقير عندنا وقال الشافعي يرجع عليه اذا كان قال له انها معجلة وهذا غير سديد لان الصدقة وقعت في محل الصدقة وهو الفقير بنية الزكاة فلا يحتمل الرجوع كما اذا لم يقل انها معجلة ولو كان له دراهم أو دنانير أو عروض للتجارة فعجل زكاة جنس منها ثم هلك بعض المال جاز المعجل عن الباقي لان الكل في حكم مال واحد بدليل أنه يضم البعض الى البعض في تكميل النصاب فكانت نية التعيين في التعجيل لغوا كما لو كان له ألف درهم فعجل زكاة المائتين ثم هلك بعض المال وهذا بخلاف السوائم المختلفة بأن كان له خمس من الابل وأربعون من الغنم فعجل شاة عن خمس من الابل ثم هلكت الابل أن المعجل لا يجوز عن زكاة الغنم لانهما مالان مختلفان صورة ومعنى فكان نية التعيين صحيحة فالتعجيل عن أحدهما لا يقع عن الآخر والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها فالمسقط لها بعد الوجوب أحد الاشياء الثلاثة منها هلاك

النصاب بعد الحول قبل التمكن من الاداء و بعده عندنا وعند الشافعى لا يسقط بالهلاك بعد التمكن والمسئلة قد مضت ومنها الردة عندنا وقال الشافعى الردة لا تسقط الزكاة الواجبة حتى لو أسلم لا يجب عليه الاداء عندنا وعنده يجب وجه قوله أن المرتد قادر على اداء ما وجب عليه لكن بتقديم شرطه وهو الاسلام فاذا أسلم وجب عليه الاداء كالمحدث والجنب انهما قادران على اداء الصلاة لكن بواسطة الطهارة فاذا وجدت الطهارة يجب عليهما الاداء كذا هذا ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله ولان المرتد ليس من أهل أداء العبادة فلا يكون من أهل وجوبها فتسقط عنه بالردة وما ذكر أنه قادر على الاداء بتقديم شرطه وهو الاسلام كلام فاسد لما فيه من جعل الاصل تبعا لتبعه وجعل التبع أصلا لمتبوعه على ما بينا فيما تقدم ومنها موت من عليه الزكاة من غير وصية عندنا وعند الشافعى لا تسقط وجملة الكلام فيه أن من عليه الزكاة اذا مات قبل ادائها فلا يخلو اما ان كان أوصى بالاداء واما ان كان لم يوص فان كان لم يوص تسقط عنه فى أحكام الدنيا حتى لا تؤخذ من تركته ولا يؤمر الوصى او الوارث بالاداء من تركته عندنا وعنده تؤخذ من تركته وعلى هذا الخلاف اذا مات من عليه صدقة الفطر أو النذر أو الكفارات أو الصوم أو الصلاة أو النفقات أو الخراج أو الجزية لانه لا يستوفى من تركته عندنا وعنده يستوفى من تركته وان مات من عليه العشر فان كان الخارج قائما فلا يسقط بالموت فى ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة أنه يسقط ولو كان استهلك الخارج حتى صار دينا فى ذمته فهو على هذا الاختلاف وان كان أوصى بالاداء لا يسقط و يؤدى من ثلث ماله عندنا وعند الشافعى من جميع ماله والكلام فيه بناء على أصلين أحدهما ماذكرناه فيما تقدم وهو أن الزكاة عبادة عندنا والعبادة لا تتأدى الا باختيار من عليه اما بمباشرته بنفسه أو بأمره أو انابته غيره فيقوم النائب مقامه فيصير مؤديا بيد النائب واذا أوصى فقد اناب واذا لم يوص فلم ينب فلو جعل الوارث نائبا عنه شرعا من غير انابته لكان ذلك انابة جبرية والجبر ينافى العبادة اذ العبادة فعل يأتيه العبد باختياره ولهذا قلنا انه ليس للامام أن يأخذ الزكاة من صاحب المال من غير اذنه جبرا ولو أخذ لا تسقط عنه الزكاة والثانى أن الزكاة وجبت بطريق الصلة الا ترى أنه لا يقابلها عوض مالى والصلات تسقط بالموت قبل التسليم والعشر مؤنة الارض وكما ثبت ثبت مشتركا لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض أضاف المخرج الى الكل الاغنياء والفقراء جميعا فاذا ثبت مشتركا فلا يسقط بموته وعنده الزكاة حق العبد وهو الفقير فاشبه سائر الديون وانها لا تسقط بموت من عليه كذا هذا ولو مات من عليه الزكاة فى خلال الحول ينقطع حكم الحول عندنا وعند الشافعى لا ينقطع بل يبنى الوارث عليه فاذا تم الحول أدى الزكاة والكلام فيه أيضا مبنى على ماذكرنا وهو أن الزكاة عبادة عندنا فيعتبر فيه جانب المؤدى وهو المالك وقد زال ملكه بموته فينقطع حوله وعنده ليست بعبادة بل هى مؤنة الملك فيعتبر قيام نفس الملك وانه قائم اذ الوارث يخلف المورث فى عين ما كان للمورث والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما زكاة الزروع والثمار وهو العشر فالكلام فى هذا النوع أيضا يقع فى مواضع فى بيان فرضيته وفى بيان كيفية الفرضية وفى بيان سبب الفرضية وفى بيان شرائط الفرضية وفى بيان القدر المفروض وفى بيان صفته وفى بيان من له ولاية الاخذ وفى بيان وقت الفرض وفى بيان ركنه وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يسقطه وفى بيان ما يوضع فى بيت المال من الاموال وفى بيان مصارفها أما الاول فالدليل على فرضيته الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده قال عامة أهل التأويل ان الحق المذكور هو العشر أو نصف العشر فان قيل ان الله تعالى أمر بايتاء الحق يوم الحصاد ومعلوم أن زكاة الحبوب لا تخرج يوم الحصاد بل بعد التنقية والكيل ليظهر مقدارها فيخرج عشرها فدل أن المراد به غير العشر فالجواب أن المراد منه والله أعلم وآتوا حقه الذى وجب فيه يوم حصاده بعد التنقية فكان اليوم ظرفا للحق لا للايتاء على أن عند أبى حنيفة تجب العشر فى الخضراوات وانما يخرج الحق منها يوم الحصاد وهو القطع ولا ينتظر شئ آخر فثبت أن الآية فى العشر الا أن مقدار

هذا الحق غير مبين في الآية فكانت الآية مجملة في حق المقدار ثم صارت مفسرة ببيان النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ماسقته السماء ففيه العشر وماسقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر كقوله تعالى وآتوا الزكاة أنها مجملة في حق المقدار فبينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في مائتي درهم خمسة دراهم فصار مفسرا كذا هذا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وفي الآية دلالة على أن للفقراء حقا في المخرج من الارض حيث أضاف المخرج الى الكل فدل على أن للفقراء في ذلك حقا كما أن للاغنياء فيدل على كون العشر حق الفقراء ثم عرف مقدار الحق بالسنة وأما السنة فما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم ماسقته السماء ففيه العشر وماسقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على فرضية العشر وأما المعقول فعلى نحو ما ذكرنا في النوع الاول لان اخراج العشر الى الفقير من باب شكر النعمة واقدار العاجز وتقويته على القيام بالفرائض ومن باب تطهير النفس عن الذنوب وتزكيتها وكل ذلك لازم عقلا وشرعا والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الكلام في كيفية فرضية هذا النوع فعلى نحو الكلام في كيفية فرضية النوع الاول وقد مضى الكلام فيه

﴿ فصل ﴾ وأما سبب فرضيته فالارض النامية بالخارج حقيقة وسبب وجوب الخراج الارض النامية بالخارج حقيقة أو تقديرا حتى لو أصاب الخارج آفة فهلك لا يجب فيه العشر في الارض العشرية ولا الخراج في الارض الخراجية لفوات النماء حقيقة وتقديرا ولو كانت الارض عشرية فتمكن من زراعتها فلم تزرع لا يجب العشر لعدم الخارج حقيقة ولو كانت أرض خراجية يجب الخراج لوجود الخارج تقديرا ولو كانت أرض الخراج نزة أو غلب عليها الماء بحيث لا يستطاع فيها الزراعة أو سبخة أو لا يصل اليها الماء فلا خراج فيه لانعدام الخارج فيه حقيقة وتقديرا وعلى هذا يخرج تعجيل العشر وانه على ثلاثة أوجه في وجه يجوز بلا خلاف وفي وجه لا يجوز بلا خلاف وفي وجه فيه خلاف أما الذي يجوز بلا خلاف فهو أن يعجل بعد الزراعة وبعد النبات لانه تعجيل بعد وجود سبب الوجوب وهو الارض النامية بالخارج حقيقة ألا ترى أنه لو قصله هكذا يجب العشر وأما الذي لا يجوز بلا خلاف فهو أن يعجل قبل الزراعة لانه عجل قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب لانعدام الارض النامية بالخارج حقيقة لانعدام الخارج حقيقة وأما الذي فيه خلاف فهو أن يعجل بعد الزراعة قبل النبات قال أبو يوسف يجوز وقال محمد لا يجوز وجه قول محمد ان سبب الوجوب لم يوجد لانعدام الارض النامية بالخارج لانعدام الخارج فكان تعجيلا قبل وجود السبب فلم يجز كما لو عجل قبل الزراعة وجه قول أبي يوسف ان سبب الخروج موجود وهو الزراعة فكان تعجيلا بعد وجود السبب فيجوز وأما تعجيل عشر الثمار فان عجل بعد طلوعها جاز بالاجماع وان عجل قبل الطلوع ذكر الكرخي انه على الاختلاف الذي ذكرنا في الزرع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجوز في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف انه يجوز وجعل الاشجار للثمار بمنزلة الساق للحبوب وهناك يجوز التعجيل كذا ههنا ووجه الفرق لأبي حنيفة ومحمد ان الشجر ليس بمحل لوجوب العشر لانه حطب ألا ترى انه لو قطعه لا يجب العشر فاما ساق الزرع فمحل بدليل انه لو قطع الساق قبل أن ينعقد الحب يجب العشر ويجوز تعجيل الخراج والجزية لان سبب وجوب الخراج الارض النامية بالخارج تقديرا بالتمكن من الزراعة لا تحقيقا وقد وجد التمكن وسبب وجوب الجزية كونه ذميا وقد وجد والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الفرضية فبعضها شرط الاهلية وبعضها شرط المحلية أما شرط الاهلية فنوعان أحدهما الاسلام وانه شرط ابتداء هذا الحق فلا يبتدأ بهذا الحق الا على مسلم بلا خلاف لان فيه معنى العبادة والكافر ليس من أهل وجوبها ابتداء فلا يبتدأ به عليه وكذا لا يجوز أن يتحول اليه في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز حتى ان الذمي لو اشترى أرض عشر من مسلم فعليه الخراج عنده وعند أبي يوسف عليه عشران

وعند محمد عليه عشر واحد وجه قول محمد ان الاصل ان كل أرض ابتدئت بضرب حق عليها أن لا يتبدل الحق بتبدل المالك كالخراج والجامع بينهما ان كل واحد منهما مؤنة الارض لا تعلق له بالمالك حتى يجب فى أرض غير مملوكة فلا يختلف باختلاف المالك وأبو يوسف يقول لما وجب العشر على الكافر كما قاله محمد فالواجب على الكافر باسم العشر يكون مضاعفا كالواجب على التغلبى ويوضع موضع الخراج ولأبى حنيفة ان العشر فيه معنى العبادة والكافر ليس من أهل وجوب العبادة فلا يجب عليه العشر كما لا تجب عليه الزكاة المعهودة ولهذا لا تجب عليه ابتداء كذا فى حالة البقاء واذا تعذر ايجاب العشر عليه فلا سبيل الى أن ينتفع الذمى بأرضه فى دار الاسلام من غير حق يضرب عليها فضربنا عليها الخراج الذى فيه معنى الصغار كما لو جعل داره بستانا واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى وقت صيرورتها خراجية ذكر فى السير الكبير انه كما اشترى صارت خراجية وفى رواية أخرى لا تصير خراجية مالم يوضع عليها الخراج وانما يؤخذ الخراج اذا مضت من وقت الشراء مدة يمكنه أن يزرع فيها سواء زرع أو لم يزرع كذا ذكر فى العيون فى رجل باع أرض الخراج من رجل وقد بقى من السنة مقدار ما يقدر المشترى على زرعها فخراجها على المشترى وان لم يكن بقى ذلك القدر فخراجها على البائع واختلفت الرواية عن محمد فى موضع هذا العشر ذكر فى السير الكبير انه يوضع موضع الصدقة لان قدر الواجب لما لم يتغير عنده لا تتغير صفته ايضا وروى عنه انه يوضع موضع الخراج لان مال الصدقة لا يؤخذ فيه لكونه مالا مأخوذا من الكافر فيوضع موضع الخراج ولو اشترى مسلم من ذمى أرضا خراجية فعليه الخراج ولا تنقلب عشرية لان الاصل ان مؤنة الارض لا تتغير بتبدل المالك الا لضرورة وفى حق الذمى اذا اشترى من مسلم أرض عشر ضرورة لان الكافر ليس من أهل وجوب العشر فاما المسلم فمن أهل وجوب الخراج فى الجملة فلا ضرورة الى التغيير بتبدل المالك ولو باع المسلم من ذمى أرضا عشرية فأخذها مسلم بالشفعة ففيها العشر لان الصفقة تحولت الى الشفيع كأنه باعها منه فكان انتقالا من مسلم الى مسلم وكذلك لو كان البيع فاسدا فاستردها البائع منه لفساد البيع عادت الى العشر لان البيع الفاسد اذا فسخ يرتفع من الاصل ويصير كان لم يكن فيرتفع باحكامه ولو وجد المشترى بها عيبا فعلى رواية السير الكبير ليس له أن يردها بالعيب لانها صارت خراجية بنفس الشراء فحدث فيها عيب زائد فى يده وهو وضع الخراج عليها فامتنع الرد بالعيب لكنه يرجع بحصة العيب وعلى الرواية الاخرى له أن يردها مالم يوضع عليها الخراج لعدم حدوث العيب فان ردها برضا البائع لا تعود عشرية بل هى خراجية على حالها عند أبى حنيفة لان الرد برضا البائع بمنزلة بيع جديد والارض اذا صارت خراجية لا تنقلب عشرية بتبدل المالك ولو اشترى التغلبى أرضا عشرية فعليه عشران فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد عليه عشر واحد أما محمد فقد مر على أصله ان كل مؤنة ضربت على أرض انها لا تتغير بتغير حال المالك وفقهه ما ذكرنا وهما يقولان الاصل ما ذكره محمد لكن يجوز أن تتغير اذا وجد المغير وقد وجد ههنا وهو قضية عمر رضى الله عنه فانه صالح بنى تغلب على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين بمحضر من الصحابة فان اسلم التغلبى أو باعها من مسلم لم يتغير العشران عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يتغير الى عشر واحد وجه قوله ان العشرين كانا لكونه نصرانيا تغلبيا اذ التضعيف يختص بهم وقد بطل بالاسلام فيبطل التضعيف ولابى حنيفة ان العشرين كانا خراجا على التغلبى والخراج لا يتغير باسلام المالك لما ذكرنا ان المسلم من أهل وجوب الخراج فى الجملة ولا يتفرع التغير على أصل محمد لانه كان عليه عشر واحد قبل الاسلام والبيع من المسلم فيجب عشر واحد كما كان وهكذا ذكر الكرخى فى مختصره ان عند محمد يجب عشر واحد وذكر الطحاوى فى التغلبى يشترى أرض العشر من مسلم انه يؤخذ منه عشران فى قولهم والصحيح ما ذكره الكرخى لما ذكرنا من أصل محمد رحمه الله ولو اشترى التغلبى أرض عشر فباعها من ذمى فعليه عشران لما ذكرنا ان التضعيف على التغلبى بطريق الخراج والخراج لا يتغير بتبدل المالك وروى الحسن عن أبى حنيفة ان عليه الخراج لان التضعيف يختص بالتغلبى والله أعلم والثانى العلم بكونه مفروضا

ونعنى به سبب العلم فى قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والمسئلة ذكرت فى كتاب الصلاة وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط أهلية وجوب العشر حتى يجب العشر فى أرض الصبى والمجنون لعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم ماسقته السماء ففيه العشر وماسقى بغرب أودالية ففيه نصف العشر ولان العشر مؤنة الارض كالخراج ولهذا لايجتمعان عندنا ولهذا يجوز للامام أن يمد يده اليه فيأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الارض كما لو أدى بنفسه الا انه اذا أدى بنفسه يقع عبادة فينال ثواب العبادة واذا أخذه الامام كرها لايكون له ثواب فعل العبادة وانما يكون ثواب ذهاب ماله فى وجه الله تعالى بمنزلة ثواب المصائب كرها بخلاف الزكاة فان الامام لايملك الاخذ جبرا وان أخذ لاتسقط الزكاة عن صاحب المال ولهذا لومات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة فانها تسقط بموت من هى عليه وكذا. ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وانما الشرط ملك الخارج فيجب فى الاراضى التى لامالك لها وهى الاراضى الموقوفة لعموم قوله تعالى ياأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ماكسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وقوله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده وقول النبى صلى الله عليه وسلم ماسقته السماء ففيه العشر وماسقى بغرب اودالية ففيه نصف العشر ولان العشر يجب فى الخارج لافى الارض فكان ملك الارض وعدمه بمنزلة واحدة ويجب فى أرض المأذون والمكاتب لما قلنا ولو آجر أرضه العشرية فعشر الخارج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر وجه قولهما ظاهر لما ذكرنا أن العشر يجب فى الخارج والخارج ملك المستأجر فكان العشر عليه كالمستعير ولأبى حنيفة ان الخارج للمؤاجر معنى لان بدله وهو الاجرة له فصار كانه زرع بنفسه وفيه اشكال لان الاجر مقابل بالمنفعة لا الخارج والعشر يجب فى الخارج عندهما والخارج يسلم للمستأجر من غير عوض فيجب فيه العشر والجواب ان الخارج فى اجارة الارض وان كان عينا حقيقة فله حكم المنفعة فيقابله الاجر فكان الخارج للآجر معنى فكان العشر عليه فان هلك الخارج فان كان قبل الحصاد فلا عشر على المؤاجر ويجب الاجر على المستأجر لان الاجر يجب بالتمكن من الانتفاع وقد تمكن منه وان هلك بعد الحصاد لايسقط عن المؤاجر عشر الخارج لان العشر كان يجب عليه دينا فى ذمته ولا يجب فى الخارج عنده حتى يسقط بهلاكه فلا يسقط عنه العشر بهلاكه ولا يسقط الاجر عن المستأجر أيضا وعند أبى يوسف ومحمد العشر فى الخارج فيكون على من حصل له الخارج ولو هلك بعد الحصاد أو قبله هلك بما فيه من العشر ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر على المعير وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة ولا خلاف فى ان الخراج على المعير وجه قول زفر ان الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان هبة المنفعة فاشبه هبة الزرع ولنا ان المنفعة حصلت للمستعير صورة ومعنى اذ لم يحصل للمعير فى مقابلتها عوض فكان العشر على المستعير ولو أعارها من كافر فكذلك الجواب عندهما لان العشر عندهما فى الخارج على كل حال وعن أبى حنيفة فيه روايتان فى رواية العشر فى الخارج وفى رواية على رب المال ولو دفعها مزارعة فاما على مذهبهما فالمزارعة جائزة والعشر يجب فى الخارج والخارج بينهما فيجب العشر عليهما وأما على مذهب أبى حنيفة فالمزارعة فاسدة ولو كان يجيزها كان يجب على مذهبه جميع العشر على رب الارض الا ان فى حصته جميع العشر يجب فى عينه وفى حصة المزارع يكون دينا فى ذمته ولو غصب غاصب أرضا عشرية فزرعها فان لم تنقصها الزراعة فالعشر على الغاصب فى الخارج لا على رب الارض لانه لم تسلم له منفعة كما فى العارية وان نقصتها الزراعة فعلى الغاصب نقصان الارض كانه آجرها منه وعشر الخارج على رب الأرض عند أبى حنيفة وعندهما فى الخارج ولو كانت الأرض خراجية فى الوجوه كلها فخراجها على رب الأرض بالاجماع الا فى الغصب اذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وان نقصتها فعلى رب الأرض كانه آجرها منه وقال محمد انظر الى نقصان الأرض والى الخراج فان كان ضمان النقصان أكثر من الخراج فالخراج على رب الأرض يأخذ من الغاصب النقصان فيؤدى الخراج منه وان كان ضمان النقصان أقل من الخراج فالخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان ولو باع الأرض العشرية وفيها زرع

قد أدرك مع زرعها أو باع الزرع خاصة فعشره على البائع دون المشترى لانه باعه بعد وجوب العشر وتقرره بالادراك ولو باعها او الزرع بقل فان قصله المشترى للحال فعشره على البائع أيضا لتقرر الوجوب فى البقل بالقصل وان تركه حتى أدرك فعشره على المشترى فى قول أبى حنيفة ومحمد لتحول الوجوب من الساق الى الحب وروى عن أبى يوسف انه قال عشر قدر البقل على البائع وعشر الزيادة على المشترى وكذلك حكم الثمار على هذا التفصيل وكذا عدم الدين ليس بشرط لوجوب العشر لان الدين لا يمنع وجوب العشر فى ظاهر الرواية بخلاف الزكاة المعهودة وقد مضى الفرق فيما تقدم

﴿فصل﴾ وأما شرائط المحلية فأنواع منها أن تكون الأرض عشرية فان كانت خراجية يجب فيها الخراج ولا يجب فى الخارج منها العشر فالعشر مع الخراج لا يجتمعان فى أرض واحدة عندنا وقال الشافعى يجتمعان فيجب فى الخارج من أرض الخراج العشر حتى قال بوجوب العشر فى الخارج من أرض السواد وجه قوله انهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا فلا يتدافعان أما اختلافهما ذاتا فلا شك فيه وأما المحل فلأن الخراج يجب فى الذمة والعشر يجب فى الخارج وأما السبب فلأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية وسبب وجوب العشر الخارج حتى لا يجب بدونه والخراج يجب بدون الخارج واذا ثبت اختلافهما ذاتا ومحلا وسببا فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر ولنا ماروى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم ولان أحدا من أئمة العدل وولاة الجور لم يأخذ من أرض السواد عشرا الى يومنا هذا فالقول بوجوب العشر فيها يخالف الاجماع فيكون باطلا ولان سبب وجوبهما واحد وهو الأرض النامية فلا يجتمعان فى أرض واحدة كما لا يجتمع زكاتان فى مال واحد وهى زكاة السائمة والتجارة والدليل على ان سبب وجوبهما الارض النامية انهما يضافان الى الارض يقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة تدل على السببية فثبت ان سبب الوجوب فيهما هو الارض النامية الا انه اذا لم يزرعها وعطلها يجب الخراج لان انعدام النماء كان لتقصير من قبله فيجعل موجودا تقديرا حتى لو كان الفوات لا بتقصيره بان هلك لا يجب وانما لا يجب العشر بدون الخارج حقيقة لانه متعين ببعض الخارج فلا يمكن ايجابه بدون الخارج وعلى هذا قال أصحابنا فيمن اشترى أرض عشر للتجارة أو اشترى أرض خراج للتجارة ان فيها العشر أو الخراج ولا تجب زكاة التجارة مع أحدهما هو الرواية المشهورة عنهم وروى عن محمد انه يجب العشر والزكاة أو الخراج والزكاة وجه هذه الرواية ان زكاة التجارة تجب فى الأرض والعشر يجب فى الزرع وانهما مالان مختلفان فلم يجتمع الحقان فى مال واحد وجه ظاهر الرواية ان سبب الوجوب فى الكل واحد وهو الأرض ألا ترى انه يضاف الكل اليها يقال عشر الارض وخراج الارض وزكاة الأرض وكل واحد من ذلك حق الله تعالى وحقوق الله تعالى المتعلقة بالاموال النامية لا يجب فيها حقان منها بسبب مال واحد كزكاة السائمة مع التجارة واذا ثبت انه لا سبيل الى اجتماع العشر والزكاة واجتماع الخراج والزكاة فايجاب العشر أو الخراج أولى لانهما أعم وجوبا ألا ترى انهما لا يسقطان بعذر الصبا والجنون والزكاة تسقط به فكان ايجابهما أولى واذا عرف ان كون الأرض عشرية من شرائط وجوب العشر لا بد من بيان الأرض العشرية وجملة الكلام فيه ان الاراضى نوعان عشرية وخراجية أما العشرية فمنها أرض العرب كلها قال محمد رحمه الله وأرض العرب من العذيب الى مكة وعدن ابين الى اقصى حجر باليمن بمهرة وذكر الكرخى هى أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية وانما كانت هذه أرض عشر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا من أرض العرب خراجا فدل انها عشرية اذ الارض لا تخلو عن احدى المؤنتين ولان الخراج يشبه الفئ فلا يثبت فى أرض العرب كما لم يثبت فى رقابهم والله أعلم ومنها الارض التى أسلم عليها أهلها طوعا ومنها الارض التى فتحت عنوة وقهرا وقسمت بين الغانمين المسلمين لان الاراضى لا تخلو عن مؤنة اما العشر واما الخراج والابتداء بالعشر فى أرض المسلم أولى لان فى العشر معنى العبادة وفى الخراج معنى الصغار ومنها دار المسلم اذا اتخذها بستانا لما قلنا وهذا اذا كان يسقى بماء العشر

فان كان يسقى بماء الخراج فهو خراجي وأما اذا أحياه المسلم من الارض الميتة باذن الامام فقال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان أحياها بماء السماء أو ببئر استنبطها أو بماء الانهار العظام التي لا تملك مثل دجلة والفرات فهي أرض عشر وان شق لها نهرا من أنهار الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي ارض خراج وجه قول محمد ان الخراج لا يبتدأ أرض المسلم لما فيه من معنى الصغار كالفيء الا اذا التزمه فاذا استنبط عينا أو حفر بئرا أو أحياها بماء الانهار العظام فلم يلتزم الخراج فلا يوضع عليه واذا أحياها بماء الانهار المملوكة فقد التزم الخراج لان حكم الفيء يتعلق بهذه الأنهار فصار كانه اشترى أرض الخراج ولابي يوسف ان حيز الشيء في حكم ذلك الشيء لانه من توابعه كحريم الدار من توابع الدار حتى يجوز الانتفاع به ولهذا لا يجوز احياء ما في حيز القرية لكونه من توابع القرية فكان حقا لاهل القرية وقياس قول أبي يوسف أن تكون البصرة خراجية لانها من حيز أرض الخراج وان أحياها المسلمون الا انه ترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث وضعوا عليها العشر وأما الخراجية فمنها الاراضي التي فتحت عنوة وقهرا فمن الامام عليهم وتركها في يد أربابها فانه يضع على جماجمهم الجزية اذا لم يسلموا وعلى أراضيهم الخراج أسلموا أو لم يسلموا وأرض السواد كلها أرض خراج وحد السواد من العذيب الى عقبة حلوان ومن العلث الى عبادان لان عمر رضي الله عنه لما فتح تلك البلاد ضرب عليها الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فانفذ عليها حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف فمسحاها ووضعا عليها الخراج ولان الحاجة الى ابتداء الايجاب على الكافر والابتداء بالخراج الذي فيه معنى الصغار على الكافر أولى من العشر الذي فيه معنى العبادة والكافر ليس بأهل لها وكان القياس أن تكون مكة خراجية لانها فتحت عنوة وقهرا وتركت على أهلها ولم تقسم لكنا تركنا القياس بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حيث لم يضع عليها الخراج فصارت مكة مخصوصة بذلك تعظيما للحرم وكذا اذا من عليهم وصالحهم من جماجمهم وأراضيهم على وظيفة معلومة من الدراهم أو الدنانير أو نحو ذلك فهي خراجية لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح نصارى بني نجران من جزية رؤسهم وخراج أراضيهم على ألفي حلة وفي رواية على ألفي ومائتي حلة تؤخذ منهم في وقتين لكل سنة نصفها في رجب ونصفها في المحرم وكذا اذا أجلاهم ونقل اليها قوما آخرين من أهل الذمة لانهم قاموا مقام الاولين ومنها أرض نصارى بني تغلب لان عمر رضي الله عنه صالحهم على أن يأخذ من أراضيهم العشر مضاعفا وذلك خراج في الحقيقة حتى لا يتغير بتغير حال المالك كالخراجي ومنها الارض الميتة التي أحياها المسلم وهي تسقى بماء الخراج وماء الخراج هو ماء الانهار الصغار التي حفرتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وغير ذلك مما يدخل تحت الايدي وماء العيون والقنوات المستنبطة من مال بيت المال وماء العشر هو ماء السماء والآبار والعيون والانهار العظام التي لا تدخل تحت الايدي كسيحون وجيحون ودجلة والفرات ونحوها اذ لا سبيل الى اثبات اليد عليها وادخالها تحت الحماية وروي عن أبي يوسف ان مياه هذه الانهار خراجية لامكان اثبات اليد عليها وادخالها تحت الحماية في الجملة بشد السفن بعضها على بعض حتى تصير شبه القنطرة ومنها أرض الموات التي أحياها ذمي وأرض الغنيمة التي رضخها الامام لذمي كان يقاتل مع المسلمين ودار الذمي التي اتخذها بستانا أو كرما لما ذكرنا ان عند الحاجة الى ابتداء ضرب المؤنة على أرض الكافر الخراج أولى لما بينا ومنها أي من شرائط المحلية وجود الخارج حتى ان الارض لو لم تخرج شيئا لم يجب العشر لان الواجب جزء من الخارج وايجاب جزء من الخارج ولا خارج محال ومنها أن يكون الخارج من الارض مما يقصد بزراعته نماء الارض وتستغل الارض به عادة فلا عشر في الحطب والحشيش والقصب الفارسي لان هذه الاشياء لا تستنمى بها الارض ولا تستغل بها عادة لان الارض لا تنمو بها بل تفسد فلم تكن نماء الارض حتى قالوا في الارض اذا اتخذها مقصبة وفي شجرة الخلاف التي يقطع في كل ثلاث سنين أو أربع سنين انه يجب فيها العشر لان ذلك غلة وافرة ويجب في قصب السكر وقصب الذريرة لانه يطلب بهما نماء الارض فوجد شرط الوجوب فيجب فاما كون

الخارج مما له ثمرة باقية فليس بشرط لوجوب العشر بل يجب سواء كان الخارج له ثمرة باقية أو ليس له ثمرة باقية وهي الخضراوات كالبقول والرطاب والخيار والقثاء والبصل والثوم ونحوها في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب الا في الحبوب وما له ثمرة باقية واحتجا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس في الخضراوات صدقة وهذا نص ولأبي حنيفة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وأحق ما تتناوله هذه الآية الخضراوات لانها هي المخرجة من الارض حقيقة وأما الحبوب فانها غير مخرجة من الارض حقيقة بل من المخرج من الارض ولا يقال المراد من قوله تعالى ومما أخرجنا لكم من الارض أي من الاصل الذي أخرجنا لكم كما في قوله تعالى قد أنزلنا عليكم لباسا يواري سوآتكم أي أنزلنا الاصل الذي يكون منه اللباس وهو الماء لا عين اللباس اذ اللباس كما هو غير منزل من السماء وكقوله تعالى خلقكم من تراب اي خلق أصلكم وهو آدم عليه السلام كذا هذا لانا نقول الحقيقة ما قلنا والاصل اعتبار الحقيقة ولا يجوز العدول عنها الا بدليل قام دليل العدول هناك فيجب العمل بالحقيقة فيما وراءه ولان فيما قاله أبو حنيفة عملا بحقيقة الاضافة لان الاخراج من الارض والانبات محض صنع الله تعالى لا صنع للعبد فيه الا ترى الى قوله تعالى أفرأيتم ما تحرثون أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون فاما بعد الاخراج والانبات فللعبد فيه صنع من السقي والحفظ ونحو ذلك فكان الحمل على النبات عملا بحقيقة الاضافة أولى من الحمل على الحبوب وقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والحصاد القطع وأحق ما يحمل الحق عليه الخضراوات لانها هي التي يجب ايتاء الحق منها يوم القطع وأما الحبوب فيتأخر الايتاء فيها الى وقت التنقية وقول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر من غير فصل بين الحبوب والخضراوات ولان سبب الوجوب هو الارض النامية بالخارج والنماء بالخضر أبلغ لان ريعها أوفر وأما الحديث فغريب فلا يجوز تخصيص الكتاب والخبر المشهور بمثله أو يحمل على الزكاة أو يحمل قوله ليس في الخضراوات صدقة على انه ليس فيها صدقة تؤخذ بل أربابها هم الذين يؤدونها بأنفسهم فكان هذا نفي ولاية الاخذ للامام وبه نقول والله أعلم وكذا النصاب ليس بشرط لوجوب العشر فيجب العشر في كثير الخارج وقليله ولا يشترط فيه النصاب عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب فيما دون خمسة أوسق اذا كان مما يدخل تحت الكيل كالحنطة والشعير والذرة والارز ونحوها والوسق ستون صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم والصاع ثمانية أرطال جملتها نصف من وهو أربعة امنان فيكون جملته ألفا ومائتي من وقال أبو يوسف الصاع خمسة أرطال وثلث رطل واحتجا في المسألة بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولأبي حنيفة عموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وقوله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده وقول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر من غير فصل بين القليل والكثير ولان سبب الوجوب وهي الارض النامية بالخارج لا يوجب التفصيل بين القليل والكثير وأما الحديث فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما انه من الآحاد فلا يقبل في معارضة الكتاب والخبر المشهور فان قيل ما تلوتم من الكتاب ورويتم من السنة يقتضيان الوجوب من غير التعرض لمقدار الموجب منه وما روينا يقتضي المقدار فكان بيانا لمقدار ما يجب فيه العشر والبيان بخبر الواحد جائز كبيان المجمل والمتشابه فالجواب انه لا يمكن حمله على البيان لان ما تمسكنا به عام يتناول ما يدخل تحت الوسق وما لا يدخل وما رويتم من خبر المقدار خاص فيما يدخل تحت الوسق فلا يصلح بيانا للقدر الذي يجب فيه العشر لان من شأن البيان أن يكون شاملا لجميع ما يقتضي البيان وهذا ليس كذلك على ما بينا فعلم انه لم يرد مورد البيان والثاني ان المراد من الصدقة الزكاة لان مطلق اسم الصدقة لا ينصرف الا الى الزكاة المعهودة ونحن به نقول ان ما دون خمسة أوسق من طعام أو تمر للتجارة لا يجب فيه الزكاة ما لم يبلغ قيمتها مائتي درهم أو يحتمل الزكاة فيحمل عليها عملا بالدلائل بقدر الامكان ثم نذكر فروع مذهب أبي يوسف ومحمد في فصلي الخلاف وما فيه

من الخلاف بينهما في ذلك والوفاق فنقول عندهما يجب العشر في العنب لان المجفف منه يبقى من سنة الى سنة وهو الزبيب فيخرص العنب جافا فان بلغ مقدار ما يجيء منه الزبيب خمسة أوسق يجب في عنبه العشر أو نصف العشر والا فلا شيء فيه وروى عن محمد ان العنب اذا كان رقيقا يصلح للماء ولا يجيء منه الزبيب فلا شيء فيه وان كثر لأن الوجوب فيه باعتبار حال الجفاف وكذا قال أبو يوسف في سائر الثمار اذا كان يجيء منها ما يبقى من سنة الى سنة بالتجفيف انه يخرص ذلك جافا فان بلغ نصابا وجب والا فلا كالتين والاجاص والكمثرى والخوخ ونحو ذلك لانها اذا جففت تبقى من سنة الى سنة فكانت كالزبيب وقال محمد لا عشر في التين والاجاص والكمثرى والخوخ والتفاح والمشمش والنبق والتوت والموز والخروب لانها وان كان ينتفع ببعضها بالتجفيف وبعضها بالتشقيق والتجفيف فالانتفاع بها بهذا الطريق ليس بغالب ولا يفعل ذلك عادة ويجب العشر في الجوز واللوز والفستق لانها تبقى من السنة الى السنة ويغلب الانتفاع بالجاف منها فاشبهت الزبيب وروى عن محمد ان في البصل العشر لانه يبقى من سنة الى سنة ويدخل في الكيل ولا عشر في الآس والورد والوسمة لانها من الرياحين ولا يعم الانتفاع بها وأما الحناء فقال أبو يوسف فيه العشر وقال محمد لا عشر فيه لانه من الرياحين فأشبه الآس والورد ولابي يوسف انه يدخل تحت الكيل وينتفع به منفعة عامة بخلاف الآس والعصفر والكتان اذا بلغ القرطم والحب خمسة أوسق وجب فيه العشر لان المقصود من زراعتها الحب والحب يدخل تحت الوسق فيعتبر فيه الاوسق فاذا بلغ ذلك يجب العشر ويجب في العصفر والكتان أيضا على طريق التبع وقالا في بزر القنب اذا بلغ خمسة أوسق ففيه العشر لانه يبقى ويقصد بالزراعة والانتفاع به عام ولا شيء في القنب لانه لحاء الشجر فاشبه لحاء سائر الاشجار ولا عشر فيه فكذا فيه وقالا في حب الصنوبر اذا بلغ الاوسق ففيه العشر لانه يقبل الادخار ولا شيء في خشبه كما لا شيء في خشب سائر الشجر ويجب في الكراويا والكزبرة والكمون والخردل لما قلنا ولا يجب في السعتر والشونيز والحلبة لانها من جملة الأدوية فلا يعم الانتفاع بها وقصب السكر اذا كان مما يتخذ منه السكر فاذا بلغ ما يخرج منه خمس أفراق وجب فيه العشر كذا قال محمد لانه يبقى وينتفع به انتفاعا عاما ولا شيء في البلوط لانه لا يعم المنفعة به ولا عشر في بزر البطيخ والقثاء والخيار والرطبة وكل بزر لا يصلح الا للزراعة بلا خلاف بينهما لانه لا يقصد بزراعتها نفسها بل ما يتولد منها وذا لا عشر فيه عندهما ومما يتفرع على أصلهما ما اذا أخرجت الارض أجناسا مختلفة كالحنطة والشعير والعدس كل صنف منها لا يبلغ النصاب وهو خمسة أوسق انه يعطى كل صنف حكم نفسه أو يضم البعض الى البعض في تكميل النصاب وهو خمسة أوسق روى محمد عن أبي يوسف انه لا يضم البعض الى البعض بل يعتبر كل جنس بانفراده ولم يرو عنه ما اذا أخرجت نوعين من جنس وروى الحسن بن زياد وابن أبي مالك عنه ان كل نوعين لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة البيضاء والحمراء ونحو ذلك يضم أحدهما الى الآخر سواء خرجا من أرض واحدة أو أراض مختلفة ويكمل به النصاب وان كانا مما يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة والشعير لا يضم وان خرجا من أرض واحدة وتعين كل صنف منهما بانفراده ما لم يبلغ خمسة أوسق لا شيء فيه وهو قول محمد وروى ابن سماعة عنه ان الغلتين ان كانتا تدركان في وقت واحد تضم احداهما الى الأخرى وان اختلفت أجناسهما وان كانتا لا تدركان في وقت واحد لا تضم وجه رواية اعتبار الادراك ان الحق يجب في المنفعة وان كانتا تدركان في مكان واحد كانت منفعتهما واحدة فلا يعتبر فيه اختلاف جنس الخارج كعروض التجارة في باب الزكاة واذا كان ادراكهما في أوقات مختلفة فقد اختلفت منفعتهما فكانا كالاجناس المختلفة وجه رواية اعتبار التفاضل وهو قول محمد انه لا عبرة لاختلاف النوع فيما لا يجوز فيه التفاضل اذا كان الجنس متحدا كالدراهم السود والبيض في باب الزكاة انه يضم أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب وان كان النوع مختلفا فاما فيما لا يجري فيه التفاضل فاختلاف الجنس معتبر في المنع من الضم كالابل مع البقر في باب الزكاة وهو رواية محمد عن أبي يوسف وقال أبو يوسف اذا كان لرجل أراضي مختلفة في رساتيق مختلفة والعامل واحد ضم الخارج من بعضها الى بعض

وكل الأوسق به وان اختلف العامل لم يكن لأحد العاملين مطالبة حتى يبلغ ماخرج من الأرض التي في عمله خمسة أوسق وقال محمد اذا اتفق المالك ضم الخارج بعضه الى بعض وان اختلفت الارضون والعمال وهذا لا يحقق الخلاف لان كل واحد منهما اجاب في غير ما أجاب به الآخر لان جواب أبي يوسف في سقوط المطالبة عن المالك ولم يتعرض لوجوب الحق على المالك فيما بينه و بين الله تعالى وهو فيما بينه و بين الله تعالى مخاطب بالاداء لاجتماع النصاب في ملكه وانه سقطت المطالبة عنه وجواب محمد في وجوب الحق ولم يتعرض لمطالبة العامل فلم يتحقق الخلاف بينهما ومما يتفرع على قولهما الارض المشتركة اذا أخرجت خمسة أوسق انه لا عشر فيها حتى تبلغ حصة كل واحد منهما خمسة أوسق وروى الحسن عن أبي يوسف ان فيها العشر ووجه هذه الرواية ان المالك ليس بشرط لوجوب العشر بدليل انه يجب في الارض الموقوفة وأرض المكاتب وأرض المأذون وانما الشرط كمال النصاب وهو خمسة أوسق وقد وجد والصحيح هو الاول لان النصاب عندهما شرط الوجوب فيعتبر كماله في حق كل واحد منهما كما في مال الزكاة على ما بيناه هذا الذي ذكرنا من اعتبار الاوسق عندهما فيما يدخل تحت الكيل واما ما لا يدخل تحت الكيل كالقطن والزعفران فقد اختلفا فيما بينهما قال أبو يوسف يعتبر فيه القيمة وهو أن يبلغ قيمة الخارج قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق من الحبوب وقال محمد يعتبر خمسة أمثال أعلى ما يقدر به ذلك الشئ فالقطن يعتبر بالاحمال فاذا بلغ خمسة أحمال يجب والا فلا ويعتبر كل حمل ثلثمائة من فتكون جملته ألفا وخمسمائة منا والزعفران يعتبر بالامنان فاذا بلغ خمسة أمنان يجب والا فلا وكذلك في السكر يعتبر خمسة امنان ووجه قول محمد ان التقدير بالوسق في الموسوقات لكون الوسق أقصى ما يقدر به في بابه وأقصى ما يقدر به في غير الموسوق ماذكرنا فوجب التقدير به ولابي يوسف ان الاصل هو اعتبار الوسق لان النص ورد به غير انه ان أمكن اعتباره صورة ومعنى يعتبر وان لم يمكن يجب اعتباره معنى وهو قيمة الموسوق واما العسل فقد ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي عن أبي يوسف انه اعتبر فيه قيمة خمسة أوسق فان بلغ ذلك يجب فيه العشر والا فلا بناء على اصله من اعتبار قيمة الاوسق فيما لا يدخل تحت الكيل وما روى عنه انه يعتبر فيه خمسة أوسق فانما أراد به قدر خمسة اوسق لان العسل لا يكال وروى عنه انه قدر ذلك بعشرة أرطال وروى انه اعتبر خمس قرب كل قربة خمسون منا فيكون جملته مائتين وخمسين منا ومحمد اعتبر فيه خمسة افراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا فيكون ثمانية عشر منا فتكون جملته تسعين منا بناء على أصله من اعتبار خمسة أمثال أعلى ما يقدر به كل شئ وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان أبا يوسف اعتبر في نصاب العسل عشرة أرطال ومحمد اعتبر خمسة افراق في رواية وخمس قرب في رواية وخمسة امنان في رواية ثم وجوب العشر في العسل مذهب اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي لا عشر فيه وزعم ان ماروى في وجوب العشر في العسل لم يثبت ووجه قوله ان سبب الوجوب وهو الارض النامية بالخارج لم يوجد لانه ليس من نماء الارض بل هو متولد من حيوان فلم تكن الارض نامية بها ونحن نقول ان لم يثبت عندك وجوب العشر في العسل فقد ثبت عندنا الا ترى الى ماروى ان أبا سيارة جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان لي نحلا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أد عشرها فقال أبو سيارة احمها لي يا رسول الله فحماها له وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان بطنا من فهر كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحل لهم العشر من كل عشر قرب قربة وكان يحمى لهم واديين فلما كان عمر رضي الله عنه استعمل على ما هناك سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا أن يؤدوا اليه شيأ وقالوا انما كان شيأ نؤديه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب ذلك سفيان الى عمر رضي الله عنه فكتب اليه عمر رضي الله عنه انما النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى رزقا الى من يشاء فان أدوا اليك ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم له واديهم والا فخل بين الناس وبينها فأدوا اليه وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن أن يؤخذ من العسل العشر وعن عمر رضي الله عنه أنه كان يأخذ عن العسل العشر من كل عشر قرب قربة وكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان

بعمل ذلك حين كان واليا بالبصرة وأما قوله ليس من نماء الارض فنقول هو ملحق بنمائها لاعتبار الناس اعداد الارض لها ولانه يتولد من أنوار الشجر فكان كالثمر ثم انما يجب العشر فى العسل اذا كان فى ارض العشر فاما اذا كان فى أرض الخراج فلا شئ فيه لما ذكرنا ان وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمار لتولده من ازهار الشجر ولا شئ فى ثمار أرض الخراج ولان أرض الخراج يجب فيها الخراج فلو وجب العشر فى العسل لاجتمع العشر والخراج فى أرض واحدة ولا يجتمعان عندنا ويجب العشر فى قليله وكثيره فى قول أبى حنيفة لانه ملحق بالثمار ويجرى مجرى الثمار والنصاب ليس بشرط فى ذلك عنده وعندهما شرط وقد ذكرنا اختلاف الرواية عنهما فى ذلك وما يوجد فى الجبال من العسل والفواكه فقد روى محمد عن أبى حنيفة ان فيه العشر وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف انه لا شئ فيه وجه قول أبى يوسف ان هذا مباح غير مملوك فلا يجب فيه العشر كالحطب والحشيش ولأبى حنيفة عمومات العشر الا أن ملك الخارج شرط ولما أخذه فقد ملكه فصار كما لو كان فى أرضه والحول ليس بشرط لوجوب العشر حتى لو أخرجت الارض فى السنة مرارا يجب العشر فى كل مرة لأن نصوص العشر مطلقة عن شرط الحول ولأن العشر فى الخارج حقيقة فيتكرر الوجوب بتكرر الخارج وكذلك خراج المقاسمة لانه فى الخارج فاما خراج الوظيفة فلا يجب فى السنة الا مرة واحدة لان ذلك ليس فى الخارج بل فى الذمة عرف ذلك بتوظيف عمر رضى الله عنه وما وظف فى السنة الا مرة واحدة

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار الواجب فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان قدر الواجب من العشر والثانى فى بيان قدر الواجب من الخراج اما الاول فما سقى بماء السماء أو سقى سيحا ففيه عشر كامل وما سقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر والأصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ماسقته السماء ففيه العشر وماسقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر وعن أنس رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فيما سقته السماء أو العين أو كان بعلا العشر وماسقى بالرشاء ففيه نصف العشر ولان العشر وجب مؤنة الارض فيختلف الواجب بقلة المؤنة وكثرتها ولو سقى الزرع فى بعض السنة سيحا وفى بعضها بآلة يعتبر فى ذلك الغالب لان للاكثر حكم الكل كما فى السوم فى باب الزكاة على مامر ولا يحتسب اصاحب الارض ما أنفق على الغلة من سقى أو عمارة أو أجر الحافظ أو أجر العمال أو نفقة البقر لقوله صلى الله عليه وسلم ماسقته السماء ففيه العشر وماسقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر أوجب العشر ونصف العشر مطلقا عن احتساب هذه المؤن ولان النبى صلى الله عليه وسلم أوجب الحق على التفاوت لتفاوت المؤن ولو رفعت المؤن لارتفع التفاوت وأما الثانى وهو بيان قدر الواجب من الخراج فالخراج نوعان خراج وظيفة وخراج مقاسمة اما خراج الوظيفة فما وظفه عمر رضى الله عنه فى كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة قفيز مما يزرع فيها ودرهم القفيز صاع والدرهم وزن سبعة والجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة وفى جريب الرطبة خمسة دراهم وفى جريب الكرم عشرة دراهم هكذا وظفه عمر بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ومثله يكون اجماعا وأما جريب الارض التى فيها أشجار مثمرة بحيث لا يمكن زراعتها لم يذكر فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا كانت النخيل ملتفة جعلت عليها الخراج بقدر ماتطيق ولا أزيد على جريب الكرم عشرة دراهم وفى جريب الارض التى يتخذ فيها الزعفران قدر ماتطيق فينظر الى غلتها فان كانت تبلغ غلة الارض المزروعة يؤخذ منها قدر خراج الارض المزروعة وان كانت تبلغ غلة الرطبة يؤخذ منها قدر خراج أرض الرطبة هكذا لان مبنى الخراج على الطاقة الا ترى أن حذيفة بن اليمان وعثمان ابن حنيف رضى الله عنهما لما مسحا سواد العراق بأمر عمر رضى الله عنه ووضعا على كل جريب يصلح للزراعة قفيزا ودرهما وعلى كل جريب يصلح للرطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب يصلح للكرم عشرة دراهم فقال لهما عمر رضى الله عنه لعلكما حملتما مالا تطيق فقالا بل حملنا ما تطيق ولو زدنا لاطاقت فدل الحديث على أن مبنى

الخراج على الطاقة فيقدر بها فيما وراء الاشياء الثلاثة المذكورة فى الخبر فيوضع على أرض الزعفران والبستان فى أرض الخراج بقدر ما تطيق وقالوا نهاية الطاقة قدر نصف الخارج لا يزاد عليه وقالوا فيمن له أرض زعفران فزرع مكانه الحبوب من غير عذر انه يؤخذ منه خراج الزعفران لانه قصر حيث لم يزرع الزعفران مع القدرة عليه فصار كانه عطل الارض فلم يزرع فيها شيأ ولو فعل ذلك يؤخذ منه خراج الزعفران كذا هذا وكذا اذا قطع كرمه من غير عذر وزرع فيه الحبوب انه يؤخذ منه خراج الكرم لما قلنا وان اخرجت ارض الخراج قدر الخراج لا غير يؤخذ نصف الخراج وان أخرجت مثلى الخراج فصاعدا يؤخذ جميع الخراج الموظف عليها وان كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع عليها ينقص ويؤخذ منها قدر ما تطيق بلا خلاف واختلف فيما اذا كانت تطيق أكثر من الموضوع أنه هل تزاد أم لا قال أبو يوسف لا تزاد وقال محمد تزاد وجه قول محمد ان مبنى الخراج على الطاقة على ما بينا فتجوز الزيادة على القدر الموظف اذا كانت تطيقه ولابى يوسف أن معنى الطاقة انما يعتبر فيما وراء المنصوص والمجمع عليه والقدر الموضوع من الخراج الموظف منصوص ومجمع عليه على ما بينا فلا تجوز الزيادة عليه بالقياس وأما خراج المقاسمة فهو ان يفتح الامام بلدة فيمن على أهلها ويجعل على أراضيهم خراج مقاسمة وهو ان يؤخذ منهم نصف الخارج أو ثلثه أو ربعه وأنه جائز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا فعل لما فتح خيبر ويكون حكم هذا الخراج حكم العشر ويكون ذلك فى الخارج كالعشر الا انه يوضع موضع الخراج لانه خراج فى الحقيقة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة الواجب فالواجب جزء من الخارج لأنه عشر الخارج أو نصف عشره وذلك جزؤه الا أنه واجب من حيث انه مال لا من حيث انه جزء عندنا حتى يجوز أداء قيمته عندنا وعند الشافعى الواجب عين الجزء ولا يجوز غيره وهى مسئلة دفع القيم وقد مرت فيما تقدم

﴿فصل﴾ وأما وقت الوجوب فوقت الوجوب وقت خروج الزرع وظهور الثمر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف وقت الادراك وعند محمد وقت التنقية والجذاذ فانه قال اذا كان الثمر قد حصد فى الحظيرة وذرى البر وكان خمسة أوسق ثم ذهب بعضه كان فى الذى بقى منه العشر فهذا يدل على أن وقت الوجوب عنده هو وقت التصفية فى الزرع ووقت الجذاذ فى الثمر هو يقول تلك الحال هى حال تناهى عظم الحب والثمر واستحكامهما فكانت هى حال الوجوب وأبو يوسف يحتج بقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده ويوم حصاده هو يوم ادراكه فكان هو وقت الوجوب ولأبى حنيفة قوله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض أمر الله تعالى بالانفاق مما أخرجه من الارض فدل أن الوجوب متعلق بالخروج ولأنه كما خرج حصل مشتركا كالمال المشترك لقوله تعالى ومما أخرجنا لكم من الأرض جعل الخارج للكل فيدخل فيه الاغنياء والفقراء واذا عرفت وقت الوجوب على اختلافهم فيه ففائدة هذا الاختلاف على قول أبى حنيفة لا تظهر الا فى الاستهلاك فما كان منه بعد الوجوب يضمن عشره وما كان قبل الوجوب لا يضمن وأما عند ابى يوسف ومحمد فتظهر ثمرة الاختلاف فى الاستهلاك وفى الهلاك أيضا فى حق تكميل النصاب بالهالك فما هلك بعد الوجوب يعتبر الهالك مع الباقى فى تكميل النصاب وما هلك قبل الوجوب لا يعتبر وبيان هذه الجملة اذا أتلف انسان الزرع أو الثمر قبل الادراك حتى ضمن أخذ صاحب المال من المتلف ضمان المتلف وأدى عشره وان أتلف البعض دون البعض أدى قدر عشر المتلف من ضمانه وما بقى فعشره فى الخارج وان أتلفه صاحبه أو أكله يضمن عشره ويكون دينا فى ذمته وان أتلف البعض دون البعض يضمن قدر عشر ما أتلف ويكون دينا فى ذمته وعشر الباقى يكون فى الخارج وهذا على أصل أبى حنيفة لان الاتلاف حصل بعد الوجوب لثبوت الوجوب بالخروج والظهور فكان الحق مضمونا عليه كما لو أتلف مال الزكاة بعد حولان الحول واما على قولهما فلا يضمن عشر المتلف لان الاتلاف حصل قبل وقت وجوب الحق ولو هلك بنفسه فلا عشر فى الهالك بلا خلاف سواء هلك كله أو بعضه لان العشر لا يضمن

بالهلاك سواء كان قبل الوجوب أو بعده و يكون عشر الباقي فيه قل أو كثر في قول أبي حنيفة لان النصاب عنده ليس بشرط وكذلك عندهما ان كان الباقي نصابا وهو خمسة أوسق وان لم يكن نصابا لا يعتبر قدر الهالك في تكميل النصاب في الباقي عندهما بل ان بلغ الباقي بنفسه نصابا يكون فيه العشر والا فلا هذا اذا هلك قبل الادراك أو استهلك فاما بعد الادراك والتنقية والجذاذ أو بعد الادراك قبل التنقية والجذاذ فان هلك سقط الواجب بلا خلاف بين أصحابنا كالزكاة تسقط اذا هلك النصاب وعند الشافعي لا تسقط وقد ذكرنا المسئلة وان هلك بعضه سقط الواجب بقدره وبقي عشر الباقي فيه قليلا كان أو كثيرا عند أبي حنيفة لان النصاب ليس بشرط عنده وعندهما يكمل نصاب الباقي بالهالك و يحتسب به في تمام الخمسة الاوسق وروى عن أبي يوسف انه لا يعتبر الهالك في تمام الاوسق بل يعتبر التمام في الباقي فان كان في نفسه نصابا يكون فيه العشر والا فلا وان استهلك فان استهلكه المالك ضمن عشره و يكون دينا في ذمته وان استهلك بعضه فقدر عشر المستهلك يكون دينا في ذمته وعشر الباقي في الخارج وان استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره لأنه هلك الى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى وان استهلك بعضه أخذ ضمانه وأدى عشر القدر المستهلك وعشر الباقي منه لما قلنا وان أكل صاحب المال من الثمر أو أطعم غيره يضمن عشره و يكون دينا في ذمته وعشر ما بقي يكون فيه وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وروى عن أبي يوسف ان ما أكل أو أطعم بالمعروف لا يضمن عشره لكن يعتد به في تكميل النصاب وهو الاوسق فاذا بلغ الكل نصابا أدى عشر ما بقي احتج أبو يوسف بما روى عن سهل بن أبي خيثمة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فالربع وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان بعث أبا خيثمة خارصا فجاء رجل فقال يا رسول الله ان أبا خيثمة زاد على فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك يزعم انك قد زدت عليه فقال يا رسول الله لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعم المساكين وما يصيب الريح فقال صلى الله عليه وسلم لقد زادك ابن عمك وانصفك وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمراد من العرية الصدقة أمر بالتخفيف في الخرص و بين المعنى وهو أن في المال عرية ووصية فلو ضمن عشر ما تصدق أو أكل هو وأهله لم يتحقق التخفيف ولأنه لو ضمن ذلك لامتنع من الأكل خوفا من العشر وفيه حرج الا انه يعتد بذلك في تكميل النصاب لان نفي وجوب الضمان عنه تخفيفا عليه نظرا له وفي عدم الاعتداد به في تمام الاوسق ضرر به وبالفقراء وهذا لا يجوز ولابي حنيفة النصوص المقتضية لوجوب العشر في كل خارج من غير فصل بين المأكول والباقي فان قيل أليس الله تعالى قال وآتوا حقه يوم حصاده أمر بايتاء الحق يوم الحصاد فلا يجب الحق فيما أخذ منه قبل الحصاد يدل عليه قرينة الآية وهي قوله تعالى كلوا من ثمره اذا أثمر وهذا يدل على أن قدر المأكول أفضل اذ لو لم يكن أفضل لم يكن لقوله كلوا من ثمره اذا أثمر فائدة لان كل أحد يعلم أن الثمرة تؤكل ولا تصلح لغير الأكل فالجواب أن الآية لازمة له لان الحصاد هو القطع فيقتضي أن كل ما قطع أخذ منه شيء لزمه اخراج عشره من غير فصل بين ما اذا كان المقطوع مأكولا أو باقيا على أنا نقول بموجب الآية انه يجب ايتاء حقه يوم حصاده لكن ما حقه يوم حصاده اداء العشر عن الباقي فحسب أم عن الباقي والمأكول والآية لا تتعرض لشيء من ذلك فكان تمسكا بالمسكوت وانه لا يصح وأما قوله لابد وأن يكون لقوله تعالى كلوا من ثمره اذا أثمر فائدة فنقول يحتمل أن يكون له فائدة سوى ما قلتم وهو اباحة الانتفاع رد الاعتقاد الكفرة تحريم الانتفاع بهذه الاشياء بجعلها للاصنام فرد ذلك عليهم بقوله عز وجل كلوا من ثمره اذا أثمر أي انتفعوا بها ولا تضيعوها بالصرف الى الاصنام ولذلك قال ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين وأما الاحاديث فقد قيل انها وردت قبل حديث العشر ونصف العشر فصارت منسوخة به والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ركن هذا النوع وشرائط الركن أما ركنه فهو التمليك لقوله تعالى وآتوا حقه يوم

حصاده والايتاء هو التمليك لقوله تعالى وآتوا الزكاة فلا تتأدى بطعام الاباحة وبما ليس بتمليك رأسا من بناء المساجد ونحو ذلك مما ذكرنا في النوع الاول وبما ليس بتمليك من كل وجه وقد مر بيان ذلك كله وأما شرائط الركن فانا ذكرناها في النوع الاول مما يرجع بعضها الى المؤدي وبعضها الى المؤدى وبعضها الى المؤدى اليه فلا معنى للاعادة والله تعالى أعلم

(فصل) وأما بيان ما يسقط بعد الوجوب فمنها هلاك الخارج من غير صنعه لأن الواجب في الخارج فاذا هلك يهلك بما فيه كهلاك نصاب الزكاة بعد الحول وهذا عندنا وعند الشافعي لا يسقط وهو على الاختلاف في الزكاة وقد مرت المسئلة وان هلك البعض يسقط الواجب بقدره ويؤدي عشر الباقي قل الباقي أو كثر في قول أبي حنيفة وعندهما يعتبر قدر الهالك مع الباقي في تكميل النصاب ان بلغ نصابا يؤدي والا فلا وفي رواية عن أبي يوسف يعتبر كمال النصاب في الباقي بنفسه من غير ضم قدر الهالك اليه على ما مر وان استهلك فان استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره وان استهلك بعضه أدى عشر القدر المستهلك من الضمان وان استهلكه المالك أو استهلك البعض بأن أكله ضمن عشر الهالك وصار دينا في ذمته في قول أبي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرنا المسئلة ومنها الردة عندنا لان في العشر معنى العبادة والكافر ليس من أهل العبادة وعند الشافعي لا يسقط كالزكاة ومنها موت المالك من غير وصية اذا كان استهلك الخارج عندنا خلافا للشافعي كما في الزكاة وان كان الخارج قائما بعينه يؤدي العشر منه في ظاهر الرواية وفي رواية عن أبي يوسف يسقط بخلاف الزكاة وقد مضى الفرق فيما تقدم والله تعالى أعلم

(فصل) هذا الذي ذكرنا حكم الخارج من الارض وأما حكم المستخرج من الارض فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما فيه الخمس من المستخرج من الارض وما لا خمس فيه والثاني في بيان من يجوز صرف الخمس اليه ومن له ولاية أخذ الخمس أما الاول فالمستخرج من الارض نوعان أحدهما يسمى كنزا وهو المال الذي دفنه بنو آدم في الارض والثاني يسمى معدنا وهو المال الذي خلقه الله تعالى في الارض يوم خلق الارض والركاز اسم يقع على كل واحد منهما الا أن حقيقته للمعدن واستعماله للكنز مجازا أما الكنز فلا يخلو اما أن وجد في دار الاسلام أو دار الحرب وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون في ارض مملوكة أو في أرض غير مملوكة ولا يخلو اما أن يكون به علامة الاسلام كالمصحف والدراهم المكتوب عليها لا اله الا الله محمد رسول الله أو غير ذلك من علامات الاسلام أو علامات الجاهلية من الدراهم المنقوش عليها الصنم أو الصليب ونحو ذلك أو لا علامة به أصلا فان وجد في دار الاسلام في أرض غير مملوكة كالجبال والمفاوز وغيرها فان كان به علامة الاسلام فهو بمنزلة اللقطة يصنع به ما يصنع باللقطة يعرف ذلك في كتاب اللقطة لانه اذا كان به علامة الاسلام كان مال المسلمين ومال المسلمين لا يغنم الا انه مال لا يعرف مالكه فيكون بمنزلة اللقطة وان كان به علامة الجاهلية ففيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد بلا خلاف كالمعدن على ما بين وان لم يكن به علامة الاسلام ولا علامة الجاهلية فقد قيل ان في زماننا يكون حكمه حكم اللقطة أيضا ولا يكون له حكم الغنيمة لان عهد الاسلام قد طال فالظاهر انه لا يكون من مال الكفرة بل من مال المسلمين لم يعرف مالكه فيعطى له حكم اللقطة وقيل حكمه حكم الغنيمة لان الكنوز غالبا بوضع الكفرة وان كان به علامة الجاهلية يجب فيه الخمس لما روى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكنز فقال فيه وفي الركاز الخمس ولانه في معنى الغنيمة لانه استولى عليه على طريق القهر وهو على حكم ملك الكفرة فكان غنيمة فيجب فيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد لانه أخذه بقوة نفسه وسواء كان الواجد حرا أو عبدا مسلما أو ذميا كبيرا أو صغيرا لان ما روينا من الحديث لا يفصل بين واجد وواجد ولان هذا المال بمنزلة الغنيمة الا ترى انه وجب فيه الخمس والعبد والصبي والذمي من أهل الغنيمة الا اذا كان ذلك باذن الامام وقاطعه على شئ فله ان يفي بشرطه لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم ولانه اذا قاطعه على شئ

فقد جعل المشروط أجرة لعمله فيستحقه بهذا الطريق وان وجد فى أرض مملوكة يجب فيه الخمس بلا خلاف لما روينا من الحديث ولانه مال الكفرة استولى عليه على طريق القهر فيخمس واختلف فى الاربعة الاخماس قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله هى لصاحب الخطة ان كان حيا وان كان ميتا فلورثته ان عرفوا وان كان لا يعرف صاحب الخطة ولا ورثته تكون لاقصى مالك للارض أو لورثته وقال أبو يوسف أربعة أخماسه للواجد وجه قوله ان هذا غنيمة ما وصلت اليها يد الغانمين وانما وصلت اليه يد الواجد لا غير فيكون غنيمة يوجب الخمس واختصاصه باثبات اليد عليه يوجب اختصاصه به وهو تفسير الملك كما لو وجده فى أرض غير مملوكة ولهما ان صاحب الخطة ملك الارض بما فيها لانه انما ملكها بتمليك الامام والامام انما ملك الأرض بما وجد منه ومن سائر الغانمين من الاستيلاء والاستيلاء كما ورد على ظاهر الارض ورد على ما فيها فملك ما فيها وبالبيع لا يزول ما فيها الا ان البيع يوجب زوال ما ورد عليه البيع والبيع ورد على ظاهر الأرض لا على ما فيها واذا لم يكن ما فيها تبعا لها فبقى على ملك صاحب الخطة وكان أربعة أخماسه له وصار هذا كمن اصطاد سمكة كانت ابتلعت لؤلؤة أو اصطاد طائرا كان قد ابتلع جوهرة انه يملك الكل ولو باع السمكة أو الطائر لا تزول اللؤلؤة والجوهرة عن ملكه لورود العقد على السمكة والطير دون اللؤلؤة والجوهرة كذا هذا فان قيل كيف يملك صاحب الخطة ما فى الارض بتمليك الامام اياه الارض والامام لو فعل ذلك لكان جورا فى القسمة والامام لا يملك الجور فى القسمة فثبت ان الامام ما ملكه الا الارض فبقى الكنز غير مملوك لصاحب الخطة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان الامام ما ملكه الا رقبة الارض على ما ذكرتم لكنه لما ملك الارض بتمليك الامام فقد تفرد بالاستيلاء على ما فى الارض وقد خرج الجواب عن وجوب الخمس لانه ما ملك ما فى الأرض بتمليك الامام حتى يسقط الخمس وانما ملكه بتفرده بالاستيلاء عليه فيجب عليه الخمس كما لو وجده فى أرض غير مملوكة والثانى ان مراعاة المساواة فى هذه الجهة فى القسمة مما يتعذر فيسقط اعتبارها دفعا للحرج هذا اذا وجد الكنز فى دار الاسلام فاما اذا وجده فى دار الحرب فان وجده فى أرض ليست مملوكة لأحد فهو للواجد ولا خمس فيه لانه مال أخذه لا على طريق القهر والغلبة لانعدام غلبة أهل الاسلام على ذلك الموضع فلم يكن غنيمة فلا خمس فيه ويكون الكل له لانه مباح استولى عليه بنفسه فيملكه كالحطب والحشيش وسواء دخل بامان أو بغير أمان لان حكم الامان يظهر فى المملوك لا فى المباح وان وجده فى أرض مملوكة لبعضهم فان كان دخل بامان رده الى صاحب الارض لانه اذا دخل بامان لا يحل له أن يأخذ شيأ من أموالهم بغير رضاهم لما فى ذلك من الغدر والخيانة فى الامانة فان لم يرده الى صاحب الارض يصير ملكا له لكن لا يطيب له لتمكن خبث الخيانة فيه فسبيله التصدق به فلو باعه يجوز بيعه لقيام الملك لكن لا يطيب للمشترى بخلاف بيع المشترى شراء فاسدا والفرق بينهما يذكر فى كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وان كان دخل بغير أمان حل له ولا خمس فيه أما الحل فلان له أن يأخذ ما ظفر به من أموالهم من غير رضاهم وأما عدم وجوب الخمس فلانه غير مأخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة فلا يجب فيه الخمس حتى لو دخل جماعة ممتنعون فى دار الحرب فظفروا بشئ من كنوزهم يجب فيه الخمس ولكونه غنيمة لحصول الاخذ على طريق القهر والغلبة وان وجده فى أرض مملوكة لأحد أو فى دار نفسه ففيه الخمس بلا خلاف بخلاف المعدن عند أبى حنيفة لأن الكنز ليس من أجزاء الارض ولهذا لم تكن أربعة أخماسه لمالك الرقبة بالاجماع فلو وجد فيه المؤنة وهو الخمس لم يصر الجزء مخالفا للكل بخلاف المعدن على ما نذكر وأما أربعة اخماسه فقد اختلف أصحابنا فى ذلك عند أبى حنيفة ومحمد هى للمختط له وعند أبى يوسف للواجد لانه مباح سبقت يده اليه ولهما ان هذا مال مباح سبقت اليه يد الخصوص وهى يد المختط يصير ملكا له كالمعدن الا ان المعدن انتقل بالبيع الى المشترى لانه من أجزاء الأرض والكنز لم ينتقل اليه لانه ليس من أجزاء المبيع والتمليك فان استولى عليه بالاستيلاء فيبقى على ملكه كمن اصطاد سمكة فى بطنها درة ملك السمكة والدرة لثبوت اليد عليهما فلو باع السمكة بعد ذلك لم تدخل الدرة فى البيع كذا ههنا والمختط له من

خصه الامام بتمليك البقعة منه فان لم يعرف المختط له يصرف الى أقصى مالك له يعرف فى الاسلام كذا ذكر الشيخ الامام الزاهد السرخسى رحمه الله هذا اذا وجد الكنز فى دار الاسلام وأما المعدن فالخارج منه فى الاصل نوعان مستجسد ومائع والمستجسد منه نوعان أيضا نوع يذوب بالاذابة وينطبع بالحلية كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس ونحو ذلك ونوع لا يذوب بالاذابة كالياقوت والبلور والعقيق والزمرد والفيروزج والكحل والمغرة والزرنيخ والجص والنورة ونحوها والمائع نوع آخر كالنفط والقار ونحو ذلك وكل ذلك لا يخلو اما ان وجده فى دار الاسلام أو فى دار الحرب فى أرض مملوكة أو غير مملوكة فان وجد فى دار الاسلام فى أرض غير مملوكة فالموجود مما يذوب بالاذابة وينطبع بالحلية يجب فيه الخمس سواء كان ذلك من الذهب والفضة أو غيرهما مما يذوب بالاذابة وسواء كان قليلا أو كثيرا فأربعة أخماسه للواجد كائنا من كان الا الحربى المستأمن فانه يسترد منه الكل الا اذا قاطعه الامام فان له أن يفى بشرطه وهذا قول أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى فى معادن الذهب والفضة ربع العشر كما فى الزكاة حتى شرط فيه النصاب فلم يوجب فيما دون المائتين وشرط بعض أصحابه الحول أيضا وأما غير الذهب والفضة فلا خمس فيه وأما عندنا فالواجب خمس الغنيمة فى الكل لا يشترط فى شىء منه شرائط الزكاة ويجوز دفعه الى الوالدين والمولودين الفقراء كما فى الغنائم ويجوز للواجد أن يصرف الى نفسه اذا كان محتاجا ولا تغنيه الاربعة الأخماس احتج الشافعى بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية وكان يأخذ منها ربع العشر ولانها من نماء الارض وريعها فكان ينبغى أن يجب فيها العشر الا انه اكتفى بربع العشر لكثرة المؤنة فى استخراجها ولنا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وفى الركاز الخمس وهو اسم للمعدن حقيقة وانما يطلق على الكنز مجازا لدلائل احدها انه مأخوذ من الركز وهو الاثبات وما فى المعدن هو المثبت فى الارض لا الكنز لانه وضع مجاورا للارض والثانى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد من الكنز العادى فقال فيه وفى الركاز الخمس عطف الركاز على الكنز والشىء لا يعطف على نفسه هو الاصل فدل ان المراد منه المعدن والثالث ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم لما قال المعدن جبار والقليب جبار وفى الركاز الخمس قيل وما الركاز يارسول الله فقال هو المال الذى خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلق السموات والارض فدل على انه اسم للمعدن حقيقة فقد أوجب النبى صلى الله عليه وسلم الخمس فى المعدن من غير فصل بين الذهب والفضة وغيرهما فدل ان الواجب هو الخمس فى الكل ولأن المعادن كانت فى أيدى الكفرة وقد زالت أيديهم ولم تثبت يد المسلمين على هذه المواضع لانهم لم يقصدوا الاستيلاء على الجبال والمفاوز فبقى ما تحتها على حكم ملك الكفرة وقد استولى عليه على طريق القهر بقوة نفسه فيجب فيه الخمس ويكون أربعة أخماسه له كما فى الكنز ولا حجة له فى حديث بلال بن الحارث لانه يحتمل انه انما لم يأخذ منه مازاد على ربع العشر لما علم من حاجته وذلك جائز عندنا على ما نذكره فيحمل عليه عملا بالدليلين وأما ما لا يذوب بالاذابة فلا خمس فيه ويكون كله للواجد لان الزرنيخ والجص والنورة ونحوها من أجزاء الأرض فكان كالتراب والياقوت والفصوص من جنس الأحجار الا انها أحجار مضيئة ولا خمس فى الحجر وأما المائع كالقير والنفط فلا شىء فيه ويكون للواجد لانه ماء وانه مما لا يقصد بالاستيلاء فلم يكن فى يد الكفار حتى يكون من الغنائم فلا يجب فيه الخمس وأما الزئبق ففيه الخمس فى قول أبى حنيفة الآخر وكان يقول أولا لا خمس فيه وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال فيه الخمس فان أبا يوسف قال سألت أبا حنيفة عن الزئبق فقال لا خمس فيه فلم أزل به حتى قال فيه الخمس وكنت أظن انه مثل الرصاص والحديد ثم بلغنى بعد ذلك انه ليس كذلك وهو بمنزلة القير والنفط وجه قول أبى حنيفة الاول انه شىء لا ينطبع بنفسه فأشبه الماء وجه قوله الآخر وهو قول محمد انه ينطبع مع غيره وان كان لا ينطبع بنفسه فأشبه الفضة لانها لا تنطبع بنفسها لكن لما كانت تنطبع مع شىء آخر يخالطها من نحاس أو آنك وجب فيها الخمس كذا هذا هذا اذا وجد المعدن فى دار الاسلام فى أرض غير مملوكة فأما اذا وجده فى أرض مملوكة أو دار أو منزل أو حانوت فلا خلاف فى ان الأربعة

الاخماس لصاحب الملك وجده هو أو غيره لان المعدن من توابع الارض لانه من أجزائها خلق فيها ومنها ألا ترى انه يدخل فى البيع من غير تسمية فاذا ملكها المختط له بتمليك الامام ملكها بجميع أجزائها فتنتقل عنه الى غيره بالبيع بتوابعها أيضا بخلاف الكنز على مامر واختلف فى وجوب الخمس قال أبو حنيفة لا خمس فيه فى الدار وفى الارض عنه روايتان ذكر فى كتاب الزكاة انه لا خمس فيه وذكر فى الصرف انه يجب فيه الخمس وكذا ذكر فى الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد يجب فيه الخمس فى الارض والدار جميعا اذا كان الموجود مما يذوب بالاذابة واحتجا بقول النبى صلى الله عليه وسلم وفى الركاز الخمس من غير فصل والركاز اسم للمعدن حقيقة لما ذكرنا ولان الامام ملك الارض من ملكه متعلقا بهذا الخمس لانه حق الفقراء فلا يملك ابطال حقهم وجه قول أبى حنيفة ان المعدن جزء من أجزاء الارض فيملك بملك الارض والامام ملكه مطلقا عن الحق فيملكه المختط له كذلك وللامام هذه الولاية ألا ترى انه لو جعل الكل للغانمين الاربعة الاخماس مع الخمس اذا علم ان حاجتهم لا تندفع بالاربعة الاخماس جاز واذا ملكه المختط له مطلقا عن حق متعلق به فينتقل الى غيره كذلك وجه الفرق بين الدار والارض على الرواية الاخرى ان تمليك الامام الدار يحصل مطلقا عن الحقوق ألا ترى انه لا يجب فيها العشر ولا الخراج بخلاف الارض فان تمليكها وجد متعلقا بها العشر أو الخراج فجاز ان يجب الخمس والحديث محمول على ما اذا وجده فى أرض غير مملوكة توفيقا بين الدليلين هذا اذا وجده فى دار الاسلام فاما اذا وجده فى دار الحرب فان وجده فى أرض غير مملوكة فهو له ولا خمس فيه لما مر وان وجده فى ملك بعضهم فان دخل بأمان رده على صاحب الملك لما بينا وان دخل بغير أمان فهو له ولا خمس فيه كما فى الكنز على ما بينا هذا الذى ذكرنا فى حكم المستخرج من الارض فاما المستخرج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر وكل حلية تستخرج من البحر فلا شئ فيه فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو للواجد وعند أبى يوسف فيه الخمس واحتج بما روى ان عامل عمر رضى الله عنه كتب اليه فى لؤلؤة وجدت ما فيها قال فيها الخمس وروى عنه أيضا انه أخذ الخمس من العنبر ولان العشر يجب فى المستخرج من المعدن فكذا فى المستخرج من البحر لان المعنى يجمعهما وهو كون ذلك مالا منتزعا من أيدى الكفار بالقهر اذ الدنيا كلها برها وبحرها كانت تحت أيديهم انتزعناها من بين أيديهم فكان ذلك غنيمة فيجب فيه الخمس كسائر الغنائم ولهما ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه سئل عن العنبر فقال هو شئ دسره البحر لا خمس فيه ولان يد الكفرة لم تثبت على باطن البحار التى يستخرج منها اللؤلؤ والعنبر فلم يكن المستخرج منها مأخوذا من أيدى الكفرة على سبيل القهر فلا يكون غنيمة فلا يكون فيه الخمس وعلى هذا قال أصحابنا انه ان استخرج من البحر ذهبا أو فضة فلا شئ فيه لما قلنا وقيل فى العنبر انه مائع نبع فاشبه القير وقيل انه روث دابة فاشبه سائر الارواث وما روى عن عمر فى اللؤلؤ والعنبر محمول على لؤلؤ وعنبر وجد فى خزائن ملوك الكفرة فكان مالا مغنوما فاوجب فيه الخمس وأما الثانى وهو بيان من يجوز صرف الخمس اليه ومن له ولاية الاخذ وبيان مصارف الخمس موضعه كتاب السير ويجوز صرفه الى الوالدين والمولودين اذا كانوا فقراء بخلاف الزكاة والعشر ويجوز أن يصرفه الى نفسه اذا كان محتاجا لا تغنيه الاربعة الاخماس بأن كان دون المائتين فاما اذا بلغ مائتين لا يجوز له تناول الخمس وما روى عن على رضى الله عنه انه ترك الخمس للواجد محمول على ما اذا كان محتاجا ولو تصدق بالخمس بنفسه على الفقراء ولم يدفعها الى السلطان جاز ولا يؤخذ منه ثانيا بخلاف زكاة السوائم والعشر والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوضع فى بيت المال من الاموال وبيان مصارفها فاما ما يوضع فى بيت المال من الاموال فاربعة أنواع أحدها زكاة السوائم والعشور وما أخذه العشار من تجار المسلمين اذا مروا عليهم والثانى خمس الغنائم والمعادن والركاز والثالث خراج الاراضى وجزية الرؤس وما صولح عليه بنو نجران من الحلل وبنو تغلب من الصدقة المضاعفة وما أخذه العشار من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب والرابع ما أخذ من تركة الميت الذى مات ولم يترك وارثا أصلا أو ترك زوجا أو زوجة وأما مصارف هذه الانواع فاما مصرف النوع الاول

فقد ذكرناه وأما النوع الثاني وهو خمس الغنائم والمعادن والركاز فنذكر مصرفه في كتاب السير وأما مصرف النوع الثالث من الخراج وأخواته فعمارة الدين واصلاح مصالح المسلمين وهو رزق الولاة والقضاة وأهل الفتوى من العلماء والمقاتلة ورصد الطرق وعمارة المساجد والرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور واصلاح الأنهار التي لا ملك لاحد فيها وأما النوع الرابع فيصرف الى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم والى أكفان الموتى الذين لا مال لهم والى نفقة اللقيط وعقل جنايته والى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك وعلى الامام صرف هذه الحقوق الى مستحقيها والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الزكاة الواجبة وهي زكاة الرأس فهي صدقة الفطر والكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من تجب عنه وفي بيان جنس الواجب وقدره وصفته وفي بيان وقت الوجوب وفي بيان وقت الاداء وفي بيان ركنها وفي بيان شرائط الركن وهي شرائط جواز الاداء وفي بيان مكان الاداء وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب أما الاول فالدليل على وجوبها ماروى عن ثعلبة بن صعير العذري انه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير وكبير نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير أمر بالاداء ومطلق الامر للوجوب وانما سميناها هذا النوع واجبا لا فرضا لان الفرض اسم لما ثبت لزومه بدليل مقطوع به ولزوم هذا النوع من الزكاة لم يثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم وهو خبر الواحد وماروى في الباب عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر على الذكر والانثى والحر والعبد صاعا من تمر أو صاعا من شعير فالمراد من قوله فرض أي قدر اداء الفطر والفرض في اللغة التقدير قال الله تعالى فنصف ما فرضتم أي قدرتم ويقال فرض القاضي النفقة بمعنى قدرها فكان في الحديث تقدير الواجب بالمذكور لا الايجاب قطعا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبها فقد اختلف أصحابنا فيه قال بعضهم انها تجب وجوبا مضيقا في يوم الفطر عينا وقال بعضهم تجب وجوبا موسعا في العمر كالزكاة والنذور والكفارات ونحوها وهذا هو الصحيح لان الأمر بادائها مطلق عن الوقت فلا يتضيق الوجوب الا في آخر العمر كالامر بالزكاة وسائر الاوامر المطلقة عن الوقت

﴿فصل﴾ وأما بيان من تجب عليه فيتضمن بيان شرائط الوجوب وانها أنواع منها الاسلام فلا تجب على الكافر لانه لا سبيل الى الايجاب في حالة الكفر لان فيها معنى العبادة حتى لا تتأدى بدون النية والكافر ليس من أهل العبادة ولا تجب بدون الاسلام بالاجماع وايجاب فعل لا يقدر المكلف على أدائه في الحال وفي الثاني تكليف ماليس في الوسع لهذا قلنا ان الكفار ليسوا مخاطبين بشرائع هي عبادات ومنها الحرية عندنا فلا تجب على العبد وقال الشافعي الحرية ليست من شرائط الوجوب وتجب الفطرة على العبد ويتحملها المولى عنه واحتج بماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أدوا عن كل حر وعبد والاداء عنه ينبئ عن التحمل عنه وانه يقتضي الوجوب عليه ولنا ان الوجوب هو وجوب الاداء ولا سبيل الى ايجاب الاداء على العبد لان العبد لا يكلف بادائها في الحال ولا بعد العتق وايجاب فعل لا سبيل الى أدائه رأسا ممتنع بخلاف الصبي الغني اذا لم يخرج وليه عنه على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف انه يلزمه الاداء لانه يقدر على أدائه بعد البلوغ وأما الحديث فلم قلتم ان الاداء عنه يقتضي الوجوب عليه وسنذكر معناه ومنها الغنا فلا يجب الاداء الا على الغني وهذا عندنا وقال الشافعي لا يشترط لوجوبها الغنا وتجب على الفقير الذي له زيادة على قوت يومه وقوت عياله وجه قوله ان وجوبها ثبت مطهرة للصائم ومعنى المطهرة لا يختلف بالغنا والفقر ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غني وقد بينا حد الغنا الذي يجب به صدقة الفطر في زكاة المال ثم الغنا شرط الوجوب لا شرط بقاء الواجب حتى لو افتقر بعد يوم الفطر لا يسقط الواجب لان هذا الحق يجب في الذمة لا في المال فلا يشترط لبقائه بقاء المال بخلاف الزكاة وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط الوجوب في قول أبي حنيفه وأبي يوسف حتى تجب صدقة الفطر على الصبي والمجنون اذا كان

لهما بال ويخرجها الولي من مالهما وقال محمد وزفر لا فطرة عليهما حتى لو أدى الاب أو الوصي من مالهما لا يضمنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يضمنان وجه قولهما انها عبادة والعبادات لا تجب على الصبيان والمجانين كالصوم والصلاة والزكاة ولابي حنيفة وأبي يوسف انها ليست بعبادة محضة بل فيها معنى المؤنة فاشبهت العشر وكذلك وجود الصوم في شهر رمضان ليس بشرط لوجوب الفطرة حتى ان من افطر لكبر أو مرض أو سفر يلزمه صدقة الفطر لان الأمر بادائها مطلق عن هذا الشرط ولانها تجب على من لا يوجد منه الصوم وهو الصغير

﴿فصل﴾ وأما بيان من تجب عليه فيشتمل على بيان سبب وجوب الفطرة على الانسان عن غيره وبيان شرط الوجوب اما شرطه فهو ان يكون من عليه الواجب عن غيره من أهل الوجوب على نفسه وأما السبب فرأس يلزمه مؤنته ويلي عليه ولاية كاملة لان الرأس الذي يمونه ويلي عليه ولاية كاملة تكون في معنى رأسه في الذب والنصرة فكما يجب عليه زكاة رأسه يجب عليه زكاة ما هو في معنى رأسه فيجب عليه ان يخرج صدقة الفطر عن مماليكه الذين هم لغير التجارة لوجود السبب وهو لزوم المؤنة وكمال الولاية مع وجود شرطه وهو ما ذكرنا وقال صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حر وعبد وسواء كانوا مسلمين أو كفارا عندنا وقال الشافعي لا تؤدى الا عن مسلم وجه قوله ان الوجوب على العبد وانما المولى يتحمل عنه لان النبي صلى الله عليه وسلم امرنا بالاداء عن العبد والاداء عنه ينبئ عن التحمل فثبت ان الوجوب على العبد فلابد من أهلية الوجوب في حقه والكافر ليس من أهل الوجوب فلم يجب عليه ولا يتحمل عنه المولى لان التحمل بعد الوجوب فاما المسلم فمن أهل الوجوب فتجب عليه الزكاة الا انه ليس من أهل الاداء لعدم الملك فيتحمل عنه المولى ولنا انه وجد سبب وجوب الاداء عنه وشرطه وهو ما ذكرنا فيجب الاداء عنه وقوله الوجوب على العبد وانما المولى يتحمل عنه اداء الواجب فاسد لان الوجوب على العبد يستدعي أهلية الوجوب في حقه وهو ليس من أهل الوجوب لان الوجوب هو وجوب الاداء والاداء بالملك ولا ملك له فلا وجوب عليه فلا يتصور التحمل وقوله المأمور به هو الاداء عنه بالنص مسلم لكن لم قلتم ان الادا عنه يقتضي أن يكون بطريق التحمل بل هو أمر بالاداء بسببه وهو رأسه الذي يمونه ويلي عليه ولاية كاملة فكان في الحديث بيان سببية وجوب الاداء عمن يؤدي عنه لا الاداء بطريق التحمل فتعتبر أهلية وجوب الاداء في حق المولى وقد وجدت روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد صغير أو كبير يهودي أو نصراني أو مجوسي نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير وهذا نص في الباب ويخرج عن مدبريه وأمهات أولاده لعموم قوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حر وعبد وهؤلاء عبيد لقيام الرق والملك فيهم الا ترى ان له أن يستخدمهم ويستمتع بالمدبرة وأم الولد ولا يجوز ذلك في غير الملك ولا يجب عليه أن يخرج عن مكاتبه ولا عن رقيق مكاتبه لانه لا يلزمه نفقتهم وفي ولايته عليهم قصور ولا يجب على المكاتب أن يخرج فطرته عن نفسه ولا عن رقيقه عند عامة العلماء وقال مالك يجب عليه لأن المكاتب مالك لأنه يملك اكتسابه فكان في اكتسابه كالحر فتجب عليه كما تجب على الحر ولنا انه لا ملك له حقيقة لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والعبد مملوك فلا يكون مالكا ضرورة وأما معتق البعض فهو بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين وان كان غنيا بأن كان له مال فضلا عن دينه مائتي درهم فصاعدا فانه يخرج صدقة الفطر عن نفسه وعن رقيقه والا فلا ويخرج عن عبده المؤاجر والوديعة والعارية وعبده المديون المستغرق بالدين وعبده الذي في رقبته جناية لعموم النص ولوجود سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا ويخرج عن عبد الرهن لما ذكرنا وهذا اذا كان الراهن وفاء فان لم يكن له وفاء فلا صدقة عليه عنه لانه فقير بخلاف عبده المديون دينا مستغرقا لان الصدقة تجب على المولي ولا دين على المولي وأما عبد عبده المأذون فان كان على المولى دين فلا يخرج في قول أبي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون وعندهما يخرج لانه يملكه وان لم يكن عليه دين فلا يخرج بلا خلاف بين أصحابنا لانه عبد التجارة ولا فطرة في عبد التجارة عندنا ولا يخرج عن عبده الآبق ولا عن المغصوب

المجحود ولا عن عبده المأسور لانه خارج عن يده وتصرفه فاشبه المكاتب قال أبو يوسف ليس في رقيق الاخماس ورقيق القوام الذين يقومون على مرافق العوام مثل زمزم وما أشبهها ورقيق الفيء صدقة الفطر لعدم الولاية لاحد عليهم اذهم ليس لهم مالك معين وكذلك السبي ورقيق الغنيمة والاسرى قبل القسمة على أصله لما قلنا وأما العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر فصدقة فطره على صاحب الرقبة لقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حر وعبد والعبد اسم للذات المملوكة وانها لصاحب الرقبة وحق صاحب الخدمة متعلق بالمنافع فكان كالمستعير والمستأجر ولا يخرج عن عبيد التجارة عندنا وعند الشافعي يخرج وجه قوله ان وجوب الزكاة لا ينافي وجوب صدقة الفطر لان سبب وجوب كل واحد منهما مختلف ولنا ان الجمع بين زكاة المال وبين زكاة الرأس يكون ثنى في الصدقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ثنى في الصدقة والعبد المشترك بينه وبين غيره ليس على أحدهما صدقة فطره عندنا وقال الشافعي تجب الفطرة عليهما بناء على أصله الذي ذكرنا ان الوجوب على العبد وانما المولى يتحمل عنه بالملك فيتقدر بقدر الملك وأما عندنا فالوجوب على المولى بسبب الوجوب وهو رأس يلزمه مؤنته ويلي عليه ولاية كاملة وليس لكل واحد منهما ولاية كاملة الا ترى انه لا يملك كل واحد منهما تزويجه فلم يوجد السبب وان كان عدد من العبيد بين رجلين فلا فطرة عليهما في قول ابي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان كان بحال لو قسموا أصاب كل واحد منهما عبد كامل تجب على كل واحد منهما صدقة فطره بناء على أن الرقيق لا يقسم قسمة جمع عند أبي حنيفة فلا يملك كل واحد منهما عبدا كاملا وعند محمد يقسم الرقيق قسمة جمع فيملك كل واحد منهما عبدا تاما من حيث المعنى كانه انفرد به فيجب على كل واحد منهما كالزكاة في السوائم المشتركة وأبو يوسف وافق أبا حنيفة في هذا وان كان يرى قسمة الرقيق لنقصان الولاية اذ ليس لكل واحد منهما ولاية كاملة وكمال الولاية بعض أوصاف السبب ولو كان بين رجلين جارية فجاءت بولد فادعياه معا حتى ثبت نسب الولد منهما وصارت الجارية أم ولد لهما فلا فطرة على واحد منهما عن الجارية بلا خلاف بين أصحابنا لانها جارية مشتركة بينهما وأما الولد فقال أبو يوسف يجب على كل واحد منهما صدقة فطره تامة وقال محمد تجب عليهما صدقة واحدة وجه قوله ان الذي وجب عليه واحد والشخص الواحد لا تجب عنه الا فطرة واحدة كسائر الاشخاص ولابي يوسف ان الولد ابن تام في حق كل واحد منهما بدليل انه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل فيجب على كل واحد منهما عنه صدقة تامة ولو اشترى عبدا بشرط الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا أو شرط أحدهما الخيار لغيره فمر يوم الفطر في مدة الخيار فصدقة الفطر موقوفة ان تم البيع بمضي مدة الخيار أو بالاجازة فعلى المشتري لانه ملكه من وقت البيع وان فسخ فعلى البائع لانه تبين ان المبيع لم يزل عن ملكه وعند زفر ان كان الخيار للبائع أو لهما جميعا أو شرط البائع الخيار لغيره فصدقة الفطر على البائع تم البيع او انفسخ وان كان الخيار للمشتري فعلى المشتري تم البيع أو انفسخ ولو اشتراه بعقد بات فمر يوم الفطر قبل القبض فصدقة فطره على المشتري ان قبضه لان الملك ثبت للمشتري بنفس الشراء وقد تقرر بالقبض وان مات قبل القبض فلا يجب على واحد منهما أما جانب البائع فظاهر لان العبد قد خرج عن ملكه بالبيع ووقت الوجوب هو وقت طلوع الفجر من يوم الفطر كان الملك للمشتري واما جانب المشتري فلان ملكه قد انفسخ قبل تمامه وجعل كانه لم يكن من الاصل ولو رده المشتري على البائع بخيار رؤية أو عيب ان رده قبل القبض فعلى البائع لان الرد قبل القبض فسخ من الاصل وان رده بعد القبض فعلى المشتري لانه بمنزلة بيع جديد وان اشتراه شراء فاسدا فمر يوم الفطر فان كان مر وهو عند البائع فعلى البائع لان البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل القبض فمر عليه يوم الفطر وهو على ملك البائع فكان صدقة فطره عليه وان كان في يد المشتري وقت طلوع الفجر فصدقة فطره موقوفة لاحتمال الرد فان رده فعلى البائع لان الرد في العقد الفاسد فسخ من الاصل وان تصرف فيه المشتري حتى وجبت عليه قيمته فعلى المشتري لانه تقرر ملكه عليه ويخرج عن أولاده الصغار اذا كانوا فقراء لقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل صغير وكبير ولان نفقتهم واجبة على الاب

وولاية الاب عليهم تامة وهل يخرج الجد عن ابن ابنه الفقير الصغير حال عدم الاب أو حال كونه فقيرا ذكر محمد في الاصل انه لا يخرج وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يخرج وجه رواية الحسن ان الجد عند عدم الاب قائم مقام الاب فكانت ولايته حال عدم الاب كولاية الاب وجه رواية الاصل ان ولاية الجد ليست بولاية تامة مطلقة بل هي قاصرة الاترى انها لا تثبت الا بشرط عدم الاب فاشبهت ولاية الوصي والوصي لا يجب عليه الاخراج فكذا الجد وأما الكبار العقلاء فلا يخرج عنهم عندنا وان كانوا في عياله بأن كانوا فقراء زمني وقال الشافعي عليه فطرتهم واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ادوا عن كل حر وعبد صغيرا وكبيرا ممن تمونون فاذا كانوا في عياله يمونهم فعليه فطرتهم ولنا ان أحد شطرى السبب وهو الولاية منعدم والحديث محمول على جواز الاداء عنهم لا على الوجوب ولا يلزمه أن يخرج عن أبويه وان كانا في عياله لعدم الولاية عليهما ولا يخرج عن الحمل لانعدام كمال الولاية ولانه لا يعلم حياته ولا يلزم الزوج صدقة فطر زوجته عندنا وقال الشافعي يلزمه لانها تجب مؤنة الزوج وولايته فوجد سبب الوجوب (ولنا) ان شرط تمام السبب كمال الولاية وولاية الزوج عليها ليست بكاملة فلم يتم السبب وليس في شيء من الحيوان سوى الرقيق صدقة الفطر اما الان وجوبها عرف بالتوقيف وانه لم يرد فيما سوى الرقيق من الحيوانات أولانها وجبت طهرة للصائم عن الرفث ومعنى الطهرة لا يتقرر في سائر الحيوانات فلا تجب عنها والله اعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان جنس الواجب وقدره وصفته اما جنسه وقدره فهو نصف صاع من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر وهذا عندنا وقال الشافعي من الحنطة صاع واحتج بما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال كنت أؤدي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من بر ولنا ما روينا من حديث ثعلبة بن صعير العذري انه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أدوا عن كل حر وعبد نصف صاع من بر او صاعا من تمر أو صاعا من شعير وذكر امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدي ان عشرة من الصحابة رضي الله عنهم منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم رووا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدقة الفطر نصف صاع من بر واحتج بروايتهم وأما حديث أبي سعيد فليس فيه دليل الوجوب بل هو حكاية عن فعله فيدل على الجواز وبه نقول فيكون الواجب نصف صاع وما زاد يكون تطوعا على ان المروى من لفظ أبي سعيد رضي الله عنه انه قال كنت أخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام صاعا من تمر صاعا من شعير وليس فيه ذكر البر فيجعل قوله صاعا من تمر صاعا من شعير تفسيرا لقوله صاعا من طعام ودقيق الحنطة وسويقها كالحنطة ودقيق الشعير وسويقه كالشعير عندنا وعند الشافعي لا يجزئ بناء على أصله من اعتبار المنصوص عليه وعندنا المنصوص عليه معلول بكونه مالا متقوما على الاطلاق لما نذكر وذكر المنصوص عليه للتيسير لانهم كانوا يتبايعون بذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان الدقيق منصوص عليه لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أدوا قبل الخروج زكاة الفطر فان على كل مسلم مدا من قمح أو دقيق وروى على أبي يوسف انه قال الدقيق أحب الي من الحنطة والدراهم أحب الي من الدقيق والحنطة لان ذلك أقرب الى دفع حاجة الفقير واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في الزبيب ذكر في الجامع الصغير نصف صاع وروى الحسن وأسد بن عمرو عن أبي حنيفة صاعا من زبيب وهو قول أبي يوسف ومحمد وجه هذه الرواية ما روى عن أبي سعيد الخدري انه قال كنا نخرج زكاة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من تمر أو صاعا من زبيب وكان طعامنا الشعير ولان الزبيب لا يكون مثل الحنطة في التغذي بل يكون أنقص منها كالشعير والتمر فكان التقدير فيه بالصاع كما في الشعير والتمر وجه رواية الجامع ان قيمة الزبيب تزيد على قيمة الحنطة في العادة ثم اكتفى من الحنطة بنصف صاع فمن الزبيب أولى ويمكن التوفيق بين القولين بأن يجعل الواجب فيه بطريق القيمة فكانت قيمته في عصر أبي حنيفة مثل قيمة الحنطة وفي عصرهما كانت قيمته مثل قيمة الشعير والتمر وعلى هذا أيضا يحمل اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة وأما الاقط

فتعتبر

فتعتبر فيه القيمة لا يجزئ الا باعتبار القيمة وقال مالك يجوز أن يخرج صاعا من أقط وهذا غير سديد لانه غير منصوص عليه من وجه يوثق به وجواز ماليس بمنصوص عليه لا يكون الا باعتبار القيمة كسائر الأعيان التى لم يقع التنصيص عليها من النبى صلى الله عليه وسلم وقال الشافعى لا أحب أن يخرج الاقط فان أخرج صاعا من أقط لم يتبين لى ان عليه الاعادة والصاع ثمانية أرطال بالعراقى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف خمسة أرطال وثلث رطل بالعراقى وهو قول الشافعى وجه قوله ان صاع المدينة خمسة أرطال وثلث رطل ونقلوا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلفا عن سلف ولهما ماروى عن أنس رضى الله عنه انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد والمد رطلان و يغتسل بالصاع والصاع ثمانية أرطال وهذا نص ولان هذا صاع عمر رضى الله عنه ونقل أهل المدينة لم يصح لان مالكا من فقهائهم يقول صاع المدينة ثبت بتحرى عبد الملك بن مروان فلم يصح النقل وقد ثبت ان صاع عمر رضى الله عنه ثمانية أرطال فالعمل بصاع عمر أولى من العمل بصاع عبد الملك ثم المعتبر أن يكون ثمانية أرطال وزنا وكيلا وروى الحسن عن أبى حنيفة وزنا وروى عن محمد كيلا حتى لو وزن وأدى جاز عند أبى حنيفة وعند محمد لا يجوز وقال الطحاوى الصاع ثمانية أرطال فيما يستوى كيله ووزنه وهو العدس والماش والزبيب واذا كان الصاع يسع ثمانية أرطال من العدس والماش فهو الصاع الذى يكال به الشعير والتمر وجه ماذكره الطحاوى ان من الاشياء مالا يختلف كيله ووزنه كالعدس والماش وماسواهما يختلف منها مايكون وزنه أكثر من كيله كالشعير ومنها مايكون كيله أكثر من وزنه كالملح فيجب تقدير المكاييل بمالا يختلف وزنه وكيله كالعدس والماش فاذا كان المكيال يسع ثمانية أرطال من ذلك فهو الصاع الذى يكال به الشعير والتمر وجه قول محمد ان النص ورد باسم الصاع وانه مكيال لا يختلف وزن مايدخل فيه خفة وثقلا فوجب اعتبار الكيل المنصوص عليه وجه قول أبى حنيفة ان الناس اذا اختلفوا فى صاع يقدرونه بالوزن فدل ان المعتبر هو الوزن وأما صفة الواجب فهو أن وجوب المنصوص عليه من حيث انه مال متقوم على الاطلاق لا من حيث انه عين فيجوز ان يعطى عن جميع ذلك القيمة دراهم أو دنانير أو فلوسا أو عروضا أو ماشاء وهذا عندنا وقال الشافعى لا يجوز اخراج القيمة وهو على الاختلاف فى الزكاة وجه قوله ان النص ورد بوجوب أشياء مخصوصة وفى تجويز القيمة يعتبر حكم النص وهذا لا يجوز ولنا ان الواجب فى الحقيقة اغناء الفقير لقوله صلى الله عليه وسلم اغنوهم عن المسئلة فى مثل هذا اليوم والاغناء يحصل بالقيمة بل أتم وأوفر لانها أقرب الى دفع الحاجة وبه تبين ان النص معلول بالاغناء وانه ليس فى تجويز القيمة يعتبر حكم النص فى الحقيقة والله الموفق ولا يجوز اداء المنصوص عليه بعضه عن بعض باعتبار القيمة سواء كان الذى أدى عنه من جنسه أو من خلاف جنسه بعد أن كان منصوصا عليه فكما لا يجوز اخراج الحنطة عن الحنطة باعتبار القيمة بأن أدى نصف صاع من حنطة جيدة عن صاع من حنطة وسط لا يجوز اخراج غير الحنطة عن الحنطة باعتبار القيمة بأن أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من الحنطة عن الحنطة بل يقع عن نفسه وعليه تكميل الباقى وانما كان كذلك لان القيمة لا تعتبر فى المنصوص عليه وانما تعتبر فى غيره وهذا يؤيد قول من يقول من أهل الاصول ان الحكم فى المنصوص عليه يثبت بعين النص لا بمعنى النص وانما يعتبر المعنى لاثبات الحكم فى غير المنصوص عليه وهو مذهب مشايخ العراق واما التخريج على قول من يقول ان الحكم فى المنصوص عليه يثبت بالمعنى أيضا وهو قول مشايخنا بسمرقند وأما فى الجنس فظاهر لان بعض الجنس المنصوص عليه انما يقوم مقام كله باعتبار القيمة وهى الجودة والجودة فى أموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها لقول النبى صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء أسقط اعتبار الجودة والساقط شرعا ملحق بالساقط حقيقة واما فى خلاف الجنس فوجه التخريج ان الواجب فى ذمته فى صدقة الفطر عند هجوم وقت الوجوب أحد شيئين اما عين المنصوص عليه واما القيمة ومن عليه بالخيار ان شاء أخرج العين وان شاء أخرج القيمة ولأيهما اختار تبين انه هو الواجب من الأصل فاذا أدى بعض عين المنصوص عليه تعين واجبا

من الأصل فيلزمه تكميله وهذا التخريج في صدقة الفطر صحيح لان الواجب ههنا في الذمة ألا ترى انه لا يسقط بهلاك النصاب بخلاف الزكاة فان الواجب هناك في النصاب لانه ربع العشر وهو جزء من النصاب حتى يسقط بهلاك النصاب لفوات محل الوجوب

﴿فصل﴾ واما وقت وجوب صدقة الفطر فقد اختلف فيه قال أصحابنا هو وقت طلوع الفجر الثاني من يوم الفطر وقال الشافعي هو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان حتى لو ملك عبدا أو ولد له ولد او كان كافرا فاسلم أو كان فقيرا فاستغنى ان كان ذلك قبل طلوع الشمس تجب عليه الفطرة وان كان بعده لا تجب عليه وكذا من مات قبل طلوع الفجر لم تجب فطرته وان مات بعده وجبت وعند الشافعي ان كان ذلك قبل غروب الشمس تجب عليه وان كان بعده لا تجب وكذا ان مات قبله لم تجب وان مات بعده وجبت وجه قوله ان سبب وجوب هذه الصدقة هو الفطر لانها تضاف اليه والاضافة تدل على السببية كاضافة الصلوات الى أوقاتها واضافة الصوم الى الشهر ونحو ذلك وكما غربت الشمس من آخر يوم من رمضان جاء وقت الفطر فوجبت الصدقة ولنا ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون أي وقت فطركم يوم تفطرون خص وقت الفطر بيوم الفطر حيث اضافه الى اليوم والاضافة للاختصاص فيقتضي اختصاص الوقت بالفطر يظهر باليوم والا فالليالي كلها في حق الفطر سواء فلا يظهر الاختصاص وبه تبين ان المراد من قوله صدقة الفطر أي صدقة يوم الفطر فكانت الصدقة مضافة الى يوم الفطر فكان سببا لوجوبها ولو عجل الصدقة على يوم الفطر لم يذكر في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يجوز التعجيل سنة وسنتين وعن خلف بن أيوب انه يجوز تعجيلها اذا دخل رمضان ولا يجوز قبله وذكر الكرخي في مختصره انه يجوز التعجيل بيوم أو يومين وقال الحسن بن زياد لا يجوز تعجيلها أصلا وجه قوله ان وقت وجوب هذا الحق هو يوم الفطر فكان التعجيل أداء الواجب قبل وجوبه وانه ممتنع كتعجيل الاضحية قبل يوم النحر وجه قول خلف ان هذه فطرة عن الصوم فلا يجوز تقديمها على وقت الصوم وماذكره الكرخي من اليوم أو اليومين فقد قيل انه ما أراد به الشرط فان أراد به الشرط فوجهه ان وجوبها لاغناء الفقير في يوم الفطر وهذا المقصود يحصل بالتعجيل بيوم أو يومين لان الظاهر ان المعجل يبقى الى يوم الفطر فيحصل الاغناء يوم الفطر ومازاد على ذلك لا يبقى فلا يحصل المقصود والصحيح انه يجوز التعجيل مطلقا وذكر السنة والسنتين في رواية الحسن ليس على التقدير بل هو بيان لاستكثار المدة أي يجوز وان كثرت المدة كما في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ووجهه ان الوجوب ان لم يثبت فقد وجد سبب الوجوب وهو رأس يمونه ويلي عليه والتعجيل بعد وجود السبب جائز كتعجيل الزكاة والعشور وكفارة القتل والله أعلم

﴿فصل﴾ واما وقت أدائها فجميع العمر عند عامة أصحابنا ولا تسقط بالتأخير عن يوم الفطر وقال الحسن بن زياد وقت أدائها يوم الفطر من أوله الى آخره واذا لم يؤدها حتى مضى اليوم سقطت وجه قول الحسن ان هذا حق معرف بيوم الفطر فيختص أداؤه به كالاضحية وجه قول العامة ان الأمر بادائها مطلق عن الوقت فيجب في مطلق الوقت غير عين وانما يتعين بتعيينه فعلا أو بآخر العمر كالامر بالزكاة والعشر والكفارات وغير ذلك وفي أي وقت أدى كان مؤديا لا قاضيا كما في سائر الواجبات الموسعة غير ان المستحب ان يخرج قبل الخروج الى المصلى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا كان يفعل ولقوله صلى الله عليه وسلم اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم فاذا أخرج قبل الخروج الى المصلى استغنى المسكين عن السؤال في يومه ذلك فيصلي فارغ القلب مطمئن النفس

﴿فصل﴾ وأما ركنها فالتمليك لقول النبي صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حر وعبد الحديث والأداء هو التمليك فلا يتأدى بطعام الاباحة وبما ليس بتمليك أصلا ولا بما ليس بتمليك مطلق والمسائل المبنية عليه ذكرناها في زكاة المال وشرائط الركن أيضا ماذكرناه هنالك غير ان اسلام المؤدى اليه ههنا ليس بشرط لجواز الأداء عند أبي حنيفة ومحمد فيجوز دفعها الى أهل الذمة وعند أبي يوسف والشافعي شرط ولا يجوز الدفع اليهم ولا يجوز الدفع الى الحربي

المستأمن بالاجماع والمسئلة ذكرناها في زكاة المال ويجوز أن يعطى ما يجب في صدقة الفطر عن انسان واحد جماعة مساكين ويعطى ما يجب عن جماعة مسكينا واحدا لان الواجب زكاة فجاز جمعها وتفريقها كزكاة المال ولا يبعث الامام عليها ساعيا لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبعث ولنا فيه قدوة

﴿فصل﴾ واما مكان الاداء وهو الموضع الذي يستحب فيه اخراج الفطرة روى عن محمد انه يؤدي زكاة المال حيث المال ويؤدي صدقة الفطر عن نفسه وعبيده حيث هو وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال يؤدي صدقة الفطر عن نفسه حيث هو وعن عبيده حيث هم حكى الحاكم رجوعه وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف واما زكاة المال فحيث المال في الروايات كلها ويكره اخراجها الى أهل غير ذلك الموضع الارواية عن أبي حنيفة انه لا بأس أن يخرجها الى قرابته من أهل الحاجة ويبعثها اليهم وجه قول أبي يوسف ان صدقة الفطر أحد نوعي الزكاة ثم زكاة المال تؤدي حيث المال فكذا زكاة الرأس ووجه الفرق لمحمد واضح وهو أن صدقة الفطر تتعلق بذمة المؤدي لا بماله بدليل انه لو هلك ماله لا تسقط الصدقة واما زكاة المال فانها تتعلق بالمال ألا ترى أنه لو هلك النصاب تسقط فاذا تعلقت الصدقة بذمة المؤدي اعتبر مكان المؤدي ولما تعلقت الزكاة بالمال اعتبر مكان المال وروى عن أبي يوسف في الصدقة انه يؤدي عن العبد الحي حيث هو وعن الميت حيث المولى لان الوجوب في العبد الحي عنه فيعتبر مكانه وفي الميت لا فيعتبر مكان المولى

﴿فصل﴾ واما بيان ما يسقطها بعد الوجوب فما يسقط زكاة المال يسقطها الاهلاك المال فانها لا تسقط به بخلاف زكاة المال والفرق ان صدقة الفطر تتعلق بالذمة وذمته قائمة بعد هلاك المال فكان الواجب قائما والزكاة تتعلق بالمال فتسقط بهلاكه والله أعلم

﴿كتاب الصوم﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع الصيام وصفة كل نوع وفي بيان شرائطها وفي بيان أركانها وما يتضمن بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها اذا فسدت وفي بيان حكم الصوم المؤقت اذا فات عن وقته وفي بيان ما يسن وما يستحب للصائم وما يكره له أن يفعله اما الاول فالصوم في القسمة الاولى ينقسم الى لغوي وشرعي اما اللغوي فهو الامساك المطلق وهو الامساك عن أي شئ كان فيسمى الممسك عن الكلام وهو الصامت صائما قال الله تعالى اني نذرت للرحمن صوما أي صمتا ويسمى الفرس الممسك عن العلف صائما قال الشاعر

خيل صيام وخيل غير صائمة ❊ تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

أي ممسكة عن العلف وغير ممسكة وأما الشرعي فهو الامساك عن أشياء مخصوصة وهي الاكل والشرب والجماع بشرائط مخصوصة نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى ثم الشرعي ينقسم الى فرض وواجب وتطوع والفرض ينقسم الى عين ودين فالعين ماله وقت معين اما بتعيين الله تعالى كصوم رمضان وصوم التطوع خارج رمضان لان خارج رمضان متعين للنفل شرعا واما بتعيين العبد كالصوم المنذور به في وقت بعينه والدليل على فرضية صوم شهر رمضان الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون وقوله كتب عليكم أي فرض وقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع اليه سبيلا وقوله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع أيها الناس اعبدوا ربكم وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وحجوا بيت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم وأما الاجماع فان الأمة أجمعت على فرضية شهر رمضان لا يجحدها الا كافر وأما المعقول فمن وجوه أحدها ان الصوم وسيلة الى شكر النعمة اذ هو كف النفس عن الاكل والشرب والجماع وأنها

من أجل النعم وأعلاها والامتناع عنها زمانا معتبرا يعرف قدرها اذ النعم مجهولة فاذا فقدت عرفت فيحمله ذلك
على قضاء حقها بالشكر وشكر النعم فرض عقلا وشرعا واليه أشار الرب تعالى في قوله في آية الصيام لعلكم تشكرون
والثاني انه وسيلة الى التقوى لانه اذا انقادت نفسه للامتناع عن الحلال طمعا في مرضات الله تعالى وخوفا من أليم
عقابه فاولى أن تنقاد للامتناع عن الحرام فكان الصوم سببا للاتقاء عن محارم الله تعالى وانه فرض واليه وقعت
الاشارة بقوله تعالى في آخر آية الصوم لعلكم تتقون والثالث ان في الصوم قهر الطبع وكسر الشهوة لان النفس
اذا شبعت تمنت الشهوات واذا جاعت امتنعت عما تهوى ولذا قال النبي صلى الله عليه وسلم من خشي منكم
الباءة فليصم فان الصوم له وجاء فكان الصوم ذريعة الى الامتناع عن المعاصي وانه فرض وأما صوم الدين فما ليس
له وقت معين كصوم قضاء رمضان وصوم كفارة القتل والظهار واليمين والافطار وصوم المتعة وصوم فدية الحلق
وصوم جزاء الصيد وصوم النذر المطلق عن الوقت وصوم اليمين بأن قال والله لاصومن شهرا ثم بعض هذه
الصيامات المفروضة من العين والدين متتابع وبعضها غير متتابع بل صاحبها فيه بالخيار ان شاء تابع وان شاء
فرق أما المتتابع فصوم رمضان وصوم كفارة القتل والظهار والافطار وصوم كفارة اليمين عندنا أما صوم كفارة
القتل والظهار فلان التتابع منصوص عليه قال الله تعالى في كفارة القتل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة
من الله وقال عز وجل في كفارة الظهار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا واما صوم كفارة اليمين
فقد قرأ ابن مسعود رضي الله عنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعات وعند الشافعي التتابع فيه ليس بشرط
وموضع المسئلة كتاب الكفارات وقال صلى الله عليه وسلم في كفارة الافطار بالجماع في حديث الاعرابي صم شهرين
متتابعين وأما صوم شهر رمضان فلان الله تعالى أمر بصوم الشهر بقوله عز وجل فمن شهد منكم الشهر فليصمه
والشهر متتابع لتتابع أيامه فيكون صومه متتابعا ضرورة وكذلك الصوم المنذور به في وقت بعينه بأن قال لله على
ان أصوم شهر رجب يكون متتابعا لما ذكرنا في صوم شهر رمضان وأما غير المتتابع فصوم قضاء رمضان وصوم
المتعة وصوم كفارة الحلق وصوم جزاء الصيد وصوم النذر المطلق وصوم اليمين لان الصوم في هذه المواضع ذكر
مطلقا عن صفة التتابع قال الله تعالى في قضاء رمضان فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فافطر
فليصم عدة من أيام أخر وقال عز وجل في صوم المتعة فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى فمن لم يجد
فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعتم وقال عز وجل في كفارة الحلق ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال
سبحانه وتعالى في جزاء الصيد أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره ذكر الله تعالى الصيام في هذه الابواب مطلقة
عن شرط التتابع وكذا الناذر والحالف في النذر المطلق واليمين المطلقة ذكر الصوم مطلقا عن شرط التتابع
وقال بعضهم في صوم قضاء رمضان انه يشترط فيه التتابع لا يجوز الا متتابعا واحتجوا بقراءة أبي بن كعب رضي الله
عنه انه قرأ الآية فعدة من أيام أخر متتابعات فيزاد على القراءة المعروفة وصف التتابع بقراءته كما زيد وصف
التتابع على القراءة المعروفة في صوم كفارة اليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولان القضاء يكون
على حسب الأداء والأداء وجب متتابعا فكذا القضاء (ولنا) ما روي عن جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم من نحو علي وعبد الله بن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وعائشة وغيرهم رضي الله عنهم انهم
قالوا ان شاء تابع وان شاء فرق غير ان عليا رضي الله عنه قال انه يتابع لكنه ان فرق جاز وهذا منه اشارة الى أن
التتابع أفضل ولو كان التتابع شرطا لما احتمل الخفاء على هؤلاء الصحابة ولما احتمل مخالفتهم اياه في ذلك لو
عرفوه وبهذا الاجماع تبين ان قراءة أبي بن كعب لو ثبتت فهي على الندب والاستحباب دون الاشتراط اذ لو كانت
ثابتة وصارت كالمتلو وكان المراد بها الاشتراط لما احتمل الخلاف من هؤلاء رضي الله عنهم بخلاف ذكر التتابع
في صوم كفارة اليمين في حرف ابن مسعود رضي الله عنه لانه لم يخالفه أحد من الصحابة في ذلك فصار كالمتلو في حق
العمل به وأما قوله ان القضاء يجب على حسب الأداء والأداء وجب متتابعا فنقول التتابع في الأداء ما وجب

لمكان الصوم ليقال أيضا كان الصوم كان التتابع شرطا وانما وجب لاجل الوقت لانه وجب عليهم صوم شهر معين ولا يتمكن من أداء الصوم فى الشهر كله الا بصفة التتابع فكان لزوم التتابع لضرورة تحصيل الصوم فى هذا الوقت وهذا هو الأصل ان كل صوم يؤمر فيه بالتتابع لاجل الفعل وهو الصوم يكون التتابع شرطا فيه حيث دار الفعل وكل صوم يؤمر فيه بالتتابع لأجل الوقت ففوت ذلك الوقت يسقط التتابع وان بقى الفعل واجب القضاء فان من قال لله على صوم شعبان يلزمه أن يصوم شعبان متتابعا لكنه ان فات شئ منه يقضى ان شاء متتابعا وان شاء متفرقا لان التتابع ههنا لمكان الوقت فيسقط بسقوطه و بمثله لو قال لله على ان أصوم شهرا متتابعا يلزمه أن يصوم متتابعا لا يخرج عن نذره الا به ولو أفطر يوما فى وسط الشهر يلزمه الاستقبال لان التتابع ذكر للصوم فكان الشرط هو وصل الصوم بعينه فلا يسقط عنه ابدا وعلى هذا صوم كفارة القتل والظهار واليمين لانه لما وجب لعين الصوم لا يسقط ابدا الا بالاداء متتابعا والفقه فى ذلك ظاهر وهو انه اذا وجب التتابع لاجل نفس الصوم فما لم يؤده على وصفه لا يخرج عن عهدة الواجب واذا وجب لضرورة قضاء حق الوقت أو شرط التتابع لوجب الاستقبال فيقع جميع الصوم فى غير ذلك الوقت الذى أمر بمراعاة حقه بالصوم فيه ولو لم يجب لوقع عامة الصوم فيه وبعضه فى غيره فكان أقرب الى قضاء حق الوقت والدليل على ان التتابع فى صوم شهر رمضان لما قلنا من قضاء حق الوقت انه لو أفطر فى بعضه لا يلزمه الاستقبال ولو كان التتابع شرطا للصوم لوجب كما فى الصوم المنذور به بصفة التتابع وكما فى صوم كفارة الظهار واليمين والقتل وكذا لو أفطر أياما من شهر رمضان بسبب المرض ثم برأ فى الشهر وصام الباقى لا يجب عليه وصل الباقى بشهر رمضان حتى اذا مضى يوم الفطر يجب عليه أن يصوم عن القضاء متصلا بيوم الفطر كما فى صوم كفارة القتل والافطار اذا أفطرت المرأة بسبب الحيض الذى لا يتصور خلو شهر عنه انها كما طهرت يجب عليها أن تصل وتتابع حتى لو تركت يجب عليها الاستقبال وههنا ليس كذلك بل يثبت له الخيار بين أن يصوم شوال متصلا وبين أن يصوم شهرا آخر فدل ان التتابع لم يكن واجبا لاجل الصوم بل لاجل الوقت فيسقط بفوات الوقت والله أعلم وأما الصوم الواجب فصوم التطوع بعد الشروع فيه وصوم قضائه عند الافساد وصوم الاعتكاف عندنا أما مسئلة وجوب الصوم بالشروع ووجوب القضاء بالافساد فقد مضت فى كتاب الصلاة وأما وجوب صوم الاعتكاف فنذكره فى الاعتكاف وأما التطوع فهو صوم النفل خارج رمضان قبل الشروع فهذه جملة أقسام الصيام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائطها فنوعان نوع يعم الصيامات كلها وهو شرط جواز الأداء ونوع يخص البعض دون البعض وهو شرط الوجوب أما الشرائط العامة فبعضها يرجع الى الصائم وهو شرط أهلية الاداء وبعضها يرجع الى وقت الصوم وهو شرط المحلية أما الذى يرجع الى وقت الصوم فنوعان نوع يرجع الى أصل الوقت ونوع يرجع الى وصفه من الخصوص والعموم أما الذى يرجع الى أصل الوقت فهو بياض النهار وذلك من حين يطلع الفجر الثانى الى غروب الشمس فلا يجوز الصوم فى الليل لان الله تعالى أباح الجماع والاكل والشرب فى الليالى الى طلوع الفجر ثم أمر بالصوم الى الليل بقوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم الى قوله فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر أى حتى يتبين لكم بياض النهار من سواد الليل هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الخيط الابيض والاسود هما بياض النهار وظلمة الليل ثم أتموا الصيام الى الليل فكان هذا تعيينا لليالى الفطر والنهار للصوم فكان محل الصوم هو اليوم لا الليل ولأن الحكمة التى لها شرع الصوم وهو ما ذكرنا من التقوى وتعريف قدر النعم الحامل على شكرها لا يحصل بالصوم فى الليل لان ذلك لا يحصل الا بفعل شاق على البدن مخالف للعادة وهوى النفس ولا يتحقق ذلك بالامساك فى حالة النوم فلا يكون الليل محلا للصوم وأما الذى يرجع الى وصفه من الخصوص والعموم فنقول وبالله التوفيق أما صوم التطوع فالايام كلها محل له عندنا وهو رواية محمد عن أبى حنيفة ويجوز

صوم التطوع خارج رمضان في الايام كلها لقول النبي صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم له الا الصوم فانه لي وأنا أجزي به وقوله من صام من كل شهر ثلاثة أيام الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر فكأنما صام السنة كلها فقد جعل السنة كلها محلا للصوم على العموم وقوله من صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر كله جعل الدهر كله محلا للصوم من غير فصل وقوله الصائم المتطوع أمير نفسه ان شاء صام وان شاء لم يصم ولان المعاني التي لها كان الصوم حسنا وعبادة وهي ماذكرنا موجودة في سائر الايام فكانت الايام كلها محلا للصوم الا أنه يكره الصوم في بعضها ويستحب في البعض أما الصيام في الايام المكروهة فمنها صوم يومي العيد وأيام التشريق وعند الشافعي لا يجوز الصوم في هذه الأيام وهو رواية أبي يوسف وعبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة واحتج بالنهي الوارد عن الصوم فيها وهو ماروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ألا لا تصوموا في هذه الايام فانها أيام أكل وشرب وبعال والنهي للتحريم ولانه عين هذه الايام لاضداد الصوم فلا تبقى محلا للصوم والجواب ان ماذكرنا من النصوص والمعقول يقتضي جواز الصوم في هذه الايام فيحمل النهي على الكراهة ويحمل التعيين على الندب والاستحباب توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان وعندنا يكره الصوم في هذه الايام والمستحب هو الافطار ومنها اتباع رمضان بست من شوال كذا قال أبو يوسف كانوا يكرهون أن يتبعوا رمضان صوما خوفا أن يلحق ذلك بالفرضية وكذا روى عن مالك أنه قال أكره أن يتبع رمضان بست من شوال ومارأيت أحدا من أهل الفقه والعلم يصومها ولم يبلغنا عن أحد من السلف وان أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته وأن يلحق أهل الجفاء برمضان ماليس منه والاتباع المكروه هو أن يصوم يوم الفطر ويصوم بعده خمسة أيام فأما اذا أفطر يوم العيد ثم صام بعده ستة أيام فليس بمكروه بل هو مستحب وسنة ومنها صوم يوم الشك بنية رمضان أو بنية مترددة أما بنية رمضان فلقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يصام اليوم الذي يشك فيه من رمضان الا تطوعا وعن عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم أنهم كانوا ينهون عن صوم اليوم الذي يشك فيه من رمضان ولانه يريد أن يزيد في رمضان وقد روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لان أفطر يوما من رمضان ثم أقضيه أحب الي أن أزيد فيه ماليس منه وأما النية المترددة بأن نوى أن يكون صومه عن رمضان ان كان اليوم من رمضان وان لم يكن يكون تطوعا فلان النية المترددة لا تكون نية حقيقة لان النية تعيين للعمل والتردد يمنع التعيين وأما صوم يوم الشك بنية التطوع فلا يكره عندنا ويكره عند الشافعي واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم وانا ماروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يصام اليوم الذي يشك فيه من رمضان الا تطوعا استثنى التطوع والمستثنى يخالف حكمه حكم المستثنى منه وأما الحديث فالمراد منه صوم يوم الشك عن رمضان لان المروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم يوم الشك عن رمضان وقال من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم أي صام عن رمضان واختلف المشايخ في أن الافضل أن يصوم فيه تطوعا أو يفطر أو ينتظر قال بعضهم الافضل أن يصوم لماروى عن عائشة وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك بنية التطوع ويقولان لان نصوم يوما من شعبان أحب الينا من أن نفطر يوما من رمضان فقد صاما ونبها على المعنى وهو أنه يحتمل أن يكون هذا اليوم من رمضان ويحتمل أن يكون من شعبان فلو صام لدار الصوم بين أن يكون من رمضان وبين أن يكون من شعبان ولو افطر لدار الفطر بين أن يكون في رمضان وبين أن يكون في شعبان فكان الاحتياط في الصوم وقال بعضهم الافطار أفضل وبه كان يفتي محمد بن سلمة وكان يضع كوزا له بين يديه يوم الشك فاذا جاءه مستفتي عن صوم يوم الشك افتاه بالافطار وشرب من الكوز بين يدي المستفتي وانما كان يفعل كذلك لأنه لو افتى بالصوم لاعتاده الناس فيخاف أن يلحق بالفريضة وقال بعضهم يصام سرا ولا يفتى به العوام لئلا يظنه الجهال زيادة على صوم رمضان هكذا روى عن أبي يوسف أنه استفتي عن صوم يوم الشك فافتى بالفطر ثم قال للمستفتي تعال فلما دنا منه أخبره سرا فقال اني صائم وقال بعضهم ينتظر فلا يصوم ولا يفطر فان تبين

قبل الزوال أنه من رمضان عزم على الصوم وان لم يتيقن أفطر لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أصبحوا يوم الشك مفطرين متلومين أى غير آكلين ولا عازمين على الصوم الا اذا كان صائما قبل ذلك فوصل يوم الشك به ومنها أن يستقبل الشهر بيوم أو يومين بأن تعمد ذلك فان وافق ذلك صوما كان يصومه قبل ذلك فلا بأس به لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تتقدموا الشهر بيوم ولا بيومين الا أن يوافق ذلك صوما كان يصومه أحدكم ولان استقبال الشهر بيوم أو بيومين يوهم الزيادة على الشهر ولا كذلك اذا وافق صوما كان يصومه قبل ذلك لانه لم يستقبل الشهر وليس فيه وهم الزيادة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصل شعبان برمضان ومنها صوم الوصال لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صام من صام الدهر وروى أنه نهى عن صوم الوصال فسر أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصال بصوم يومين لا يفطر بينهما لان الفطر بينهما يحصل بوجود زمان الفطر وهو الليل قال النبى صلى الله عليه وسلم اذا أقبل الليل من ههنا وأدبر النهار من ههنا فقد أفطر الصائم أكل أو لم يأكل وقيل فى تفسير الوصال أن يصوم كل يوم من السنة دون ليلته ومعنى الكراهة فيه أن ذلك يضعفه عن اداء الفرائض والواجبات ويقعده عن الكسب الذى لا بد منه ولهذا روى أنه لما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال وقيل له انك تواصل يا رسول الله قال انى لست كأحدكم انى أبيت عند ربى يطعمنى ويسقينى أشار الى المخصص وهو اختصاصه بفضل قوة النبوة وقال بعض الفقهاء من صام سائر الايام وأفطر يوم الفطر والاضحى وأيام التشريق لا يدخل تحت نهى صوم الوصال ورد عليه أبو يوسف فقال ليس هذا عندى كما قال والله أعلم هذا قد صام الدهر كأنه أشار الى أن النهى عن صوم الدهر ليس لمكان صوم هذه الايام بل لما يضعفه عن الفرائض والواجبات ويقعده عن الكسب ويؤدى الى التبتل المنهى عنه والله أعلم وأما صوم يوم عرفة ففى حق غير الحاج مستحب لكثرة الاحاديث الواردة بالندب الى صومه ولأن له فضيلة على غيره من الايام وكذلك فى حق الحاج ان كان لا يضعفه عن الوقوف والدعاء لما فيه من الجمع بين القربتين وان كان يضعفه عن ذلك يكره لان فضيلة صوم هذا اليوم مما يمكن استدراكها فى غير هذه السنة ويستدرك عادة فاما فضيلة الوقوف والدعاء فيه لا يستدرك فى حق عامة الناس عادة الا فى العمر مرة واحدة فكان احرازها أولى وكره بعضهم صوم يوم الجمعة بانفراده وكذا صوم يوم الاثنين والخميس وقال عامتهم انه مستحب لان هذه الايام من الايام الفاضلة فكان تعظيمها بالصوم مستحبا ويكره صوم يوم السبت بانفراده لأنه تشبه باليهود وكذا صوم يوم النيروز والمهرجان لانه تشبه بالمجوس وكذا صوم الصمت وهو أن يمسك عن الطعام والكلام جميعا لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولأنه تشبه بالمجوس وكره بعضهم صوم يوم عاشوراء وحده لمكان التشبه باليهود ولم يكرهه عامتهم لأنه من الايام الفاضلة فيستحب استدراك فضيلتها بالصوم وأما صوم يوم وافطار يوم فهو مستحب وهو صوم سيدنا داود عليه الصلاة والسلام كان يصوم يوما ويفطر يوما ولأنه أشق على البدن اذ الطبع ألوف وقال صلى الله عليه وسلم خير الاعمال أحزها أى أشقها على البدن وكذا صوم الايام البيض لكثرة الاحاديث فيه منها ما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من صام ثلاثة أيام من كل شهر الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر فكأنما صام السنة كلها وأما صوم الدين فالايام كلها محل له ويجوز فى جميع الايام الا ستة أيام يومى الفطر والاضحى وأيام التشريق ويوم الشك أما ما سوى صوم يوم الشك فلورود النهى عنه والنهى وان كان عن غيره أو لغيره فلا شك أن ذلك الغير يوجد بوجود الصوم فى هذه الايام فأوجب ذلك نقصانا فيه والواجب فى ذمته صوم كامل فلا يتأدى بالناقص وبهذا تبين بطلان أحد قولى الشافعى فى صوم المتعة أنه يجوز فى هذه الايام لأن النهى عن الصوم فى هذه الايام عام يتناول الصيامات كلها فيوجب ذلك نقصانا فيه والواجب فى ذمته كامل فلا ينوب الناقص عنه وأما يوم الشك فلانه يحتمل أن يكون من رمضان ويحتمل أن يكون من شعبان فان كان من شعبان يكون قضاء وان كان من رمضان لا يكون قضاء فلا يكون قضاء مع الشك وهل يصح النذر بصوم يومى

العيد وأيام التشريق روى محمد عن أبي حنيفة أنه يصح نذره لكن الأفضل أن يفطر فيها ويصوم في أيام أخر ولو صام في هذه الايام يكون مسيأ لكنه يخرج عنه النذر لانه أوجب ناقصا وأداه ناقصا وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يصح نذره ولا يلزمه شئ وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي والمسئلة مبنية على جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه وقد مرت فيما تقدم ولو شرع في صوم هذه الايام ثم أفسده لا يلزمه القضاء في قول ابي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه وجه قولهما أن الشروع في التطوع سبب الوجوب كالنذر فاذا وجب المضي فيه وجب القضاء بالافساد كما لو شرع في التطوع في سائر الايام ثم أفسده ولأبي حنيفة أن الشروع ليس سبب الوجوب وضعا وانما الوجوب يثبت ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والمؤدى ههنا لا يجب صيانته لمكان النهي فلا يجب المضي فيه فلا يضمن بالافساد ولو شرع في الصلاة في أوقات مكروهة فأفسدها ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية لا قضاء عليه كما في الصوم وفي رواية عليه القضاء بخلاف الصوم وقد ذكرنا وجوه الفرق في كتاب الصلاة وأما صوم رمضان فوقته شهر رمضان لا يجوز في غيره فيقع الكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان وقت صوم رمضان والثاني في بيان ما يعرف به وقته أما الاول فوقت صوم رمضان شهر رمضان لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه أي فليصم في الشهر وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصوموا شهركم أي في شهركم لان الشهر لا يصام وانما يصام فيه وأما الثاني وهو بيان ما يعرف به وقته فان كانت السماء مصحية يعرف برؤية الهلال وان كانت متغيمة يعرف باكمال شعبان ثلاثين يوما لقول النبي صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فأكملوا شعبان ثلاثين يوما ثم صوموا وكذلك ان غم على الناس هلال شوال أكملوا عدة رمضان ثلاثين يوما لان الاصل بقاء الشهر وكماله فلا يترك هذا الاصل الا بيقين على الاصل المعهود أن ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين مثله فان كانت السماء مصحية ورأى الناس الهلال صاموا وان شهد واحد برؤية الهلال لا تقبل شهادته مالم تشهد جماعة يقع العلم للقاضي بشهادتهم في ظاهر الرواية ولم يقدر في ذلك تقديرا وروى عن أبي يوسف أنه قدر عدد الجماعة بعدد القسامة خمسين رجلا وعن خلف بن أيوب أنه قال خمسمائة ببلخ قليل وقال بعضهم ينبغي أن يكون من كل مسجد جماعة واحد أو اثنان وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى أنه يقبل فيه شهادة الواحد العدل وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى وقال في قول آخر تقبل فيه شهادة اثنين وجه رواية الحسن رحمه الله تعالى أن هذا من باب الاخبار لا من باب الشهادة بدليل أنه تقبل شهادة الواحد اذا كان بالسماء علة ولو كان شهادة لما قبل لأن العدد شرط في الشهادات واذا كان اخبارا لا شهادة فالعدد ليس بشرط في الاخبار عن الديانات وانما تشترط العدالة فقط كما في رواية الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته ونحو ذلك وجه ظاهر الرواية ان خبر الواحد العدل انما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر وههنا الظاهر يكذبه لان تفرده بالرؤية مع مساواة جماعة لا يحصون اياه في الاسباب الموصلة الى الرؤية وارتفاع الموانع دليل كذبه أو غلطه في الرؤية وليس كذلك اذا كان بالسماء علة لان ذلك يمنع التساوي في الرؤية لجواز ان قطعة من الغيم انشقت فظهر الهلال فرآه واحد ثم استتر بالغيم من ساعته قبل أن يراه غيره وسواء كان هذا الرجل من المصر أو من خارج المصر وشهد برؤية الهلال انه لا تقبل شهادته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي انه تقبل وجه رواية الطحاوي ان المطالع تختلف بالمصر وخارج المصر في الظهور والخفاء لصفاء الهواء خارج المصر فتختلف الرؤية وجه ظاهر الرواية ان المطالع لا تختلف الا عند المسافة البعيدة الفاحشة وعلى هذا الرجل الذي أخبر أن يصوم لان عنده ان هذا اليوم من رمضان والانسان يؤاخذ بما عنده فان شهد فرد الامام شهادته ثم أفطر يقضي لانه أفسد صوم رمضان في زعمه فيعامل بما عنده وهل تلزمه الكفارة قال أصحابنا لا تلزمه وقال الشافعي تلزمه اذا أفطر بالجماع وان أفطر قبل أن يرد الامام شهادته فلا رواية عن أصحابنا في وجوب الكفارة واختلف المشايخ فيه قال بعضهم تجب وقال بعضهم لا تجب وجه قول الشافعي انه أفطر في يوم علم انه من رمضان لوجود دليل العلم في حقه وهو الرؤية وعدم علم غيره لا يقدح في علمه

فيؤاخذ بعلمه فيوجب عليه الكفارة ولهذا أوجب عليه الصوم (ولنا) انه أفطر فى يوم هو من شعبان وافطار يوم هو من شعبان لا يوجب الكفارة وانما قلنا ذلك لأن كونه من رمضان انما يعرف بالرؤية اذا كانت السماء مصحية ولم تثبت رؤيته لما ذكرنا ان تفرده بالرؤية مع مساواة عامة الناس اياه فى التفقد مع سلامة الآلات دليل عدم الرؤية واذا لم تثبت الرؤية لم يثبت كون اليوم من رمضان فيبقى من شعبان والكفارة لا تجب بالافطار فى يوم هو من شعبان بالاجماع وأما وجوب الصوم عليه فممنوع فان المحققين من مشايخنا قالوا لا رواية فى وجوب الصوم عليه وانما الرواية أنه يصوم وهو محمول على الندب احتياطا وقال الحسن البصرى انه لا يصوم الا مع الامام ولو صام هذا الرجل وأكمل ثلاثين يوما ولم ير هلال شوال فانه لا يفطر الا مع الامام وان زاد صومه على ثلاثين لانا انما أمرناه بالصوم احتياطا والاحتياط ههنا ان لا يفطر لاحتمال ان ما رآه لم يكن هلالا بل كان خيالا فلا يفطر مع الشك ولأنه لو أفطر للحقه التهمة لمخالفته الجماعة فالاحتياط ان لا يفطر وان كانت السماء متغيمة تقبل شهادة الواحد بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان حرا أو عبدا رجلا أو امرأة غير محدود فى قذف أو محدودا تائبا بعد ان كان مسلما عاقلا بالغا عدلا وقال الشافعى فى أحد قوليه لا تقبل الا شهادة رجلين عدلين اعتبارا بسائر الشهادات (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال فقال أتشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله قال نعم قال قم يا بلال فأذن فى الناس فليصوموا غدا فقد قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة الواحد على هلال رمضان ولنا فى رسول الله صلى الله عليه وسلم اسوة حسنة ولان هذا ليس بشهادة بل هو اخبار بدليل ان حكمه يلزم الشاهد وهو الصوم وحكم الشهادة لا يلزم الشاهد والانسان لا يتهم فى ايجاب شئ على نفسه فدل انه ليس بشهادة بل هو اخبار والعدد ليس بشرط فى الاخبار الا انه اخبار فى باب الدين فيشترط فيه الاسلام والعقل والبلوغ والعدالة كما فى رواية الاخبار وذكر الطحاوى فى مختصره انه يقبل قول الواحد عدلا كان أو غير عدل وهذا خلاف ظاهر الرواية الا أنه يريد به العدالة الحقيقية فيستقيم لان الاخبار لا تشترط فيه العدالة الحقيقية بل يكتفى فيه بالعدالة الظاهرة والعبد والمرأة من أهل الاخبار الا ترى انه صحت روايتهما وكذا المحدود فى القذف فان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلوا اخبار أبى بكرة وكان محدودا فى قذف وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة ان شهادته برؤية الهلال لا تقبل والصحيح انها تقبل وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لما ذكرنا ان هذا خبر وليس بشهادة وخبره مقبول وتقبل شهادة واحد عدل على شهادة واحد عدل فى هلال رمضان بخلاف الشهادة على الشهادة فى سائر الأحكام انها لا تقبل ما لم يشهد على شهادة رجل واحد رجلان أو رجل وامرأتان لما ذكرنا ان هذا من باب الاخبار لا من باب الشهادة و يجوز اخبار رجل عدل عن رجل عدل كما فى رواية الاخبار ولو رد الامام شهادة الواحد لتهمة الفسق فانه يصوم ذلك اليوم لان عنده ان ذلك اليوم من رمضان فيؤاخذ بما عنده ولو أفطر بالجماع هل تلزمه الكفارة فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وأما هلال شوال فان كانت السماء مصحية فلا يقبل فيه الا شهادة جماعة يحصل العلم للقاضى بخبرهم كما فى هلال رمضان كذا ذكر محمد فى نوادر الصوم وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان بالسماء علة أو لم يكن كما روى عن أبى حنيفة فى هلال رمضان انه تقبل فيه شهادة الواحد العدل سواء كان فى السماء علة أو لم يكن وان كان بالسماء علة فلا تقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين حرين عاقلين بالغين غير محدودين فى قذف كما فى الشهادة فى الحقوق والأموال لما روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما انهما قالا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة رجل واحد على رؤية هلال رمضان وكان لا يجيز الافطار الا بشهادة رجلين ولان هذا من باب الشهادة الا ترى انه لا يلزم الشاهد شئ بهذه الشهادة بل له فيه نفع وهو اسقاط الصوم عن نفسه فكان متهما فيشترط فيه العدد نفيا للتهمة بخلاف هلال رمضان فان هناك لا تهمة اذ الانسان لا يتهم فى الاضرار بنفسه بالتزام الصوم فان غم على الناس هلال شوال فان صاموا رمضان بشهادة شاهدين أفطروا

بتمام العدة ثلاثين يوما بلا خلاف لان قولهما فى الفطر يقبل وان صاموا بشهادة شاهد واحد فروى الحسن عن أبى حنيفة انهم لا يفطرون على شهادته برؤية هلال رمضان عند كمال العدد وان وجب عليهم الصوم بشهادته فثبتت الرمضانية بشهادته فى حق الصوم لا فى حق الفطر لانه لا شهادة له فى الشرع على الفطر الا ترى انه لو شهد وحده مقصودا لا تقبل بخلاف ما اذا صاموا بشهادة شاهدين لان لهما شهادة على الصوم والفطر جميعا الا ترى لو شهدا برؤية الهلال تقبل شهادتهما الا ان وجوب الصوم عليهم بشهادته من طريق الاحتياط والاحتياط ههنا فى ان لا يفطروا بخلاف ما اذا صاموا بشهادة شاهدين لان الوجوب هناك ثبت بدليل مطلق فيظهر فى الصوم والفطر جميعا وروى ابن سماعة عن محمد انهم يفطرون عند تمام العدد فاورد ابن سماعة على محمد اشكالا فقال اذا قبلت شهادة الواحد فى الصوم تفطر على شهادته ومتى أفطرت عند كمال العدد على شهادته فقد أفطرت بقول الواحد وهذا لا يجوز لاحتمال ان هذا اليوم من رمضان فاجاب محمد رحمه الله فقال لا أتهم المسلم أن يتعجل يوما مكان يوم ومعناه أن الظاهر انه ان كان صادقا فى شهادته فالصوم وقع فى اول الشهر فيختتم بكمال العدد وقيل فيه بجواب آخر وهو ان جواز الفطر عند كمال العدد لم يثبت بشهادته مقصودا بل بمقتضى الشهادة وقد يثبت بمقتضى الشئ ما لا يثبت به مقصودا كالميراث بحكم النسب الثابت انه يظهر بشهادة القابلة بالولادة وان كان لا يظهر بشهادتها مقصودا والاستشهاد على مذهبهما الا على مذهب أبى حنيفة لان شهادة القابلة بالولادة لا تقبل فى حق الميراث عنده (واما) هلال ذى الحجة فان كانت السماء مصحية فلا يقبل فيه الا ما يقبل فى هلال رمضان وهلال شوال وهو ما ذكرنا وان كان بالسماء علة فقد قال أصحابنا انه يقبل فيه شهادة الواحد وذكر الكرخى انه لا يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما فى هلال شوال لانه يتعلق بهذه الشهادة حكم شرعى وهو وجوب الاضحية على الناس فيشترط فيه العدد والصحيح هو الأول لان هذا ليس من باب الشهادة بل من باب الاخبار الا ترى ان الأضحية تجب على الشاهد ثم تتعدى الى غيره فكان من باب الخبر ولا يشترط فيه العدد ولو رأوا يوم الشك الهلال بعد الزوال أو قبله فهو لليلة المستقبلة فى قول أبى حنيفة ومحمد ولا يكون ذلك اليوم من رمضان وقال أبو يوسف ان كان بعد الزوال فكذلك وان كان قبل الزوال فهو لليلة الماضية ويكون ذلك اليوم من رمضان والمسئلة مختلفة بين الصحابة وروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وأنس مثل قولهما وروى عن عمر رضى الله عنه رواية اخرى مثل قوله وهو قول على وعائشة رضى الله عنهما وعلى هذا الخلاف هلال شوال اذا رأوه يوم الشك وهو يوم الثلاثين من رمضان قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المستقبلة عندهما ويكون اليوم من رمضان وعنده ان رأوا قبل الزوال يكون لليلة الماضية ويكون اليوم يوم الفطر والاصل عندهما انه لا يعتبر فى رؤية الهلال قبل الزوال ولا بعده وانما العبرة لرؤيته قبل غروب الشمس وعنده يعتبر وجه قول أبى يوسف ان الهلال لا يرى قبل الزوال عادة الا أن يكون لليلتين وهذا يوجب كون اليوم من رمضان فى هلال رمضان وكونه يوم الفطر فى هلال شوال ولهما قول النبى صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته أمر بالصوم والفطر بعد الرؤية وفيما قاله أبو يوسف يتقدم وجوب الصوم والفطر على الرؤية وهذا خلاف النص ولو أن أهل مصر لم يروا الهلال فأكملوا شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا وفيهم رجل صام يوم الشك بنية رمضان ثم رأوا هلال شوال عشية التاسع والعشرين من رمضان فصام أهل المصر تسعة وعشرين يوما وصام ذلك الرجل ثلاثين يوما فأهل المصر قد أصابوا وأحسنوا وأساء ذلك الرجل وأخطأ لانه خالف السنة اذ السنة ان يصام رمضان لرؤية الهلال اذا كانت السماء مصحية أو بعد شعبان ثلاثين يوما كما نطق به الحديث وقد عمل أهل المصر بذلك وخالف الرجل فقد أصاب أهل المصر وأخطأ الرجل ولا قضاء على أهل المصر لان الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما لقول النبى صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار الى جميع أصابع يديه ثم قال الشهر هكذا وهكذا ثلاثا وحبس ابهامه فى المرة الثالثة فثبت ان الشهر قد يكون ثلاثين وقد يكون تسعة وعشرين وقد روى عن أنس رضى الله تعالى عنه انه قال صمنا على عهد رسول الله صلى الله عليه

وسلم تسعة وعشرين يوما أكثر مما صمنا ثلاثين يوما ولو صام أهل بلد ثلاثين يوما وصام أهل بلد آخر تسعة
وعشرين يوما فان كان صوم أهل ذلك البلد برؤية الهلال وثبت ذلك عند قاضيهم أو عدوا شعبان ثلاثين
يوما ثم صاموا رمضان فعلى أهل البلد الآخر قضاء يوم لانهم أفطروا يوما من رمضان لثبوت الرمضانية
برؤية أهل ذلك البلد وعدم رؤية أهل البلد لا يقدح في رؤية أولئك اذ العدم لا يعارض الوجود وان كان صوم
أهل ذلك البلد بغير رؤية هلال رمضان أو لم تثبت الرؤية عند قاضيهم ولا عدوا شعبان ثلاثين يوما فقد
أساؤا حيث تقدموا رمضان بصوم يوم وليس على أهل البلد الآخر قضاؤه لما ذكرنا ان الشهر قد يكون
ثلاثين وقد يكون تسعة وعشرين هذا اذا كانت المسافة بين البلدين قريبة لا تختلف فيها المطالع فأما اذا
كانت بعيدة فلا يلزم أحد البلدين حكم الآخر لان مطالع البلاد عند المسافة الفاحشة تختلف فيعتبر في أهل
كل بلد مطالع بلدهم دون البلد الآخر وحكى عن أبي عبد الله بن أبي موسى الضرير انه استفتى في أهل اسكندرية
ان الشمس تغرب بها ومن على منارتها يرى الشمس بعد ذلك بزمان كثير فقال يحل لأهل البلد الفطر ولا يحل لمن
على رأس المنارة اذا كان يرى غروب الشمس لان مغرب الشمس يختلف كما يختلف مطلعها فيعتبر في أهل كل موضع
مغربه ولو صام أهل مصر تسعة وعشرين وأفطروا للرؤية وفيهم مريض لم يصم فان علم ما صام أهل مصره فعليه
قضاء تسعة وعشرين يوما لان القضاء على قدر الفائت والفائت هذا القدر فعليه قضاء هذا القدر وان لم يعلم هذا
الرجل ما صنع أهل مصره صام ثلاثين يوما لان الأصل في الشهر ثلاثون يوما والنقصان عارض فاذا لم يعلم عمل
بالأصل وقالوا فيمن أفطر شهر العذر ثلاثين يوما ثم قضى شهرا بالهلال فكان تسعة وعشرين يوما ان عليه
قضاء يوم آخر لان المعتبر عدد الايام التي أفطر فيها دون الهلال لان القضاء على قدر الفائت والفائت ثلاثون يوما
فيقضي يوما آخر تكملة للثلاثين واما الذي يرجع الى الصائم فمنها الاسلام فانه شرط جواز الاداء بلا خلاف وفي كونه
شرط الوجوب خلاف سنذكره في موضعه ومنها الطهارة عن الحيض والنفاس فانها شرط صحة الاداء باجماع
الصحابة رضي الله عنهم وفي كونها شرط الوجوب خلاف نذكره في موضعه فاما البلوغ فليس من شرائط صحة
الاداء فيصح اداء الصوم من الصبي العاقل ويثاب عليه لكنه من شرائط الوجوب لما نذكره وكذا العقل والافاقة
ليسا من شرائط صحة الاداء حتى لو نوى الصوم من الليل ثم جن في النهار أو أغمي عليه يصح صومه في ذلك اليوم
ولا يصح صومه في اليوم الثاني لا لعدم أهلية الاداء بل لعدم النية لان النية من المجنون والمغمى عليه لا تتصور
وفي كونهما من شرائط الوجوب كلام نذكره في موضعه ومنها النية والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاث مواضع
أحدها في بيان أصله والثاني في بيان كيفيته والثالث في بيان وقته اما الاول فاصل النية شرط جواز الصيامات كلها
في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر صوم رمضان في حق المقيم جائز بدون النية واحتج بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر
فليصمه أمر بصوم الشهر مطلقا عن شرط النية والصوم هو الامساك وقد أتى به فيخرج عن العهدة ولان النية
انما تشترط للتعيين والحاجة الى التعيين عند المزاحمة ولا مزاحمة لان الوقت لا يحتمل الا صوما واحدا في حق المقيم
وهو صوم رمضان فلا حاجة الى التعيين بالنية ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عمل لمن لا نية له وقوله الاعمال
بالنيات ولكل امرئ ما نوى ولان صوم رمضان عبادة والعبادة اسم لفعل يأتيه العبد باختياره خالصا لله تعالى
بأمره والاختيار والاخلاص لا يتحققان بدون النية واما الآية فمطلق اسم الصوم ينصرف الى الصوم الشرعي
والامساك لا يصير صوما شرعا بدون النية لما بينا واما قوله ان النية شرط للتعيين وزمان رمضان متعين لصوم
رمضان فلا حاجة الى النية فنقول لا حاجة الى النية لتعيين الوصف لكن تقع الحاجة الى النية لتعيين الاصل بيانه ان
أصل الامساك متردد بين ان يكون عادة أو حمية وبين أن يكون لله تعالى بل الاصل ان يكون فعل كل فاعل لنفسه ما لم
يجعله لغيره فلا بد من النية ليصير لله تعالى ثم اذا صار أصل الامساك لله تعالى في هذا الوقت بأصل النية والوقت متعين
لفرضه يقع عن الفرض من غير الحاجة الى تعيين الوصف واما الثاني في كيفية النية فان كان الصوم عينا وهو صوم

رمضان وصوم النفل خارج رمضان والمنذور به فى وقت بعينه يجوز بنية مطلقة عندنا وقال الشافعى صوم النفل يجوز بنية مطلقة فاما الصوم الواجب فلا يجوز الا بنية معينة وجه قوله أن هذا صوم مفروض فلا يتادى الا بنية الفرض كصوم القضاء والكفارات والنذور المطلقة وهذا لان الفرضية صفة زائدة على أصل الصوم يتعلق بها زيادة الثواب فلا بد من زيادة النية وهى نية الفرض ولنا قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهذا قد شهد الشهر وصامه فيخرج عن العهدة ولان النية لو شرطت انما تشترط اما ليصير الامساك لله تعالى واما للتمييز بين نوع ونوع ولا وجه للاول لان مطلق النية كان لصيرورة الامساك لله تعالى لانه يكفى لقطع التردد ولقول النبى صلى الله عليه وسلم ولكل امرئ ما نوى وقد نوى ان يكون امساكه لله تعالى فلو لم يقع لله تعالى لا يكون له ما نوى وهذا خلاف النص ولا وجه للثانى لان مشروع الوقت واحد لا يتنوع فلا حاجة الى التمييز بتعيين النية بخلاف صوم القضاء والنذر والكفارة لان مشروع الوقت وهو خارج رمضان متنوع فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية فهو الفرق وقوله هذا صوم مفروض مسلم ولكن لم لا تتأدى نية الفرض بدون نية الفرض وقوله الفرضية صفة للصوم زائدة عليه فتفتقر الى نية زائدة ممنوع انها صفة زائدة على الصوم لان الصوم صفة والصفة لا تحتمل صفة زائدة عليها قائمة بها بل هو وصف اضافى فيسمى الصوم مفروضا وفريضة لدخوله تحت فرض الله تعالى لا لفرضية قامت به واذا لم يكن صفة قائمة بالصوم لا يشترط له نية الفرض وزيادة الثواب لفضيلة الوقت لا لزيادة صفة العمل والله أعلم ولو صام رمضان بنية النفل أو صام المنذور بعينه بنية النفل يقع صومه عن رمضان وعن المنذور عندنا وعند الشافعى لا يقع وكذا لو صام رمضان بنية واجب آخر من القضاء والكفارات والنذور يقع عن رمضان عندنا وعنده لا يقع هو يقول لما نوى النفل فقد أعرض عن الفرض والمعرض عن فعل لا يكون آتيا به ونحن نقول انه نوى الاصل والوصف والوقت قابل للاصل غير قابل للوصف فبطلت نية الوصف وبقيت نية الاصل وانها كافية لصيرورة الامساك لله تعالى على ما بينا فى المسئلة الاولى ولو نوى فى النذر المعين واجبا آخر يقع عما نوى بالاجماع بخلاف صوم رمضان وجه الفرق ان كل واحد من الوقتين وان تعين لصومه الا ان أحدهما وهو شهر رمضان معين بتعيين من له الولاية على الاطلاق وهو الله تعالى فثبت التعيين على الاطلاق فيظهر فى حق فسخ سائر الصيامات والآخر تعين بتعيين من له ولاية قاصرة وهو العبد فيظهر تعيينه فيما عينه له وهو صوم التطوع دون الواجبات التى هى حق الله تعالى فى هذه الاوقات فبقيت الاوقات محلا لها فاذا نواها صح هذا الذى ذكرنا فى حق المقيم فاما المسافر فان صام رمضان بمطلق النية فكذلك يقع صومه عن رمضان بلا خلاف بين أصحابنا وان صام بنية واجب آخر يقع عما نوى فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يقع عن رمضان وان صام بنية التطوع فعندهما يقع عن رمضان وعن أبى حنيفة فيه روايتان روى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه يقع عن التطوع وروى الحسن عنه انه يقع عن رمضان قال القدورى الرواية الاولى هى الاصح وجه قولهما ان الصوم واجب على المسافر وهو العزيمة والافطار له رخصة فاذا اختار العزيمة وترك الرخصة صار هو والمقيم سواء فيقع صومه عن رمضان كالمقيم ولابى حنيفة ان الصوم وان وجب عليه لكن رخص له فى الافطار نظرا له فلان يرخص له اسقاط ما فى ذمته والنظر له فيه أكثر أولى واما اذا نوى التطوع فوجه رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة ان الصوم غير واجب على المسافر فى رمضان بدليل انه يباح له الفطر فاشبه خارج رمضان ولو نوى التطوع خارج رمضان يقع عن التطوع كله كذا فى رمضان وجه رواية الحسن عنه ان صوم التطوع لا يفتقر الى تعيين نية التطوع بل نية الصوم فيه كافية فتلغو نية التعيين ويبقى أصل النية فيصير صائما فى رمضان بنية مطلقة فيقع عن رمضان واما قوله ان الصوم غير واجب على المسافر فى رمضان فممنوع بل هو واجب الا انه يترخص فيه فاذا لم يترخص ولم ينو واجبا آخر بقى صوم رمضان واجبا عليه فيقع صومه عنه واما المريض الذى رخص له فى الافطار فان صام بنية مطلقة يقع صومه عن رمضان بلا خلاف وان صام بنية التطوع فعامة مشايخنا قالوا انه يقع صومه عن رمضان لانه لما قدر على الصوم صار كالصحيح

والكرخى

والكرخي سوى بين المريض والمسافر وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه يقع عن التطوع ويشترط لكل يوم من رمضان نية على حدة عند عامة العلماء وقال مالك يجوز صوم جميع الشهر بنية واحدة وجه قوله ان الواجب صوم الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والشهر اسم لزمان واحد فكان الصوم من أوله الى آخره عبادة واحدة كالصلاة والحج فيتأدى بنية واحدة ولنا ان صوم كل يوم عبادة على حدة غير متعلقة باليوم الآخر بدليل ان ما يفسد أحدهما لا يفسد الآخر فيشترط لكل يوم منه نية على حدة وقوله الشهر اسم لزمان واحد ممنوع بل هو اسم لازمنة مختلفة بعضها محل للصوم وبعضها ليس بوقت له وهو الليالي فقد تخلل بين كل يومين ما ليس بوقت لهما فصار صوم كل يومين عبادتين مختلفتين كصلاتين ونحو ذلك وان كان الصوم دينا وهو صوم القضاء والكفارات والنذور المطلقة لا يجوز الا بتعيين النية حتى لو صام بنية مطلق الصوم لا يقع عما عليه لان زمان خارج رمضان متعين للنفل شرعا عند بعض مشايخنا والمطلق ينصرف الى ما تعين له الوقت وعند بعضهم هو وقت للصيامات كلها على الابهام فلا بد من تعيين الوقت للبعض بالنية لتتعين له لكنه عند الاطلاق ينصرف الى التطوع لانه أدنى والادنى متيقن به فيقع الامساك عنه ولو نوى بصومه قضاء رمضان والتطوع كان عن القضاء في قول أبي يوسف وقال محمد يكون عن التطوع وجه قوله انه عين الوقت لجهتين مختلفتين متنافيتين فسقطتا للتعارض وبقي أصل النية وهو نية الصوم فيكون عن التطوع ولابي يوسف ان نية التعيين في التطوع لغو فلغت وبقي أصل النية فصار كانه نوى قضاء رمضان والصوم ولو كان كذلك يقع عن القضاء كذا هذا فان نوى قضاء رمضان وكفارة الظهار قال أبو يوسف يكون عن القضاء استحسانا والقياس أن يكون عن التطوع وهو قول محمد وجه القياس على نحو ما ذكرنا في المسئلة الاولى ان جهتي التعيين تعارضتا للتنافي فسقطتا بحكم التعارض فبقي نية مطلق الصوم فيكون تطوعا وجه الاستحسان ان الترجيح لتعيين جهة القضاء لانه خلف عن صوم رمضان وخلف الشئ يقوم مقامه كانه هو وصوم رمضان أقوى الصيامات حتى تندفع به نية سائر الصيامات ولانه بدل صوم وجب بايجاب الله تعالى ابتداء وصوم كفارة الظهار وجب بسبب وجد من جهة العبد فكان القضاء أقوى فلا يزاحمه الاضعف وروى ابن سماعة عن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فصامه ينوي النذر وكفارة اليمين فهو عن النذر لتعارض النيتين فتساقطا وبقي نية الصوم مطلقا فيقع عن النذر المعين والله أعلم واما الثالث وهو وقت النية فالافضل في الصيامات كلها أن ينوي وقت طلوع الفجر ان أمكنه ذلك أو من الليل لان النية عند طلوع الفجر تقارن أول جزء من العبادة حقيقة ومن الليل تقارنه تقديرا وان نوى بعد طلوع الفجر فان كان الصوم دينا لا يجوز بالاجماع وان كان عينا وهو صوم رمضان وصوم التطوع خارج رمضان والمنذور المعين يجوز وقال زفر ان كان مسافرا لا يجوز صومه عن رمضان بنية من النهار وقال الشافعي لا يجوز بنية من النهار الا التطوع وقال مالك لا يجوز التطوع أيضا ولا يجوز صوم التطوع بنية من النهار بعد الزوال عندنا وللشافعي فيه قولان اما الكلام مع مالك فوجه قوله ان التطوع تبع للفرض ثم لا يجوز صوم الفرض بنية من النهار فكذا التطوع ولنا ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح لا ينوي الصوم ثم يبدو له فيصوم وعن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على أهله فيقول هل عندكم من غداء فان قالوا لا قال فاني صائم وصوم التطوع بنية من النهار قبل الزوال مروي عن علي وابن مسعود وابن عباس وأبي طلحة وأما الكلام فيما بعد الزوال فبناء على ان صوم النفل عندنا غير متجزئ كصوم الفرض وعند الشافعي في أحد قوليه متجزئ حتى قال يصير صائما من حين نوى لكن بشرط الامساك في أول النهار وحجته ما روينا عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما مطلقا من غير فصل بين ما قبل الزوال وبعده وأما عندنا فالصوم لا يتجزأ فرضا كان أو نفلا ويصير صائما من أول النهار لكن بالنية الموجودة وقت الركن وهو الامساك وقت الغداء المتعارف لما نذكر فاذا نوى بعد الزوال فقد خلا بعض الركن عن الشرط فلا يصير صائما شرعا والحديثان محمولان على ما قبل الزوال بدليل ما ذكرنا وأما الكلام مع

الشافعي في صوم رمضان فهو يحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا صيام لمن لم يعزم الصوم من الليل ولان الامساك من أول النهار الى آخره ركن فلا بد له من النية ليصير لله تعالى وقد انعدمت في أول النهار فلم يقع الامساك في أول النهار لله تعالى لفقد شرطه فكذا الباقي لان صوم الفرض لا يتجزأ ولهذا لا يجوز صوم القضاء والكفارات والنذور المطلقة بنية من النهار وكذا صوم رمضان ولنا قوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى قوله ثم أتموا الصيام الى الليل أباح للمؤمنين الاكل والشرب والجماع في ليالي رمضان الى طلوع الفجر وأمر بالصيام عنها بعد طلوع الفجر متأخرا عنه لان كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فكان هذا أمرا بالصوم متراخيا عن أول النهار والامر بالصوم أمر بالنية اذ لا صحة للصوم شرعا بدون النية فكان أمرا بالصوم بنية متأخرة عن أول النهار وقد أتى به فقد أتى بالمأمور به فيخرج عن العهدة وفيه دلالة ان الامساك في أول النهار يقع صوما وجدت فيه النية أو لم توجد لان اتمام الشئ يقتضى سابقية وجود بعض منه ولانه صام رمضان في وقت متعين شرعا لصوم رمضان لوجود ركن الصوم مع شرائطه التي ترجع الى الاهلية والمحلية ولا كلام في سائر الشرائط وانما الكلام في النية ووقتها وقت وجود الركن وهو الامساك وقت الغداء المتعارف والامساك في أول النهار شرط وليس بركن لان ركن العبادة ما يكون شاقا على البدن مخالفا للعادة وهوى النفس وذلك هو الامساك وقت الغداء المتعارف فأما الامساك في أول النهار فمعتاد فلا يكون ركنا بل يكون شرطا الا انه وسيلة الى تحقيق معنى الركن الا انه لا يعرف كونه وسيلة للحال لجواز أن لا ينوي وقت الركن فاذا نوى ظهر كونه وسيلة من حين وجوده والنية تشترط لصيرورة الامساك الذي هو ركن عبادة لا لما يصير عبادة بطريق الوسيلة على ما قررنا في الخلافيات وأما الحديث فهو من الآحاد فلا يصلح ناسخا للكتاب لكنه يصلح مكملا له فيحمل على نفي الكمال كقوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد ليكون عملا بالدليلين بقدر الامكان وأما صيام القضاء والنذور والكفارات فما صامها في وقت متعين لها شرعا لان خارج رمضان متعين للنفل موضوع له شرعا الا أن يعينه لغيره فاذا لم ينو من الليل صوما آخر بقي الوقت متعينا للتطوع شرعا فلا يملك تغييره فاما ههنا فالوقت متعين لصوم رمضان وقد صامه لوجود ركن الصوم وشرائطه على ما بينا واما الكلام مع زفر في المسافر اذا صام رمضان بنية من النهار فوجه قوله ان الصوم غير واجب على المسافر في رمضان حتما ألا ترى ان له أن يفطر والوقت غير متعين لصوم رمضان في حقه فان له أن يصوم عن واجب آخر فاشبه صوم القضاء خارج رمضان وذا لا يتأدى بنية من النهار كذا هذا ولنا ان الصوم واجب على المسافر في رمضان وهو العزيمة في حقه الا ان له أن يترخص بالافطار وله أن يصوم عن واجب آخر عند أبي حنيفة بطريق الرخصة والتيسير أيضا لما فيه من اسقاط الفرض عن ذمته على ما بينا فيما تقدم فاذا لم يفطر ولم ينو واجبا آخر بقي صوم رمضان واجبا عليه وقد صامه فيخرج عن العهدة كالمقيم سواء ويتصل بهذين الفصلين وهو بيان كيفية النية ووقت النية مسئلة الاسير في يد العدو اذا اشتبه عليه شهر رمضان فتحرى وصام شهرا عن رمضان وجملة الكلام فيه انه اذا صام شهرا عن رمضان لا يخلو اما ان وافق شهر رمضان أو لم يوافق بان تقدم أو تأخر فان وافق جاز وهذا لا يشكل لانه أدى ما عليه وان تقدم لم يجز لانه أدى الواجب قبل وجوبه وقبل وجود سبب وجوبه وان تأخر فان وافق شوال يجوز لكن يراعى فيه موافقة الشهرين في عدد الايام وتعيين النية ووجودها من الليل وأما موافقة العدد فلان صوم شهر آخر بعده يكون قضاء والقضاء يكون على قدر الفائت والشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما وأما تعيين النية ووجودها من الليل فلان صوم القضاء لا يجوز بمطلق النية ولا بنية من النهار لما ذكرنا فيما تقدم وهل تشترط نية القضاء ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي انه لا يشترط وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يشترط والصحيح ما ذكره القدوري لانه نوى ما عليه من صوم رمضان وعليه القضاء فكان ذلك منه تعيين نية القضاء وبيان هذه الجملة انه اذا وافق صومه شهر شوال ينظر ان كان رمضان كاملا وشوال كاملا قضى يوما واحدا لاجل يوم الفطر لان صوم القضاء لا يجوز فيه وان كان رمضان كاملا

وشوال ناقصا قضى يومين يوما لاجل يوم الفطر ويوما لاجل النقصان لان القضاء يكون على قدر الفائت وان كان
رمضان ناقصا وشوال كاملا لا شيء عليه لانه أكمل عدد الفائت وان وافق صومه هلال ذي الحجة فان كان
رمضان كاملا وذو الحجة كاملا قضى أربعة أيام يوما لاجل يوم النحر وثلاثة أيام لاجل أيام التشريق لان القضاء
لا يجوز في هذه الايام وان كان رمضان كاملا وذو الحجة ناقصا قضى خمسة أيام يوما للنقصان وأربعة أيام ليوم
النحر وأيام التشريق وان كان رمضان ناقصا وذو الحجة كاملا قضى ثلاثة أيام لان الفائت ليس الا هذا القدر
وان وافق صومه شهرا آخر سوى هذين الشهرين فان كان الشهران كاملين أو ناقصين أو كان رمضان ناقصا
والشهر الآخر كاملا فلا شيء عليه وان كان رمضان كاملا والشهر الآخر ناقصا قضى يوما واحدا لان الفائت يوم
واحد ولو صام بالتحري سنين كثيرة ثم تبين انه صام في كل سنة قبل شهر رمضان فهل يجوز صومه في السنة الثانية
عن الاولى وفي الثالثة عن الثانية وفي الرابعة عن الثالثة هكذا قال بعضهم يجوز لانه في كل سنة من الثانية والثالثة
والرابعة صام صوم رمضان الذي عليه وليس عليه الا القضاء فيقع قضاء عن الاول وقال بعضهم لا يجوز وعليه قضاء
الرمضانات لانه صام في كل سنة عن رمضان قبل دخول رمضان وفصل الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله في
ذلك تفصيلا فقال ان صام في السنة الثانية عن الواجب عليه الا انه ظن انه من رمضان يجوز وكذا في الثالثة والرابعة
لانه صام عن الواجب عليه والواجب عليه قضاء صوم رمضان الاول دون الثاني ولا يكون عليه الا قضاء
رمضان الأخير خاصة لانه ما قضاه فعليه قضاؤه وان صام في السنة الثانية عن الثالثة وفي السنة الثالثة عن الرابعة
لم يجز وعليه قضاء الرمضانات كلها أما عدم الجواز عن الرمضان الاول فلانه ما نوى عنه وتعيين النية في القضاء
شرط ولا يجوز عن الثاني لانه صام قبله متقدما عليه وكذا الثالث والرابع وضرب له مثلا وهو رجل اقتدى بالامام
على ظن انه زيد فاذا هو عمرو صح اقتداؤه به ولو اقتدى بزيد فاذا هو عمرو لم يصح اقتداؤه به لانه في الاول نوى
الاقتداء بالامام الا انه ظن ان الامام زيد فاخطأ في ظنه فهذا لا يقدح في صحة اقتدائه بالامام وفي الثاني نوى الاقتداء
بزيد فاذا لم يكن زيدا تبين انه ما اقتدى بأحد كذلك ههنا اذا نوى في صوم كل سنة عن الواجب عليه تعلقت نيته
بالواجب عليه لا بالاول والثاني الا انه ظن انه الثاني فاخطأ في ظنه فيقع عن الواجب عليه لا عما ظن والله أعلم وأما
الشرائط التي تخص بعض الصيامات دون بعض وهي شرائط الوجوب فمنها الاسلام فلا يجب الصوم على الكافر
في حق أحكام الدنيا بلا خلاف حتى لا يخاطب بالقضاء بعد الاسلام وأما في حق أحكام الآخرة فكذلك عندنا وعند
الشافعي يجب ولقب المسئلة ان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا خلافا له وهي تعرف في أصول
الفقه وعلى هذا يخرج الكافر اذا أسلم في بعض شهر رمضان انه لا يلزمه قضاء ما مضى لان الوجوب لم يثبت فيما
مضى فلم يتصور قضاء الواجب وهذا التخريج على قول من يشترط لوجوب القضاء سابقة وجوب الاداء من
مشايخنا وأما على قول من لا يشترط ذلك منهم فانما لا يلزمه قضاء ما مضى لمكان الحرج اذ لو لزمه ذلك للزمه قضاء
جميع ما مضى من الرمضانات في حال الكفر لان البعض ليس بأولى من البعض وفيه من الحرج ما لا يخفى وكذا اذا
أسلم في يوم من رمضان قبل الزوال لا يلزمه صوم ذلك اليوم حتى لا يلزمه قضاؤه وقال مالك يلزمه وانه غير سديد
لانه لم يكن من أهل الوجوب في أول اليوم أو لما في وجوب القضاء من الحرج على ما بينا ومنها البلوغ فلا يجب صوم
رمضان على الصبي وان كان عاقلا حتى لا يلزمه القضاء بعد البلوغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث
عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ولان الصبي لضعف بنيته وقصور عقله
واشتغاله باللهو واللعب يشق عليه تفهم الخطاب وأداء الصوم فاسقط الشرع عنه العبادات نظرا له فاذا لم يجب عليه
الصوم في حال الصبا لا يلزمه القضاء لما بينا انه لا يلزمه لمكان الحرج لان مدة الصبا مديدة فكان في ايجاب القضاء
عليه بعد البلوغ حرج وكذا اذا بلغ في يوم من رمضان قبل الزوال لا يجزئه صوم ذلك اليوم وان نوى وليس عليه
قضاؤه اذ لم يجب عليه في أول اليوم لعدم أهلية الوجوب فيه والصوم لا يتجزأ وجوبا وجوازا ولما فيه من الحرج

على ما ذكرنا وروى عن أبي يوسف في الصبي يبلغ قبل الزوال أو أسلم الكافر أن عليهما القضاء ووجهه انهما أدركا وقت النية فصار كانهما أدركا من الليل والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا ان الصوم لا يتجزأ وجوبا فاذا لم يجب عليهما البعض لم يجب الباقي أو لما في ايجاب القضاء من الحرج وأما العقل فهل هو من شرائط الوجوب وكذا الافاقة واليقظة قال عامة مشايخنا انها ليست من شرائط الوجوب ويجب صوم رمضان على المجنون والمغمى عليه والنائم لكن أصل الوجوب لا وجوب الاداء بناء على ان عندهم الوجوب نوعان أحدهما أصل الوجوب وهو اشتغال الذمة بالواجب وانه ثبت بالاسباب لا بالخطاب ولا تشترط القدرة لثبوته بل ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى والثاني وجوب الاداء وهو اسقاط ما في الذمة وتفريغها من الواجب وانه ثبت بالخطاب وتشترط له القدرة على فهم الخطاب وعلى أداء ما تناوله الخطاب لان الخطاب لا يتوجه الى العاجز عن فهم الخطاب ولا على العاجز عن فعل ما تناوله الخطاب والمجنون لعدم عقله أو لاستتاره والمغمى عليه والنائم لعجزهما عن استعمال عقلهما عاجزون عن فهم الخطاب وعن أداء ما تناوله الخطاب فلا يثبت وجوب الاداء في حقهم ويثبت أصل الوجوب في حقهم لانه لا يعتمد القدرة بل يثبت جبرا وتقرير هذا الأصل معروف في أصول الفقه وفي الخلافيات وقال أهل التحقيق من مشايخنا بما وراء النهر ان الوجوب في الحقيقة نوع واحد وهو وجوب الأداء فكل من كان من أهل الاداء كان من أهل الوجوب ومن لا فلا وهو اختيار أستاذي الشيخ الأجل الزاهد علاء الدين رئيس أهل السنة محمد بن أحمد السمرقندي رضي الله عنه لأن الوجوب المعقول هو وجوب الفعل كوجوب الصوم والصلاة وسائر العبادات فمن لم يكن من أهل أداء الفعل الواجب وهو القادر على فهم الخطاب والقادر على فعل ما تناوله الخطاب لا يكون من أهل الوجوب ضرورة والمجنون والمغمى عليه والنائم عاجزون عن فعل الخطاب بالصوم وعن ادائه اذ الصوم الشرعي هو الامساك لله تعالى وان يكون ذلك بدون النية وهؤلاء ليسوا من أهل النية فلم يكونوا من أهل الاداء فلم يكونوا من أهل الوجوب والذي دعا الاولين الى القول بالوجوب في حق هؤلاء ما انعقد الاجماع عليه من وجوب القضاء على المغمى عليه والنائم بعد الافاقة والانتباه بعد مضي بعض الشهر أو كله وما قد صح من مذهب أصحابنا رحمهم الله في المجنون اذا أفاق في بعض شهر رمضان أنه يجب عليه قضاء ما مضى من الشهر فقالوا ان وجوب القضاء يستدعى فوات الواجب المؤقت عن وقته مع القدرة عليه وانتفاء الحرج فلا بد من الوجوب في الوقت ثم فواته حتى يمكن ايجاب القضاء فاضطرهم ذلك الى اثبات الوجوب في حال الجنون والاغماء والنوم وقال الآخرون ان وجوب القضاء لا يستدعى سابقية الوجوب لا محالة وانما يستدعى فوت العبادة عن وقتها والقدرة على القضاء من غير حرج ولذلك اختلفت طرقهم في المسئلة وهذا الذي ذكرنا في المجنون اذا أفاق في بعض شهر رمضان أنه يلزمه قضاء ما مضى جواب الاستحسان والقياس أن لا يلزمه وهو قول زفر والشافعي وأما المجنون جنونا مستوعبا بأن جن قبل دخول شهر رمضان وأفاق بعد مضيه فلا قضاء عليه عند عامة العلماء وعند مالك يقضي وجه القياس أن القضاء هو تسليم مثل الواجب ولا وجوب على المجنون لأن الوجوب بالخطاب ولا خطاب عليه لانعدام القدرتين ولهذا لم يجب القضاء في الجنون المستوعب شهرا وجه قول أصحابنا أما من قال بالوجوب في حال الجنون يقول فاته الواجب عن وقته وقدر على قضائه من غير حرج فيلزمه قضاؤه قياسا على النائم والمغمى عليه ودليل الوجوب لهم وجود سبب الوجوب وهو الشهر اذ الصوم يضاف اليه مطلقا يقال صوم الشهر والاضافة دليل السببية وهو قادر على القضاء من غير حرج وفي ايجاب القضاء عند الاستيعاب حرج وأما من أبى القول بالوجوب في حال الجنون يقول هذا شخص فاته صوم شهر رمضان وقدر على قضائه من غير حرج فيلزمه قضاؤه قياسا على النائم والمغمى عليه ومعنى قولنا فاته صوم شهر رمضان أي لم يصم شهر رمضان وقولنا من غير حرج فلانه لا حرج في قضاء نصف الشهر وتأثيرها من وجهين أحدهما أن الصوم عبادة والاصل في العبادات وجوبها على الدوام بشرط الامكان وانتفاء الحرج لما ذكرنا في

الخلافيات الا أن الشرع عين شهر رمضان من السنة في حق القادر على الصوم فبقي الوقت المطلق في حق العاجز عنه وقتا له والثاني أنه لما فاته صوم شهر رمضان فقد فاته الثواب المتعلق به فيحتاج الى استدراكه بالصوم في عدة من أيام أخر ليقوم الصوم فيها مقام الفائت فينجبر الفوات بالقدر الممكن فاذا قدر على قضائه من غير حرج أمكن القول بالوجوب عليه فيجب كما في المغمى عليه والنائم بخلاف الجنون المستوعب فان هناك في ايجاب القضاء حرجا لان الجنون المستوعب قلما يزول بخلاف الاغماء والنوم اذا استوعب لأن استيعابه نادر والنادر ملحق بالعدم بخلاف الجنون فان استيعابه ليس بنادر ويستوي الجواب في وجوب قضاء ما مضى عند أصحابنا في الجنون العارض ما اذا أفاق في وسط الشهر أو في أوله حتى لو جن قبل الشهر ثم أفاق في آخر يوم منه يلزمه قضاء جميع الشهر ولو جن في أول يوم من رمضان فلم يفق الا بعد مضي الشهر يلزمه قضاء كل الشهر الا قضاء اليوم الذي جن فيه ان كان نوى الصوم في الليل وان كان لم ينو قضى جميع الشهر ولو جن في طرفي الشهر وأفاق في وسطه فعليه قضاء الطرفين وأما المجنون الأصلي وهو الذي بلغ مجنونا ثم أفاق في بعض الشهر فقد روى عن محمد انه فرق بينهما فقال لا يقضي ما مضى من الشهر وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه سوى بينهما وقال يقضي ما مضى من الشهر وهكذا روى هشام عن أبي يوسف في صبي له عشر سنين جن فلم يزل مجنونا حتى أتى عليه ثلاثون سنة أو أكثر ثم صح في آخر يوم من شهر رمضان فالقياس أنه لا يجب عليه قضاء ما مضى لكن استحسن أن يقضي ما مضى في هذا الشهر وجه قول محمد أن زمان الافاقة في حيز زمان ابتداء التكليف فاشبه الصغير اذا بلغ في بعض الشهر بخلاف الجنون العارض فان هناك زمان التكليف سبق الجنون الا أنه عجز عن الاداء بعارض فاشبه المريض العاجز عن اداء الصوم اذا صح وجه رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ما ذكرنا من الطريقين في الجنون العارض ولو أفاق المجنون جنونا عارضا في نهار رمضان قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه عن رمضان والجنون الاصلي على الاختلاف الذي ذكرنا ويجوز في الاغماء والنوم بلا خلاف بين أصحابنا وعلى هذا الطهارة من الحيض والنفاس انها شرط الوجوب عند أهل التحقيق من مشايخنا اذ الصوم الشرعي لا يتحقق من الحائض والنفساء فتعذر القول بوجوب الصوم عليهما في وقت الحيض والنفاس الا أنه يجب عليهما قضاء الصوم لفوات صوم رمضان عليهما ولقدرتهما على القضاء في عدة من ايام اخر من غير حرج وليس عليهما قضاء الصلوات لما فيه من الحرج لأن وجوبها يتكرر في كل يوم خمس مرات ولا يلزم الحائض في السنة الا قضاء عشرة أيام ولا حرج في ذلك وعلى قول عامة المشايخ ليس بشرط واصل الوجوب ثابت في حالة الحيض والنفاس وانما تشترط الطهارة لأهلية الأداء والاصل فيه ما روي أن امرأة سألت عائشة رضي الله عنها فقالت لم تقض الحائض الصوم ولا تقضي الصلاة فقالت عائشة رضي الله عنها للسائلة أحرورية أنت هكذا كن النساء يفعلن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى أن ذلك ثبت تعبدا محضا والظاهر أن فتواها بلغ الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليها منكر فيكون اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم ولو طهرتا بعد طلوع الفجر قبل الزوال لا يجزيهما صوم ذلك اليوم لا عن فرض ولا عن نفل لعدم وجوب الصوم عليهما ووجوده في أول اليوم فلا يجب ولا يوجد في الباقي لعدم التجزي وعليهما قضاؤه مع الايام الأخر لما ذكرنا وان طهرتا قبل طلوع الفجر ينظر ان كان الحيض عشرة أيام والنفاس أربعين يوما فعليهما قضاء صلاة العشاء ويجزيهما صومهما من الغد عن رمضان اذا نوتا قبل طلوع الفجر لخروجهما عن الحيض والنفاس بمجرد انقطاع الدم فتقع الحاجة الى النية لا غير وان كان الحيض دون العشرة والنفاس دون الأربعين فان بقي من الليل مقدار ما يسع للاغتسال ومقدار ما يسع النية بعد الاغتسال فكذلك وان بقي من الليل دون ذلك لا يلزمهما قضاء صلاة العشاء ولا يجزيهما صومهما من الغد وعليهما قضاء ذلك اليوم كما لو طهرتا بعد طلوع الفجر لأن مدة الاغتسال فيما دون العشرة والأربعين من الحيض باجماع الصحابة رضي عنهم ولو أسلم الكافر قبل طلوع الفجر بمقدار ما يمكنه النية فعليه صوم الغد والا فلا

وكذلك الصبي اذا بلغ وكذلك المجنون جنونا أصليا على قول محمد لأنه بمنزلة الصبا عنده

﴿ فصل ﴾ وأما ركنه فالامساك عن الأكل والشرب والجماع لأن الله تعالى أباح الاكل والشرب والجماع في ليالي رمضان لقوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى قوله فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر أي حتى يتبين لكم ضوء النهار من ظلمة الليل من الفجر ثم أمر بالامساك عن هذه الاشياء في النهار بقوله عز وجل ثم أتموا الصيام الى الليل فدل أن ركن الصوم ما قلنا فلا يوجد الصوم بدونه وعلى هذا الاصل ينبني بيان ما يفسد الصوم وينقضه لان انتقاض الشئ عند فوات ركنه أمر ضروري وذلك بالأكل والشرب والجماع سواء كان صورة ومعنى أو صورة لا معنى أو معنى لا صورة وسواء كان بغير عذر او بعذر وسواء كان عمدا أو خطأ طوعا أو كرها بعد ان كان ذاكرا لصومه لا ناسيا ولا في معنى الناسي والقياس أن يفسد وان كان ناسيا وهو قول مالك لوجود ضد الركن حتى قال أبو حنيفة لولا قول الناس لقلت يقضي أي لولا قول الناس أن أبا حنيفة خالف الاثر لقلت يقضي لكنا تركنا القياس بالنص وهو ما روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فان الله عز وجل أطعمه وسقاه حكم ببقاء صومه وعلل بانقطاع نسبة فعله عنه باضافته الى الله تعالى لوقوعه من غير قصده وروي عن أبي حنيفة أنه قال لا قضاء على الناسي للأثر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والقياس أن يقضي ذلك ولكن اتباع الاثر أولى اذا كان صحيحا وحديث صححه أبو حنيفة لا يبقى لاحد فيه مطعن وكذا انتقده أبو يوسف حيث قال وليس حديث شاذ نجتريء على رده وكان من صيارفة الحديث وروي عن علي وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم مثل مذهبنا ولأن النسيان في باب الصوم مما يغلب وجوده ولا يمكن دفعه الا بحرج فجعل عذرا دفعا للحرج وعن عطاء والثوري انهما فرقا بين الأكل والشرب وبين الجماع ناسيا فقالا يفسد صومه في الجماع ولا يفسد في الأكل والشرب لأن القياس يقتضي الفساد في الكل لفوات ركن الصوم في الكل الا أنا تركنا القياس بالخبر وانه ورد في الأكل والشرب فبقي الجماع على أصل القياس وانا نقول نعم الحديث ورد في الأكل والشرب لكنه معلول بمعنى يوجد في الكل وهو أنه فعل مضاف الى الله تعالى على طريق التمحيض بقوله فانما أطعمه الله وسقاه قطع اضافته عن العبد لوقوعه فيه من غير قصده واختياره وهذا المعنى يوجد في الكل والعلة اذا كانت منصوصا عليها كان الحكم منصوصا عليه ويتعمم الحكم بعموم العلة وكذا معنى الحرج يوجد في الكل ولو أكل فقيل له انك صائم وهو لا يتذكر انه صائم ثم علم بعد ذلك فعليه القضاء في قول أبي يوسف وعند زفر والحسن بن زياد لا قضاء عليه وجه قولهما انه لما تذكر انه كان صائما تبين انه أكل ناسيا فلم يفسد صومه ولأبي يوسف انه أكل متعمدا لان عنده أنه ليس بصائم فيبطل صومه ولو دخل الذباب حلقه لم يفطره لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه فاشبه الناسي ولو أخذه فأكله فطره لأنه تعمد أكله وان لم يكن مأكولا كما لو أكل التراب ولو دخل الغبار أو الدخان أو الرائحة في حلقه لم يفطره لما قلنا وكذا لو ابتلع البلل الذي بقي بعد المضمضة في فمه مع البزاق أو ابتلع البزاق الذي اجتمع في فمه لما ذكرنا ولو بقي بين اسنانه شئ فابتلعه ذكر في الجامع الصغير أنه لا يفسد صومه وان أدخله حلقه متعمدا روي عن أبي يوسف أنه ان تعمد عليه القضاء ولا كفارة عليه ووفق ابن أبي مالك فقال ان كان مقدار الحمصة أو أكثر يفسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى وقول أبي يوسف محمول عليه وان كان دون الحمصة لا يفسد صومه كما لو ذكر في الجامع الصغير والمذكور فيه محمول عليه وهو الاصح ووجهه ان ما دون الحمصة يسير يبقى بين الاسنان عادة فلا يمكن التحرز عنه بمنزلة الريق فيشبه الناسي ولا كذلك قدر الحمصة فان بقاءه بين الاسنان غير معتاد فيمكن الاحتراز عنه فلا يلحق بالناسي وقال زفر عليه القضاء والكفارة ووجه قوله انه أكل ما هو مأكول في نفسه الا انه متغير فاشبه اللحم المنتن ولنا انه أكل ما لا يؤكل عادة اذ لا يقصد به الغذاء ولا الدواء فان تثاءب فرفع رأسه الى السماء فوقع في حلقه قطرة مطر أو ماء صب في ميزاب فطره

لان الاحتراز عنه تمكن وقد وصل الماء الى جوفه ولو أكره على الاكل أو الشرب فاكل أو شرب بنفسه مكرها وهو ذاكر لصومه فسد صومه بلا خلاف عندنا وعند زفر والشافعى لا يفسد وجه قولهما ان هذا أعذر من الناسى لان الناسى وجد منه الفعل حقيقة وانما انقطعت نسبته عنه شرعا بالنص وهذا لم يوجد منه الفعل أصلا فكان أعذر من الناسى ثم لم يفسد صوم الناسى فهذا أولى ولنا ان معنى الركن قد فات لوصول المغذى الى جوفه بسبب لا يغلب وجوده ويمكن التحرز عنه فى الجملة فلا يبقى الصوم كما لو أكل أو شرب بنفسه مكرها وهذا لان المقصود من الصوم معناه وهو كونه وسيلة الى الشكر والتقوى وقهر الطبع الباعث على الفساد على ما بينا ولا يحصل شئ من ذلك اذا وصل الغذاء الى جوفه وكذا النائمة الصائمة جامعها زوجها ولم تنتبه أو المجنونة جامعها زوجها فسد صومها عندنا خلافا لزفر والكلام فيه على نحو ما ذكرنا ولو تمضمض أو استنشق فسبق الماء حلقه ودخل جوفه فان لم يكن ذاكرا لصومه لا يفسد صومه لانه لو شرب لم يفسد فهذا أولى وان كان ذاكرا فسد صومه عندنا وقال ابن أبى ليلى ان كان وضوؤه للصلاة المكتوبة لم يفسد وان كان للتطوع فسد وقال الشافعى لا يفسد أيهما كان وقال بعضهم ان تمضمض ثلاث مرات فسبق الماء حلقه لم يفسد وان زاد على الثلاث فسد وجه قول ابن أبى ليلى ان الوضوء للصلاة المكتوبة فرض فكان المضمضة والاستنشاق من ضرورات اكمال الفرض فكان الخطأ فيهما عذرا بخلاف صلاة التطوع وجه قول من فرق بين الثلاث وما زاد عليه ان السنة فيهما الثلاث فكان الخطأ فيهما من ضرورات اقامة السنة فكان عفوا وأما الزيادة على الثلاث فمن باب الاعتداء على ما قال النبى صلى الله عليه وسلم فمن زاد أو نقص فقد تعدى وظلم فلم يعذر فيه والكلام مع الشافعى على نحو ما ذكرنا فى الاكراه ويؤيد ما ذكرنا ان الماء لا يسبق الحلق فى المضمضة والاستنشاق عادة الا عند المبالغة فيهما والمبالغة مكروهة فى حق الصائم قال النبى صلى الله عليه وسلم للقيط بن صبرة بالغ فى المضمضة والاستنشاق الا أن تكون صائما فكان فى المبالغة متعديا فلم يعذر بخلاف الناسى ولو احتلم فى نهار رمضان فانزل لم يفطره لقول النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم القىء والحجامة والاحتلام ولانه لا صنع له فيه فيكون كالناسى ولو نظر الى امرأة وتفكر فانزل لم يفطره وقال مالك ان تتابع نظره فطره لان التتابع فى النظر كالمباشرة ولنا انه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى لعدم الاستمتاع بالنساء فاشبه الاحتلام بخلاف المباشرة ولو كان يأكل أو يشرب ناسيا ثم تذكر فالقى اللقمة أو قطع الماء أو كان يتسحر فطلع الفجر وهو يشرب الماء فقطعه أو يأكل فالقى اللقمة فصومه تام لعدم الاكل والشرب بعد التذكر والطلوع ولو كان يجامع امرأته فى النهار ناسيا لصومه فتذكر فنزع من ساعته أو كان يجامع فى الليل فطلع الفجر وهو مخالط فنزع من ساعته فصومه تام وقال زفر فسد صومه وعليه القضاء وجه قوله ان جزأ من الجماع حصل بعد طلوع الفجر والتذكر وانه يكفى لفساد الصوم لوجود المضادة له وان قل ولنا ان الموجود منه بعد الطلوع والتذكر هو النزع والنزع ترك الجماع وترك الشئ لا يكون محصلا له بل يكون اشتغالا بضده فلم يوجد منه الجماع بعد الطلوع والتذكر رأسا فلا يفسد صومه ولهذا لم يفسد فى الاكل والشرب كذا فى الجماع وهذا اذا نزع بعد ما تذكر أو بعد ما طلع الفجر فاما اذا لم ينزع وبقى فعليه القضاء ولا كفارة عليه فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه فرق بين الطلوع والتذكر فقال فى الطلوع عليه الكفارة وفى التذكر لا كفارة عليه وقال الشافعى عليه القضاء والكفارة فيهما جميعا وجه قوله انه وجد الجماع فى نهار رمضان متعمدا لوجوده بعد طلوع الفجر والتذكر فيوجب القضاء والكفارة وجه رواية أبى يوسف وهو الفرق بين الطلوع والتذكر ان فى الطلوع ابتداء الجماع كان عمدا والجماع جماع واحد بابتدائه وانتهائه والجماع العمد يوجب الكفارة وأما فى التذكر فابتداء الجماع كان ناسيا وجماع الناسى لا يوجب فساد الصوم فضلا عن وجوب الكفارة وجه ظاهر الرواية ان الكفارة انما تجب بافساد الصوم وافساد الصوم يكون بعد وجوده وبقاؤه فى الجماع يمنع وجود الصوم فاذا امتنع وجوده استحال الافساد فلا تجب الكفارة ووجوب القضاء لانعدام صومه اليوم لا لافساده بعد وجوده ولان هذا جماع لم يتعلق بابتدائه وجوب الكفارة فلا يتعلق بالبقاء عليه لأن الكل فعل واحد

وله شبهة الاتحاد وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة لما نذكره ولو أصبح جنبا في رمضان فصومه تام عند عامة الصحابة مثل علي وابن مسعود وزيد بن ثابت وأبي الدرداء وأبي ذر وابن عباس وابن عمر ومعاذ بن جبل رضي الله تعالى عنهم وعن أبي هريرة رضي الله عنه انه لا صوم له واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أصبح جنبا فلا صوم له محمد ورب الكعبة قاله راوي الحديث وأكده بالقسم ولعامة الصحابة قوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم الى قوله فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر أحل الله عز وجل الجماع في ليالي رمضان الى طلوع الفجر واذا كان الجماع في آخر الليل يبقى الرجل جنبا بعد طلوع الفجر لا محالة فدل ان الجنابة لا تضر الصوم وأما حديث أبي هريرة فقد ردته عائشة وأم سلمة فقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من غير احتلام ثم يتم صومه ذلك من رمضان وقالت أم سلمة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من قراف أي جماع مع انه خبر واحد ورد مخالفا للكتاب ولو نوى الصائم الفطر ولم يحدث شيأ آخر سوى النية فصومه تام وقال الشافعي بطل صومه وجه قوله ان الصوم لا بد له من النية وقد نقض نية الصوم بنية ضده وهو الافطار فبطل صومه لبطلان شرطه ولنا ان مجرد النية لا عبرة به في احكام الشرع ما لم يتصل به الفعل لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى عفا عن أمتي ما تحدثت به أنفسهم ما لم يتكلموا أو يفعلوا ونية الافطار لم يتصل بها الفعل وبه تبين انه ما نقض نية الصوم بنية الفطر لان نية الصوم نية اتصل بها الفعل فلا تبطل بنية لم يتصل بها الفعل على ان النية شرط انعقاد الصوم لا شرط بقائه منعقدا الا ترى انه يبقى مع النوم والنسيان والغفلة ولو ذرعه القيء لم يفطره سواء كان أقل من ملء الفم أو كان ملء الفم لقول النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام وقوله من قاء فلا قضاء عليه ولان ذرع القيء مما لا يمكن التحرز عنه بل يأتيه على وجه لا يمكنه دفعه فاشبه الناسي ولان الاصل أن لا يفسد الصوم بالقيء سواء ذرعه أو تقيأ لان فساد الصوم متعلق بالدخول شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم الفطر مما يدخل والوضوء مما يخرج علق كل جنس الفطر بكل ما يدخل ولو حصل لا بالدخول لم يكن كل جنس الفطر معلقا بكل ما يدخل لان الفطر الذي يحصل بما يخرج لا يكون ذلك الفطر حاصلا بما يدخل وهذا خلاف النص الا انا عرفنا الفساد بالاستقاء بنص آخر وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم ومن استقاء فعليه القضاء فبقي الحكم في الذرع على الاصل ولانه لا صنع له في الذرع وهو سبق القيء بل يحصل بغير قصده واختياره والانسان لا يؤاخذ بما لا صنع له فيه فلهذا لا يؤاخذ الناسي بفساد الصوم فكذا هذا الا ان هذا في معناه بل أولى لانه لا صنع له فيه أصلا بخلاف الناسي على ما مر فان عاد الى جوفه فان كان أقل من ملء الفم لا يفسد بلا خلاف وان كان ملء الفم فذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في قول أبي يوسف يفسد وفي قول محمد لا يفسد وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي الاختلاف على العكس فقال في قول أبي يوسف لا يفسد وفي قول محمد يفسد وجه قول من قال يفسد انه وجد المفسد وهو الدخول في الجوف لان القيء ملء الفم له حكم الخروج بدليل انتقاض الطهارة والطهارة لا تنتقض الا بخروج النجاسة فاذا عاد فقد وجد الدخول فيدخل تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم والفطر مما يدخل ووجه قول من قال لا يفسد ان العود ليس صنعه بل هو صنع الله تعالى على طريق التمحض يعني به مصنوعه لا صنع للعبد فيه رأسا فاشبه ذرع القيء وانه غير مفسد كذا عود القيء فان اعاده فان كان ملء الفم فسد صومه بالاتفاق لوجود الادخال متعمدا لما ذكرنا ان للقيء ملء الفم حكم الخروج حتى يوجب انتقاض الطهارة فاذا أعاده فقد أدخله في الجوف عن قصد فيوجب فساد الصوم وان كان أقل من ملء الفم ففي قول أبي يوسف لا يفسد وفي قول محمد يفسد وجه قول محمد انه وجد الدخول الى الجوف بصنعه فيفسد ولابي يوسف ان الدخول انما يكون بعد الخروج وقليل القيء ليس له حكم الخروج بدليل عدم انتقاض الطهارة به فلم يوجد الدخول فلا يفسد هذا الذي ذكرنا كله اذا ذرعه القيء فاما اذا استقاء فان كان ملء الفم يفسد صومه بلا خلاف لقول النبي صلى الله عليه

وسلم ومن استقاء فعليه القضاء وان كان أقل من ملء الفم لا يفسد في قول أبي يوسف وعند محمد يفسد واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم ومن استقاء فعليه القضاء مطلقا من غير فصل بين القليل والكثير وجه قول أبي يوسف ماذكرنا ان الاصل أن لا يفسد الصوم الا بالدخول بالنص الذي رويناه ولم يوجد ههنا فلا يفسد والحديث محمول على الكثير توفيقا بين الدليلين بقدر الامكان ثم كثير المستقاء لا يتفرع عليه العود والاعادة لان الصوم قد فسد بالاستقاء وكذا قليله في قول محمد لان عنده فسد الصوم بنفس الاستقاء وان كان قليلا وأما على قول أبي يوسف فان عاد لا يفسد وان أعاده ففيه عن أبي يوسف روايتان في رواية يفسد وفي رواية لا يفسد وما وصل الى الجوف أو الى الدماغ من المخارق الاصلية كالانف والاذن والدبر بان استعط أو احتقن أو أقطر في أذنه فوصل الى الجوف أو الى الدماغ فسد صومه أما اذا وصل الى الجوف فلا شك فيه لوجود الاكل من حيث الصورة وكذا اذا وصل الى الدماغ لانه له منفذا الى الجوف فكان بمنزلة زاوية من زوايا الجوف وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للقيط ابن صبرة بالغ في المضمضة والاستنشاق الا أن تكون صائما ومعلوم ان استثناء حالة الصوم للاحتراز عن فساد الصوم والا لم يكن للاستثناء معنى ولو وصل الى الرأس ثم خرج لا يفسد بان استعط بالليل ثم خرج بالنهار لانه لما خرج علم انه لم يصل الى الجوف أو لم يستقر فيه وأما ما وصل الى الجوف أو الى الدماغ عن غير المخارق الاصلية بان داوى الجائفة والآمة فان داواها بدواء يابس لا يفسد لانه لم يصل الى الجوف ولا الى الدماغ ولو علم انه وصل يفسد في قول أبي حنيفة وان داواها بدواء رطب يفسد عند أبي حنيفة وعندهما لا يفسد هما اعتبرا المخارق الاصلية لان الوصول الى الجوف من المخارق الاصلية متيقن به ومن غيرها مشكوك فيه فلا نحكم بالفساد مع الشك ولابي حنيفة ان الدواء اذا كان رطبا فالظاهر هو الوصول لوجود المنفذ الى الجوف فيبنى الحكم على الظاهر وأما الاقطار في الاحليل فلا يفسد في قول أبي حنيفة وعندهما يفسد قيل ان الاختلاف بينهم بناء على أمر خفي وهو كيفية خروج البول من الاحليل فعندهما ان خروجه منه لان له منفذا فاذا اقطر فيه يصل الى الجوف كالاقطار في الاذن وعند أبي حنيفة ان خروج البول منه من طريق الترشح كترشح الماء من الخزف الجديد فلا يصل بالاقطار فيه الى الجوف والظاهر ان البول يخرج منه خروج الشئ من منفذه كما قالا وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما وعلى هذه الرواية اعتمد أستاذي رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وقول محمد مع أبي حنيفة واما الاقطار في قبل المرأة فقد قال مشايخنا انه يفسد صومها بالاجماع لان لمثانتها منفذا فيصل الى الجوف كالاقطار في الأذن ولو طعن برمح فوصل الى جوفه أو الى دماغه فان أخرجه مع النصل لم يفسد وان بقي النصل فيه يفسد وكذا قالوا فيمن ابتلع لحما مربوطا على خيط ثم انتزعه من ساعته انه لا يفسد وان تركه فسد وكذا روى عن محمد في الصائم اذا أدخل خشبة في المقعد انه لا يفسد صومه الا اذا غاب طرفا الخشبة وهذا يدل على ان استقرار الداخل في الجوف شرط فساد الصوم ولو أدخل أصبعه في دبره قال بعضهم يفسد صومه وقال بعضهم لا يفسد وهو قول الفقيه أبي الليث لان الأصبع ليست بآلة الجماع فصارت كالخشب ولو اكتحل الصائم لم يفسد وان وجد طعمه في حلقه عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يفسد وجه قوله انه لما وجد طعمه في حلقه فقد وصل الى جوفه (ولنا) ماروى عن عبد الله بن مسعود انه قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان وعيناه مملوآتان كحلا كحلتهما أم سلمة ولانه لا منفذ من العين الى الجوف ولا الى الدماغ وما وجد من طعمه فذاك أثره لا عينه وانه لا يفسد كالغبار والدخان وكذا لو دهن رأسه أو أعضاءه فتشرب فيه انه لا يضره لانه وصل اليه الأثر لا العين ولو أكل حصاة أو نواة أو خشبا أو حشيشا أو نحو ذلك مما لا يؤكل عادة ولا يحصل به قوام البدن يفسد صومه لوجود الأكل صورة ولو جامع امرأته فيما دون الفرج فأنزل أو باشرها أو قبلها أو لمسها بشهوة فأنزل يفسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه وكذا اذا فعل ذلك فأنزلت المرأة لوجود الجماع من حيث المعنى وهو قضاء الشهوة بفعله وهو المس بخلاف النظر فانه ليس بجماع أصلا لانه ليس بقضاء للشهوة بل هو سبب لحصول الشهوة على ما نطق به الحديث اياكم والنظرة فانها تزرع في القلب

الشهوة ولو عالج ذكره فأمنى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يفسد وقال بعضهم يفسد وهو قول محمد بن سلمة والفقيه أبي الليث لوجود قضاء الشهوة بفعله فكان جماعا من حيث المعنى وعن محمد فيمن أولج ذكره في امرأته قبل الصبح ثم خشي الصبح فانتزع منها فأمنى بعد الصبح انه لا يفسد صومه وهو بمنزلة الاحتلام ولو جامع بهيمة فأنزل فسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه وان وجد الجماع صورة ومعنى وهو قضاء الشهوة لكن على سبيل القصور لسعة المحل ولو جامعها ولم ينزل لا يفسد ولو حاضت المرأة أو نفست بعد طلوع الفجر فسد صومها لان الحيض والنفاس منافيان للصوم لمنافاتهما أهلية الصوم شرعا بخلاف القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا فيما تقدم بخلاف ما اذا جن انسان بعد طلوع الفجر أو أغمي عليه وقد كان نوى من الليل ان صومه ذلك اليوم جائز لما ذكرنا ان الجنون والاغماء لا ينافيان أهلية الاداء وانما ينافيان النية بخلاف الحيض والنفاس والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم فساد الصوم ففساد الصوم يتعلق به أحكام بعضها يعم الصيامات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الكل فالاثم اذا أفسد بغير عذر لانه أبطل عمله من غير عذر وابطال العمل من غير عذر حرام لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وقال الشافعي كذلك الا في صوم التطوع بناء على ان الشروع في التطوع موجب للاتمام عندنا وعنده ليس بموجب والمسئلة ذكرناها في كتاب الصلاة وان كان بعذر لا يأثم واذا اختلف الحكم بالعذر فلا بد من معرفة الاعذار المسقطة للاثم والمؤاخذة فنبينها بتوفيق الله تعالى فنقول هي المرض والسفر والاكراه والحبل والرضاع والجوع والعطش وكبر السن لكن بعضها مرخص وبعضها مبيح مطلق لا موجب كما فيه خوف زيادة ضرر دون خوف الهلاك فهو مرخص وما فيه خوف الهلاك فهو مبيح مطلق بل موجب فنذكر جملة ذلك فنقول أما المرض فالمرخص منه هو الذي يخاف أن يزداد بالصوم واليه وقعت الاشارة في الجامع الصغير فانه قال في رجل خاف ان لم يفطر تزداد عيناه وجعا أو حماه شدة أفطر وذكر الكرخي في مختصره ان المرض الذي يبيح الافطار هو ما يخاف منه الموت أو زيادة العلة كائنا ما كانت العلة وروى عن أبي حنيفة انه ان كان بحال يباح له اداء صلاة الفرض قاعدا فلا بأس بأن يفطر والمبيح المطلق بل الموجب هو الذي يخاف منه الهلاك لان فيه القاء النفس الى التهلكة لا لاقامة حق الله تعالى وهو الوجوب والوجوب لا يبقى في هذه الحالة وانه حرام فكان الافطار مباحا بل واجبا وأما السفر فالمرخص منه هو مطلق السفر المقدر والاصل فيهما قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فمن كان منكم مريضا أو على سفر فأفطر بعذر المرض والسفر فعدة من أيام أخر دل ان المرض والسفر سببا الرخصة ثم السفر والمرض وان أطلق ذكرهما في الآية فالمراد منهما المقيد لان مطلق السفر ليس بسبب الرخصة لان حقيقة السفر هو الخروج عن الوطن أو الظهور وذا يحصل بالخروج الي الضيعة ولا تتعلق به الرخصة فعلم ان المرخص سفر مقدر بتقدير معلوم وهو الخروج عن الوطن على قصد مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا عندنا وعند الشافعي يوم وليلة وقد مضى الكلام في تقديره في كتاب الصلاة وكذا مطلق المرض ليس بسبب للرخصة لان الرخصة بسبب المرض والسفر لمعنى المشقة بالصوم تيسيرا لهما وتخفيفا عليهما على ما قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ومن الامراض ما ينفعه الصوم ويخفه ويكون الصوم على المريض أسهل من الاكل بل الاكل يضره ويشتد عليه ومن التعبد الترخص بما يسهل على المريض تحصيله والتضييق بما يشتد عليه وفي الآية دلالة وجوب القضاء على من أفطر بغير عذر لانه لما وجب القضاء على المريض والمسافر مع انهما أفطرا بسبب العذر المبيح للافطار فلان يجب على غير ذي العذر أولي وسواء كان السفر سفر طاعة أو مباح أو معصية عندنا وعند الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة والمسئلة مضت في كتاب الصلاة والله أعلم وسواء سافر قبل دخول شهر رمضان أو بعده ان له أن يترخص فيفطر عند عامة الصحابة وعن علي وابن عباس رضي الله عنهما انه اذا أهل في المصر ثم سافر لا يجوز له أن يفطر ووجه قولهما انه لما استهل في الحضر

لزمه صوم الاقامة وهو صوم الشهر حتما فهو بالسفر يريد اسقاطه عن نفسه فلا يملك ذلك كاليوم الذى سافر فيه انه لا يجوز له أن يفطر فيه لما بينا كذا هذا ولعامة الصحابة رضى الله عنهم قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر جعل الله مطلق السفر سبب الرخصة ولان السفر انما كان سبب الرخصة لمكان المشقة وانها توجد فى الحالين فتثبت الرخصة فى الحالين جميعا وأما وجه قولهما ان بالاهلال فى الحضر لزمه صوم الاقامة فنقول نعم اذا أقام أما اذا سافر يلزمه صوم السفر وهو أن يكون فيه رخصة الافطار لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فكان ما قلناه عملا بالآيتين فكان أولى بخلاف اليوم الذى سافر فيه لانه كان مقيما فى أول اليوم فدخل تحت خطاب المقيمين فى ذلك اليوم فلزمه اتمامه حتما فاما اليوم الثانى والثالث فهو مسافر فلا يدخل تحت خطاب المقيمين ولان من المشايخ من قال ان الجزء الأول من كل يوم سبب لوجوب صوم ذلك اليوم وهو كان مقيما فى أول الجزء فكان الجزء الأول سببا لوجوب صوم الاقامة وأما فى اليوم الثانى والثالث فهو مسافر فيه فكان الجزء الأول فى حقه سببا لوجوب صوم السفر فيثبت الوجوب مع رخصة الافطار ولو لم يترخص المسافر وصام رمضان جاز صومه وليس عليه القضاء فى عدة من أيام أخر وقال بعض الناس لا يجوز صومه فى رمضان ولا يعتد به ويلزمه القضاء وحكى القدورى فيه اختلافا بين الصحابة فقال يجوز صومه فى قول أصحابنا وهو قول على وابن عباس وعائشة وعثمان بن أبى العاص الثقفى رضى الله عنهم وعند عمر وابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم لا يجوز وجه هذا القول ظاهر قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أمر المسافر بالصوم فى أيام أخر مطلقا سواء صام فى رمضان أو لم يصم اذ الافطار غير مذكور فى الآية فكان هذا من الله تعالى جعل وقت الصوم فى حق المسافر أياما أخر واذا صام فى رمضان فقد صام قبل وقته فلا يعتد به فى منع لزوم القضاء وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من صام فى السفر فقد عصى أبا القاسم والمعصية مضادة للعبادة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر فقد حقق له حكم الافطار (ولنا) ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صام فى السفر وروى انه أفطر وكذا روى عن الصحابة انهم صاموا فى السفر وروى انهم أفطروا حتى روى ان عليا رضى الله عنه أهل هلال رمضان وهو يسير الى نهروان فأصبح صائما ولان الله تعالى جعل المرض والسفر من الاعذار المرخصة للافطار تيسيرا وتخفيفا على أربابها وتوسيعا عليهم قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر فلو تحتم عليهم الصوم فى غير السفر ولا يجوز فى السفر لكان فيه تعسير وتضييق عليهم وهذا يضاد موضوع الرخصة وينافى معنى التيسير فيؤدى الى التناقض فى وضع الشرع تعالى الله عن ذلك ولان السفر لما كان سبب الرخصة فلو وجب القضاء مع وجود الاداء لصار ما هو سبب الرخصة سبب زيادة فرض لم يكن فى حق غير صاحب العذر وهو القضاء مع وجود الاداء فيتناقض ولان جواز الصوم للمسافر فى رمضان مجمع عليه فان التابعين أجمعوا عليه بعد وقوع الاختلاف فيه بين الصحابة رضى الله عنهم والخلاف فى العصر الأول لا يمنع انعقاد الاجماع فى العصر الثانى بل الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عندنا على ما عرف فى أصول الفقه وبه تبين ان الافطار مضمر فى الآية وعليه اجماع أهل التفسير وتقديرها فمن كان منكم مريضا أو على سفر فأفطر فعدة من أيام أخر وعلى ذلك يجرى ذكر الرخص على انه ذكر الحظر فى القرآن قال الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى قوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه أى من اضطر فأكل لانه لا اثم يلحقه بنفس الاضطرار وقال تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فان أحصرتم فما استيسر من الهدى أى فان أحصرتم فأحللتم فما استيسر من الهدى لانه معلوم انه على النسك من الحج ما لم يوجد الاحلال وقال الله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من راسه ففدية من صيام أى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه فحلق ودفع الأذى عن رأسه ففدية من صيام ونظائره كثيرة فى القرآن والحديثان محمولان على ما اذا كان الصوم يجهده ويضعفه فاذا لم يفطر فى السفر فى هذه الحالة صار كالذى أفطر فى الحضر لانه يجب عليه الافطار فى هذه الحالة لما فى الصوم

فى هذه الحالة من القاء النفس الى التهلكة وانه حرام ثم الصوم فى السفر أفضل من الافطار عندنا اذا لم يجهده الصوم ولم يضعفه وقال الشافعى الافطار أفضل بناء على أن الصوم فى السفر عندنا عزيمة والافطار رخصة وعند الشافعى على العكس من ذلك وذكر القدورى فى المسئلة اختلاف الصحابة فقال روى عن حذيفة وعائشة وعروة بن الزبير مثل مذهبنا وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبه واحتج بما روينا من الحديثين فى المسئلة الاولى ولنا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم الى قوله تعالى ولتكملوا العدة والاستدلال بالآية من وجوه أحدها انه أخبر أن الصيام مكتوب على المؤمنين عاما أى مفروض اذ الكتابة هى الفرض لغة والثانى انه أمر بالقضاء عند الافطار بقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر والأمر بالقضاء عند الافطار دليل الفرضية من وجهين أحدهما أن القضاء لا يجب فى الآداب وانما يجب فى الفرائض والثانى أن القضاء بدل عن الأداء فيدل على وجوب الأصل والثالث أن الله تعالى من علينا باباحة الافطار بعذر المرض والسفر بقوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر أى يريد الاذن لكم بالافطار للعذر ولو لم يكن الصوم فرضا لم يكن للامتنان باباحة الفطر معنى لأن الفطر مباح فى صوم النفل بالامتناع عنه والرابع أنه قال ولتكملوا العدة شرط اكمال العدة فى القضاء وهو دليل لزوم حفظ المتروك لئلا يدخل التقصير فى القضاء وانما يكون ذلك فى الفرائض وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له حمولة تأوى الى شبع فليصم رمضان حيث أدركه أمر المسافر بصوم رمضان اذا لم يجهده الصوم فثبت بهذه الدلائل أن صوم رمضان فرض على المسافر الا أنه رخص له الافطار وأثر الرخصة فى سقوط المأثم لا فى سقوط الوجوب فكان وجوب الصوم عليه هو الحكم الاصلى وهو معنى العزيمة وروى عن أنس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال المسافر ان أفطر فرخصة وان يصم فهو أفضل وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وما ذكرنا من الدلائل فى هذه المسئلة حجة فى المسئلة الاولى لأنها تدل على وجوب الصوم على المسافر فى رمضان وما لا يعتد به لا يجب والجواب عن تعلقه بالحديثين ما ذكرناه فى المسئلة الاولى انهما يحملان على حال خوف التلف على نفسه لو صام عملا بالدلائل أجمع بقدر الامكان وهذا الذى ذكرنا من وجوب الصوم على المسافر فى رمضان قول عامة مشايخنا وعند بعضهم لا وجوب على المسافر فى رمضان والافطار مباح مطلق لانه ثبت رخصة وتيسيرا عليه ومعنى الرخصة وهو التيسير والسهولة فى الاباحة المطلقة أكمل لما فيه من سقوط الحظر والمؤاخذة جميعا الا أنه اذا ترك الترخص واشتغل بالعزيمة يعود حكم العزيمة لكن مع هذا الصوم فى حقه أفضل من الافطار لما روينا من حديث أنس رضى الله عنه وأما المبيح المطلق من السفر فما فيه خوف الهلاك بسبب الصوم والافطار فى مثله واجب فضلا عن الاباحة لما ذكرنا فى المرض وأما الاكراه على افطار صوم شهر رمضان بالقتل فى حق الصحيح المقيم فرخص والصوم أفضل حتى لو امتنع من الافطار حتى قتل يثاب عليه لان الوجوب ثابت حالة الاكراه وأثر الرخصة فى الاكراه فى سقوط المأثم بالترك لا فى سقوط الوجوب بل بقى الوجوب ثابتا والترك حراما واذا كان الصوم واجبا حالة الاكراه والافطار حراما كان حق الله تعالى قائما فهو بالامتناع بذل نفسه لاقامة حق الله تعالى طلبا لمرضاته فكان مجاهدا فى دينه فيثاب عليه وأما فى حق المريض والمسافر فالاكراه مبيح مطلق فى حقهما بل موجب والافضل هو الافطار بل يجب عليه ذلك ولا يسعه أن لا يفطر حتى لو امتنع من ذلك فقتل يأثم ووجه الفرق ان فى الصحيح المقيم الوجوب كان ثابتا قبل الاكراه من غير رخصة الترك أصلا فاذا جاء الاكراه وانه من أسباب الرخصة فكان أثره فى اثبات رخصة الترك لا فى اسقاط الوجوب فكان الوجوب قائما فكان حق الله تعالى قائما فكان بالامتناع باذلا نفسه لاقامة حق الله تعالى فكان أفضل كما فى الاكراه على اجراء كلمة الكفر والاكراه على اتلاف مال الغير فاما فى المريض والمسافر فالوجوب مع رخصة الترك كان ثابتا قبل الاكراه فلا بد وان يكون للاكراه أثر آخر لم يكن ثابتا قبله وليس ذلك الا اسقاط الوجوب رأسا واثبات الاباحة المطلقة فنزل منزلة الاكراه على أكل الميتة وهناك يباح له

الا قل بل يجب عليه كذا هنا والله أعلم واما حبل المرأة وارضاعها اذا خافتا الضرر بولدهما فمرخص لقوله تعالى
فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر وقد بينا أنه ليس المراد عين المرض فان المريض الذى لا يضره
الصوم ليس له أن يفطر فكان ذكر المرض كناية عن أمر يضر الصوم معه وقد وجد ههنا فيدخلان تحت رخصة
الافطار وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يفطر المريض والحبلى اذا خافت أن تضع ولدها والمرضع
اذا خافت الفساد على ولدها وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله وضع عن المسافر شطر الصلاة
وعن الحبلى والمرضع الصيام وعليهما القضاء ولا فدية عليهما عندنا وقال الشافعي عليهما القضاء والفدية لكل
يوم مد من حنطة والمسئلة مختلفة بين الصحابة والتابعين فروى عن علي من الصحابة والحسن من التابعين انهما
يقضيان ولا يفديان وبه أخذ أصحابنا وروى عن ابن عمر من الصحابة ومجاهد من التابعين انهما يقضيان ويفديان
وبه أخذ الشافعي احتج بقوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين والحامل والمرضع يطيقان الصوم
فدخلتا تحت الآية فتجب عليهما الفدية ولنا قوله تعالى فمن كان منكم مريضا الآية أوجب على المريض القضاء
فمن ضم اليه الفدية فقد زاد على النص فلا يجوز الا بدليل ولانه لما لم يوجب غيره دل انه كل حكم الحادثة لان تأخير
البيان عن وقت الحاجة لا يجوز وقد ذكرنا أن المراد من المرض المذكور ليس صورة المرض بل معناه وقد وجد
فى الحامل والمرضع اذا خافتا على ولدهما فيدخلان تحت الآية فكان تقدير قوله تعالى فمن كان منكم مريضا فمن
كان منكم به معنى يضره الصوم أو على سفر فعدة من أيام أخر وأما قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فقد قيل فى
بعض وجوه التأويل ان لا مضمرة فى الآية معناه وعلى الذين لا يطيقونه وانه جائز فى اللغة قال الله تعالى يبين الله لكم
أن تضلوا أى لا تضلوا وفى بعض القراآت وعلى الذين يطوقونه ولا يطيقونه على أنه لا حجة له فى الآية لان فيها شرع
الفداء مع الصوم على سبيل التخيير دون الجمع بقوله تعالى وان تصوموا خير لكم وقد نسخ ذلك بوجوب صوم شهر
رمضان حتما بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وعنده يجب الصوم والفداء جميعا دل أنه لا حجة له فيها
ولان الفدية لو وجبت انما تجب جبرا للفائت ومعنى الجبر يحصل بالقضاء ولهذا لا تجب على المريض والمسافر
وأما الجوع والعطش الشديد الذى يخاف منه الهلاك فمبيح مطلق بمنزلة المرض الذى يخاف منه الهلاك بسبب الصوم
لما ذكرنا وكذا كبر السن حتى يباح للشيخ الفانى أن يفطر فى شهر رمضان لانه عاجز عن الصوم وعليه الفدية
عند عامة العلماء وقال مالك لا فدية عليه وجه قوله ان الله تعالى أوجب الفدية على المطيق للصوم بقوله تعالى وعلى
الذين يطيقونه فدية طعام مسكين وهو لا يطيق الصوم فلا تلزمه الفدية وما قاله مالك خلاف اجماع السلف فان أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجبوا الفدية على الشيخ الفانى فكان ذلك اجماعا منهم على أن المراد من الآية الشيخ
الفانى اما على اضمار حرف لا فى الآية على ما بينا واما على اضمار كانوا أى وعلى الذين كانوا يطيقونه أى الصوم
ثم عجزوا عنه فدية طعام مسكين والله أعلم ولان الصوم لما فاته مست الحاجة الى الجابر وتعذر جبره بالصوم فيجبر
بالفدية وتجعل الفدية مثلا للصوم شرعا فى هذه الحالة للضرورة كالقيمة فى ضمان المتلفات ومقدار الفدية مقدار
صدقة الفطر وهو أن يطعم عن كل يوم مسكينا مقدار ما يطعم فى صدقة الفطر وقد ذكرنا ذلك فى صدقة الفطر وذكرنا
الاختلاف فيه ثم هذه الاعذار كما ترخص أو تبيح الفطر فى شهر رمضان ترخص أو تبيح فى المنذور فى وقت بعينه حتى
لو جاء وقت الصوم وهو مريض مرضا لا يستطيع معه الصوم أو يستطيع مع ضرر أفطر وقضى وأما الذى يخص
البعض دون البعض فاما صوم رمضان فيتعلق بفساده حكمان أحدهما وجوب القضاء والثانى وجوب الكفارة أما
وجوب القضاء فانه يثبت بمطلق الافساد سواء كان صورة ومعنى أو صورة لا معنى أو معنى لا صورة وسواء كان عمدا
أو خطأ وسواء كان بعذر أو بغير عذر لان القضاء يجب جبرا للفائت فيستدعى فوات الصوم لا غير والفوات يحصل
بمطلق الافساد فتقع الحاجة الى الجبر بالقضاء ليقوم مقام الفائت فينجبر الفوات معنى واما وجوب الكفارة فيتعلق
بافساد مخصوص وهو الافطار الكامل بوجود الأكل أو الشرب أو الجماع صورة ومعنى متعمدا من غير عذر

مبيح ولا مرخص ولا شبهة الاباحة ونعنى بصورة الاكل والشرب ومعناهما ايصال مايقصد به التغذى أو التداوى الى جوفه من الفم لان به يحصل قضاء شهوة البطن على سبيل الكمال ونعنى بصورة الجماع ومعناه ايلاج الفرج فى القبل لأن كمال قضاء شهوة الفرج لا يحصل الا به ولا خلاف فى وجوب الكفارة على الرجل بالجماع والاصل فيه حديث الاعرابى وهو ماروى ان اعرابيا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يارسول الله هلكت وأهلكت فقال ماذا صنعت قال واقعت امرأتى فى نهار رمضان متعمدا وأنا صائم فقال أعتق رقبة وفى بعض الروايات قال له من غير عذر ولا سفر قال نعم فقال أعتق رقبة واما المرأة فكذلك يجب عليها عندنا اذا كانت مطاوعة وللشافعى قولان فى قول لا يجب عليها أصلا وفى قول يجب عليها و يتحملها الرجل وجه قوله الاول أن وجوب الكفارة عرف نصا بخلاف القياس لما ذكر والنص ورد فى الرجل دون المرأة وكذا ورد بالوجوب بالوطء وانه لا يتصور من المرأة فانها موطوءة وليست بواطئة فبقى الحكم فيها على أصل القياس وجه قوله الثانى أن الكفارة انما وجبت عليها بسبب فعل الرجل فوجب عليه التحمل كثمن ماء الاغتسال ولنا أن النص وان ورد فى الرجل لكنه معلول بمعنى يوجد فيهما وهو افساد صوم رمضان بافطار كامل حرام محض متعمدا فتجب الكفارة عليها بدلالة النص وبه تبين انه لا سبيل الى التحمل لان الكفارة انما وجبت عليها بفعلها وهو افساد الصوم ويجب مع الكفارة القضاء عند عامة العلماء وقال الاوزاعى ان كفر بالصوم فلا قضاء عليه وزعم أن الصومين يتداخلان وهذا غير سديد لان صوم الشهرين يجب تكفيرا زجرا عن جناية الافساد أو رفعا لذنب الافساد وصوم القضاء يجب جبرا للفائت فكل واحد منهما شرع لغير ما شرع له الآخر فلا يسقط صوم القضاء بصوم شهرين كما لا يسقط بالاعتاق وقد روى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الذى واقع امرأته ان يصوم يوما ولو جامع فى الموضع المكروه فعليه الكفارة فى قول أبى يوسف ومحمد لانه يجب به الحد فلان تجب به الكفارة أولى وعن أبى حنيفة روايتان روى الحسن عنه أنه لا كفارة عليه وروى أبو يوسف عنه اذا توارت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل وعليه القضاء والكفارة وجه رواية الحسن انه لا يتعلق به وجوب الحد فلا يتعلق به وجوب الكفارة والجامع أن كل واحد منهما شرع للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده وهذا يندر ولان المحل مكروه فاشبه وطء الميتة وجه رواية أبى يوسف ان وجوب الكفارة يعتمد افساد الصوم بافطار كامل وقد وجد لوجود الجماع صورة ومعنى ولو أكل أو شرب مايصلح به البدن اما على وجه التغذى أو التداوى متعمدا فعليه القضاء والكفارة عندنا وقال الشافعى لا كفارة عليه وجه قوله ان وجوب الكفارة ثبت معدولا به عن القياس لان وجوبها لرفع الذنب والتوبة كافية لرفع الذنب ولان الكفارة من باب المقادير والقياس لا يهتدى الى تعيين المقادير وانما عرف وجوبها بالنص والنص ورد فى الجماع والأكل والشرب ليسا فى معناه لان الجماع أشد حرمة منهما حتى يتعلق به وجوب الحد دونهما فالنص الوارد فى الجماع لا يكون واردا فى الاكل والشرب فيقتصر على مورد النص ولنا ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من أفطر فى رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وعلى المظاهر الكفارة بنص الكتاب فكذا على المفطر متعمدا ولنا أيضا الاستدلال بالمواقعة والقياس عليها اما الاستدلال بها فهو ان الكفارة فى المواقعة وجبت لكونها افسادا لصوم رمضان من غير عذر ولا سفر على ما نطق به الحديث والاكل والشرب افساد لصوم رمضان متعمدا من غير عذر ولا سفر فكان ايجاب الكفارة هنالك ايجابا ههنا دلالة والدليل على ان الوجوب فى المواقعة لما ذكرنا وجهان أحدهما مجمل والآخر مفسر أما المجمل فالاستدلال بحديث الاعرابى ووجهه ماذكرناه فى الخلافيات واما المفسر فلان افساد صوم رمضان ذنب ورفع الذنب واجب عقلا وشرعا لكونه قبيحا والكفارة تصلح رافعة له لانها حسنة وقد جاء الشرع بكون الحسنات من التوبة والايمان والاعمال الصالحات رافعة للسيئات الا ان الذنوب مختلفة المقادير وكذا الروافع لها لا يعلم مقاديرها الا الشارع للاحكام وهو الله تعالى فمتى ورد

الشرع فى ذنب خاص بايجاب رافع خاص ووجد مثل ذلك الذنب فى موضع آخر كان ذلك ايجابا لذلك الرافع فيه ويكون الحكم فيه ثابتا بالنص لا بالتعليل والقياس والله أعلم وجه القياس على المواقعة فهو ان الكفارة هنالك وجبت للزجر عن افساد صوم رمضان صيانة له فى الوقت الشريف لانها تصلح زاجرة والحاجة مست الى الزاجر اما الصلاحية فلان من تأمل انه لو أفطر يوما من رمضان لزمه اعتاق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا لامتنع منه وانما الحاجة الى الزجر فلوجود الداعى الطبعى الى الاكل والشرب والجماع وهو شهوة الاكل والشرب والجماع وهذا فى الاكل والشرب أكثر لان الجوع والعطش يقلل الشهوة فكانت الحاجة الى الزجر عن الاكل والشرب أكثر فكان شرع الزاجر هنالك شرعا ههنا من طريق الاولى وعلى هذه الطريقة يمنع عدم جواز ايجاب الكفارة بالقياس لان الدلائل المقتضية لكون القياس حجة لا يفصل بين الكفارة وغيرها ولو أكل ما لا يتغذى به ولا يتداوى كالحصاة والنواة والتراب وغيرها فعليه القضاء ولا كفارة عليه عند عامة العلماء وقال مالك عليه الكفارة لانه وجد الافطار من غير عذر ولنا ان هذا افطار صورة لا معنى لان معنى الصوم وهو الكف عن الاكل والشرب الذى هو وسيلة الى العواقب الحميدة قائم وانما الفائت صورة الصوم الا انا ألحقنا الصورة بالحقيقة وحكمنا بفساد الصوم احتياطا ولو بلع جوزة صحيحة يابسة أو لوزة يابسة فعليه القضاء ولا كفارة عليه لوجود الاكل صورة لا معنى لانه لا يعتاد أكله على هذا الوجه فاشبه أكل الحصا ولو مضغ الجوزة أو اللوزة اليابسة حتى يصل المضغ الى جوفها حتى ابتلعه فعليه القضاء والكفارة كذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف لانه أكل لبها الا انه ضم اليها ما لا يؤكل عادة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لو أكل لوزة صغيرة فعليه القضاء والكفارة وقوله فى اللوزة محمول على اللوزة الرطبة لانها مأكولة كلها كالخوخة ولو أكل جوزة رطبة فعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه لا يؤكل عادة ولا يحصل به التغذى والتداوى ولو أكل عجينا أو دقيقا فعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه لا يقصد بهما التغذى ولا التداوى فلا يفوت معنى الصوم وذكر فى الفتاوى رواية عن محمد انه فرق بين الدقيق والعجين فقال فى الدقيق القضاء والكفارة وفى العجين القضاء دون الكفارة ولو قضم حنطة فعليه القضاء والكفارة كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لان هذا مما يقصد بالاكل ولو ابتلع اهليلجة روى ابن رستم عن محمد أن عليه القضاء ولا كفارة لانه لا يتداوى بها على هذه الصفة وروى هشام عنه ان عليه الكفارة قال الكرخى وهذا أقيس عندى لانه يتداوى بها على هذه الصفة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد وكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان عليه الكفارة ولو أكل طينا فعليه القضاء ولا كفارة لما قلنا الا أن يكون أرمينا فعليه القضاء والكفارة وكذا روى ابن رستم عن محمد قال محمد لانه بمنزلة الغار يقون أى يتداوى به قال ابن رستم فقلت له هذا الطين الذى يقلى يأكله الناس قال لا أدرى ما هذا فكانه لم يعلم انه يتداوى به أو لا ولو أكل ورق الشجر فان كان مما يؤكل عادة فعليه القضاء والكفارة وان كان مما لا يؤكل فعليه القضاء ولا كفارة عليه ولو أكل مسكا أو غالية أو زعفران فعليه القضاء والكفارة لان هذا يؤكل ويتداوى به وروى عن محمد فيمن تناول سمسمة قال فطرته ولم يذكر ان عليه الكفارة أو لا واختلف المشايخ فيه قال محمد بن مقاتل الرازى عليه القضاء والكفارة وقال أبو القاسم الصفار عليه القضاء ولا كفارة عليه وقد ذكرنا ان السمسمة لو كانت بين أسنانه فابتلعها انه لا يفسد لانه لا يمكن التحرز عنه وروى عن أبى يوسف فيمن امتص سكرة بفيه فى رمضان متعمدا حتى دخل الماء حلقه عليه القضاء والكفارة لان السكر هكذا يؤكل ولو مص اهليلجة فدخل الماء حلقه قال لا يفسد صومه ذكره فى الفتاوى ولو خرج من بين أسنانه دم فدخل حلقه أو ابتلعه فان كانت الغلبة للدم فسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه وان كانت الغلبة للبزاق فلا شئ عليه وان كانا سواء فالقياس ان لا يفسد وفى الاستحسان يفسد احتياطا ولو أخرج البزاق من فيه ثم ابتلعه فعليه القضاء ولا كفارة عليه وكذا اذا ابتلع بزاق غيره لان هذا مما يعاف منه حتى لو ابتلع لعاب حبيبه أو صديقه ذكر الشيخ الامام الزاهد شمس الائمة الحلوانى ان عليه القضاء والكفارة لان الحبيب لا يعاف ريق حبيبه أو صديقه ولو أكل

لحما قديدا فعليه القضاء والكفارة لانه يؤكل في الجملة ولو أكل شحما قديدا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا كفارة عليه لانه لا يؤكل وقال الفقيه أبو الليث ان عليه القضاء والكفارة كما في اللحم لانه يؤكل في الجملة كاللحم القديد ولو أكل ميتة فان كانت قد انتنت ودودت فعليه القضاء ولا كفارة عليه وان كانت غير ذلك فعليه القضاء والكفارة ولو اولج ولم ينزل فعليه القضاء والكفارة لوجود الجماع صورة ومعنى اذ الجماع هو الايلاج فاما الانزال ففراغ من الجماع فلا يعتبر ولو أنزل فيما دون الفرج فعليه القضاء ولا كفارة عليه لقصور في الجماع لوجوده معنى لا صورة وكذلك اذا وطئ بهيمة فانزل لقصور في قضاء الشهوة لسعة المحل ونبوة الطبع ولو أخذ لقمة من الخبز ليأكلها وهو ناس فلما مضغها تذكر انه صائم فابتلعها وهو ذاكر ذكر في عيون المسائل ان في هذه المسئلة أربعة أقوال للمتأخرين قال بعضهم لا كفارة عليه وقال بعضهم عليه الكفارة وقال بعضهم ان ابتلعها قبل أن يخرجها فلا كفارة عليه فان أخرجها من فيه ثم أعادها فابتلعها فعليه الكفارة وقال بعضهم ان ابتلعها قبل أن يخرجها فعليه الكفارة وان أخرجها من فيه ثم أعادها فلا كفارة عليه قال الفقيه أبو الليث هذا القول أصح لانه لما أخرجها صار بحال يعاف منها وما دامت في فيه فانه يتلذذ بها ولو تسحر على ظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو طالع أو أفطر على ظن ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب فعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه لم يفطر متعمدا بل خاطئا ألا ترى انه لا اثم عليه ولو أصبح صائما في سفره ثم أفطر متعمدا فلا كفارة عليه لان السبب المبيح من حيث الصورة قائم وهو السفر فاورث شبهة وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة والأصل فيه ان الشبهة اذا استندت الى صورة دليل فان لم يكن دليلا في الحقيقة بل من حيث الظاهر اعتبرت في منع وجوب الكفارة والا فلا وقد وجدت ههنا وهي صورة السفر لانه مرخص أو مبيح في الجملة ولو أكل أو شرب أو جامع ناسيا أو ذرعه القيء فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء ولا كفارة عليه لان الشبهة ههنا استندت الى ما هو دليل في الظاهر لوجود المضاد للصوم في الظاهر وهو الاكل والشرب والجماع حتى قال مالك بفساد الصوم بالاكل ناسيا وقال أبو حنيفة لولا قول الناس لقلت له يقضي وكذا القيء لانه لا يخلو عن عود بعضه من الفم الى الجوف فكانت الشبهة في موضع الاشتباه فاعتبرت قال محمد الا أن يكون بلغه أي بلغه الخبر ان اكل الناسي والقيء لا يفطران فتجب الكفارة لانه ظن في غير موضع الاشتباه فلا يعتبر وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا كفارة عليه سواء بلغه الخبر وعلم أن صومه لم يفسد أو لم يبلغه ولم يعلم فان احتجم فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا ان استفتى فقيها فافتاه بانه قد أفطر فلا كفارة عليه لان العامي يلزمه تقليد العالم فكانت الشبهة مستندة الى صورة دليل وان بلغه خبر الحجامة وهو المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا كفارة عليه لان ظاهر الحديث واجب العمل به في الاصل فاورث شبهة وروى عن أبي يوسف انه تجب عليه الكفارة لان الواجب على العامي الاستفتاء من المفتي لا العمل بظواهر الاحاديث لان الحديث قد يكون منسوخا وقد يكون ظاهره متروكا فلا يصير ذلك شبهة وان لم يستفت فقيها ولا بلغه الخبر فعليه القضاء والكفارة لان الحجامة لا تنافي ركن الصوم في الظاهر وهو الامساك عن الاكل والشرب والجماع فلم تكن هذه الشبهة مستندة الى دليل أصلا ولو لمس امرأة بشهوة أو قبلها أو ضاجعها ولم ينزل فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة لان ذلك لا ينافي ركن الصوم في الظاهر فكان ظنه في غير موضعه فكان ملحقا بالعدم الا اذا تأول حديثا أو استفتى فقيها فافطر على ذلك فلا كفارة عليه وان أخطأ الفقيه ولم يثبت الحديث لان ظاهر الحديث والفتوى يصير شبهة ولو اغتاب انسانا فظن ان ذلك يفطره ثم أكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة وان استفتى فقيها أو تأول حديثا لانه لا يعتد بفتوى الفقيه ولا بتأويله الحديث ههنا لان ذلك مما لا يشتبه على من له سمة من الفقه وهو لا يخفى على احد ان ليس المراد من المروي الغيبة تفطر الصائم حقيقة الافطار فلم يصر ذلك شبهة وكذا لو دهن شاربه فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة وان استفتى فقيها أو تأول حديثا لما قلنا والله أعلم ولو أفطر وهو مقيم فوجبت عليه الكفارة ثم سافر في يومه ذلك

لم تسقط عنه الكفارة ولو مرض في يومه ذلك مرضا يرخص الافطار أو يبيحه تسقط عنه الكفارة ووجه الفرق ان في المرض معنى يوجب تغيير الطبيعة عن الصحة الى الفساد وذلك المعنى يحدث في الباطن ثم يظهر أثره في الظاهر فلما مرض في ذلك اليوم علم أنه كان موجودا وقت الافطار لكنه لم يظهر أثره في الظاهر فكان المرخص أو المبيح موجودا وقت الافطار فمنع انعقاد الافطار موجبا للكفارة أو وجود أصله أورث شبهة في الوجوب وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة وهذا المعنى لا يتحقق في السفر لانه اسم للخروج والانتقال من مكان الى مكان وانه يوجد مقصورا على حال وجوده فلم يكن المرخص أو المبيح موجودا وقت الافطار فلا يؤثر في وجوبها وكذلك اذا أفطرت المرأة ثم حاضت في ذلك اليوم او نفست سقطت عنها الكفارة لان الحيض دم مجتمع في الرحم يخرج شيأ فشيأ فكان موجودا وقت الافطار لكنه لم يبرز فمنع وجوب الكفارة ولو سافر في ذلك اليوم مكرها لا تسقط عنه الكفارة عند أبي يوسف وعند زفر تسقط والصحيح قول أبي يوسف لما ذكرنا أن المرخص أو المبيح وجد مقصورا على الحال فلا يؤثر في الماضي ولو جرح نفسه فمرض مرضا شديدا مرخصا للافطار أو مبيحا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يسقط وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لأن المرض ههنا حدث من الجرح وانها وجدت مقصورة على الحال فكان المرض مقصورا على حال حدوثه فلا يؤثر في الزمان الماضي والله أعلم ومن أصبح في رمضان لا ينوي الصوم فأكل أو شرب او جامع عليه قضاء ذلك اليوم ولا كفارة عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الكفارة بناء على أن صوم رمضان يتأدى بدون النية عنده فوجد افساد صوم رمضان بشرائطه وعندنا لا يتأدى فلم يوجد الصوم فاستحال الافساد وروى عن أبي يوسف ان أكل قبل الزوال فعليه القضاء والكفارة وان أكل بعد الزوال فلا كفارة عليه كذا ذكر القدوري الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه وجه قول من فصل بين ما قبل الزوال أو بعده أن الامساك قبل الزوال كان بفرض أن يصير صوما قبل الأكل والشرب والجماع لجواز أن ينوي فاذا أكل فقد أبطل الفرضية وأخرجه من أن يصير صوما فكان افسادا للصوم معنى بخلاف ما بعد الزوال لأن الأكل بعد الزوال لم يقع ابطالا للفرضية لبطلانها قبل الأكل وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن أصبح لا ينوي صوما ثم نوى قبل الزوال ثم جامع في بقية يومه فلا كفارة عليه وروى عن أبي يوسف أن عليه الكفارة وجه قوله أن صوم رمضان يتأدى بنية من النهار قبل الزوال عند أصحابنا فكانت النية من النهار والليل سواء وجه ظاهر الرواية أنه لو جامع في أول النهار لا كفارة عليه فكذا اذا جامع في آخره لأن اليوم في كونه محلا للصوم لا يتجزأ أو يوجب ذلك شبهة في آخر اليوم وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة وذكر في المنتقى فيمن أصبح ينوي الفطر ثم عزم على الصوم ثم أكل متعمدا أنه لا كفارة عليه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الكفارة والكلام من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو جامع في رمضان متعمدا مرارا بأن جامع في يوم ثم جامع في اليوم الثاني ثم في الثالث ولم يكفر فعليه لجميع ذلك كله كفارة واحدة عندنا وعند الشافعي عليه لكل يوم كفارة ولو جامع في يوم ثم كفر ثم جامع في يوم آخر فعليه كفارة أخرى في ظاهر الرواية وروى زفر عن أبي حنيفة أنه ليس عليه كفارة أخرى ولو جامع في رمضانين ولم يكفر للاول فعليه لكل جماع كفارة في ظاهر الرواية وذكر محمد في الكيسانيات أن عليه كفارة واحدة وكذا حكى الطحاوي عن أبي حنيفة وجه قول الشافعي أنه تكرر سبب وجوب الكفارة وهو الجماع عنده وافساد الصوم عندنا والحكم يتكرر بتكرر سببه وهو الأصل الا في موضع فيه ضرورة كما في العقوبات البدنية وهي الحدود لما في التكرر من خوف الهلاك ولم يوجد ههنا فيتكرر الوجوب ولهذا تكرر في سائر الكفارات وهي كفارة القتل واليمين والظهار ولنا حديث الاعرابي أنه لما قال واقعت امرأتي أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعتاق رقبة واحدة بقوله اعتق رقبة وان كان قوله واقعت يحتمل المرة والتكرار ولم يستفسر فدل أن الحكم لا يختلف بالمرة والتكرار ولأن معنى الزجر لازم في هذه الكفارة أعني كفارة الافطار بدليل اختصاص وجوبها بالعمد المحض في الجناية الخالصة الخالية عن

الشبهة بخلاف سائر الكفارات والزجر يحصل بكفارة واحدة بخلاف ما اذا جامع فكفر ثم جامع لأنه لما جامع بعد ما كفر علم أن الزجر لم يحصل بالاول ولو أفطر فى يوم فاعتق ثم أفطر فى اليوم الثانى فأعتق ثم أفطر فى اليوم الثالث فأعتق ثم استحقت الرقبة الاولى فلا شئ عليه لأن الثانية تجزئ عن الاولى وكذا لو استحقت الثانية لان الثالثة تجزئ عن الثانية ولو استحقت الثالثة فعليه اعتاق رقبة واحدة لأن ما تقدم لا يجزئ عما تأخر ولو استحقت الثانية أيضا فعليه اعتاق رقبة واحدة لليوم الثانى والثالث ولو استحقت الأولى أيضا فعليه كفارة واحدة لأن الاعتاق بالاستحقاق يلتحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وقد أفطر فى ثلاثة أيام ولم يكفر لشئ منها فتكفيه كفارة واحدة ولو استحقت الاولى والثالثة دون الثانية أعتق رقبة واحدة لليوم الثالث لأن الثانية اجزأت عن الأولى والاصل فى هذا الجنس أن الاعتاق الثانى يجزئ عما قبله ولا يجزئ عما بعده وأما صيام غير رمضان فلا يتعلق بافساد شئ منه وجوب الكفارة لأن وجوب الكفارة بافساد صوم رمضان عرف بالتوقيف وانه صوم شريف فى وقت شريف لا يوازيهما غيرهما من الصيام والاوقات فى الشرف والحرمة فلا يلحق به فى وجوب الكفارة وأما وجوب القضاء فأما الصيام المفروض فان كان الصوم متتابعا كصوم الكفارة والمنذور متتابعا فعليه الاستقبال لفوات الشرائط وهو التتابع ولو لم يكن متتابعا كصوم قضاء رمضان والنذر المطلق عن الوقت والنذر فى وقت بعينه فحكمه أن لا يعتد به عما عليه ويلحق بالعدم وعليه ما كان قبل ذلك فى قضاء رمضان والنذر المطلق وفى المنذور فى وقت بعينه عليه قضاء ما افسد وأما صوم التطوع فعليه قضاؤه عندنا خلافا للشافعى وقد روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين فأهدى الينا حيس فأكلنا منه فسألت حفصة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اقضيا يوما مكانه والكلام فى وجوب القضاء مبنى على الكلام فى وجوب المضى وقد ذكرناه فى كتاب الصلاة واختلف أصحابنا فى الصوم المظنون اذا أفسده بان شرع فى صوم أو صلاة على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فأفطر متعمدا قال أصحابنا الثلاثة لا قضاء عليه لكن الافضل أن يمضى فيه وقال زفر عليه القضاء وحكى الطحاوى عن أبى حنيفة فيمن شرع فى صلاة يظن انها عليه مثل قول زفر وعلى هذا الخلاف اذا شرع فى صوم الكفارة ثم أيسر فى خلاله فافطر متعمدا وجه قول زفر انه لما تبين أنه ليس عليه تبين أنه شرع فى النفل ولهذا ندب الى المضى فيه والشروع فى النفل ملزم على أصل أصحابنا فيلزمه المضى فيه ويلزمه القضاء اذا أفسد كما لو شرع فى النفل ابتداء ولهذا كان الشروع فى الحج المظنون ملزما كذا الصوم ولنا أنه شرع مسقطا لا موجبا فلا يجب عليه المضى ودليل ذلك أنه قصد بالشروع اسقاط ما فى ذمته فاذا تبين أنه ليس فى ذمته شئ من ذلك لم يصح قصدا والشروع فى العبادة لا يصح من غير قصد الا أنه استحب له أن يمضى فيه لشروعه فى العبادة فى زعمه وتشبهه بالشارع فى العبادة فيثاب عليه كما يثاب المتشبه بالصائمين بامساك بقية يومه اذا افطر بعذر والاشتباه مما يكثر وجوده فى باب الصوم فلو أوجبنا عليه القضاء اوقع فى الحرج بخلاف الحج فان وقوع الشك والاشتباه فى باب الحج نادر غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم فلا يكون فى ايجاب القضاء عليه حرج والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الصوم المؤقت اذا فات عن وقته فالصوم المؤقت نوعان صوم رمضان والمنذور فى وقت بعينه أما صوم رمضان فيتعلق بفواته أحكام ثلاثة وجوب امساك بقية اليوم تشبها بالصائمين فى حال ووجوب القضاء فى حال ووجوب الفداء فى حال أما وجوب الامساك تشبها بالصائمين فكل من كان له عذر فى صوم رمضان فى أول النهار مانع من الوجوب أو مبيح للفطر ثم زال عذره وصار بحال لو كان عليه فى أول النهار لوجب عليه الصوم ولا يباح له الفطر كالصبى اذا بلغ فى بعض النهار وأسلم الكافر وأفاق المجنون وطهرت الحائض وقدم المسافر مع قيام الاهلية يجب عليه امساك بقية اليوم وكذا من وجب عليه الصوم فى أول النهار لوجود سبب الوجوب والاهلية ثم تعذر عليه المضى فيه بان أفطر متعمدا أو أصبح يوم الشك مفطرا ثم تبين انه من رمضان أو تسحر على

ظن

ظن أن الفجر لم يطلع ثم تبين له انه طلع فانه يجب عليه الامساك فى بقية اليوم تشبها بالصائمين وهذا عندنا وأما عند الشافعى فكل من وجب عليه الصوم فى أول النهار ثم تعذر عليه المضى مع قيام الأهلية يجب عليه امساك بقية اليوم تشبها ومن لا فلا فعلى قوله لا يجب الامساك على الصبى اذا بلغ فى بعض النهار والكافر اذا أسلم والمجنون اذا أفاق والحائض اذا طهرت والمسافر اذا قدم مصره لأنه لم يجب عليهم الصوم فى أول النهار وجه قوله أن الامساك تشبها يجب خلفا عن الصوم والصوم لم يجب فلم يجب الامساك خلفا ولهذا لو قال لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم بعد ما أكل الناذر فيه أنه لا يجب الامساك كذا ههنا ولنا ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى يوم عاشوراء الا من أكل فلا يأكلن بقية يومه وصوم عاشوراء كان فرضا يومئذ ولأن زمان رمضان وقت شريف فيجب تعظيم هذا الوقت بالقدر الممكن فاذا عجز عن تعظيمه بتحقيق الصوم فيه يجب تعظيمه بالتشبه بالصائمين قضاء لحقه بالقدر الممكن اذا كان أهلا للتشبه ونفيا لتعريض نفسه للتهمة وفى حق هذا المعنى الوجوب فى أول النهار وعدم الوجوب سواء وقوله التشبه وجب خلفا عن الصوم ممنوع بل يجب قضاء لحرمة الوقت بقدر الامكان لا خلفا بخلاف مسئلة النذر لأن الوقت لا يستحق التعظيم حتى يجب قضاء حقه بامساك بقية اليوم وههنا بخلافه وأما وجوب القضاء فالكلام فى قضاء صوم رمضان يقع فى مواضع فى بيان أصل وجوب القضاء وفى بيان شرائط وجوب القضاء وفى بيان وقت وجوبه وكيفية الوجوب وفى بيان شرائط جوازه أما أصل الوجوب فلقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فأفطر فعدة من أيام أخر ولأن الاصل فى العبادة المؤقتة اذا فاتت عن وقتها أن تقضى لما ذكرنا فى كتاب الصلاة وسواء فاته صوم رمضان بعذر او بغير عذر لأنه لما وجب على المعذور فلأن يجب على المقصر أولى ولأن المعنى يجمعهما وهو الحاجة الى جبر الفائت بل حاجة غير المعذور أشد وأما بيان شرائط وجوبه فمنها القدرة على القضاء حتى لو فاته صوم رمضان بعذر المرض أو السفر ولم يزل مريضا أو مسافرا حتى مات لقى الله ولا قضاء عليه لأنه مات قبل وجوب القضاء عليه لكنه ان أوصى بأن يطعم عنه صحت وصيته وان لم يجب عليه ويطعم عنه من ثلث ماله لأن صحة الوصية لا تتوقف على الوجوب كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء أنه يصح وان لم يجب عليه شئ كذا هذا فان برأ المريض أو قدم المسافر وأدرك من الوقت بقدر ما فاته يلزمه قضاء جميع ما أدرك لأنه قدر على القضاء لزوال العذر فان لم يصم حتى أدركه الموت فعليه ان يوصى بالفدية وهى ان يطعم عنه لكل يوم مسكينا لأن القضاء قد وجب عليه ثم عجز عنه بعد وجوبه بتقصير منه فيتحول الوجوب الى بدله وهو الفدية والأصل فيه ماروى أبو مالك الأشجعى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أدركه رمضان وهو شديد المرض لا يطيق الصوم فمات هل يقضى عنه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات قبل ان يطيق الصيام فلا يقضى عنه وان مات وهو مريض وقد أطاق الصيام فى مرضه ذلك فليقض عنه والمراد منه القضاء بالفدية لا بالصوم لما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلين أحد عن أحد ولأن ما لا يحتمل النيابة حالة الحياة لا يحتمل بعد الموت كالصلاة وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم مفسرا أنه قال من مات وعليه قضاء رمضان أطعم عنه وليه وهو محمول على ما اذا أوصى أو على الندب الى غير ذلك واذا أوصى بذلك يعتبر من الثلث وان لم يوص فتبرع به الورثة جاز وان لم يتبرعوا لم يلزمهم وتسقط فى حق أحكام الدنيا عندنا وعند الشافعى يلزمهم من جميع المال سواء أوصى به أو لم يوص والاختلاف فيه كالاختلاف فى الزكاة والصحيح قولنا لان الصوم عبادة والفدية بدل عنها والأصل لا يتأدى بطريق النيابة فكذا البدل والبدل لا يخالف الاصل والأصل فيه انه لا يجوز اداء العبادة عن غيره بغير أمره لانه يكون جبرا والجبر ينافى معنى العبادة على ما بينا فى كتاب الزكاة هذا اذا أدرك من الوقت بقدر ما فاته فمات قبل أن يقضى فاما اذا أدرك بقدر ما يقضى فيه البعض دون البعض بان صح المريض أياما ثم مات ذكر فى الأصل انه يلزمه القضاء بقدر ما صح ولم يذكر الخلاف حتى لو مات

لا يجب عليه أن يوصى بالاطعام لجميع الشهر بل لذلك القدر الذى لم يصمه وان صامه فلا وصية عليه رأسا وذكر الطحاوى هذه المسألة على الاختلاف فقال فى قول أبى حنيفة يلزمه قضاء الجميع اذا صح يوما واحدا حتى يلزمه الوصية بالاطعام لجميع الشهر ان لم يصم ذلك اليوم وان صامه لم يلزمه شئ بالاجماع وعند محمد يلزمه بقدر ما أدرك وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى ان ماذكره محمد فى الاصل قول جميع أصحابنا وما أثبته الطحاوى من الاختلاف فى المسألة غلط وانما ذلك فى مسئلة النذر وهى ان المريض اذا قال لله على أن أصوم شهرا فان مات قبل أن يصح لا يلزمه شئ وان صح يوما واحدا يلزمه أن يوصى بالاطعام لجميع الشهر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يلزمه الا مقدار ما يصح على ماذكره القدورى وان كان مسئلة القضاء على الاتفاق على ماذكره القدورى فوجهه هذا القول ظاهر لان القدرة على الفعل شرط وجوب الفعل اذ لو لم يكن لكان الايجاب تكليف ما لا يحتمله الوسع وانه محال عقلا وموضوع شرعا ولم يقدر الا على صوم بعض الايام فلا يلزمه الا ذلك القدر فان صام ذلك القدر فقد أتى بما عليه فلا يلزمه شئ آخر وان لم يصم فقد قصر فيما وجب عليه فيلزمه أن يوصى بالفدية لذلك القدر لا غير اذ لم يجب عليه من الصوم الا ذلك القدر وان كانت المسئلتان على الاختلاف على ماذكره الطحاوى فوجه قول محمد فى المسئلتين ماذكرنا وهو لا يحتاج الى الفرق بينهما لان قوله فيهما واحد وهو انه لا يلزمه من صوم القضاء والصوم المنذور به الا قدر أيام الصحة حتى لا يلزمه الوصية بالاطعام فيهما الا لذلك القدر وأما وجه قولهما فهو ان قدر ما يقدر عليه من الصوم يصلح له الايام كلها على طريق البدل لان كل يوم صالح للصوم فيجعل كأنه قدر على الكل فاذا لم يصم لزمته الوصية بالفدية للكل واذا صام فيما قدر وصار قدر ما صام مستحقا للوقت فلم يبق صالحا لوقت آخر فلم يكن القول بوجوب الكل على البدل فلا يلزمه الوصية بالفدية للكل ومنها أن لا يكون فى القضاء حرج لان الحرج منفى بنص الكتاب وأما وجوب الأداء فى الوقت فهل هو شرط وجوب القضاء خارج الوقت فقد ذكرنا اختلاف المشايخ فى ذلك وخرجنا ما يتصل به من المسائل على القولين ما فيه اتفاق وما فيه اختلاف وأما وقت وجوبه فوقت ادائه وقد ذكرناه وهو سائر الايام خارج رمضان سوى الأيام الستة لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أمر بالقضاء مطلقا عن وقت معين فلا يجوز تقييده ببعض الأوقات الا بدليل والكلام فى كيفية وجوب القضاء انه على الفور أو على التراخى كالكلام فى كيفية الوجوب فى الامر المطلق عن الوقت أصلا كالامر بالكفارات والنذور المطلقة ونحوها وذلك على التراخى عند عامة مشايخنا ومعنى التراخى عندهم انه يجب فى مطلق الوقت غير عين وخيار التعيين الى المكلف ففى أى وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب وان لم يشرع يتضيق الوجوب عليه فى آخر عمره فى زمان يتمكن فيه من الاداء قبل موته وحكى الكرخى عن أصحابنا انه على الفور والصحيح هو الاول وعند عامة أصحاب الحديث الامر المطلق يقتضى الوجوب على الفور على ما عرف فى أصول الفقه وفى الحج اختلاف بين أصحابنا نذكره فى كتاب الحج ان شاء الله تعالى وحكى القدورى عن الكرخى انه كان يقول فى قضاء رمضان انه موقت بما بين رمضانين وهذا غير سديد بل المذهب عند أصحابنا ان وجوب القضاء لا يتوقت لما ذكرنا ان الامر بالقضاء مطلق عن تعيين بعض الاوقات دون بعض فيجرى على اطلاقه ولهذا قال أصحابنا انه لا يكره لمن عليه قضاء رمضان أن يتطوع ولو كان الوجوب على الفور لكره له التطوع قبل القضاء لانه يكون تأخيرا للواجب عن وقته المضيق وانه مكروه وعلى هذا قال أصحابنا انه اذا أخر قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر فلا فدية عليه وقال الشافعى عليه الفدية كأنه قال بالوجوب على الفور مع رخصة التأخير الى رمضان آخر وهذا غير سديد لما ذكرنا انه لا دلالة فى الامر على تعيين الوقت فالتعيين يكون تحكما على الدليل والقول بالفدية باطل لانها تجب خلفا عن الصوم عند العجز عن تحصيله عجزا لا ترجى معه القدرة عادة كما فى حق الشيخ الفانى ولم يوجد العجز لانه قادر على القضاء فلا معنى لايجاب الفدية وأما شرائط جواز القضاء فما هو شرط جواز أداء صوم رمضان فهو شرط جواز قضائه الا الوقت وتعيين النية من الليل فانه يجوز القضاء

في

في جميع الاوقات الا الاوقات المستثناة ولا يجوز الا بنية معينة من الليل بخلاف الاداء ووجه الفرق ما ذكرنا والله الموفق وأما وجوب الفداء فشرطه العجز عن القضاء عجزا لا ترجى معه القدرة في جميع عمره فلا يجب الا على الشيخ الفاني ولا فداء على المريض والمسافر ولا على الحامل والمرضع وكل من يفطر لعذر ترجى معه القدرة لفقد شرطه وهو العجز المستدام وهذا لان الفداء خلف عن القضاء والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما في سائر الاخلاف مع أصولها ولهذا قلنا ان الشيخ الفاني اذا فدى ثم قدر على الصوم بطل الفداء وأما الصوم المنذور في وقت بعينه فهو كصوم رمضان في وجوب القضاء اذا فات عن وقته وقدر على القضاء وان فات بعضه يلزمه قضاء ما فاته لا غير ولا يلزمه الاستقبال كصوم رمضان بخلاف ما اذا أوجب على نفسه صوم شهر متتابعا فأفطر يوما انه يلزمه الاستقبال والفرق بينهما قد تقدم ولو مات قبل عمر الوقت فلا قضاء عليه لان الايجاب مضاف الى زمان متعين فاذا مات قبله لم يجب عليه فلا يلزمه شئ كما لو مات قبل دخول رمضان وكذلك اذا أدرك الوقت وهو مريض ثم مات قبل أن يبرأ فلا قضاء عليه فان برأ قبل الموت فعليه القضاء كما في صوم رمضان ولو نذر وهو صحيح وصام بعض الشهر وهو صحيح ثم مرض فمات قبل تمام الشهر يلزمه أن يوصى بالفدية لما بقى من الشهر ولو نذر وهو مريض ثم مات قبل أن يصح لا يلزمه شئ بلا خلاف ولو صح يوما يلزمه أن يوصى بالفدية لجميع الشهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بقدر ما صح وقد ذكرنا المسئلة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسن وما يستحب للصائم وما يكره له أن يفعله فنقول يسن للصائم السحور لما روى عن عمرو بن العاص رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان فصلا بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحور ولانه يستعان به على صيام النهار واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في الندب الى السحور فقال استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل وبأكل السحور على صيام النهار والسنة فيها هو التأخير لان معنى الاستعانة فيه أبلغ وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث من سنن المرسلين تأخير السحور وتعجيل الافطار ووضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة وفي رواية قال ثلاث من أخلاق المرسلين ولو شك في طلوع الفجر فالمستحب له أن لا يأكل هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه قال اذا شك في الفجر فأحب الى أن يدع الاكل لانه يحتمل ان الفجر قد طلع فيكون الاكل افسادا للصوم فيتحرز عنه والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لوابصة بن معبد الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ولو أكل وهو شاك لا يحكم عليه بوجوب القضاء عليه لان فساد الصوم مشكوك فيه لوقوع الشك في طلوع الفجر مع ان الاصل هو بقاء الليل فلا يثبت النهار بالشك وهل يكره الاكل مع الشك روى هشام عن أبي يوسف انه يكره وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يكره والصحيح قول أبي يوسف وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه اذا شك فلا يأكل وان أكل فقد أساء لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ألا ان لكل ملك حمى ألا وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه والذي يأكل مع الشك في طلوع الفجر يحوم حول الحمى فيوشك أن يقع فيه فكان بالاكل معرضا صومه للفساد فيكره له ذلك وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه لو ظهر على امارة الطلوع من ضرب الدبداب والاذان يكره والا فلا ولا تعويل على ذلك لانه مما يتقدم ويتأخر هذا اذا تسحر وهو شاك في طلوع الفجر فاما اذا تسحر وأكبر رأيه ان الفجر طالع فذكر في الاصل وقال ان الاحب الينا أن يقضى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يقضى وذكر القدوري ان الصحيح انه لا قضاء عليه وجه رواية الاصل انه على يقين من الليل فلا يبطل الا بيقين مثله وجه رواية الحسن ان غالب الرأى دليل واجب العمل به بل هو في حق وجوب العمل في الاحكام بمنزلة اليقين وعلى رواية الحسن اعتمد شيخنا رحمه الله ويسن تعجيل الافطار اذا غربت الشمس هكذا روى عن أبي حنيفة انه قال وتعجيل الافطار اذا غربت الشمس أحب الينا لما روينا من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث من سنن المرسلين وذكر من جملتها تعجيل الافطار وروى عن النبي صلى الله

عليه وسلم انه قال لا تزال أمتي بخير ما لم ينتظروا بالافطار طلوع النجوم و لأن التأخير يؤدي اليه ولو شك في غروب الشمس لا ينبغي له أن يفطر لجواز ان الشمس لم تغرب فكان الافطار افساداً للصوم ولو أفطر وهو شاك في غروب الشمس ولم يتبين الحال بعد ذلك انها غربت أم لا لم يذكر في الأصل ولا القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يلزمه القضاء فرق بينه و بين التسحر ووجه الفرق ان هناك الليل أصل فلا يثبت النهار بالشك فلا يبطل المتيقن به بالمشكوك فيه وههنا النهار أصل فلا يثبت الليل بالشك فكان الافطار حاصلاً في ما له حكم النهار فيجب قضاؤه و يجوز أن يكون ما ذكره القاضي جواب الاستحسان احتياطاً فاما في الحكم المروي هو القياس ان لا يحكم بوجوب القضاء لان وجوب القضاء حكم حادث لا يثبت الا بسبب حادث وهو افساد الصوم وفي وجوده شك وعلى هذا يحمل اختلاف الروايتين في مسئلة التسحر بأن تسحروا كبر رأيه ان الفجر طالع ولو أفطر واكبر رأيه ان الشمس قد غربت فلا قضاء عليه لما ذكرنا ان غالب الرأي حجة موجبة للعمل به وانه في الأحكام بمنزلة اليقين وان كان غالب رأيه انها لم تغرب فلا شك في وجوب القضاء عليه لانه انضاف الى غلبة الظن حكم الاصل وهو بقاء النهار فوقع افطاره في النهار فيلزمه القضاء واختلف المشايخ في وجوب الكفارة قال بعضهم تجب لما ذكرنا ان غالب الرأي نزل منزلة اليقين في وجوب العمل كيف وقد انضم اليه شهادة الاصل وهو بقاء النهار وقال بعضهم لا تجب وهو الصحيح لان احتمال الغروب قائم فكانت الشبهة ثابتة وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة والله أعلم ولا بأس أن يكتحل الصائم بالاثمد وغيره ولو فعل لا يفطره وان وجد طعمه في حلقه عند عامة العلماء لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتحل وهو صائم ولما ذكرنا انه ليس للعين منفذ الى الجوف وان وجده في حلقه فهو أثره لا عينه ولا بأس أن يدهن لما قلنا وكره أبو حنيفة أن يمضغ الصائم العلك لانه لا يؤمن أن ينفصل شئ منه فيدخل حلقه فكان المضغ تعريضاً لصومه للفساد فيكره ولو فعل لا يفسد صومه لانه لا يعلم وصول شئ منه الى الجوف وقيل هذا اذا كان معجوناً فاما اذا لم يكن يفطره لانه يتفتت فيصل شئ منه الى جوفه ظاهراً وغالباً و يكره للمرأة أن تمضغ لصبيتها طعاما وهي صائمة لانه لا يؤمن أن يصل شئ منه الى جوفها الا اذا كان لا بد لها من ذلك فلا يكره للضرورة و يكره للصائم أن يذوق العسل أو السمن أو الزيت ونحو ذلك بلسانه ليعرف انه جيد أو ردئ وان لم يدخل حلقه ذلك وكذا يكره للمرأة ان تذوق المرقة لتعرف طعمها لانه يخاف وصول شئ منه الى الحلق فتفطر ولا بأس للصائم أن يستاك سواء كان السواك يابساً أو رطباً مبلولاً أو غير مبلول وقال أبو يوسف اذا كان مبلولاً يكره وقال الشافعي يكره السواك في آخر النهار كيفما كان واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك والاستياك يزيل الخلوف فيكره وجه قول أبي يوسف ان الاستياك بالمبلول من السواك ادخال الماء في الفم من غير حاجة فيكره ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خير خلال الصائم السواك والحديث حجة على ابي يوسف والشافعي لانه وصف الاستياك بالخيرية مطلقاً من غير فصل بين المبلول وغير المبلول و بين أن يكون في أول النهار وآخره لان المقصود منه تطهير الفم فيستوي فيه المبلول وغيره وأول النهار وآخره كالمضمضة وأما الحديث فالمراد منه تفخيم شأن الصائم والترغيب في الصوم والتنبيه على كونه محبوباً لله تعالى ومرضيه ونحن به نقول أو يحمل على انهم كانوا يتحرجون عن الكلام مع الصائم لتغير فمه بالصوم فنهاهم عن ذلك ودعاهم الى الكلام ولا بأس للصائم أن يقبل و يباشر اذا أمن على نفسه ما سوى ذلك أما القبلة فلما روي أن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكان يضرك قال لا قال فصم اذاً وفي رواية أخرى عن عمر رضي الله عنه انه قال هششت الى أهلي ثم أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت اني عملت اليوم عملاً عظيماً اني قبلت وأنا صائم فقال أرأيت لو تمضمضت بماء أكان يضرك قلت لا قال فصم اذاً وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل

وهو صائم وروى ان شابا وشيخا سألا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فنهى الشاب ورخص للشيخ
وقال الشيخ أملك لاربه وأنا أملككم لاربى وفى رواية الشيخ يملك نفسه وأما المباشرة فما روى عن عائشة رضى
الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يباشر وهو صائم وكان أملككم لاربه وروى عن أبى حنيفة انه كره
المباشرة ووجه هذه الرواية ان عند المباشرة لا يؤمن على ما سوى ذلك ظاهرا وغالبا بخلاف القبلة وفى
حديث عائشة رضى الله عنها اشارة الى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بذلك حيث قالت وكان
أملككم لاربه قال أبو يوسف ويكره للصائم أن يتمضمض لغير الوضوء لانه يحتمل أن يسبق الماء الى حلقه ولا
ضرورة فيه وان كان للوضوء لا يكره لانه محتاج اليه لاقامة السنة وأما الاستنشاق والاغتسال وصب الماء على
الرأس والتلفف بالثوب المبلول فقد قال أبو حنيفة انه يكره وقال أبو يوسف لا يكره واحتج بما روى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم صب على رأسه ماء من شدة الحر وهو صائم وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يبل الثوب
ويتلفف به وهو صائم ولانه ليس فيه الا دفع أذى الحر فلا يكره كما لو استظل ولابى حنيفة ان فيه اظهار الضجر من
العبادة والامتناع عن تحمل مشقتها وفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على حال مخصوصة وهى حال
خوف الافطار من شدة الحر وكذا فعل ابن عمر رضى الله عنه محمول على مثل هذه الحالة ولا كلام فيه ولا تكره
الحجامة للصائم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وعن
أنس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم ولو احتجم لا يفطره عند عامة العلماء
وعند أصحاب الحديث يفطره واحتجوا بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على معقل بن يسار وهو
يحتجم فى رمضان فقال أفطر الحاجم والمحجوم ولنا ما روى عن ابن عباس وأنس رضى الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم ولو كان الاحتجام يفطر لما فعله وروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
ثلاث لا يفطرن الصائم القىء والحجامة والاحتلام وأما ما روى من الحديث فقد قيل انه كان ذلك فى الابتداء ثم
رخص بعد ذلك والثانى انه ليس فى الحديث اثبات الفطر بالحجامة فيحتمل انه كان منهما ما يوجب الفطر وهو
ذهاب ثواب الصوم كما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجل يحجم رجلا
وهما يغتابان فقال أفطر الحاجم والمحجوم أى بسبب الغيبة منهما على ما روى الغيبة تفطر الصائم ولان الحجامة
ليست الا اخراج شئ من الدم والفطر مما يدخل والوضوء مما يخرج كذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس للمرأة
التى لها زوج أن تصوم تطوعا الا باذن زوجها لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر ان تصوم صوم تطوع الا باذن زوجها ولان له حق الاستمتاع بها ولا يمكنه ذلك فى حال الصوم
وله أن يمنعها ان كان يضره لما ذكرنا انه لا يمكنه استيفاء حقه مع الصوم فكان له منعها فان كان صيامها لا يضره بأن
كان صائما أو مريضا لا يقدر على الجماع فليس له أن يمنعها لان المنع كان لاستيفاء حقه فاذا لم يقدر على الاستمتاع
فلا معنى للمنع وليس لعبد ولا أمة ولا مدبر ولا مدبرة وأم ولد أن تصوم بغير اذن المولى لان منافعه مملوكة للمولى الا فى
القدر المستثنى وهو الفرائض فلا يملك صرفها الى التطوع وسواء كان ذلك يضر المولى أو لا يضره بخلاف المرأة لان
المنع ههنا لمكان الملك فلا يقف على الضرر وللزوج أن يفطر المرأة اذا صامت بغير اذنه وكذا للمولى وتقضى المرأة اذا
أذن لها زوجها أو بانت منه ويقضى العبد اذا أذن له المولى أو أعتق لان الشروع فى التطوع قد صح منهما الا انهما
منعا من المضى فيه لحق الزوج والمولى فاذا أفطر الزمهما القضاء وأما الأجير الذى استأجره الرجل ليخدمه فلا يصوم
تطوعا الا باذنه لان صومه يضر المستأجر حتى لو كان لا يضره فله أن يصوم بغير اذنه لان حقه فى منافعه بقدر ما
يتأدى به الخدمة والخدمة حاصلة له من غير خلل بخلاف العبد ان له أن يمنعه وان كان لا يضره صومه لان المانع
هناك ملك الرأس وانه يظهر فى حق جميع المنافع سوى القدر المستثنى وههنا المانع ملك بعض المنافع وهو قدر ما
تتأدى به الخدمة وذلك القدر حاصل من غير خلل فلا يملك منعه وأما بنت الرجل وأمه وأخته فلها أن تطوع بغير

اذنه لانه لا حق له فى منافعها فلا يملك منعها كالا يملك منع الاجنبية ولو أراد المسافر دخول مصره أو مصرا آخر ينوى فيه الاقامة يكره له أن يفطر فى ذلك اليوم وان كان مسافرا فى أوله لانه اجتمع المحرم للفطر وهو الاقامة والمرخص والمبيح وهو السفر فى يوم واحد فكان الترجيح للمحرم احتياطا فان كان أكبر رأيه أن لا يتفق دخوله المصر حتى تغيب الشمس فلا بأس بالفطر فيه ولا بأس بقضاء رمضان فى عشر ذى الحجة وهو مذهب عمر وعامة الصحابة رضى الله عنهم الا شيأ حكى عن على رضى الله عنه انه قال يكره فيها لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قضاء رمضان فى العشر والصحيح قول العامة لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر مطلقا من غير فصل ولانه وقت يستحب فيها الصوم فكان القضاء فيها أولى من القضاء فى غيرها وما روى من الحديث غريب فى حد الاحاديث فلا يجوز تقييد مطلق الكتاب وتخصيصه بمثله أو نحمله على الندب فى حق من اعتاد التنفل بالصوم فى هذه الايام فالافضل فى حقه أن يقضى فى غيرها لئلا تفوته فضيلة صوم هذه الايام و يقضى صوم رمضان فى وقت آخر والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاعتكاف﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان صفة الاعتكاف وفى بيان شرائط صحته وفى بيان ركنه و يتضمن بيان محظورات الاعتكاف وما يفسده وما لا يفسده وفى بيان حكمه اذا فسد وفى بيان حكمه اذا فات عن وقته المعين له أما الاول فالاعتكاف فى الاصل سنة وانما يصير واجبا باحد أمرين أحدهما قول وهو النذر المطلق بان يقول لله على ان أعتكف يوما أو شهرا أو نحو ذلك أو علقه بشرط بان يقول ان شفى الله مريض أو ان قدم فلان فلله على أن أعتكف شهرا أو نحو ذلك والثانى فعل وهو الشروع لان الشروع فى التطوع ملزم عندنا كالنذر والدليل على انه فى الاصل سنة مواظبة النبى صلى الله عليه وسلم فانه روى عن عائشة وأبى هريرة رضى الله عنهما انهما قالا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف العشر الاواخر من شهر رمضان حتى توفاه الله تعالى وعن الزهرى انه قال عجبا للناس تركوا الاعتكاف وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل الشئ و يتركه ولم يترك الاعتكاف منذ دخل المدينة الى أن مات ومواظبة النبى صلى الله عليه وسلم عليه دليل كونه سنة فى الاصل ولان الاعتكاف تقرب الى الله تعالى بمجاورة بيته والاعراض عن الدنيا والاقبال على خدمته لطلب الرحمة وطمع المغفرة حتى قال عطاء الخراسانى مثل المعتكف مثل الذى ألقى نفسه بين يدى الله تعالى يقول لا أبرح حتى يغفر لى ولانه عبادة لما فيه من اظهار العبودية لله تعالى بملازمة الاماكن المنسوبة اليه والعزيمة فى العبادات القيام بها بقدر الامكان وانتفاء الحرج وانما رخص تركها فى بعض الاوقات فكان الاشتغال بالاعتكاف اشتغالا بالعزيمة حتى لو نذر به يلتحق بالعزائم الموظفة التى لا رخصة فى تركها والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط صحته فنوعان نوع يرجع الى المعتكف ونوع يرجع الى المعتكف فيه أما ما يرجع الى المعتكف فمنها الاسلام والعقل والطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس وانها شرط الجواز فى نوعى الاعتكاف الواجب والتطوع جميعا لان الكافر ليس من أهل العبادة وكذا المجنون لان العبادة لا تؤدى الا بالنية وهو ليس من أهل النية والجنب والحائض والنفساء ممنوعون عن المسجد وهذه العبادة لا تؤدى الا فى المسجد وأما البلوغ فليس بشرط لصحة الاعتكاف فيصح من الصبى العاقل لانه من أهل العبادة كما يصح منه صوم التطوع ولا تشترط الذكورة والحرية فيصح من المرأة والعبد باذن المولى والزوج ان كان لها زوج لانهما من أهل العبادة وانما المانع حق الزوج والمولى فاذا وجد الاذن فقد زال المانع ولو نذر المملوك اعتكافا فللمولى أن يمنعه عنه فاذا أعتق قضاه وكذلك المرأة اذا نذرت فلزوجها أن يمنعها فاذا بانت قضت لان للزوج ملك المنفعة فيها وللمولى ملك الذات والمنفعة فى المملوك وفى الاعتكاف تأخير

حقهما في استيفاء المنفعة فكان لهما المنع ماداما في ملك الزوج والمولى فاذا بانت المرأة واعتق المملوك لزمهما قضاؤه ولان النذر منهما قد صح لوجوده من الاهل لكنهما منعا لحق المولى والزوج فاذا سقط حقهما بالعتق والبينونة فقد زال المانع فيلزمهما القضاء واما المكاتب فليس للمولى أن يمنعه من الاعتكاف الواجب والتطوع لان المولى لا يملك منافع مكاتبه فكان كالحر في حق منافعه واذا أذن الرجل لزوجته بالاعتكاف لم يكن له أن يرجع عنه لانه لما أذن لها بالاعتكاف فقد ملكها منافع الاستمتاع بها في زمان الاعتكاف وهي من أهل الملك فلا يملك الرجوع عن ذلك والنهي عنه بخلاف المملوك اذا أذن له مولاه بالاعتكاف انه يملك الرجوع عنه لان هناك ما ملكه المولى منافعه لانه ليس من أهل الملك وانما أعاره منافعه وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء الا انه يكره له الرجوع لانه خلف في الوعد وغرور فيكره له ذلك ومنها النية لان العبادة لا تصح بدون النية ومنها الصوم فانه شرط لصحة الاعتكاف الواجب بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعي ليس بشرط و يصح الاعتكاف بدون الصوم والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس وعائشة واحدى الروايتين عن علي رضي الله عنهم مثل مذهبنا وروي عن علي وعبد الله بن مسعود مثل مذهبه وجه قوله ان الاعتكاف ليس الا اللبث والاقامة وذا لا يفتقر الى الصوم ولان الصوم عبادة مقصودة بنفسه فلا يصلح شرطا لغيره لان شرط الشئ تبع له وفيه جعل المتبوع تبعا وانه قلب الحقيقة ولهذا لم يشترط لاعتكاف التطوع وكذا يصح الشروع في الاعتكاف الواجب بدونه بأن قال لله علي ان اعتكف شهر رجب فلما رأى الهلال يجب عليه الدخول في الاعتكاف ولا صوم في ذلك الوقت ولو كان شرطا لما جاز بدونه فضلا عن الوجوب اذ الشروع في العبادة بدون شرطها لا يصح والدليل عليه انه لو قال لله علي ان اعتكف شهر رمضان فصام رمضان واعتكف خرج عن عهدة النذر وان لم يجب عليه الصوم بالاعتكاف ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا اعتكاف الا بصوم ولان الصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع ثم أحد ركني الصوم وهو الامساك عن الجماع شرط صحة الاعتكاف فكذا الركن الآخر وهو الامساك عن الاكل والشرب لاستواء كل واحد منهما في كونه ركنا للصوم فاذا كان احد الركنين شرطا كان الآخر كذلك ولان معنى هذه العبادة وهو ما ذكرنا من الاعراض عن الدنيا والاقبال على الآخرة بملازمة بيت الله تعالى لا يتحقق بدون ترك قضاء الشهوتين الا بقدر الضرورة وهي ضرورة القوام وذلك بالاكل والشرب في الليالي ولا ضرورة في الجماع وقوله الاعتكاف ليس الا اللبث والمقام مسلم لكن هذا لا يمنع أن يكون الامساك عن الاكل والشرب شرط الصحته كما لم يمنع أن يكون الامساك عن الاكل والشرب والجماع شرطا لصحته والنية وكذا كون الصوم عبادة مقصودة بنفسه لا ينافي أن يكون شرطا لغيره ألا ترى ان قراءة القرآن عبادة مقصودة بنفسه ثم جعل شرطا لجواز الصلاة حالة الاختيار كذا ههنا وأما اعتكاف التطوع فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يصح بدون الصوم ومن مشايخنا من اعتمد على هذه الرواية واما على ظاهر الرواية فلان في الاعتكاف التطوع عن أصحابنا روايتين في رواية مقدر بيوم وفي رواية غير مقدر أصلا وهو رواية الاصل فاذا لم يكن مقدرا والصوم عبادة مقدرة بيوم فلا يصلح شرطا لما ليس بمقدر بخلاف الاعتكاف الواجب فانه مقدر بيوم لا يجوز الخروج عنه قبل تمامه فجاز أن يكون الصوم شرطا لصحته واما اذا قال لله علي ان اعتكف شهر رجب فانما أوجب عليه الدخول في الاعتكاف في الليل لان الليالي دخلت في الاعتكاف المضاف الى الشهر لضرورة اسم الشهر اذ هو اسم للايام والليالي دخلت تبعا لا أصلا ومقصودا فلا يشترط لها ما يشترط للاصل كما اذا قال لله علي ان اعتكف ثلاثة أيام انه يدخل فيه الليالي و يكون أول دخوله فيه من الليل لما قلنا كذا هذا واما النذر باعتكاف شهر رمضان فانما يصح لوجود شرطه وهو الصوم في زمان الاعتكاف وان لم يكن لزومه بالتزام الاعتكاف لان ذلك أفضل واما اعتكاف التطوع فالصوم ليس بشرط الجواز في ظاهر الرواية وانما الشرط أحد ركني الصوم عينا وهو الامساك عن الجماع لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في

المساجد فاما الامساك عن الاكل والشرب فليس بشرط وروى الحسن عن أبي حنيفة انه شرط واختلاف الرواية فيه مبنى على اختلاف الرواية فى اعتكاف التطوع انه مقدر بيوم أو غير مقدر ذكر محمد فى الأصل انه غير مقدر و يستوى فيه القليل والكثير ولو ساعة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه مقدر بيوم فلما لم يكن مقدرا على رواية الاصل لم يكن الصوم شرطا له لان الصوم مقدر بيوم اذ صوم بعض اليوم ليس بمشروع فلا يصلح شرطا لما ليس بمقدر ولما كان مقدرا بيوم على رواية الحسن فالصوم يصلح ان يكون شرطا له والكلام فيه يأتى فى موضعه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لله على ان اعتكف يوما انه يصح نذره وعليه أن يعتكف يوما واحدا بصوم والتعيين اليه فاذا أراد أن يؤدى يدخل المسجد قبل طلوع الفجر فيطلع الفجر وهو فيه فيعتكف يومه ذلك و يخرج منه بعد غروب الشمس لان اليوم اسم لبياض النهار وهو من طلوع الفجر الى غروب الشمس فيجب أن يدخل المسجد قبل طلوع الفجر حتى يقع اعتكافه فى جميع اليوم وانما كان التعيين اليه لانه لم يعين اليوم فى النذر ولو قال لله على ان اعتكف ليلة لم يصح ولم يلزمه شئ عندنا لان الصوم شرط صحة الاعتكاف فالليل ليس بمحل للصوم ولم يوجد منه ما يوجب دخوله فى الاعتكاف تبعا فالنذر لم يصادف محله وعند الشافعى يصح لان الصوم عنده ليس بشرط لصحة الاعتكاف وروى عن أبي يوسف انه ان نوى ليلة بيومها لزمه ذلك ولم يذكر محمد هذا التفصيل فى الاصل فاما ان يوفق بين الروايتين فيحمل المذكور فى الاصل على ما اذا لم تكن له نية واما أن يكون فى المسئلة روايتان وجه ما روى عن أبي يوسف اعتبار الفرد بالجمع وهو ان ذكر الليالى بلفظ الجمع يكون ذكر اللايام كذا ذكر الليلة الواحدة يكون ذكر اليوم واحد والجواب ان هذا اثبات اللغة بالقياس ولا سبيل اليه فلو قال لله على ان اعتكف ليلا ونهارا لزمه ان يعتكف ليلا ونهارا وان لم يكن الليل محلا للصوم لان الليل يدخل فيه تبعا ولا يشترط للتبع ما يشترط للاصل ولو نذر اعتكاف يوم قد أكل فيه لم يصح ولم يلزمه شئ لان الاعتكاف الواجب لا يصح بدون الصوم ولا يصح الصوم فى يوم قد أكل فيه واذا لم يصح الصوم لم يصح الاعتكاف ولو قال لله على ان اعتكف يومين ولا نية له يلزمه اعتكاف يومين بليلتيهما و تعيين ذلك اليه فاذا أراد ان يؤدى يدخل المسجد قبل غروب الشمس فيمكث تلك الليلة و يومها ثم الليلة الثانية و يومها الى أن تغرب الشمس ثم يخرج من المسجد وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الليلة الاولى لا تدخل فى نذره وانما تدخل الليلة المتخللة بين اليومين فعلى قوله يدخل قبل طلوع الفجر وروى عن ابن سماعة ان المستحب له ان يدخل قبل غروب الشمس ولو دخل قبل طلوع الفجر جاز وجه قوله ان اليوم فى الحقيقة اسم لبياض النهار الا ان الليلة المتخللة تدخل لضرورة حصول التتابع والدوام ولا ضرورة فى دخول الليلة الاولى بخلاف ما اذا ذكر الايام بلفظ الجمع حيث يدخل ما بازائها من الليالى لان الدخول هناك للعرف والعادة كقول الرجل كنا عند فلان ثلاثة أيام و يريد به ثلاثة أيام وما بازائها من الليالى ومثل هذا العرف لم يوجد فى التثنية ولهما ان هذا العرف أيضا ثابت فى التثنية كما فى الجمع يقول الرجل كنا عند فلان يومين و يريد به يومين وما بازائهما من الليالى و يلزمه اعتكاف يومين متتابعين لكن تعيين اليومين اليه لانه لم يعين فى النذر ولو نوى يومين خاصة دون ليلتيهما صحت نيته و يلزمه اعتكاف يومين بغير ليلة لانه نوى حقيقة كلامه وهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق لانه ليس فى لفظه ما يدل على التتابع واليومان متفرقان لتخلل الليلة بينهما فصار الاعتكاف ههنا كالصوم فيدخل فى كل يوم المسجد قبل طلوع الفجر و يخرج منه بعد غروب الشمس وكذا لو قال لله على ان اعتكف ثلاثة أيام أو أكثر من ذلك ولا نية له انه يلزمه الايام مع لياليها وتعيينها اليه لكن يلزمه مراعاة صفة التتابع وان نوى الايام دون الليالى صحت نيته لما قلنا و يلزمه اعتكاف ثلاثة أيام بغير ليلة وله خيار التفريق لان القربة تعلقت بالايام والايام متفرقة فلا يلزمه التتابع الا بالشرط كما فى الصوم و يدخل كل يوم قبل طلوع الفجر الى غروب الشمس ثم يخرج ولو قال لله على ان اعتكف ليلتين ولا نية له يلزمه اعتكاف ليلتين مع يوميهما وكذلك لو قال ثلاث ليال أو أكثر من ذلك من الليالى و يلزمه متتابعا لكن التعيين اليه لما قلنا و يدخل المسجد قبل

غروب الشمس ولو نوى الليل دون النهار صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه ولا يلزمه شئ لان الليل ليس وقتا
للصوم والاصل فى هذا ان الايام اذا ذكرت بلفظ الجمع يدخل ما بازائها من الليالى وكذا الليالى اذا ذكرت بلفظ الجمع
يدخل ما بازائها من الايام لقوله تعالى فى قصة زكريا عليه السلام ثلاثة أيام الا رمزا وقال عز وجل فى موضع آخر ثلاث
ليال سويا والقصة قصة واحدة فلما عبر فى موضع باسم الايام وفى موضع باسم الليالى دل ان المراد من كل واحد منهما
هو وما بازاء صاحبه حتى ان فى الموضع الذى لم تكن الايام فيه على عدد الليالى أفرد كل واحد منهما بالذكر قال الله
تعالى سبع ليال وثمانية أيام حسوما وللاثنين حكم الجماعة ههنا لجريان العرف فيه كما فى اسم الجمع على ما بينا ولو
قال لله على ان اعتكف ثلاثين يوما ولا نية له فهو على الايام والليالى متتابعا لكن التعيين اليه ولو قال نويت النهار
دون الليل صحت نيته لانه عنى به حقيقة كلامه دون ما نقل عنه بالعرف والعرف أيضا باستعمال هذه الحقيقة باق
فيصح نيته ثم هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق لان اللفظ مطلق عن قيد التتابع وكذا ذات الايام لا تقتضى
التتابع لتخلل ما ليس بمحل للاعتكاف بين كل يومين ولو قال عنيت الليالى دون النهار لم يعمل بنيته ولزمه الليل
والنهار لانه لما نص على الايام فاذا قال نويت بها الليالى دون الايام فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فلا يقبل قوله
ولو قال لله على ان اعتكف ثلاثين ليلة وقال عنيت به الليالى دون النهار لا يلزمه شئ لانه عنى به حقيقة كلامه
والليالى فى اللغة اسم للزمان الذى كانت الشمس فيه غائبة الا ان عند الاطلاق تتناول ما بازائها من الايام بالعرف
فاذا عنى به حقيقة كلامه والعرف أيضا باستعمال هذه الحقيقة باق صحت نيته لمصادفتها محلها ولو قال لله على ان
اعتكف شهرا يلزمه اعتكاف شهر أى شهر كان متتابعا فى النهار والليالى جميعا سواء ذكر التتابع أولا وتعيين ذلك
الشهر اليه فيدخل المسجد قبل غروب الشمس فتغرب الشمس وهو فيه فيعتكف ثلاثين ليلة وثلاثين يوما ثم
يخرج بعد استكمالها بعد غروب الشمس بخلاف ما اذا قال لله على ان أصوم شهرا ولم يعين ولم يذكر التتابع ولا نواه
انه لا يلزمه التتابع بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق وهذا الذى ذكرنا من لزوم التتابع فى هذه المسائل
مذهب أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يلزمه التتابع فى شئ من ذلك الا بذكر التتابع أو بالنية وهو بالخيار ان شاء تابع
وان شاء فرق ووجه قوله ان اللفظ مطلق عن قيد التتابع ولم ينو التتابع أيضا فيجرى على اطلاقه كما فى الصوم ولنا
الفرق بينهما ووجه الفرق ان الاعتكاف عبادة دائمة ومبناها على الاتصال لانه لبث واقامة والليالى قابلة للبث
فلا بد من التتابع وان كان اللفظ مطلقا عن قيد التتابع لكن فى لفظه ما يقتضيه وفى ذاته ما يوجبه بخلاف ما اذا
نذر أن يصوم شهرا ولزمه أن يصوم شهرا غير معين انه اذا عين شهرا له ان يفرق لانه أوجب مطلقا عن قيد التتابع
وليس مبنى حصوله على التتابع بل على التفريق لان بين كل عبادتين منه وقتا لا يصلح لها وهو الليل فلم يوجد فيه
قيد التتابع ولا اقتضاء لفظه وتعيينه فبقى له الخيار ولهذا لم يلزم التتابع فيما لم يتقيد بالتتابع من الصيام المذكور فى
الكتاب كذا هذا ولو نوى فى قوله لله على ان اعتكف شهرا النهار دون الليل لم تصح نيته ويلزمه الاعتكاف شهرا
بالايام والليالى جميعا لان الشهر اسم لزمان مقدر بثلاثين يوما وليلة مركب من شيئين مختلفين كل واحد منهما أصل
فى نفسه كالبلق فاذا أراد أحدهما فقد أراد بالاسم ما لم يوضع له ولا احتمله فبطل كمن ذكر البلق وعنى به البياض
دون السواد فلم تصادف النية محلها فلغت وهذا بخلاف اسم الخاتم فانه اسم للحلقة بطريق الاصالة والفص كالتابع لها
لانه مركب فيها زينة لها فكان كالوصف لها فجاز ان يذكر الخاتم ويراد به الحلقة فاما ههنا فكل واحد من الزمانين
أصل فلم ينطلق الاسم على أحدهما بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهرا حيث انصرف الى النهار دون
الليالى لأن هنالك أيضا لا نقول ان اسم الشهر تناول النهار دون الليالى لما ذكرنا من الاستحالة بل تناول النهار
والليالى جميعا فكان مضيفا النذر بالصوم الى الليالى والنهار جميعا غير أن الليالى ليست محلا لاضافة النذر
بالصوم اليها فلم تصادف النية محلها فلغا ذكر الليالى والنهار محل لذلك فصحت الاضافة اليها على الاصل المعهود ان
التصرف المصادف لمحله يصح والمصادف لغير محله يلغو فاما فى الاعتكاف فكل واحد منهما محل ولو قال لله

على ان اعتكف شهرا النهار دون الليل يلزمه كما التزم وهو اعتكاف شهر بالايام دون الليالى لانه لما قال النهار دون
الليل فقد لغا ذكر الشهر بنص كلامه كمن قال رأيت فرسا أبلق للبياض منه دون السواد وكان هو بالخيار ان شاء
تابع وان شاء فرق لانه تلفظ بالنهار والاصل فيه ان كل اعتكاف وجب فى الايام دون الليالى فصاحبه فيه بالخيار
ان شاء تابع وان شاء فرق وكل اعتكاف وجب فى الايام والليالى جميعا يلزمه اعتكاف شهر يصومه متتابعا ولو
أوجب على نفسه اعتكاف شهر بعينه بان قال لله على ان اعتكف رجب يلزمه ان يعتكف فيه يصومه متتابعا
وان أفطر يوما أو يومين فعليه قضاء ذلك ولا يلزمه قضاء ما صح اعتكافه فيه كما اذا أوجب على نفسه
صوم رجب على ما ذكرنا فى كتاب الصوم فان لم يعتكف فى رجب حتى مضى يلزمه اعتكاف شهر يصومه
متتابعا لانه لما مضى رجب من غير اعتكاف صار فى ذمته اعتكاف شهر بغير عينه فيلزمه مراعاة صفة التتابع
فيه كما اذا أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه ابتداء بان قال لله على ان اعتكف شهرا ولو أوجب اعتكاف
شهر بعينه فاعتكف شهرا قبله عن نذره بان قال لله على أن أعتكف رجبا فاعتكف شهر ربيع الآخر أجزأه عن
نذره عند أبى يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى لا يجزئه وهو على الاختلاف فى النذر بالصوم فى شهر معين
فصام قبله ونذكر المسئلة فى كتاب النذر ان شاء الله تعالى ولو قال لله على ان اعتكف شهر رمضان يصح نذره
ويلزمه ان يعتكف فى شهر رمضان كله لوجود الالتزام بالنذر فان صام رمضان واعتكف فيه خرج عن عهدة
النذر لوجود شرط صحة الاعتكاف وهو الصوم وان لم يكن لزومه بالتزامه الاعتكاف لان ذلك ليس بشرط انما
الشرط وجوده معه كمن لزمه أداء الظهر وهو محدث يلزمه الطهارة ولو دخل وقت الظهر وهو على الطهارة يصح
أداء الظهر بها لان الشرط هو الطهارة وقد وجدت كذا هذا ولو صام رمضان كله ولم يعتكف يلزمه قضاء الاعتكاف
بصوم آخر فى شهر آخر متتابعا كذا ذكر محمد فى الجامع وروى عن أبى يوسف انه لا يلزمه الاعتكاف بل يسقط
نذره وجه قوله ان نذره انعقد غير موجب للصوم وقد تعذر ابقاؤه كما انعقد فتسقط لعدم الفائدة فى البقاء وجه
قول محمد رحمه الله تعالى أن النذر بالاعتكاف فى رمضان قد صح ووجب عليه الاعتكاف فيه فاذا لم يؤد بقى
واجبا عليه كما اذا نذر بالاعتكاف فى شهر آخر بعينه فلم يؤده حتى مضى الشهر واذا بقى واجبا عليه ولا يبقى
واجبا عليه الا بوجوب شرط صحة أدائه وهو الصوم فيبقى واجبا عليه بشرطه وهو الصوم وأما قوله ان نذره
ما انعقد موجبا للصوم فى رمضان فنعم لكن جاز أن يبقى موجبا للصوم فى غير رمضان وهذا لان وجوب الصوم
لضرورة التمكن من الاداء ولا يتمكن من الاداء فى غيره الا بالصوم فيجب عليه الصوم ويلزمه متتابعا لانه لزمه
الاعتكاف فى شهر بعينه وقد فاته فيقضيه متتابعا كما اذا أوجب اعتكاف رجب فلم يعتكف فيه انه يقضيه فى
شهر آخر متتابعا كذا هذا ولو لم يصم رمضان ولم يعتكف فيه فعليه اعتكاف شهر متتابعا بصوم وقضاء رمضان
فان قضى صوم الشهر متتابعا وقرن به الاعتكاف جاز ويسقط عنه قضاء رمضان وخرج عن عهدة النذر
لان الصوم الذى وجب فيه الاعتكاف باق فيقضيهما جميعا بصوم شهر متتابعا وهذا لان ذلك الصوم لما كان
باقيا لا يستدعى وجوب الاعتكاف فيها صوما آخر فبقى واجب الاداء بعين ذلك الصوم كما انعقد ولو صام ولم يعتكف
حتى دخل رمضان القابل فاعتكف قاضيا لما فاته بصوم هذا الشهر لم يصح لما ذكرنا ان بقاء وجوب الاعتكاف
يستدعى وجوب صوم يصير شرطا لادائه فوجب فى ذمته صوم على حدة وما وجب فى الذمة من الصوم لا يتأدى
بصوم الشهر ولو نذر ان يعتكف يومى العيد وأيام التشريق فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما فى الصوم ان
على رواية محمد عن أبى حنيفة يصح نذره لكن يقال له اقض فى يوم آخر ويكفر اليمين ان كان أراد به اليمين وان
اعتكف فيها جاز وخرج عن عهدة النذر وكان مسيأ وعلى رواية أبى يوسف وابن المبارك عن أبى حنيفة لا يصح نذره
بالاعتكاف فيها أصلا كما لا يصح نذره بالصوم فيها وانما كان كذلك لان الصوم من لوازم الاعتكاف الواجب
فكان الجواب فى الاعتكاف كالجواب فى الصوم والله أعلم وأما الذى يرجع الى المعتكف فيه فالمسجد وانه شرط فى

نوعى الاعتكاف الواجب والتطوع لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد وصفهم بكونهم عاكفين فى المساجد مع انهم لم يباشروا الجماع فى المساجد لينهوا عن الجماع فيها فدل ان مكان الاعتكاف هو المسجد ويستوى فيه الاعتكاف الواجب والتطوع لان النص مطلق ثم ذكر الكرخى انه لا يصح الاعتكاف الا فى مساجد الجماعات يريد به الرجل وقال الطحاوى انه يصح فى كل مسجد وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه لا يجوز الا فى مسجد تصلى فيه الصلوات كلها واختلفت الرواية عن ابن مسعود رضى الله عنه روى عنه انه لا يجوز الا فى المسجد الحرام ومسجد المدينة ومسجد بيت المقدس كانه ذهب فى ذلك الى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا اعتكاف الا فى المسجد الحرام وروى أنه قال لا تشد الرحال الا الى ثلاث مساجد المسجد الحرام ومسجدى هذا والمسجد الاقصى وفى رواية ومسجد الانبياء ولنا عموم قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد وعن حذيفة رضى الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الاعتكاف فى كل مسجد له امام ومؤذن والمروى انه لا اعتكاف الا فى المسجد الحرام ان ثبت فهو على التناسخ لانه روى ان النبى صلى الله عليه وسلم اعتكف فى مسجد المدينة فصار منسوخا بدلالة فعله اذ فعل النبى صلى الله عليه وسلم يصلح ناسخا لقوله أو يحمل على بيان الافضل كقوله لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد أو على المجاورة على قول من لا يكرهها وأما الحديث الآخر ان ثبت فيحمل على الزيارة أو على بيان الافضل فافضل الاعتكاف ان يكون فى المسجد الحرام ثم فى مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم فى المسجد الاقصى ثم فى المسجد الجامع ثم فى المساجد العظام التى كثر أهلها وعظم اما المسجد الحرام ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال صلاة فى مسجدى هذا تعدل ألف صلاة فى غيره من المساجد ما خلا المسجد الحرام ولان للمسجد الحرام من الفضائل ما ليس لغيره من كون الكعبة فيه ولزوم الطواف به ثم بعده مسجد المدينة لانه مسجد أفضل الانبياء والمرسلين صلى الله تعالى عليه وعليهم وسلم ثم مسجد بيت المقدس لانه مسجد الانبياء عليهم الصلاة والسلام ولاجماع المسلمين على انه ليس بعد المسجد الحرام ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم مسجد أفضل منه ثم المسجد الجامع لانه مجمع المسلمين لاقامة الجمعة ثم بعده المساجد الكبار لانها فى معنى الجوامع لكثرة أهلها وأما المرأة فذكر فى الأصل انها لا تعتكف الا فى مسجد بيتها ولا تعتكف فى مسجد جماعة وروى الحسن عن أبى حنيفة أن للمرأة ان تعتكف فى مسجد الجماعة وان شاءت اعتكفت فى مسجد بيتها ومسجد بيتها أفضل لها من مسجد حيها ومسجد حيها أفضل لها من المسجد الاعظم وهذا لا يوجب اختلاف الروايات بل يجوز اعتكافها فى مسجد الجماعة على الروايتين جميعا بلا خلاف بين أصحابنا والمذكور فى الأصل محمول على نفى الفضيلة لا على نفى الجواز توفيقا بين الروايتين وهذا عندنا وقال الشافعى لا يجوز اعتكافها فى مسجد بيتها وجه قوله أن الاعتكاف قربة خصت بالمساجد بالنص ومسجد بيتها ليس بمسجد حقيقة بل هو اسم للمكان المعد للصلاة فى حقها حتى لا يثبت له شئ من أحكام المسجد فلا يجوز اقامة هذه القربة فيه ونحن نقول بل هذه قربة خصت بالمسجد لكن مسجد بيتها له حكم المسجد فى حقها فى حق الاعتكاف لان له حكم المسجد فى حقها فى حق الصلاة لحاجتها الى احراز فضيلة الجماعة فاعطى له حكم مسجد الجماعة فى حقها حتى كانت صلاتها فى بيتها أفضل على ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة المرأة فى مسجد بيتها أفضل من صلاتها فى مسجد دارها وصلاتها فى صحن دارها أفضل من صلاتها فى مسجد حيها واذا كان له حكم المسجد فى حقها فى حق الصلاة فكذلك فى حق الاعتكاف لان كل واحد منهما فى اختصاصه بالمسجد سواء وليس لها أن تعتكف فى بيتها فى غير مسجد وهو الموضع المعد للصلاة لانه ليس لغير ذلك الموضع من بيتها حكم المسجد فلا يجوز اعتكافها فيه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما ركن الاعتكاف ومحظوراته وما يفسده وما لا يفسده فركن الاعتكاف هو اللبث والاقامة يقال اعتكف وعكف أى أقام وقال الله تعالى قالوا لن نبرح عليه عاكفين أى لن نزال عليه مقيمين ويقال فلان معتكف على

حرام أي مقيم عليه فسمي من أقام على العبادة في المسجد معتكفا وعاكفا واذا عرف هذا فنقول لا يخرج المعتكف من معتكفه في الاعتكاف الواجب ليلا ولا نهارا الا لما لا بد له منه من الغائط والبول وحضور الجمعة لان الاعتكاف لما كان لبثا واقامة فالخروج يضاده ولا بقاء للشئ مع ما يضاده فكان ابطالا له وابطال العبادة حرام لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم الا انا جوزناله الخروج لحاجة الانسان اذ لا بد منها وتعذر قضاؤها في المسجد فدعت الضرورة الى الخروج ولان في الخروج لهذه الحاجة تحقيق هذه القربة لانه لا يتمكن المرء من اداء هذه القربة الا بالبقاء ولا بقاء بدون القوت عادة ولا بد لذلك من الاستفراغ على ما عليه مجرى العادة فكان الخروج لها من ضرورات الاعتكاف ووسائله وما كان من وسائل الشئ كان حكمه حكم ذلك الشئ فكان المعتكف في حال خروجه عن المسجد لهذه الحاجة كانه في المسجد وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يخرج من معتكفه ليلا ولا نهارا الا لحاجة الانسان وكذا في الخروج في الجمعة ضرورة لانها فرض عين ولا يمكن اقامتها في كل مسجد فيحتاج الى الخروج اليها كما يحتاج الى الخروج لحاجة الانسان فلم يكن الخروج اليها مبطلا لاعتكافه وهذا عندنا وقال الشافعي اذا خرج الى الجمعة بطل اعتكافه ووجه قوله ان الخروج في الاصل مضاد للاعتكاف ومناف له لما ذكرنا انه قرار واقامة والخروج انتقال وزوال فكان مبطلا له الا فيما لا يمكن التحرز عنه كحاجة الانسان وكان يمكنه التحرز عن الخروج الى الجمعة بان يعتكف في المسجد الجامع ولنا ان اقامة الجمعة فرض لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله والامر بالسعي الى الجمعة أمر بالخروج من المعتكف ولو كان الخروج الى الجمعة مبطلا للاعتكاف لما أمر به لانه يكون أمرا بابطال الاعتكاف وانه حرام ولان الجمعة لما كانت فرضا حقا لله تعالى عليه والاعتكاف قربة ليست هي عليه فمتى أوجبه على نفسه بالنذر لم يصح نذره في ابطال ما هو حق لله تعالى عليه بل كان نذره عدما في ابطال هذا الحق ولان الاعتكاف دون الجمعة فلا يؤذن بترك الجمعة لاجله وقد خرج الجواب عن قوله ان الاعتكاف لبث والخروج يبطله لما ذكرنا ان الخروج الى الجمعة لا يبطله لما بينا واما وقت الخروج الى الجمعة ومقدار ما يكون في المسجد الجامع فذكر الكرخي وقال ينبغي أن يخرج الى الجمعة عند الاذان فيكون في المسجد مقدار ما يصلي قبلها أربعا وبعدها أربعا أوستا وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة مقدار ما يصلي قبلها أربعا وبعدها أربعا وهو على الاختلاف في سنة الجمعة بعدها انها أربع في قول أبي حنيفة وعندهما ستة على ما ذكرنا في كتاب الصلاة وقال محمد اذا كان منزله بعيدا يخرج حين يرى انه يبلغ المسجد عند النداء وهذا أمر يختلف بقرب المسجد وبعده فيخرج في أي وقت يرى أنه يدرك الصلاة والخطبة ويصلي قبل الخطبة أربع ركعات لان اباحة الخروج الى الجمعة اباحة لها بتوابعها وسننها من توابعها بمنزلة الاذكار المسنونة فيها ولا ينبغي أن يقيم في المسجد الجامع بعد صلاة الجمعة الا مقدار ما يصلي بعدها أربعا أوستا على الاختلاف ولو أقام يوما وليلة لا ينتقض اعتكافه لكن يكره له ذلك اما عدم الانتقاض فلان الجامع لما صلح لابتداء الاعتكاف فلان يصلح للبقاء أولى لان البقاء أسهل من الابتداء واما الكراهة فلانه لما ابتدأ الاعتكاف في مسجد فكانه عينه للاعتكاف فيه فيكره له التحول عنه مع امكان الاتمام فيه ولا يخرج لعيادة مريض ولا لصلاة جنازة لانه لا ضرورة الى الخروج لان عيادة المريض ليست من الفرائض بل من الفضائل وصلاة الجنازة ليست بفرض عين بل فرض كفاية تسقط عنه بقيام الباقين بها فلا يجوز ابطال الاعتكاف لاجلها وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من الرخصة في عيادة المريض وصلاة الجنازة فقد قال أبو يوسف ذلك محمول عندنا على الاعتكاف الذي يتطوع به من غير ايجاب فله أن يخرج متى شاء ويجوز أن تحمل الرخصة على ما اذا كان خروج المعتكف لوجه مباح كحاجة الانسان او للجمعة ثم عاد مريضا أو صلى على جنازة من غير أن كان خروجه لذلك قصدا وذلك جائز اما المرأة اذا اعتكفت في مسجد بيتها لا تخرج منه الى منزلها الا لحاجة الانسان لان ذلك في حكم المسجد لها على ما بينا فان خرج من المسجد الذي يعتكف فيه لعذر بان انهدم المسجد أو أخرجه السلطان مكرها أو غير السلطان

فدخل مسجدا آخر غيره من ساعته لم يفسد اعتكافه استحسانا والقياس أن يفسد ووجه القياس انه وجد ضد
الاعتكاف وهو الخروج الذي هو ترك الاقامة فيبطل كما لو خرج عن اختيار ووجه الاستحسان انه خرج من غير
ضرورة اما عند انهدام المسجد فظاهر لانه لا يمكنه الاعتكاف فيه بعد ما انهدم فكان الخروج منه أمرا لا بد منه
بمنزلة الخروج لحاجة الانسان واما عند الاكراه فلان الاكراه من أسباب العذر في الجملة فكان هذا القدر من الخروج
ملحقا بالعدم كما اذا خرج لحاجة الانسان وهو يمشي مشيا رفيقا فان خرج من المسجد لغير عذر فسد اعتكافه
في قول أبي حنيفة وان كان ساعة وعند أبي يوسف ومحمد لا يفسد حتى يخرج أكثر من نصف يوم قال محمد قول
أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف أوسع وجه قولهما ان الخروج القليل عفو وان كان بغير عذر بدليل انه لو خرج
لحاجة الانسان وهو يمشي متأنيا لم يفسد اعتكافه وما دون نصف اليوم فهو قليل فكان عفوا ولابي حنيفة انه ترك
الاعتكاف باشتغاله بضده من غير ضرورة فيبطل اعتكافه لفوات الركن و بطلان الشئ بفوات ركنه يستوى فيه
الكثير والقليل كالاكل في باب الصوم وفي الخروج لحاجة الانسان ضرورة وأحوال الناس في المشي مختلفة لا يمكن
ضبطها فسقط اعتبار صفة المشي وههنا لا ضرورة في الخروج وعلى هذا الخلاف اذا خرج لحاجة الانسان ومكث
بعد فراغه أنه ينتقض اعتكافه عند أبي حنيفة قل مكثه أو كثر وعندهما لا ينتقض ما لم يكن أكثر من نصف يوم ولو
صعد المئذنة لم يفسد اعتكافه بلا خلاف وان كان باب المئذنة خارج المسجد لان المئذنة من المسجد الا ترى انه
يمنع فيه كل ما يمنع في المسجد من البول ونحوه ولا يجوز بيعها فاشبه زاوية من زوايا المسجد وكذا اذا كان داره بجنب
المسجد فاخرج رأسه الى داره لا يفسد اعتكافه لان ذلك ليس بخروج الا ترى أنه لو حلف لا يخرج من الدار ففعل
ذلك لا يحنث في يمينه وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج رأسه من
المسجد فيغسل رأسه وان غسل رأسه في المسجد في اناء لا بأس به اذا لم يلوث المسجد بالماء المستعمل فان كان
بحيث يتلوث المسجد يمنع منه لان تنظيف المسجد واجب ولو توضأ في المسجد في اناء فهو على هذا التفصيل
وأما اعتكاف التطوع فهل يفسد بالخروج لغير عذر كالخروج لعيادة المريض وتشييع الجنازة فيه روايتان في
رواية الاصل لا يفسد وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة يفسد بناء على ان اعتكاف التطوع غير مقدر
على رواية الاصل فله أن يعتكف ساعة من نهار أو نصف يوم أو ما شاء من قليل أو كثير أو يخرج فيكون معتكفا
ما أقام تاركا ما خرج وعلى رواية الحسن هو مقدر بيوم كالصوم ولهذا قال انه لا يصح بدون الصوم كما لا يصح
الاعتكاف الواجب بدون الصوم وجه رواية الحسن ان الشروع في التطوع موجب للاتمام على أصل أصحابنا
صيانة للمؤدى عن البطلان كما في صوم التطوع وصلاة التطوع ومست الحاجة الى صيانة المؤدى ههنا لان القدر
المؤدى انعقد قربة فيحتاج الى صيانته وذلك بالمضى فيه الى آخر اليوم وجه رواية الاصل ان الاعتكاف لبث واقامة
فلا يتقدر بيوم كامل كالوقوف بعرفة وهذا لان الأصل في كل فعل تام بنفسه في زمان اعتباره في نفسه من غير
أن يقف اعتباره على وجود غيره وكل لبث واقامة توجد فهو فعل تام في نفسه فكان اعتكافا في نفسه فلا تقف صحته
واعتباره على وجود أمثاله الى آخر اليوم هذا هو الحقيقة الا اذا جاء دليل التغيير فتجعل الأفعال المتعددة المتغايرة
حقيقة متحدة حكما كما في الصوم ومن ادعى التغيير ههنا يحتاج الى الدليل وقوله الشروع فيه موجب مسلم لكن
بقدر ما اتصل به الاداء ولما خرج فما أوجب الا ذلك القدر فلا يلزمه اكثر من ذلك ولو جامع في حال الاعتكاف
فسد اعتكافه لان الجماع من محظورات الاعتكاف لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد قيل
المباشرة كناية عن الجماع كذا روى عن ابن عباس رضى الله عنه ان ما ذكر الله عز وجل في القرآن من المباشرة
والرفث والغشيان فانما عنى به الجماع لكن الله تعالى حيى كريم يكنى بما شاء دلت الآية على ان الجماع محظور في
الاعتكاف فان حظر الجماع على المعتكف ليس لمكان المسجد بل لمكان الاعتكاف وان كان ظاهر النهى عن
المباشرة في حال الاعتكاف في المسجد بقوله عز وجل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد لان الآية الكريمة

نزلت فى قوم كانوا يعتكفون فى المساجد وكانوا يخرجون يقضون حاجتهم فى الجماع ثم يغتسلون ثم يرجعون الى معتكفهم لا أنهم كانوا يجامعون فى المساجد لينهوا عن ذلك بل المساجد فى قلوبهم كانت أجل وأعظم من أن يجعلوها مكانا للوطء لسائهم فثبت ان النهى عن المباشرة فى حال الاعتكاف لاجل الاعتكاف فكان الجماع من محظورات الاعتكاف فيوجب فساده وسواء جامع ليلا أو نهارا لان النص مطلق فكان الجماع من محظورات الاعتكاف ليلا ونهارا وسواء كان عامدا أو ناسيا بخلاف الصوم فان جماع الناسى لا يفسد الصوم والنسيان لم يجعل عذرا فى باب الاعتكاف وجعل عذرا فى باب الصوم والفرق من وجهين أحدهما ان الأصل أن لا يكون عذرا لان فعل الناسى مقدور الامتناع عنه فى الجملة اذ الوقوع فيه لا يكون الا لنوع تقصير ولهذا كان النسيان جار المؤاخذة عليه عندنا وانما رفعت المؤاخذة ببركة دعاء النبى صلى الله عليه وسلم بقوله ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولهذا لم يجعل عذرا فى باب الصلاة الا انه جعل عذرا فى باب الصوم بالنص فيقتصر عليه والثانى ان المحرم فى الاعتكاف عين الجماع فيستوى فيه العمد والسهو والمحرم فى باب الصوم هو الافطار لا عين الجماع أو حرم الجماع لكونه افطارا الا لكونه جماعا فكانت حرمته لغيره وهو الافطار والافطار يختلف حكمه بالعمد والنسيان ولو أكل أو شرب فى النهار عامدا فسد صومه وفسد اعتكافه لفساد الصوم ولو أكل ناسيا لا يفسد اعتكافه لانه لا يفسد صومه والأصل ان ما كان من محظورات الاعتكاف وهو ما منع عنه لاجل الاعتكاف لا لاجل الصوم يختلف فيه العمد والسهو والنهار والليل كالجماع والخروج من المسجد وما كان من محظورات الصوم وهو ما منع عنه لاجل الصوم يختلف فيه العمد والسهو والنهار والليل كالجماع والخروج من المسجد وكالاكل والشرب والفقه ما بينا ولو باشر فانزل فسد اعتكافه لان المباشرة منصوص عليها فى الآية وقد قيل فى بعض وجوه التأويل ان المباشرة الجماع وما دونه ولان المباشرة مع الانزال فى معنى الجماع فيلحق به وكذا لو جامع فيما دون الفرج فانزل لما قلنا فان لم ينزل لا يفسد اعتكافه لانه بدون الانزال لا يكون فى معنى الجماع لكنه يكون حراما وكذا التقبيل والمعانقة واللمس انه ان أنزل فى شئ من ذلك فسد اعتكافه والا فلا يفسد لكنه يكون حراما بخلاف الصوم فان فى باب الصوم لا تحرم الدواعى اذا كان يأمن على نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا ان عين الجماع فى باب الاعتكاف محرم وتحريم الشئ يكون تحريما لدواعيه لانها تفضى اليه فلو لم تحرم لادى الى التناقض وأما فى باب الصوم فعين الجماع ليس بمحرم انما المحرم هو الافطار أو حرم الجماع لكونه افطارا وهذا لا يتعدى الى الدواعى فهو الفرق ولو نظر فانزل لم يفسد اعتكافه لانعدام الجماع صورة ومعنى فاشبه الاحتلام والله الموفق ولا يأتى الزوج امرأته وهى معتكفة اذا كانت اعتكفت باذن زوجها لان اعتكافها اذا كان باذن زوجها فانه لا يملك الرجوع عنه لما بينا فيما تقدم فلا يجوز وطؤها لما فيه من افساد عبادتها ويفسد الاعتكاف بالردة لان الاعتكاف قربة والكافر ليس من أهل القربة ولهذا لم ينعقد مع الكفر فلا يبقى مع الكفر أيضا ونفس الاغماء لا يفسده بلا خلاف حتى لا ينقطع التتابع ولا يلزمه أن يستقبل الاعتكاف اذا أفاق وان أغمى عليه أياما أو أصابه لمم فسد اعتكافه وعليه اذا برأ أن يستقبل لانه لزمه متتابعا وقد فاتت صفة التتابع فيلزمه الاستقبال كما فى صوم كفارة الظهار فان تطاول الجنون وبقى سنين ثم أفاق هل يجب عليه أن يقضى أو يسقط عنه ففيه روايتان قياس واستحسان نذكرهما فى موضعهما ان شاء الله تعالى ولو سكر ليلا لا يفسد اعتكافه عندنا وعند الشافعى يفسد وجه قوله ان السكران كالمجنون والجنون يفسد الاعتكاف فكذا السكر (ولنا) ان السكر ليس الا معنى له أثر فى العقل مدة يسيرة فلا يفسد الاعتكاف ولا يقطع التتابع كالاغماء ولو حاضت المرأة فى حال الاعتكاف فسد اعتكافها لان الحيض ينافى أهلية الاعتكاف لمنافاتها الصوم ولهذا منعت من انعقاد الاعتكاف فتمنع من البقاء ولو احتلم المعتكف لا يفسد اعتكافه لانه لا صنع له فيه فلم يكن جماعا ولا فى معنى الجماع ثم ان أمكنه الاغتسال فى المسجد من غير أن يلوث المسجد فلا بأس به والا فيخرج فيغتسل ويعود الى المسجد ولا بأس للمعتكف أن يبيع ويشترى ويتزوج ويراجع ويلبس ويتطيب ويدهن ويأكل ويشرب بعد غروب الشمس الى طلوع الفجر ويتحدث ما بدا له بعد

ان

أن لا يكون ما تعاو ينام فى المسجد والمراد من البيع والشراء هو كلام الايجاب والقبول من غير نقل الأمتعة الى المسجد لان ذلك ممنوع عنه لأجل المسجد لما فيه من اتخاذ المسجد متجرا لا لأجل الاعتكاف وحكى عن مالك أنه لا يجوز البيع فى المسجد كانه يشير الى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبيعكم وشراءكم ورفع أصواتكم وسل سيوفكم (ولنا) عمومات البيع والشراء من الكتاب الكريم والسنة من غير فصل بين المسجد وغيره وروى عن على رضى الله عنه انه قال لابن أخيه جعفر هلا اشتريت خادما قال كنت معتكفا قال وماذا عليك لو اشتريت أشار الى جواز الشراء فى المسجد وأما الحديث فمحمول على اتخاذ المساجد متاجر كالسوق يباع فيها وتنقل الامتعة اليها أو يحمل على الندب والاستحباب توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان وأما النكاح والرجعة فلان نصوص النكاح والرجعة لا تفصل بين المسجد وغيره من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ونحو ذلك وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف ونحو ذلك وكذا الاكل والشرب واللبس والطيب والنوم لقوله تعالى وكلوا واشربوا وقوله تعالى يابنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وقوله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق وقوله عز وجل وجعلنا نومكم سباتا وقد روى ان النبى كان يفعل ذلك فى حال اعتكافه فى المسجد مع ما ان الاكل والشرب والنوم فى المسجد فى حال الاعتكاف لو منع منه لمنع من الاعتكاف اذ ذلك أمر لا بد منه وأما التكلم بما لا مأثم فيه فلقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا قيل فى بعض وجوه التأويل أى صدقا وصوابا لا كذبا ولا فحشا وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتحدث مع أصحابه ونسائه رضى الله عنهم وهو معتكف فى المسجد فاما التكلم بما فيه مأثم فانه لا يجوز فى غير المسجد ففى المسجد أولى وله أن يحرم فى اعتكافه بحج أو عمرة واذا فعل لزمه الاحرام وأقام فى اعتكافه الى أن يفرغ منه ثم يمضى فى احرامه الا أن يخاف فوت الحج فيدع الاعتكاف ويحج ثم يستقبل الاعتكاف أما صحة الاحرام فى حال الاعتكاف فلانه لا تنافى بينهما ألا ترى ان الاعتكاف ينعقد مع الاحرام فيبقى معه أيضا واذا صح احرامه فانه يتم الاعتكاف ثم يشتغل بافعال الحج لأنه يمكنه الجمع بينهما وأما اذا خاف فوت الحج فانه يدع الاعتكاف لان الحج يفوت والاعتكاف لا يفوت فكان الاشتغال بالذى يفوت أولى ولان الحج آكد وأهم من الاعتكاف فالاشتغال به أولى واذا ترك الاعتكاف يقضيه بعد الفراغ من الحج والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكمه اذا فسد فالذى فسد لا يخلو اما أن يكون واجبا وأعنى به المنذور واما أن يكون تطوعا فان كان واجبا يقضى اذا قدر على القضاء الا الردة خاصة لانه اذا فسد التحق بالعدم فصار فائتا معنى فيحتاج الى القضاء جبرا للفوات ويقضى بالصوم لأنه فاته مع الصوم فيقضيه مع الصوم غير ان المنذور به ان كان اعتكاف شهر بعينه يقضى قدر ما فسد لا غير ولا يلزمه الاستقبال كالصوم المنذور به فى شهر بعينه اذا أفطر يوما انه يقضى ذلك اليوم ولا يلزمه الاستئناف كما فى صوم رمضان لما ذكرنا فى كتاب الصوم واذا كان اعتكاف شهر بغير عينه يلزمه الاستقبال لأنه يلزمه متتابعا فيراعى فيه صفة التتابع وسواء فسد بصنعه من غير عذر كالخروج والجماع والاكل والشرب فى النهار الا الردة أو فسد بصنعه لعذر كما اذا مرض فاحتاج الى الخروج فخرج أو بغير صنعه رأسا كالحيض والجنون والاغماء الطويل لان القضاء يجب جبرا للفائت والحاجة الى الجبر متحققة فى الاحوال كلها الا أن سقوط القضاء فى الردة عرف بالنص وهو قوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقول النبى صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله والقياس فى الجنون الطويل ان يسقط القضاء كما فى صوم رمضان الا ان فى الاستحسان يقضى لان سقوط القضاء فى صوم رمضان انما كان لدفع الحرج لان الجنون اذا طال قلما يزول فيتكرر عليه صوم رمضان فيحرج فى قضائه وهذا المعنى لا يتحقق فى الاعتكاف وأما اعتكاف التطوع اذا قطعه قبل تمام اليوم فلا شئ عليه فى رواية الأصل وفى رواية الحسن يقضى بناء على ان اعتكاف التطوع غير مقدر فى رواية محمد عن أبى حنيفة وفى رواية الحسن عنه مقدر بيوم وقد ذكرنا الوجه للروايتين فيما تقدم وأما حكمه اذا

فات عن وقته المعين له بان نذر اعتكاف شهر بعينه انه اذا فات بعضه قضاه لا غير ولا يلزمه الاستقبال كما فى الصوم وان فاته كله قضى الكل متتابعا الا انه لما لم يعتكف حتى مضى الوقت صار الاعتكاف دينا فى ذمته فصار كانه أنشأ النذر باعتكاف شهر بعينه فان قدر عن قضائه فلم يقضه حتى أيس من حياته يجب عليه أن يوصى بالفدية لكل يوم طعام مسكين لا لاجل الصوم لا لاجل الاعتكاف كما فى قضاء رمضان والصوم المنذور فى وقت بعينه وان قدر على البعض دون البعض فلم يعتكف فكذلك ان كان صحيحا وقت النذر فان كان مريضا وقت النذر فذهب الوقت وهو مريض حتى مات فلا شئ عليه وان صح يوما فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى الصوم المنذور فى وقت بعينه واذا نذر اعتكاف شهر بغير بعينه فجميع العمر وقته كما فى النذر بالصوم فى وقت بغير بعينه وفى أى وقت أدى كان مؤديا لا قاضيا لان الايجاب حصل مطلقا عن الوقت وانما يتضيق عليه الوجوب اذا أيس من حياته وعند ذلك يجب عليه ان يوصى بالفدية كما فى قضاء رمضان والصوم المنذور المطلق فان لم يوص حتى مات سقط عنه فى أحكام الدنيا عندنا حتى لا تؤخذ من تركته ولا يجب على الورثة الفدية الا أن يتبرعوا به وعند الشافعى لا تسقط وتؤخذ من تركته و تعتبر من جميع المال والمسئلة مضت فى كتاب الزكاة والله الموفق

﴿ كتاب الحج ﴾

الكتاب يشتمل على فصلين فصل فى الحج وفصل فى العمرة أما فصل الحج فالكلام فيه يقع فى مواضع فى بيان فرضية الحج وفى بيان كيفية فرضه وفى بيان شرائط الفرضية وفى بيان أركان الحج وفى بيان واجباته وفى بيان سننه وفى بيان الترتيب فى أفعاله من الفرائض والواجبات والسنن وفى بيان شرائط أركانه وفى بيان ما يفسده و بيان حكمه اذا فسد وفى بيان ما يفوت الحج بعد الشروع فيه وفى بيان حكمه اذا فات عن عمره أصلا ورأسا أما الاول فالحج فريضة ثبتت فرضيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا فى الآية دليل وجوب الحج من وجهين أحدهما انه قال ولله على الناس حج البيت وعلى كلمة ايجاب والثانى أنه قال تعالى ومن كفر قيل فى التأويل ومن كفر بوجوب الحج حتى روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال أى ومن كفر بالحج فلم ير حجه برا ولا تركه مأثما وقوله تعالى لابراهيم عليه الصلاة والسلام وأذن فى الناس بالحج أى ادع الناس ونادهم الى حج البيت وقيل أى اعلم الناس ان الله فرض عليهم الحج دليله قوله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع اليه سبيلا وقوله صلى الله عليه وسلم اعبدوا ربكم وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وحجوا بيت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من مات ولم يحج حجة الاسلام من غير أن يمنعه سلطان جائر أو مرض حابس أو عدو ظاهر فليمت ان شاء يهوديا وان شاء نصرانيا أو مجوسيا وروى انه قال من ملك زادا وراحلة تبلغه الى بيت الله الحرام فلم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا وأما الاجماع فلان الأمة أجمعت على فرضيته وأما المعقول فهو ان العبادات وجبت لحق العبودية أو لحق شكر النعمة اذ كل ذلك لازم فى المعقول وفى الحج اظهار العبودية وشكر النعمة أما اظهار العبودية فلان اظهار العبودية هو اظهار التذلل للمعبود وفى الحج ذلك لان الحاج فى حال احرامه يظهر الشعث ويرفض أسباب التزين والارتفاق ويتصور بصورة عبد سخط عليه مولاه فيتعرض بسوء حاله لعطف مولاه ومرحمته اياه وفى حال وقوفه بعرفة بمنزلة عبد عصى مولاه فوقف بين يديه متضرعا حامدا له مثنيا عليه مستغفرا لزلاته مستقيلا لعثراته وبالطواف حول البيت يلازم المكان المنسوب الى ربه بمنزلة عبد معتكف على باب مولاه لائذ بجنابه وأما شكر النعمة فلان العبادات بعضها بدنية و بعضها مالية والحج عبادة لا تقوم الا بالبدن والمال ولهذا لا يجب الا عند وجود المال وصحة البدن فكان فيه شكر النعمتين وشكر النعمة ليس الا استعمالها

فى طاعة المنعم وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما كيفية فرضه فمنها انه فرض عين لا فرض كفاية فيجب على كل من استجمع شرائط الوجوب عينا لا يسقط باقامة البعض عن الباقين بخلاف الجهاد فانه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين لأن الايجاب تناول كل واحد من آحاد الناس عينا والاصل أن الانسان لا يخرج عن عهدة ما عليه الا باداثه بنفسه الا اذا حصل المقصود منه باداء غيره كالجهاد ونحوه وذلك لا يتحقق فى الحج ومنها أنه لا يجب فى العمر الا مرة واحدة بخلاف الصلاة والصوم والزكاة فان الصلاة تجب فى كل يوم وليلة خمس مرات والزكاة والصوم يجبان فى كل سنة مرة واحدة لأن الأمر المطلق بالفعل لا يقتضى التكرار لما عرف فى أصول الفقه والتكرار فى باب الصلاة والزكاة والصوم ثبت بدليل زائد لا بمطلق الأمر ولما روى أنه لما نزلت آية الحج سأل الاقرع بن حابس رضى الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله الحج فى كل عام أو مرة واحدة فقال عليه الصلاة والسلام مرة واحدة وفى رواية قال لما نزلت آية الحج ألعامنا هذا يارسول الله أم للابد فقال للابد ولأنه عبادة لا تتأدى الا بكلفة عظيمة ومشقة شديدة بخلاف سائر العبادات فلو وجب فى كل عام لأدى الى الحرج وأنه منفى شرعا ولأنه اذا لم يمكن اداؤه الا بحرج لا يؤدى فيلحق المأثم والعقاب الى هذا أشار النبى صلى الله عليه وسلم لما سأله الاقرع ابن حابس وقال ألعامنا هذا أم للابد فقال عليه الصلاة والسلام للابد ولو قلت فى كل عام لوجب ولو وجب ثم تركتم لضللتم واختلف فى وجوبه على الفور والتراخى ذكر الكرخى أنه على الفور حتى يأثم بالتأخير عن أول أوقات الامكان وهى السنة الاولى عند استجماع شرائط الوجوب وذكر أبو سهل الزجاجى الخلاف فى المسئلة بين أبى يوسف ومحمد فقال فى قول أبى يوسف يجب على الفور وفى قول محمد على التراخى وهو قول الشافعى وروى عن أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف وروى عنه مثل قول محمد وجه قول محمد أن الله تعالى فرض الحج فى وقت مطلقا لأن قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا مطلقا عن الوقت ثم بين وقت الحج بقوله عز وجل الحج أشهر معلومات أى وقت الحج أشهر معلومات فصار المفروض هو الحج فى أشهر الحج مطلقا من العمر فتقييده بالفور تقييد المطلق ولا يجوز الا بدليل وروى أن فتح مكة كان لسنة ثمان من الهجرة وحج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سنة العشر ولو كان وجوبه على الفور لما احتمل التأخير منه والدليل عليه أنه لو أدى فى السنة الثانية أو الثالثة يكون مؤديا لا قاضيا ولو كان واجبا على الفور وقد فات الفور فقد فات وقته فينبغى أن يكون قاضيا لا مؤديا كما لو فاتت صلاة الظهر عن وقتها وصوم رمضان عن وقته ولهما أن الامر بالحج فى وقته مطلق يحتمل الفور ويحتمل التراخى والحمل على الفور أحوط لانه اذا حمل عليه يأتى بالفعل على الفور ظاهرا وغالبا خوفا من الاثم بالتأخير فان أريد به الفور فقد أتى بما أمر به فأمن الضرر وان أريد به التراخى لا يضره الفعل على الفور بل ينفعه لمسارعته الى الخير ولو حمل على التراخى ربما لا يأتى به على الفور بل يؤخر الى السنة الثانية والثالثة فتلحقه المضرة ان أريد به الفور وان كان لا يلحقه ان أريد به التراخى فكان الحمل على الفور حملا على أحوط الوجهين فكان أولى وهذا قول امام الهدى الشيخ أبى منصور الماتريدى فى كل أمر مطلق عن الوقت أنه يحمل على الفور لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين أن المراد منه الفور أو التراخى بل يعتقد أن ما أراد الله تعالى به من الفور والتراخى فهو حق وروينا عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من ملك زادا وراحلة تبلغه الى بيت الله الحرام فلم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا ألحق الوعيد بمن أخر الحج عن أول أوقات الامكان لأنه قال من ملك كذا فلم يحج والفاء للتعقيب بلا فصل أى لم يحج عقيب ملك الزاد والراحلة بلا فصل وأما طريق عامة المشايخ فان للحج وقتا معينا من السنة يفوت عن تلك السنة بفوات ذلك الوقت فلو أخره عن السنة الاولى وقد يعيش الى السنة الثانية وقد لا يعيش فكان التأخير عن السنة الاولى تفويتا له للحال لانه لا يمكنه الاداء للحال الى أن يجىء وقت الحج من السنة الثانية وفى ادراكه السنة الثانية شك فلا يرتفع الفوات الثابت للحال بالشك والتفويت

حرام وأما قوله ان الوجوب فى الوقت ثبت مطلقا عن الفور فسلم لكن المطلق يحتمل الفور ويحتمل التراخى والحمل على الفور أولى لما بينا ويجوز تقييد المطلق عند قيام الدليل وأما تأخير رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج عن أول أوقات الامكان فقد قيل انه كان لعذر له ولا كلام فى حال العذر يدل على أنه لا خلاف فى أن التعجيل أفضل والرسول صلى الله عليه وسلم لا يترك الافضل الا لعذر على أن المانع من التأخير هو احتمال الفوات ولم يكن فى تأخيره ذلك فوات لعلمه من طريق الوحى أنه يحج قبل موته قال الله تعالى لقد صدق الله رسوله الرؤيا بالحق لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين والثنيا للتيمن والتبرك أولما أن الله تعالى خاطب الجماعة وقد علم أن بعضهم يموت قبل الدخول وأما قوله لو أدى فى السنة الثانية كان مؤديا لا قاضيا فانما كان كذلك لان أثر الوجوب على الفور عملا فى احتمال الاثم بالتأخير عن أول الوقت فى الامكان لا فى اخراج السنة الثانية والثالثة من أن يكون وقتا للواجب كما فى باب الصلاة وهذا لأن وجوب التعجيل انما كان تحرزا عن الفوات فاذا عاش الى السنة الثانية والثالثة فقد زال احتمال الفوات فحصل الاداء فى وقته كما فى باب الصلاة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط فرضيته فنوعان نوع يعم الرجال والنساء ونوع يخص النساء أما الذى يعم الرجال والنساء فمنها البلوغ ومنها العقل فلا حج على الصبى والمجنون لانه لا خطاب عليهما فلا يلزمهما الحج حتى لو حجا ثم بلغ الصبى وأفاق المجنون فعليهما حجة الاسلام وما فعله الصبى قبل البلوغ يكون تطوعا وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما صبى حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ومنها الاسلام فى حق أحكام الدنيا بالاجماع حتى لو حج الكافر ثم أسلم يجب عليه حجة الاسلام ولا يعتد بما حج فى حال الكفر وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما اعرابى حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا هاجر يعنى أنه اذا حج قبل الاسلام ثم أسلم ولأن الحج عبادة والكافر ليس من أهل العبادة وكذا لا حج على الكافر فى حق أحكام الآخرة عندنا حتى لا يؤاخذ بالترك وعند الشافعى ليس بشرط ويجب على الكافر حتى يؤاخذ بتركه فى الآخرة وأصل المسئلة أن الكفار لا يخاطبون بشرائع هى عبادات عندنا وعنده يخاطبون بذلك وهذا يعرف فى أصول الفقه ولا حجة له فى قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا لان المراد منه المؤمنون بدليل سياق الآية وهو قوله ومن كفر فان الله غنى عن العالمين وبدليل عقلى يشمل الحج وغيره من العبادات وهو أن الحج عبادة والكافر ليس من أهل اداء العبادة ولا سبيل الى الايجاب لقدرته على الاداء بتقديم الاسلام لما فيه من جعل المتبوع تبعا والتبع متبوعا وانه قلب الحقيقة على ما بينا فى كتاب الزكاة وتخصيص العام بدليل عقلى جائز ومنها الحرية فلا حج على المملوك لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عبد حج عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا اعتق ولأن الله تعالى شرط الاستطاعة لوجوب الحج بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ولا استطاعة بدون ملك الزاد والراحلة لما نذكر ان شاء الله تعالى ولا ملك للعبد لأنه مملوك فلا يكون مالكا بالاذن فلم يوجد شرط الوجوب وسواء أذن له المولى بالحج أولا لأنه لا يصير مالكا بالاذن فلم يجب الحج عليه فيكون ما حج فى حال الرق تطوعا ولأن ما روينا من الحديث لا يفصل بين الاذن وعدم الاذن فلا يقع حجه عن حجة الاسلام بحال بخلاف الفقير لأنه لا يجب الحج عليه فى الابتداء ثم اذا حج بالسؤال من الناس يجوز ذلك عن حجة الاسلام حتى لو أيسر لا يلزمه حجة أخرى لأن الاستطاعة بملك الزاد والراحلة ومنافع البدن شرط الوجوب لان الحج يقام بالمال والبدن جميعا والعبد لا يملك شيأ من ذلك فلم يجب عليه ابتداء وانتهاء والفقير يملك منافع نفسه اذ لا ملك لاحد فيها الا أنه ليس له ملك الزاد والراحلة وانه شرط ابتداء الوجوب فامتنع الوجوب فى الابتداء فاذا بلغ مكة وهو يملك منافع بدنه فقد قدر على الحج بالمشى وقليل زاد فوجب عليه الحج فاذا أدى وقع عن حجة الاسلام فأما العبد فمنافع بدنه ملك مولاه ابتداء وانتهاء ما دام عبدا فلا يكون قادرا على الحج ابتداء وانتهاء فلم يجب عليه ولهذا قلنا ان الفقير اذا حضر القتال يضرب له بسهم كامل كسائر من فرض عليه القتال وان كان لا يجب

عليه الجهاد ابتداء والعبد اذا شهد الوقعة لا يضرب له بسهم الحر بل يرضخ له وما افترقا الا لما ذكرنا وهذا بخلاف العبد اذا شهد الجمعة وصلى أنه يقع فرضا وان كان لا تجب عليه الجمعة فى الابتداء لان منافع العبد مملوكة للمولى والعبد محجور عن التصرف فى ملك مولاه نظرا للمولى الا قدر ما استثنى عن ملكه من الصلوات الخمس فانه مبقى فيها على أصل الحرية لحكمة الله تعالى فى ذلك وليس فى ذلك كبير ضرر بالمولى لانها تتأدى بمنافع البدن فى ساعات قليلة فيكون فيه نفع العبد من غير ضرر بالمولى فاذا حضر الجمعة وفاتت المنافع بسبب السعى فيعد ذلك الظهر والجمعة سواء فنظر المالك فى جواز الجمعة اذ لو لم يجز له ذلك يجب عليه اداء الظهر ثانيا فيزيد الضرر فى حق المولى بخلاف الحج والجهاد فانهما لا يؤديان الا بالمال والنفس فى مدة طويلة وفيه ضرر بالمولى بفوات ماله وتعطيل كثير من منافع العبد فلم يجعل مبقى على أصل الحرية فى حق هاتين العبادتين ولو قلنا بالجواز عن الفرض اذا وجد من العبد يتبادر العبيد الى الاداء لكون الحج عبادة مرغوبة وكذا الجهاد فيؤدى الى الاضرار بالمولى فالشرع حجر عليهم وسد هذا الباب نظرا بالمولى حتى لا يجب الا بملك الزاد والراحلة وملك منافع البدن ولو أحرم الصبى ثم بلغ قبل الوقوف بعرفة فان مضى على احرامه يكون حجه تطوعا عندنا وعند الشافعى يكون عن حجة الاسلام اذا وقف بعرفة وهو بالغ وهذا بناء على أن من عليه حجة الاسلام اذا نوى النفل يقع عن النفل عندنا وعنده يقع عن الفرض والمسئلة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى ولو جدد الاحرام بأن لبى أو نوى حجة الاسلام ووقف بعرفة وطاف طواف الزيارة يكون عن حجة الاسلام بلا خلاف وكذا المجنون اذا أفاق والكافر اذا أسلم قبل الوقوف بعرفة فجدد الاحرام ولو أحرم العبد ثم عتق فأحرم بحجة الاسلام بعد العتق لا يكون ذلك عن حجة الاسلام بخلاف الصبى والمجنون والكافر والفرق أن احرام الكافر والمجنون لم ينعقد أصلا لعدم الاهلية واحرام الصبى العاقل وقع صحيحا لكنه غير لازم لكونه غير مخاطب فكان محتملا للانتقاض فاذا جدد الاحرام بحجة الاسلام انتقض فأما احرام العبد فانه وقع لازما لكونه أهلا للخطاب فانعقد احرامه تطوعا فلا يصح احرامه الثانى الا بفسخ الاول وانه لا يحتمل الانفساخ ومنها صحة البدن فلا حج على المريض والزمن والمقعد والمفلوج والشيخ الكبير الذى لا يثبت على الراحلة بنفسه والمحبوس والممنوع من قبل السلطان الجائر عن الخروج الى الحج لان الله تعالى شرط الاستطاعة لوجوب الحج والمراد منها استطاعة التكليف وهى سلامة الاسباب والآلات ومن جملة الاسباب سلامة البدن عن الآفات المانعة عن القيام بما لا بد منه فى سفر الحج لان الحج عبادة بدنية فلا بد من سلامة البدن ولا سلامة مع المانع وعن ابن عباس رضى الله عنه فى قوله عز وجل من استطاع اليه سبيلا ان السبيل أن يصح بدن العبد ويكون له ثمن زاد وراحلة من غير أن يحجب ولان القرب والعبادات وجبت بحق الشكر لما أنعم الله على المكلف فاذا منع السبب الذى هو النعمة وهو سلامة البدن أو المال كيف يكلف بالشكر ولا نعمة وأما الاعمى فقد ذكر فى الاصل عن أبى حنيفة انه لا حج عليه بنفسه وان وجد زادا وراحلة وقائدا وانما يجب فى ماله اذا كان له مال وروى الحسن عن أبى حنيفة فى الاعمى والمقعد والزمن ان عليهم الحج بأنفسهم وقال أبو يوسف ومحمد يجب على الاعمى الحج بنفسه اذا وجد زادا وراحلة ومن يكفيه مؤنة سفره فى خدمته ولا يجب على الزمن والمقعد والمقطوع وجه قولهما ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الاستطاعة فقال هى الزاد والراحلة فسر صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة وللاعمى هذه الاستطاعة فيجب عليه الحج ولان الاعمى يجب عليه الحج بنفسه الا انه لا يهتدى الى الطريق بنفسه و يهتدى بالقائد فيجب عليه بخلاف الزمن والمقعد ومقطوع اليد والرجل لان هؤلاء لا يقدرون على الاداء بأنفسهم وجه رواية الحسن فى الزمن والمقعد انهما يقدران بغيرهما ان كانا لا يقدران بأنفسهما والقدرة بالغير كافية لوجوب الحج كالقدرة بالزاد والراحلة وكذا فسر النبى صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة وقد وجد وجه رواية الاصل لابى حنيفة ان الاعمى لا يقدر على أداء الحج بنفسه لانه لا يهتدى الى الطريق بنفسه ولا يقدر على ما لا بد منه فى الطريق

بنفسه من الركوب والنزول وغير ذلك وكذا الزمن والمقعد فلم يكونا قادرين على الاداء بأنفسهم بل بقدرة غير مختار والقادر بقدرة غير مختار لا يكون قادرا على الاطلاق لان فعل المختار يتعلق باختياره فلم تثبت الاستطاعة على الاطلاق ولهذا لم يجب الحج على الشيخ الكبير الذي لا يستمسك على الراحلة وان كان ثمة غيره يمسكه لما قلنا كذا هذا وانما فسر النبي صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة لكونهما من الاسباب الموصلة الى الحج لا لاقتصار الاستطاعة عليهما ألا ترى انه اذا كان بينه وبين مكة بحر زاخر لا سفينة ثمة أو عدو حائل يحول بينه وبين الوصول الى البيت لا يجب عليه الحج مع وجود الزاد والراحلة فثبت أن تخصيص الزاد والراحلة ليس لاقتصار الشرط عليهما بل للتنبيه على أسباب الامكان فكلما كان من أسباب الامكان يدخل تحت تفسير الاستطاعة معنى ولان في ايجاب الحج على الاعمى والزمن والمقعد والمفلوج والمريض والشيخ الكبير الذي لا يثبت على الراحلة بأنفسهم حرجا بينا ومشقة شديدة وقد قال الله عز وجل ما جعل عليكم في الدين من حرج ومنها ملك الزاد والراحلة في حق النائي عن مكة والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان انه من شرائط الوجوب والثاني في تفسير الزاد والراحلة اما الاول فقد قال عامة العلماء انه شرط فلا يجب الحج باباحة الزاد والراحلة سواء كانت الاباحة ممن له منة على المباح له أو كانت ممن لا منة له عليه كالاب وقال الشافعي يجب الحج باباحة الزاد والراحلة اذا كانت الاباحة ممن لا منة له على المباح له كالوالد يبذل الزاد والراحلة لابنه وله في الاجنبي قولان ولو وهبه انسان مالا يحج به لا يجب على الموهوب له القبول عندنا وللشافعي فيه قولان وقال مالك الراحلة ليست بشرط لوجوب الحج أصلا لا ملكا ولا اباحة وملك الزاد شرط حتى لو كان صحيح البدن وهو يقدر على المشي يجب عليه الحج وان لم يكن له راحلة أما الكلام مع مالك فهو احتج بظاهر قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كان صحيح البدن قادرا على المشي وله زاد فقد استطاع اليه سبيلا فيلزمه فرض الحج (ولنا) ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة جميعا فلا تثبت الاستطاعة بأحدهما وبه تبين ان القدرة على المشي لا تكفي لاستطاعة الحج ثم شرط الراحلة انما يراعى لوجوب الحج في حق من نأى عن مكة فاما أهل مكة ومن حولهم فان الحج يجب على القوي منهم القادر على المشي من غير راحلة لانه لا حرج يلحقه في المشي الى الحج كما لا يلحقه الحرج في المشي الى الجمعة وأما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان الاستطاعة المذكورة هي القدرة من حيث سلامة الاسباب والآلات والقدرة تثبت بالاباحة فلا معنى لاشتراط الملك اذ الملك لا يشترط لعينه بل للقدرة على استعمال الزاد والراحلة أكلا وركوبا واذا ثبتت بالاباحة ولهذا استوى الملك والاباحة في باب الطهارة في المنع من جواز التيمم كذا ههنا (ولنا) ان استطاعة الأسباب والآلات لا تثبت بالاباحة لان الاباحة لا تكون لازمة ألا ترى ان للمبيح أن يمنع المباح له عن التصرف في المباح ومع قيام ولاية المنع لا تثبت القدرة المطلقة فلا يكون مستطيعا على الاطلاق فلم يوجد شرط الوجوب فلا يجب بخلاف مسئلة الطهارة لان شرط جواز التيمم عدم الماء بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والعدم لا يثبت مع البذل والاباحة وأما تفسير الزاد والراحلة فهو أن يملك من المال مقدار ما يبلغه الى مكة ذاهبا وجائيا راكبا لا ماشيا بنفقة وسط لا اسراف فيها ولا تقتير فاضلا عن مسكنه وخادمه وفرسه وسلاحه وثيابه وأثاثه ونفقة عياله وخدمه وكسوتهم وقضاء ديونه وروي عن أبي يوسف انه قال ونفقة شهر بعد انصرافه أيضا وروى الحسن عن أبي حنيفة انه فسر الراحلة فقال اذا كان عنده ما يفضل عما ذكرنا ما يكترى به شق محمل أو زاملة أو رأس راحلة وينفق ذاهبا وجائيا فعليه الحج وان لم يكفه ذلك الا أن يمشي أو يكترى عقبة فليس عليه الحج ماشيا ولا راكبا عقبة وانما اعتبرنا الفضل على ما ذكرنا من الحوائج لانها من الحوائج اللازمة التي لا بد منها فكان المستحق بها ملحقا بالعدم وما ذكره بعض أصحابنا في تقدير نفقة العيال سنة والبعض شهرا فليس بتقدير لازم بل هو على حسب اختلاف المسافة في القرب والبعد لان قدر النفقة يختلف باختلاف المسافة فيعتبر في ذلك قدر ما يذهب ويعود الى منزله وانما لا يجب

عليه الحج اذا لم يكف ماله الا للعقبة لان المفروض هو الحج راكبا الا ماشيا والراكب عقبة لا يركب في كل الطريق
بل يركب في البعض ويمشي في البعض وذكر ابن شجاع انه اذا كانت له دار لا يسكنها ولا يؤاجرها ومتاع لا يمتهنه
وعبد لا يستخدمه وجب عليه أن يبيعه ويحج به وحرم عليه أخذ الزكاة اذا بلغ نصابا لانه اذا كان كذلك كان
فاضلا عن حاجته كسائر الاموال وكان مستطيعا فيلزمه فرض الحج فان أمكنه بيع منزله وان يشتري بثمنه منزلا
دونه ويحج بالفضل فهو أفضل لكن لا يجب عليه لانه محتاج الى سكناه فلا يعتبر في الحاجة قدر ما لا بد منه كما لا
يجب عليه بيع المنزل والاقتصار على السكنى وذكر الكرخي ان أبا يوسف قال اذا لم يكن له مسكن ولا خادم
ولا قوت عياله وعنده دراهم تبلغه الى الحج لا ينبغي أن يجعل ذلك في غير الحج فان فعل أثم لانه مستطيع لملك
الدراهم فلا يعذر في الترك ولا يتضرر بترك شراء المسكن والخادم بخلاف بيع المسكن والخادم فانه يتضرر ببيعهما
وقوله ولا قوت عياله مؤول وتأويله ولا قوت عياله ما يزيد على مقدار الذهاب والرجوع فاما المقدار المحتاج اليه
من وقت الذهاب الي وقت الرجوع فذلك مقدم على الحج لما بينا (ومنها) أمن الطريق وانه من شرائط الوجوب
عند بعض أصحابنا بمنزلة الزاد والراحلة وهكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة وقال بعضهم انه من شرائط الأداء
لا من شرائط الوجوب وفائدة هذا الاختلاف تظهر في وجوب الوصية اذا خاف الفوت فمن قال انه من شرائط الأداء
يقول انه تجب الوصية اذا خاف الفوت ومن قال انه شرط الوجوب يقول لا تجب الوصية لان الحج لم يجب عليه ولم
يصر دينا في ذمته فلا تلزمه الوصية وجه قول من قال انه شرط الأداء لا شرط الوجوب ما روينا ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة ولم يذكر أمن الطريق وجه قول من قال انه شرط الوجوب
وهو الصحيح ان الله تعالى شرط الاستطاعة ولا استطاعة بدون أمن الطريق كما لا استطاعة بدون الزاد
والراحلة الا أن النبي صلى الله عليه وسلم بين الاستطاعة بالزاد والراحلة بيان كفاية ليستدل بالمنصوص عليه على
غيره لاستوائهما في المعنى وهو امكان الوصول الى البيت الا ترى انه كما لم يذكر أمن الطريق لم يذكر صحة الجوارح
وزوال سائر الموانع الحسية وذلك شرط الوجوب على ان الممنوع عن الوصول الى البيت لا زاد له ولا راحلة معه
فكان شرط الزاد والراحلة شرطا الامن الطريق ضرورة (وأما) الذي يخص النساء فشرطان أحدهما أن يكون
معها زوجها أو محرم لها فان لم يوجد أحدهما لا يجب عليها الحج وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط
ويلزمها الحج والخروج من غير زوج ولا محرم اذا كان معها نساء في الرفقة ثقات واحتج بظاهر قوله تعالى ولله
على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وخطاب الناس يتناول الذكور والاناث بلا خلاف فاذا كان لها
زاد وراحلة كانت مستطيعة واذا كان معها نساء ثقات يؤمن الفساد عليها فيلزمها فرض الحج (ولنا) ما روى
عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا لا تحجن امرأة الا ومعها محرم وعن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لا تسافر امرأة ثلاثة أيام الا ومعها محرم أو زوج ولانها اذا لم يكن معها زوج ولا محرم
لا يؤمن عليها اذ النساء لحم على وضم الا ما ذب عنه ولهذا لا يجوز لها الخروج وحدها والخوف عند اجتماعهن
أكثر ولهذا حرمت الخلوة بالاجنبية وان كان معها امرأة أخرى والآية لا تتناول النساء حال عدم الزوج والمحرم
معها لان المرأة لا تقدر على الركوب والنزول بنفسها فتحتاج الى من يركبها وينزلها ولا يجوز ذلك لغير الزوج
والمحرم فلم تكن مستطيعة في هذه الحالة فلا يتناولها النص فان امتنع الزوج أو المحرم عن الخروج لا يجبران على
الخروج ولو امتنع من الخروج لارادة زاد وراحلة هل يلزمها ذلك ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي انه يلزمها
ذلك ويجب عليها الحج بنفسها وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يلزمها ذلك ولا يجب الحج عليها
وجه ما ذكره القدوري ان المحرم أو الزوج من ضرورات حجها بمنزلة الزاد والراحلة اذ لا يمكنها الحج بدونه كما لا يمكنها
الحج بدون الزاد والراحلة ولا يمكن الزام ذلك الزوج أو المحرم من مال نفسه فيلزمها ذلك له كما يلزمها الزاد والراحلة
لنفسها وجه ما ذكره القاضي ان هذا من شرائط وجوب الحج عليها ولا يجب على الانسان تحصيل شرط

الوجوب بل ان وجد الشرط وجب والا فلا الا ترى ان الفقير لا يلزمه تحصيل الزاد والراحلة فيجب عليه الحج ولهذا قالوا فى المرأة التى لا زوج لها ولا محرم انه لا يجب عليها أن تتزوج بمن يحج بها كذا هذا ولو كان معها محرم فلها أن تخرج مع المحرم فى الحجة الفريضة من غير اذن زوجها عندنا وعند الشافعى ليس لها ان تخرج بغير اذن زوجها وجه قوله ان فى الخروج تفويت حقه المستحق عليها وهو الاستمتاع بها فلا تملك ذلك من غير رضاه (ولنا) انها اذا وجدت محرما فقد استطاعت الى حج البيت سبيلا لانها قدرت على الركوب والنزول وأمنت المخاوف لان المحرم يصونها وأما قوله ان حق الزوج فى الاستمتاع يفوت بالخروج الى الحج فنقول منافعها مستثناة عن ملك الزوج فى الفرائض كما فى الصلوات الخمس وصوم رمضان ونحو ذلك حتى لو أرادت الخروج الى حجة التطوع فللزوج أن يمنعها كما فى صلاة التطوع وصوم التطوع وسواء كانت المرأة شابة أو عجوزا انها لا تخرج الا بزوج أو محرم لان ماروينا من الحديث لا يفصل بين الشابة والعجوز وكذا المعنى لا يوجب الفصل بينهما لما ذكرنا من حاجة المرأة الى من يركبها و ينزلها بل حاجة العجوز الى ذلك أشد لانها أعجز وكذا يخاف عليها من الرجال وكذا لا يؤمن عليها من أن يطلع عليها الرجال حال ركوبها ونزولها فتحتاج الى الزوج أو الى المحرم ليصونها عن ذلك والله أعلم ثم صفة المحرم أن يكون ممن لا يجوز له نكاحها على التأبيد اما بالقرابة او الرضاع أو الصهرية لان الحرمة المؤبدة تزيل التهمة فى الخلوة ولهذا قالوا ان المحرم اذا لم يكن مأمونا عليها لم يجز لها أن تسافر معه وسواء كان المحرم حرا أو عبدا لان الرق لا ينافى المحرمية وسواء كان مسلما أو ذميا أو مشركا لان الذمى والمشرك يحفظان محارمهما الا أن يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة نكاحها فلا تسافر معه لانه لا يؤمن عليها كالاجنبى وقالوا فى الصبى الذى لم يحتلم والمجنون الذى لم يفق انهما ليسا بمحرمين فى السفر لانه لا يتأتى منهما حفظها وقالوا فى الصبية التى لا يشتهى مثلها انها تسافر بغير محرم لانه يؤمن عليها فاذا بلغت حد الشهوة لا تسافر بغير محرم لانها صارت بحيث لا يؤمن عليها ثم المحرم أو الزوج انما يشترط اذا كان بين المرأة و بين مكة ثلاثة أيام فصاعدا فان كان أقل من ذلك حجت بغير محرم لان المحرم يشترط للسفر وما دون ثلاثة أيام ليس بسفر فلا يشترط فيه المحرم كما لا يشترط للخروج من محلة الى محلة ثم الزوج أو المحرم شرط الوجوب أم شرط الجواز فقد اختلف أصحابنا فيه كما اختلفوا فى أمن الطريق والصحيح انه شرط الوجوب لما ذكرنا فى أمن الطريق والله أعلم والثانى أن لا تكون معتدة عن طلاق أو وفاة لان الله تعالى نهى المعتدات عن الخروج بقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه انه رد المعتدات من ذى الحليفة وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه ردهن من الجحفة ولان الحج يمكن أداؤه فى وقت آخر فاما العدة فانها انما يجب قضاؤها فى هذا الوقت خاصة فكان الجمع بين الامرين أولى وان لزمتها بعد الخروج الى السفر وهى مسافر فان كان الطلاق رجعيا لا يفارقها زوجها لان الطلاق الرجعى لا يزيل الزوجية والافضل أن يراجعها وان كانت بائنا أو كانت معتدة عن وفاة فان كان الى منزلها أقل من مدة سفر والى مكة مدة سفر فانها تعود الى منزلها لانه ليس فيه انشاء سفر فصار كانها فى بلدها وان كان الى مكة أقل من مدة سفر والى منزلها مدة سفر مضت الى مكة لانها لا تحتاج الى المحرم فى أقل من مدة السفر وان كان من الجانبين أقل من مدة السفر فهى بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت الى منزلها فان كان من الجانبين مدة سفر فان كانت فى المصر فليس لها أن تخرج حتى تنقضى عدتها فى قول أبى حنيفة وان وجدت محرما وعند أبى يوسف ومحمد لها أن تخرج اذا وجدت محرما وليس لها أن تخرج بلا محرم بلا خلاف وان كان ذلك فى المفازة أو فى بعض القرى بحيث لا تأمن على نفسها ومالها فلها أن تمضى فتدخل موضع الامن ثم لا تخرج منه فى قول أبى حنيفة سواء وجدت محرما أو لا وعندهما تخرج اذا وجدت محرما وهذه من مسائل كتاب الطلاق نذكرها بدلائلها فى فصول العدة ان شاء الله تعالى ثم من لم يجب عليه الحج بنفسه لعذر كالمريض ونحوه وله مال يلزمه أن يحج رجلا عنه و يجزئه عن حجة الاسلام اذا وجد شرائط جواز الاحجاج على ما نذكره ولو تكلف واحد ممن له عذر فحج بنفسه أجزأه عن حجة الاسلام اذا كان

عاقلا بالغا حرا الا انه من أهل الفرض الا انه لم يجب عليه لانه لا يمكنه الوصول الا مكة الا بحرج فاذا تحمل الحرج وقع موقعه كالفقير اذا حج والعبد اذا حضر الجمعة فاداها ولانه اذا وصل الى مكة صار كاهل مكة فيلزمه الحج بخلاف العبد والصبي والمجنون فان العبد والصبي ليسا من أهل فرض الحج والمجنون ليس من أهل العبادة أصلا والله أعلم ثم ما ذكرنا من الشرائط لوجوب الحج من الزاد والراحلة وغير ذلك يعتبر وجودها وقت خروج أهل بلده حتى لو ملك الزاد والراحلة في أول السنة قبل أشهر الحج وقبل أن يخرج أهل بلده الى مكة فهو في سعة من صرف ذلك الى حيث أحب لانه لا يلزمه التأهب للحج قبل خروج أهل بلده لانه لم يجب عليه الحج قبله ومن لا حج عليه لا يلزمه التأهب للحج فكان بسبيل من التصرف في ماله كيف شاء واذا صرف ماله ثم خرج أهل بلده لا يجب عليه الحج فاما اذا جاء وقت الخروج والمال في يده فليس له أن يصرفه الى غيره على قول من يقول بالوجوب على الفور لانه اذا جاء وقت خروج أهل بلده فقد وجب عليه الحج لوجود الاستطاعة فيلزمه التأهب للحج فلا يجوز له صرفه الى غيره كالمسافر اذا كان معه ماء للطهارة وقد قرب الوقت لا يجوز له استهلاكه في غير الطهارة فان صرفه الى غير الحج اثم وعليه الحج والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الحج فشيآن أحدهما الوقوف بعرفة وهو الركن الاصلي للحج والثاني طواف الزيارة أما الوقوف بعرفة فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان انه ركن وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان مقداره وفي بيان سننه وفي بيان حكمه اذا فات عن وقته أما الاول فالدليل عليه قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ثم فسر النبي صلى الله عليه وسلم الحج بقوله الحج عرفة أي الحج الوقوف بعرفة اذ الحج فعل وعرفة مكان فلا يكون حجا فكان الوقوف مضمرا فيه فكان تقديره الحج الوقوف بعرفة والمجمل اذا التحق به التفسير يصير مفسرا من الاصل فيصير كانه تعالى قال ولله على الناس حج البيت والحج الوقوف بعرفة فظاهره يقتضي أن يكون هو الركن لا غير الا انه زيد عليه طواف الزيارة بدليل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم في سياق التفسير من وقف بعرفة فقد تم حجه جعل الوقوف بعرفة اسما للحج فدل انه ركن فان قيل هذا يدل على ان الوقوف بعرفة واجب وليس بفرض فضلا عن أن يكون ركنا لانه علق تمام الحج به والواجب هو الذي يتعلق بوجوده التمام لا الفرض فالجواب ان المراد من قوله فقد تم حجه ليس هو التمام الذي هو ضد النقصان بل خروجه عن احتمال الفساد فقوله فقد تم حجه أي خرج من أن يكون محتملا للفساد بعد ذلك لوجود المفسد حتى لو جامع بعد ذلك لا يفسد حجه لكن تلزمه الفدية على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهذا لان الله تعالى فرض الحج بقوله ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسر النبي صلى الله عليه وسلم الحج بالوقوف بعرفة فصار الوقوف بعرفة فرضا وهو ركن فلو حمل التمام المذكور في الحديث على التمام الذي هو ضد النقصان لم يكن فرضا لانه يوجد الحج بدونه فيتناقض فحمل التمام المذكور على خروجه عن احتمال الفساد عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض وقوله عز وجل ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس قيل ان أهل الحرم كانوا لا يقفون بعرفات ويقولون نحن أهل حرم الله لا نفيض كغيرنا ممن قصدنا فانزل الله عز وجل الآية الكريمة يأمرهم بالوقوف بعرفات والافاضة من حيث أفاض الناس والناس كانوا يفيضون من عرفات وافاضتهم منها لا تكون الا بعد حصولهم فيها فكان الأمر بالافاضة منها أمرا بالوقوف بها ضرورة وروي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كانت قريش ومن كان على دينها يقفون بالمزدلفة ولا يقفون بعرفات فأنزل الله عز وجل قوله ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس وكذا الأمة أجمعت على كون الوقوف ركنا في الحج وأما مكان الوقوف فعرفات كلها موقف لقول النبي صلى الله عليه وسلم عرفات كلها موقف الا بطن عرنة ولما روينا من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه مطلقا من غير تعيين موضع دون موضع الا انه لا ينبغي أن يقف في بطن عرنة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وأخبر انه وادي الشيطان وأما زمانه فزمان الوقوف من حين زوال الشمس من يوم عرفة الى طلوع الفجر الثاني من يوم

النحر حتى لو وقف بعرفة فى غير هذا الوقت كان وقوفه وعدم وقوفه سواء لانه فرض مؤقت فلا يتأدى فى غير وقته كسائر الفرائض المؤقتة الا فى حال الضرورة وهى حال الاشتباه استحسانا على ما نذكره ان شاء الله تعالى وكذا الوقوف قبل الزوال لم يجز ما لم يقف بعد الزوال وكذا من لم يدرك عرفة بنهار ولا بليل فقد فاته الحج والأصل فيه ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم وقف بعرفة بعد الزوال وقال خذوا عنى مناسككم فكان بيانا لأول الوقت وقال صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت فدل أن الوقت يبقى ببقاء الليل ويفوت بفواته وهذا الذى ذكرنا قول عامة العلماء وقال مالك وقت الوقوف هو الليل فمن لم يقف فى جزء من الليل لم يجز وقوفه واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج علق ادراك الحج بادراك عرفة بليل فدل ان الوقوف بجزء من الليل هو وقت الركن ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من وقف معنا هذا الموقف وصلى معنا هذه الصلاة وكان وقف قبل ذلك بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه وقضى تفثه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم عن تمام الحج بالوقوف ساعة من ليل أو نهار فدل ان ذلك هو وقت الوقوف غير عين وروينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من وقف بعرفة فقد تم حجه مطلقا عن الزمان الا أن زمان ما قبل الزوال وبعد انفجار الصبح من يوم النحر ليس بمراد بدليل فبقى ما بعد الزوال الى انفجار الصبح مرادا ولان هذا نوع نسك فلا يختص بالليل كسائر أنواع المناسك ولا حجة له فى الحديث لان فيه من أدرك عرفة بليل فقد ادرك الحج وليس فيه ان من لم يدركها بليل ماذا حكمه فكان متعلقا بالمسكوت فلا يصح ولو اشتبه على الناس هلال ذى الحجة فوقفوا بعرفة بعد ان أكملوا عدة ذى القعدة ثلاثين يوما ثم شهد الشهود انهم رأوا الهلال يوم كذا وتبين ان ذلك اليوم كان يوم النحر فوقوفهم صحيح وحجتهم تامة استحسانا والقياس أن لا يصح وجه القياس انهم وقفوا فى غير وقت الوقوف فلا يجوز كما لو تبين انهم وقفوا يوم التروية وأى فرق بين التقديم والتأخير والاستحسان ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صومكم يوم تصومون واضحاكم يوم تضحون وعرفتكم يوم تعرفون وروى وحجكم يوم تحجون فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم وقت الوقوف أو الحج وقت تقف أو تحج فيه الناس والمعنى فيه من وجهين أحدهما ما قال بعض مشايخنا ان هذه شهادة قامت على النفى وهى نفى جواز الحج والشهادة على النفى باطلة والثانى ان شهادتهم جائزة مقبولة لكن وقوفهم جائز أيضا لان هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم نحكم بالجواز لوقع الناس فى الحرج بخلاف ما اذا تبين ان ذلك اليوم كان يوم التروية لان ذلك نادر غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم ولانهم بهذا التأخير بنوا على دليل ظاهر واجب العمل به وهو وجوب اكمال العدة اذا كان بالسماء علة فعذروا فى الخطأ بخلاف التقديم فانه خطأ غير مبنى على دليل رأسا فلم يعذروا فيه نظيره اذا اشتبهت القبلة فتحرى وصلى الى جهة ثم تبين انه أخطأ جهة القبلة جازت صلاته ولو لم يتحر وصلى ثم تبين انه أخطأ لم يجز لما قلنا كذا هذا وهل يجوز وقوف الشهود روى هشام عن محمد انه يجوز وقوفهم وحجهم أيضا وقد قال محمد اذا شهد عند الامام شاهدان عشية يوم عرفة برؤية الهلال فان كان الامام لم يمكنه الوقوف فى بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ووقف من الغد بعد الزوال لانهم وان شهدوا عشية عرفة لكن لما تعذر على الجماعة الوقوف فى الوقت وهو ما بقى من الليل صاروا كانهم شهدوا بعد الوقت فان كان الامام يمكنه الوقوف قبل طلوع الفجر مع الناس أو أكثرهم بان كان يدرك الوقوف عامة الناس الا انه لا يدركه ضعفة الناس جاز وقوفه فان لم يقف فات حجه لانه ترك الوقوف فى وقته مع علمه به والقدرة عليه قال محمد فان اشتبه على الناس فوقف الامام والناس يوم النحر وقد كان من رأى الهلال وقف يوم عرفة لم يجزه وقوفه وكان عليه أن يعيد الوقوف مع الامام لان يوم النحر صار يوم الحج فى حق الجماعة ووقت الوقوف لا يجوز ان يختلف فلا يعتد بما فعله بانفراده وكذا اذا أخر الامام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله فان شهد شاهدان عند الامام بهلال ذى الحجة فرد شهادتهما لانه

لا علة بالسماء فوقف بشهادتهما قوم قبل الامام لم يجز وقوفهم لان الامام آخر الوقوف بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كالو أخر بالاشتباه والله تعالى أعلم واما قدره فنبين القدر المفروض والواجب أما القدر المفروض من الوقوف فهو كينونته بعرفة في ساعة من هذا الوقت فمتى حصل اتيانها في ساعة من هذا الوقت تأدى فرض الوقوف سواء كان عالما بها أو جاهلا نائما أو يقظان مفيقا أو مغمى عليه وقف بها أو مر وهو يمشي أو على الدابة أو محمولا لأنه أتى بالقدر المفروض وهو حصوله كائنا بها والأصل فيه ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وقف بعرفة فقد تم حجه والمشي والسير لا يخلو عن وقفة وسواء نوى الوقوف عند الوقوف أو لم ينو بخلاف الطواف وسنذكر الفرق في فصل الطواف ان شاء الله وسواء كان محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفساء لان الطهارة ليست بشرط لجواز الوقوف لان حديث الوقوف مطلق عن شرط الطهارة ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت افعلي ما يفعله الحاج غير انك لا تطوفي بالبيت ولانه نسك غير متعلق بالبيت فلا تشترط له الطهارة كرمي الجمار وسواء كان قد صلى الصلاتين أو لم يصل لاطلاق الحديث ولان الصلاتين وهما الظهر والعصر لا تعلق لهما بالوقوف فلا يكون تركهما مانعا من الوقوف والله أعلم وأما القدر الواجب من الوقوف فمن حين تزول الشمس الى أن تغرب فهذا القدر من الوقوف واجب عندنا وعند الشافعي ليس بواجب بل هو سنة بناء على انه لا فرق عنده بين الفرض والواجب فاذا لم يكن فرضا لم يكن واجبا ونحن نفرق بين الفرض والواجب كفرق ما بين السماء والارض وهو أن الفرض اسم لما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به والواجب اسم لما ثبت وجوبه بدليل فيه شبهة العدم على ما عرف في أصول الفقه وأصل الوقوف ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب والسنة المتواترة المشهورة والاجماع على ما ذكرنا فاما الوقوف الى جزء من الليل فلم يقم عليه دليل قاطع بل مع شبهة العدم أعني خبر الواحد وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج أو غير ذلك من الآحاد التي لا تثبت بمثلها الفرائض فضلا عن الاركان واذا عرف أن الوقوف من حين زوال الشمس الى غروبها واجب فان دفع منها قبل غروب الشمس فان جاوز عرفة بعد الغروب فلا شئ عليه لانه ما ترك الواجب وان جاوزها قبل الغروب فعليه دم عندنا لتركه الواجب فيجب عليه الدم كما لو ترك غيره من الواجبات وعند الشافعي لا دم عليه لانه لم يترك الواجب اذ الوقوف المقدر ليس بواجب عنده ولو عاد الى عرفة قبل غروب الشمس وقبل ان يدفع الامام ثم دفع منها بعد الغروب مع الامام سقط عنه الدم عندنا لانه استدرك المتروك وعند زفر لا يسقط وهو على الاختلاف في مجاوزة الميقات بغير احرام والكلام فيه على نحو الكلام في تلك المسئلة وسنذكرها ان شاء الله في موضعها وان عاد قبل غروب الشمس بعد ما خرج الامام من عرفة ذكر الكرخي أنه يسقط عنه الدم أيضا وكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة ان الدم يسقط عنه أيضا لانه استدرك المتروك اذ المتروك هو الدفع بعد الغروب وقد استدركه وذكر في الاصل انه لا يسقط عنه الدم قال مشايخنا اختلاف الرواية لمكان الاختلاف فيما لاجله يجب الدم فعلى رواية الاصل الدم يجب لاجل دفعه قبل الامام ولم يستدرك ذلك وعلى رواية ابن شجاع يجب لاجل دفعه قبل غروب الشمس وقد استدركه بالعود والقدوري اعتمد على هذه الرواية وقال هي الصحيحة والمذكور في الاصل مضطرب ولو عاد الى عرفة بعد الغروب لا يسقط عنه الدم بلا خلاف لانه لما غربت الشمس عليه قبل العود فقد تقرر عليه الدم الواجب فلا يحتمل السقوط بالعود والله الموفق وأما بيان حكمه اذا فات فحكمه انه يفوت الحج في تلك السنة ولا يمكن استدراكه فيها لان ركن الشئ ذاته وبقاء الشئ مع فوات ذاته محال

﴿فصل﴾ وأما طواف الزيارة فالكلام فيه في مواضع في بيان أنه ركن وفي بيان ركنه وفي بيان شرائطه وواجباته وسننه وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان مقداره وفي بيان حكمه اذا فات عن أيام النحر اما الاول فالدليل على انه ركن قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والمراد منه طواف الزيارة بالاجماع ولانه تعالى أمر الكل بالطواف

فيقتضى الوجوب على الكل وطواف اللقاء لا يجب أصلا وطواف الصدر لا يجب على الكل لانه لا يجب على أهل مكة فيتعين طواف الزيارة مرادا بالآية وقوله تعالى ولله على الناس حج البيت والحج فى اللغة هو القصد وفى عرف الشرع هو زيارة البيت والزيارة هى القصد الى الشئ للتقرب قال الشاعر

ألم تعلمى يا أم سعد بأنما * تخاطانى ريب الزمان لا كبرا

واشهد من عوف حلولا كثيرة * يحجون بيت الزبرقان المزعفرا

وقوله يحجون أى يقصدون ذلك البيت للتقرب فكان حج البيت هو القصد اليه للتقرب به وانما يقصد البيت للتقرب بالطواف به فكان الطواف به ركنا والمراد به طواف الزيارة لما بينا ولهذا يسمى فى عرف الشرع طواف الركن فكان ركنا وكذا الامة أجمعت على كونه ركنا ويجب على أهل الحرم وغيرهم لعموم قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق وقوله عز وجل ولله على الناس حج البيت

﴿فصل﴾ وأما ركنه فحصوله كائنا حول البيت سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره وسواء كان عاجزا عن الطواف بنفسه فطاف به غيره بامره أو بغير أمره أو كان قادرا على الطواف بنفسه فحمله غيره بامره أو بغير أمره غير أنه ان كان عاجزا أجزأه ولا شئ عليه وان كان قادرا أجزأه ولكن يلزمه الدم اما الجواز فلان الفرض حصوله كائنا حول البيت وقد حصل واما لزوم الدم فلتركه الواجب وهو المشى بنفسه مع القدرة عليه فدخله نقص فيجب جبره بالدم كما اذا طاف راكبا أو زحفا وهو قادر على المشى واذا كان عاجزا عن المشى لا يلزمه شئ لانه لم يترك الواجب اذ لا وجوب مع العجز ويجوز ذلك عن الحامل والمحمول جميعا لما ذكرنا أن الفرض حصوله كائنا حول البيت وقد حصل كل واحد منهما كائنا حول البيت غير ان أحدهما حصل كائنا بفعل نفسه والآخر بفعل غيره فان قيل ان مشى الحامل فعل والفعل الواحد كيف يقع عن شخصين فالجواب من وجهين أحدهما أن المفروض ليس هو الفعل فى الباب بل حصول الشخص حول البيت بمنزلة الوقوف بعرفة ان المفروض منه حصوله كائنا بعرفة لا فعل الوقوف على ما بينا فيما تقدم والثانى أن مشى الواحد جاز ان يقع عن اثنين فى باب الحج كالبعير الواحد اذا ركبه اثنان فطافا عليه وكذا يجوز فى الشرع ان يجعل فعل واحد حقيقة كفعلين معنى كالاب والوصى اذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه ونحو ذلك كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما شرطه وواجباته فشرطه النية وهو أصل النية دون التعيين حتى لو لم ينو أصلا بان طاف هاربا من سبع أو طالبا الغريم لم يجز فرق أصحابنا بين الطواف و بين الوقوف أن الوقوف يصح من غير نية الوقوف عند الوقوف والطواف لا يصح من غير نية الطواف عند الطواف كذا ذكره القدورى فى شرحه مختصر الكرخى واشار القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الى أن نية الطواف عند الطواف ليست بشرط أصلا وان نية الحج عند الاحرام كافية ولا يحتاج الى نية مفردة كما فى سائر أفعال الحج وكما فى أفعال الصلاة ووجه الفرق على ما ذكره القدورى أن الوقوف ركن يقع فى حال قيام نفس الاحرام لانعدام ما يضاده فلا يحتاج الى نية مفردة بل تكفيه النية السابقة وهى نية الحج كالركوع والسجود فى باب الصلاة لانه لا يحتاج الى افرادهما بالنية لاشتمال نية الصلاة عليهما كذا الوقوف فاما الطواف فلا يؤتى به فى حال قيام نفس الاحرام لوجود ما يضاده لانه تحليل لانه يقع به التحليل ولا احرام حال وجود التحليل لأن الشئ حال وجوده موجود ووجوده يمنع الاحرام من الوجود فلا تشتمل عليه نية الحج فتقع الحاجة الى الافراد بالنية كالتسليم فى باب الصلاة اذ التسليم تحليل أو نقول ان الوقوف يوجد فى حال قيام الاحرام المطلق لبقائه فى حق جميع الاحكام فيتناوله نية الحج فلا يحتاج الى نية على حدة ولا كذلك الطواف فانه يوجد حال زوال الاحرام من وجه لوقوع التحلل قبله من وجه بالحلق أو التقصير الا ترى انه يحل له كل شئ الا النساء فوقعت الحاجة الى نية على حدة فاما تعيين النية حال وجوده فى وقته فلا حاجة اليه حتى لو نفر فى النفر الاول فطاف وهو لا يعين طوافا يقع عن طواف الزيارة لا عن الصدر لان أيام النحر متعينة لطواف الزيارة

فلا حاجة الى تعيين النية كما لو صام رمضان بمطلق النية انه يقع عن رمضان لكون الوقت متعينا لصومه كذا هذا
وكذا لو نوى تطوعا يقع عن طواف الزيارة كما لو صام رمضان بنية التطوع وكذلك كل طواف واجب أو سنة يقع فى
وقته من طواف اللقاء وطواف الصدر فانما يقع عما يستحقه الوقت وهو الذى انعقد عليه الاحرام دون غيره سواء
عين ذلك بالنية أو لم يعين فيقع عن الاول وان نوى الثانى لا يعمل بنيته فى تقديمه على الأول حتى ان المحرم
اذا قدم مكة وطاف لا يعين شيأ أو نوى التطوع فان كان محرما بعمرة يقع طوافه للعمرة وان كان محرما بحجة يقع
طوافه للقدوم لان عقد الاحرام انعقد عليه وكذلك القارن اذا طاف لا يعين شيأ أو نوى التطوع كان ذلك للعمرة
فان طاف طوافا آخر قبل أن يسعى لا يعين شيأ أو نوى تطوعا كان ذلك للحج والله أعلم فاما الطهارة عن الحدث
والجنابة والحيض والنفاس فليست بشرط لجواز الطواف وليست بفرض عندنا بل واجبة حتى يجوز الطواف
بدونها وعند الشافعى فرض لا يصح الطواف بدونها واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال
الطواف صلاة الا أن الله تعالى اباح فيه الكلام واذا كان صلاة فالصلاة لا جواز لها بدون الطهارة ولنا
قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق أمر بالطواف مطلقا عن شرط الطهارة ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب
بخبر الواحد فيحمل على التشبيه كما فى قوله تعالى وازواجه أمهاتهم أى كامهاتهم ومعناه الطواف كالصلاة اما فى
الثواب أو فى أصل الفرضية فى طواف الزيارة لان كلام التشبيه لا عموم له فيحمل على المشابهة فى بعض الوجوه
عملا بالكتاب والسنة أو نقول الطواف يشبه الصلاة وليس بصلاة حقيقة فمن حيث انه ليس بصلاة حقيقة
لا تفترض له الطهارة ومن حيث انه يشبه الصلاة تجب له الطهارة عملا بالدليلين بالقدر الممكن وان كانت الطهارة من
واجبات الطواف فاذا طاف من غير طهارة فما دام بمكة تجب عليه الاعادة لان الاعادة جبر له بجنسه وجبر الشئ
بجنسه أولى لان معنى الجبر وهو التلافى فيه أتم ثم ان أعاد فى أيام النحر فلا شئ عليه وان أخره عنها فعليه دم فى قول
أبى حنيفة والمسئلة تأتى ان شاء الله تعالى فى موضعها وان لم يعد ورجع الى أهله فعليه الدم غير انه ان كان محدثا فعليه
شاة وان كان جنبا فعليه بدنة لان الحدث يوجب نقصانا يسيرا فتكفيه الشاة لجبره كما لو ترك شوطا فاما الجنابة فانها
توجب نقصانا متفاحشا لانها أكبر الحدثين فيجب لها أعظم الجابرين وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه
قال البدنة تجب فى الحج فى موضعين أحدهما اذا طاف جنبا والثانى اذا جامع بعد الوقوف واذا لم تكن الطهارة من
شرائط الجواز فاذا طاف وهو محدث أو جنب وقع موقعه حتى لو جامع بعده لا يلزمه شئ لان الوطء لم يصادف
الاحرام لحصول التحلل بالطواف هذا اذا طاف بعد أن حلق أو قصر ثم جامع فاما اذا طاف ولم يكن حلق ولا قصر ثم
جامع فعليه دم لانه اذا لم يحلق ولم يقصر فالاحرام باق والوطء اذا صادف الاحرام يوجب الكفارة الا انه يلزمه
الشاة لا البدنة لان الركن صار مؤدى فارتفعت الحرمة المطلقة فلم يبق الوطء جناية محضة بل خف معنى الجناية
فيه فيكفيه اخف الجابرين فاما الطهارة عن النجس فليست من شرائط الجواز بالاجماع فلا يفترض تحصيلها ولا
تجب أيضا لكنه سنة حتى لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم جاز ولا يلزمه شئ الا انه يكره واما ستر
العورة فهو مثل الطهارة عن الحدث والجنابة أى انه ليس بشرط الجواز وليس بفرض لكنه واجب عندنا حتى
لو طاف عريانا فعليه الاعادة ما دام بمكة فان رجع الى أهله فعليه الدم وعند الشافعى شرط الجواز كالطهارة عن
الحدث والجنابة وحجته ما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الطواف صلاة الا ان الله أباح فيه الكلام
وستر العورة من شرائط جواز الصلاة وحجتنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق أمر بالطواف مطلقا عن شرط
الستر فيجرى على اطلاقه والجواب عن تعلقه بالحديث على نحو ما ذكرنا فى الطهارة والفرق بين ستر العورة وبين
الطهارة عن النجاسة ان المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لاجل الطواف بل لاجل المسجد وهو صيانته عن
ادخال النجاسة فيه وصيانته عن تلويثه فلا يوجب ذلك نقصانا فى الطواف فلا حاجة الى الجبر فاما المنع من الطواف
عريانا فلاجل الطواف لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الطواف عريانا بقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يطوفن بعد

عامى هذا مشرك ولا عريان واذا كان النهى لمكان الطواف تمكن فيه النقص فيجب جبره بالدم لكن بالشاة لا بالبدنة لان النقص فيه كالنقص بالحدث لا كالنقص بالجنابة قال محمد ومن طاف تطوعا على شئ من هذه الوجوه فاحب الينا ان كان بمكة أن يعيد الطواف وان كان قد رجع الى أهله فعليه صدقة سوى الذى طاف وعلى ثوبه نجاسة لان التطوع يصير واجبا بالشروع فيه الا انه دون الواجب ابتداء بايجاب الله تعالى فكان النقص فيه أقل فيجبر بالصدقة ومحاذاة المرأة الرجل فى الطواف لا تفسد عليه طوافه لان المحاذاة انما عرفت مفسدة فى الشرع على خلاف القياس فى صلاة مطلقة مشتركة والطواف ليس بصلاة حقيقة ولا اشتراك أيضا والموالاة فى الطواف ليست بشرط حتى لو خرج الطائف من طوافه لصلاة جنازة أو مكتوبة أو لتجديد وضوء ثم عاد بنى على طوافه ولا يلزمه الاستئناف لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق مطلقا عن شرط الموالاة وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه خرج من الطواف ودخل السقاية فاستسقى فسقى فشرب ثم عاد وبنى على طوافه والله تعالى أعلم ومن واجبات الطواف أن يطوف ماشيا لا راكبا الا من عذر حتى لو طاف راكبا من غير عذر فعليه الاعادة مادام بمكة وان عاد الى أهله يلزمه الدم وهذا عندنا وعند الشافعى ليس بواجب فاذا طاف راكبا من غير عذر لا شئ عليه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه طاف راكبا ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والراكب ليس بطائف حقيقة فأوجب ذلك نقصا فيه فوجب جبره بالدم واما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى ان ذلك كان لعذر كذا روى عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما ان ذلك كان بعد ما أسن وبدن ويحتمل انه فعل ذلك لعذر آخر وهو التعليم كذا روى عن جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم طاف راكبا ليراه الناس فيسألوه ويتعلموا منه وهذا عذر وعلى هذا أيضا يخرج ما اذا طاف زحفا انه ان كان عاجزا عن المشى أجزأه ولا شئ عليه لان التكليف بقدر الوسع وان كان قادرا عليه الاعادة ان كان بمكة والدم ان كان رجع الى أهله لان الطواف مشيا واجب عليه ولو أوجب على نفسه أن يطوف بالبيت زحفا وهو قادر على المشى عليه أن يطوف ماشيا الا انه نذر بايقاع العبادة على وجه غير مشروع فلغت الجهة وبقى النذر بأصل العبادة كما اذا نذر أن يطوف للحج على غير طهارة فان طاف زحفا أعاد ان كان بمكة وان رجع الى أهله فعليه دم لانه ترك الواجب كذا ذكر فى الأصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه اذا طاف زحفا أجزأه لانه ادى ما أوجب على نفسه فيجزئه كمن نذر أن يصلى ركعتين فى الأرض المغصوبة أو يصوم يوم النحر انه يجب عليه أن يصلى فى موضع آخر ويصوم يوما آخر ولو صلى فى الأرض المغصوبة وصام يوم النحر أجزأه وخرج عن عهدة النذر كذا هذا وعلى هذا أيضا يخرج ما اذا طاف محمولا انه ان كان لعذر جاز ولا شئ عليه وان كان لغير عذر جاز ويلزمه الدم لان الطوف ماشيا واجب عند القدرة على المشى وترك الواجب من غير عذر يوجب الدم فاما الابتداء من الحجر الاسود فليس بشرط من شرائط جوازه بل هو سنة فى ظاهر الرواية حتى لو افتتح من غير عذر أجزأه مع الكراهة لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق مطلقا عن شرط الابتداء بالحجر الاسود الا انه لو لم يبدأ يكره لانه ترك السنة وذكر محمد رحمه الله فى الرقيات اذا افتتح الطواف من غير الحجر لم يعتد بذلك الشوط الا أن يصير الى الحجر فيبدأ منه الطواف فهذا يدل على ان الافتتاح منه شرط الجواز وبه أخذ الشافعى والدليل على ان الافتتاح من الحجر اما على وجه السنة أو الفرض ما روى ان ابراهيم صلى الله عليه وسلم لما انتهى فى البناء الى مكان الحجر قال لاسماعيل عليه الصلاة والسلام ائتنى بحجر أجعله علامة لابتداء الطواف فخرج وجاء بحجر فقال ائتنى بغيره فأتاه بحجر آخر فقال ائتنى بغيره فأتاه بثالث فألقاه وقال جاءنى بحجر من أغنانى عن حجرك فرأى الحجر الاسود فى موضعه واما الابتداء من يمين الحجر لا من يساره فليس من شرائط الجواز بلا خلاف بين أصحابنا حتى يجوز الطواف منكوسا بان افتتح الطواف عن يسار الحجر ويعتد به وعند الشافعى هو من شرائط الجواز لا يجوز بدونه واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم افتتح الطواف من يمين الحجر لا من يساره وذلك تعليم منه صلى الله عليه وسلم مناسك الحج وقد قال عليه

الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم فتجب البداية بما بدأ به النبي صلى الله عليه وسلم ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق مطلقا من غير شرط البداية باليمين أو باليسار وفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على الوجوب وبه نقول انه واجب كذا ذكره الامام القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه تجب عليه الاعادة مادام بمكة وان رجع الى أهله يجب عليه الدم وكذا ذكر في الأصل ووجهه انه ترك الواجب وهو قادر على استدراكه بجنسه فيجب عليه ذلك تلافيا للتقصير بأبلغ الوجوه واذا رجع الى أهله فقد عجز عن استدراكه الفائت بجنسه فيستدركه بخلاف جنسه جبرا للفائت بالقدر الممكن على ما هو الأصل في ضمان الفوائت في الشرع وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي ما يدل على انه سنة فانه قال أجزأه الطواف ويكره وهذا امارة السنة واما سننه فنذكرها عند بيان سنن الحج ولا رمل في هذا الطواف اذا كان الطواف طواف اللقاء وسعى عقيبه وان كان لم يطف طواف اللقاء أو كان قد طاف لكنه لم يسع عقيبه فانه يرمل في طواف الزيارة والأصل فيه ان الرمل سنة طواف عقيبه سعي وكل طواف يكون بعده سعي يكون فيه رمل والا فلا لما نذكر ان شاء الله عند بيان سنن الحج والترتيب بين افعاله ويكره انشاد الشعر والتحدث في الطواف لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الطواف بالبيت صلاة فاقلوا فيه الكلام وروي انه قال صلى الله عليه وسلم فمن نطق فيه فلا ينطق الا بخير ولان ذلك يشغله عن الدعاء ويكره أن يرفع صوته بالقرآن لانه يتأذى به غيره لما يشغله ذلك عن الدعاء ولا بأس بأن يقرأ القرآن في نفسه وقال مالك يكره وانه غير سديد لان قراءة القرآن مندوب اليها في جميع الأحوال الا في حال الجنابة والحيض ولم يوجد ومن المشايخ من قال التسبيح أولى لان محمدا رحمه الله ذكر لفظة لا بأس وهذه اللفظة انما تستعمل في الرخص ولا بأس أن يطوف وعليه خفاه أو نعلاه اذا كانا طاهرتين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه طاف مع نعليه ولانه تجوز الصلاة مع الخفين والنعلين مع ان حكم الصلاة أضيق فلان يجوز الطواف أولى ولا يرمل في هذا الطواف اذا كان طاف طواف اللقاء وسعى عقيبه وان كان لم يطف طواف اللقاء أو كان قد طاف لكنه لم يسع عقيبه فانه يرمل في طواف الزيارة والأصل فيه ان الرمل سنة طواف عقيبه سعي فكل طواف بعد سعي يكون فيه رمل والا فلا لما نذكر عند بيان سنن الحج والترتيب في أفعاله ان شاء الله تعالى واما سننه فنذكرها عند بيان سنن الحج ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما مكان الطواف فمكانه حول البيت لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والطواف بالبيت هو الطواف حوله فيجوز الطواف في المسجد الحرام قريبا من البيت أو بعيدا عنه بعد أن يكون في المسجد حتى لو طاف من وراء زمزم قريبا من حائط المسجد أجزأه لوجود الطواف بالبيت لحصوله حول البيت ولو طاف حول المسجد وبينه وبين البيت حيطان المسجد لم يجز لان حيطان المسجد حاجزة فلم يطف بالبيت لعدم الطواف حوله بل طاف بالمسجد لوجود الطواف حوله لا حول البيت ولانه لو جاز الطواف حول المسجد مع حيلولة حيطان المسجد لجاز حول مكة والحرم وذا لا يجوز كذا هذا ويطوف من خارج الحطيم لان الحطيم من البيت على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها ان قومك قصرت بهم النفقة فقصروا البيت عن قواعد ابراهيم عليه الصلاة والسلام وان الحطيم من البيت ولولا حدثان عهدهم بالجاهلية لرددته الى قواعد ابراهيم ولجعلت له بابين بابا شرقيا وبابا غربيا وروي ان رجلا نذر أن يصلي في البيت ركعتين فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يصلي في الحطيم ركعتين وروي أن عائشة رضي الله عنها نذرت بذلك فامرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تصلي في الحطيم ركعتين فان قيل اذا كان الحطيم من البيت فلم لا يجوز التوجه اليه في الصلاة فالجواب ان كون الحطيم من البيت ثبت بخبر الواحد ووجوب التوجه الى البيت ثبت بنص الكتاب العزيز وهو قوله تعالى وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره ولا يجوز ترك العمل بنص الكتاب بالآحاد وليس في الطواف من وراء الحطيم عملا بخبر الواحد ترك العمل بنص الكتاب العزيز وهو قوله تعالى وليطوفوا

بالبيت العتيق بل فيه عمل بهما جميعا ولو طاف في داخل الحجر فعليه أن يعيد لان الحطيم لما كان من البيت فاذا طاف في داخل الحطيم فقد ترك الطواف ببعض البيت والمفروض هو الطواف بكل البيت لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والأفضل ان يعيد الطواف كله مراعاة للترتيب فان أعاد على الحجر خاصة أجزأه لان المتروك هو لا غير وقد استدركه ولو لم يعد حتى عاد الى أهله يجب عليه الدم لان الحطيم ربع البيت فقد ترك من طوافه ربعه

﴿فصل﴾ واما زمانه هذا الطواف وهو وقته فأوله حين يطلع الفجر الثاني من يوم النحر بلا خلاف بين أصحابنا حتى لا يجوز قبله وقال الشافعي أول وقته منتصف ليلة النحر وهذا غير سديد لأن ليلة النحر وقت ركن آخر وهو الوقوف بعرفة فلا يكون وقتا للطواف لان الوقت الواحد لا يكون وقتا لركنين وليس لآخره زمان معين موقت به فرضا بل جميع الايام والليالي وقته فرضا بلا خلاف بين أصحابنا لكنه موقت بأيام النحر وجوبا في قول أبي حنيفة حتى لو أخره عنها فعليه دم عنده وفي قول أبي يوسف ومحمد غير موقت أصلا ولو أخره عن أيام النحر لا شيء عليه وبه أخذ الشافعي واحتجوا بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عمن ذبح قبل أن يرمي فقال ارم ولا حرج وما سئل يومئذ عن أفعال الحج قدم شيء منها أو أخر الا قال افعل ولا حرج فهذا ينفي توقيت آخره وينفي وجوب الدم بالتأخير ولانه لو توقت آخره لسقط بمضي آخره كالوقوف بعرفة فلما لم يسقط دل أنه لم يتوقت ولابي حنيفة أن التأخير بمنزلة الترك في حق وجوب الجابر بدليل أن من جاوز الميقات بغير احرام ثم أحرم يلزمه دم ولو لم يوجد منه الا تأخير النسك وكذا تأخير الواجب في باب الصلاة بمنزلة الترك في حق وجوب الجابر وهو سجدتا السهو فكان الفقه في ذلك أن اداء الواجب كما هو واجب فمراعاة محل الواجب واجب فكان التأخير تركا للمراعاة الواجبة وهي مراعاته في محله والترك تركا لواجبين أحدهما اداء الواجب في نفسه والثاني مراعاته في محله فاذا ترك هذا الواجب يجب جبره بالدم واذا توقت هذا الطواف بايام النحر وجوبا عنده فاذا أخره عنها فقد ترك الواجب فأوجب ذلك نقصانا فيه فيجب جبره بالدم ولما لم يتوقت عندهما ففي أي وقت فعله فقد فعله في وقته فلا يتمكن فيه نقص فلا يلزمه شيء ولا حجة لهما في الحديث لان فيه نفي الحرج وهو نفي الاثم وانتفاء الاثم لا ينفي وجوب الكفارة كالحالق رأسه لاذى فيه أنه لا يأثم وعليه الدم كذا ههنا وقولهما انه لا يسقط بمضي آخر الوقت مسلم لكن هذا لا يمنع كونه موقتا وجوبا في الوقت كالصلوات المكتوبات انها لا تسقط بخروج أوقاتها وان كانت موقتة حتى تقضى كذا هذا والافضل هو الطواف في أول أيام النحر لقوله صلى الله عليه وسلم أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم طاف في أول أيام النحر ومعلوم انه كان يأتي بالعبادات في أفضل أوقاتها ولأن هذا الطواف يقع به تمام التحلل وهو التحلل من النساء فكان في تعجيله صيانة نفسه عن الوقوع في الجماع ولزوم البدنة فكان أولى

﴿فصل﴾ وأما مقداره فالمقدار المفروض منه هو أكثر الاشواط وهو ثلاثة أشواط وأكثر الشوط الرابع فأما الاكمال فواجب وليس بفرض حتى لو جامع بعد الاتيان بأكثر الطواف قبل الاتمام لا يلزمه البدنة وانما تلزمه الشاة وهذا عندنا وقال الشافعي الفرض هو سبعة أشواط لا يتحلل بما دونها وجه قوله أن مقادير العبادات لا تعرف بالرأي والاجتهاد وانما تعرف بالتوقيف ورسول الله صلى الله عليه وسلم طاف سبعة أشواط فلا يعتد بما دونها ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والامر المطلق لا يقتضي التكرار الا أن الزيادة على المرة الواحدة الى أكثر الاشواط ثبت بدليل آخر وهو الاجماع ولا اجماع في الزيادة على أكثر الاشواط ولأنه أتى بأكثر الطواف والاكثر يقوم مقام الكل فيما يقع به التحلل في باب الحج كالذبح اذا لم يستوف قطع العروق الاربعة وانما كان المفروض هذا القدر فاذا أتى به فقد أتى بالقدر المفروض فيقع به التحلل فلا يلزمه البدنة بالجماع بعد ذلك لان ما زاد عليه الى تمام السبعة فهو واجب وليس بفرض فيجب بتركه الشاة دون البدنة كرمي الجمار والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكمه اذا فات عن أيام النحر فهو أنه لا يسقط بل يجب أن يأتي به لان سائر الاوقات وقته بخلاف الوقوف بعرفة انه اذا فات عن وقته يسقط لانه موقت بوقت مخصوص ثم ان كان بمكة يأتي به باحرامه الاول لأنه قائم اذ التحلل بالطواف ولم يوجد وعليه لتأخيره عن أيام النحر دم عند أبي حنيفة وان كان رجع الى أهله فعليه أن يرجع الى مكة باحرامه الاول ولا يحتاج الى احرام جديد وهو محرم عن النساء الى أن يعود فيطوف وعليه للتأخير دم عند أبي حنيفة ولا يجزئ عن هذا الطواف بدنة لانه ركن وأركان الحج لا يجزئ عنها البدل ولا يقوم غيرها مقامها بل يجب الاتيان بعينها كالوقوف بعرفة وكذا لو كان طاف ثلاثة أشواط فهو والذي لم يطف سواء لأن الاقل لا يقوم مقام الكل وان كان طاف جنبا أو على غير وضوء أو طاف أربعة أشواط ثم رجع الى أهله أما اذا طاف جنبا فعليه أن يعود الى مكة لا محالة هو العزيمة و باحرام جديد حتى يعيد الطواف أما وجوب العود بطريق العزيمة فلتفاحش النقصان بالجنابة فيؤمر بالعود كما لو ترك أكثر الاشواط وأما تجديد الاحرام فلانه حصل التحلل بالطواف مع الجنابة على أصل أصحابنا والطهارة عن الحدث والجنابة ليست بشرط لجواز الطواف فاذا حصل التحلل صار حلالا والحلال لا يجوز له دخول مكة بغير احرام فان لم يعد الى مكة لكنه بعث بدنة جاز لما ذكرنا أن البدنة تجبر النقص بالجنابة لأن العزيمة هو العود لأن النقصان فاحش فكان العود أجبر له لانه جبر بالجنس وأما اذا طاف محدثا أو طاف أربعة أشواط فان عاد وطاف جاز لانه جبر النقص بجنسه وان بعث شاة جاز أيضا الا ان النقص يسير فيجبر بالشاة والافضل أن يبعث بالشاة لان الشاة تجبر النقص وتنفع الفقراء وتدفع عنه مشقة الرجوع وان كان بمكة فالرجوع أفضل لانه يجبر الشيء بجنسه فكان أولى والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما واجبات الحج فخمسة السعي بين الصفا والمروة والوقوف بمزدلفة ورمي الجمار والحلق أو التقصير وطواف الصدر أما السعي فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفته وفي بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان سننه وفي بيان وقته وفي بيان حكمه اذا أخره عن وقته أما الاول فقد قال أصحابنا انه واجب وقال الشافعي انه فرض حتى لو ترك الحاج خطوة منه وأتى أقصى بلاد المسلمين يؤمر بأن يعود الى ذلك الموضع فيضع قدمه عليه ويخطو تلك الخطوة وقال بعض الناس ليس بفرض ولا واجب واحتج هؤلاء بقوله عز وجل فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما وكلمة لا جناح لا تستعمل في الفرائض والواجبات ويدل عليه قراءة أبي فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما واحتج الشافعي بما روي عن صفية بنت فلان انها سمعت امرأة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان الله تعالى كتب عليكم السعي بين الصفا والمروة أي فرض عليكم اذ الكتابة عبارة عن الفرض كما في قوله تعالى كتب عليكم الصيام وكتب عليكم القصاص وغير ذلك ولنا قوله عز وجل ولله على الناس حج البيت وحج البيت هو زيارة البيت لما ذكرنا فيما تقدم فظاهره يقتضي أن يكون طواف الزيارة هو الركن لا غير الا أنه زيد عليه الوقوف بعرفة بدليل فمن ادعى زيادة السعي فعليه الدليل وقول النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فظاهره يقتضي أن يكون الوقوف بعرفة كل الركن الا أنه زيد عليه طواف الزيارة فمن ادعى زيادة السعي فعليه الدليل وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت ما تم حج امرئ قط الا بالسعي وفيه اشارة الى أنه واجب وليس بفرض لانها وصفت الحج بدونه بالنقصان لا بالفساد وفوت الواجب هو الذي يوجب النقصان فأما فوت الفرض فيوجب الفساد والبطلان ولان الفرضية انما تثبت بدليل مقطوع به ولا يوجد ذلك في محل الاجتهاد اذا كان الخلاف بين أهل الديانة وأما الآية فليس المراد منها رفع الجناح على الطواف بهما مطلقا بل على الطواف بهما لمكان الاصنام التي كانت هنالك لما قيل انه كان بالصفا صنم وبالمروة صنم وقيل كان بين الصفا والمروة أصنام فتحرجوا عن الصعود عليهما والسعي بينهما احترازا عن التشبه بعبادة الاصنام والتشبه بأفعال الجاهلية فرفع الله عنهم الجناح بالطواف بهما أو بينهما مع كون الاصنام هنالك وأما قراءة أبي رضي الله عنه فيحتمل أن تكون لا صلة زائدة معناه لا جناح عليه أن يطوف بينهما الا ان لا قد

تزاد في الكلام صلة كقوله تعالى ما منعك أن لا تسجد إذ أمرتك معناه أن تسجد فكان كالقراءة المشهورة في المعنى
وأما الحديث فلا يصح تعلق الشافعي به على زعمه لانه قال روت صفية بنت فلان فكانت مجهولة لا ندري من هي
والعجب منه أنه يأبى مرة قبول المراسيل لتوهم الغلط ويحتج بقول امرأة لا تعرف ولا يذكر اسمها على أنه ان ثبت
فلا حجة له فيه لان الكتابة قد تذكر ويراد بها الحكم قال الله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب
الله أي في حكم الله وقال عز وجل كتب الله عليكم أي حكم الله عليكم فان أريد بها الاول تكون حجة وان أريد
بها الثاني لا تكون حجة لان حكم الله تعالى لا يقتصر على الفرضية بل الوجوب والانتداب والاباحة من حكم
الله تعالى فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحملها على الوجوب دون الفرضية توفيقا بين الدلائل صيانة لها
عن التناقض واذا كان واجبا فان تركه لعذر فلا شيء عليه وان تركه لغير عذر لزمه دم لان هذا حكم ترك الواجب
في هذا الباب أصله طواف الصدر وأصل ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج هذا البيت
فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للحائض بخلاف الاركان فانها لا تسقط بالعذر لان ركن الشيء ذاته فاذا
لم يأت به فلم يوجد الشيء أصلا كاركان الصلاة بخلاف الواجب ولو ترك أربعة أشواط بغير عذر فعليه دم
والاصل أن كل ما وجب في جميعه دم يجب في أكثره دم أصله طواف الصدر ورمي الجمار ولو ترك ثلاثة أشواط
أطعم لكل شوط نصف صاع من بر مسكينا الا أن يبلغه ذلك دما فله الخيار والاصل في ذلك أن كل ما يكون في جميعه
دم يكون في أقله صدقة لما نذكر ان شاء الله تعالى ولو ترك الصعود على الصفا والمروة يكره له ذلك ولا شيء عليه
لان الصعود عليهما سنة فيكره تركه ولكن لو ترك لا شيء عليه كما لو ترك الرمل في الطواف

﴿فصل﴾ وأما قدره فسبعة أشواط لاجماع الامة ولفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ويعد من الصفا الى
المروة شوطا ومن المروة الى الصفا شوطا آخر كذا ذكر في الاصل وقال الطحاوي من الصفا الى المروة ومن المروة
الى الصفا شوط واحد والصحيح ما ذكر في الاصل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف بينهما سبعة
أشواط ولو كان كما ذكره الطحاوي لكان أربعة عشر شوطا والدليل على أن المذهب ما قلنا أن محمدا رحمه الله
ذكر في الاصل فقال يبتدئ بالصفا ويختم بالمروة وعلى ما ذكره الطحاوي يقع الختم بالصفا لا بالمروة فدل أن مذهب
أصحابنا ما ذكرنا

﴿فصل﴾ وأما ركنه فكينونته بين الصفا والمروة سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره عند عجزه عن السعي
بنفسه بأن كان مغمى عليه أو مريضا فسعى به محمولا أو سعى راكبا لحصوله كائنا بين الصفا والمروة وان كان قادرا
على المشي بنفسه فحمل أو ركب يلزمه الدم لان السعي بنفسه عند القدرة على المشي واجب فاذا تركه فقد ترك
الواجب من غير عذر فيلزمه الدم كما لو ترك المشي في الطواف من غير عذر

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فمنها أن يكون بعد الطواف أو بعد أكثره لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا
فعل وقد قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم ولان السعي تبع للطواف وتبع الشيء كاسمه وهو أن
يتبعه فما تقدمه لا يتبعه فلا يكون تبعا له الا انه يجوز بعد وجود أكثر الطواف قبل تمامه لان للاكثر حكم
الكل ومنها البداية بالصفا والختم بالمروة في الرواية المشهورة حتى لو بدأ بالمروة وختم بالصفا لزمه اعادة
شوط واحد وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ذلك ليس بشرط ولا شيء عليه لو بدأ بالمروة وجه هذه
الرواية انه أتى بأصل السعي وانما ترك الترتيب فلا تلزمه الاعادة كما لو توضأ في باب الصلاة وترك الترتيب (ولنا)
ان الترتيب ههنا مأمور به لقول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله أما قوله فلما روى انه لما نزل قوله عز وجل ان
الصفا والمروة من شعائر الله قالوا بأيهما نبدأ يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ابدؤا بما بدأ الله به وأما فعله صلى
الله عليه وسلم فانه بدأ بالصفا وختم بالمروة وأفعال النبي صلى الله عليه وسلم في مثل هذا موجبة لما تبين واذا لزمت
البداية بالصفا فاذا بدأ بالمروة الى الصفا لا يعتد بذلك الشوط فاذا جاء من الصفا الى المروة كان هذا أول شوط

فيجب عليه أن يعود بعد ستة من الصفا الى المروة حتى يتم سبعة وأما الطهارة عن الجنابة والحيض فليست بشرط فيجوز سعي الجنب والحائض بعد ان كان طوافه بالبيت على الطهارة عن الجنابة والحيض لان هذا نسك غير متعلق بالبيت فلا تشترط له الطهارة عن الجنابة والحيض كالوقوف الا انه يشترط أن يكون الطواف على الطهارة عن الجنابة والحيض لان السعي مرتب عليه ومن توابعه والطواف مع الجنابة والحيض لا يعتد به حتى تجب اعادته فكذا السعي الذي هو من توابعه ومرتب عليه فاذا كان طوافه على الطهارة عن الحدثين فقد وجد شرط جوازه فجاز وجاز سعي الجنب والحائض تبعا له لوجود شرط جواز الأصل اذ التبع لا يفرد بالشرط بل يكفيه شرط الأصل فصار الحاصل ان حصول الطواف على الطهارة عن الجنابة والحيض من شرائط جواز السعي فان كان طاهرا وقت الطواف جاز السعي سواء كان طاهرا وقت السعي أولا وان لم يكن طاهرا وقت الطواف لم يجز سعيه رأسا سواء كان طاهرا أولم يكن والله اعلم

﴿ فصل ﴾ وأما سننه فالرمل في بعض كل شوط والسعي في البعض وسنذكرها في بيان سنن الحج لأنها من السنن لا من الواجبات حتى لو رمل في الكل أو سعى في الكل لا شئ عليه لكنه يكون مسيأ لتركه السنة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما وقته فوقته الأصلي يوم النحر بعد طواف الزيارة لا بعد طواف اللقاء لان ذلك سنة والسعي واجب فلا ينبغي أن يجعل الواجب تبعا للسنة فأما طواف الزيارة ففرض والواجب يجوز أن يجعل تبعا للفرض الا انه رخص السعي بعد طواف اللقاء وجعل ذلك وقتاله ترفيها بالحاج وتيسيرا له لازدحام الاشتغال له يوم النحر فأما وقته الأصلي فيوم النحر عقيب طواف الزيارة لما قلنا والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكمه اذا تأخر عن وقته الاصلي وهي أيام النحر بعد طواف الزيارة فان كان لم يرجع الى أهله فانه يسعى ولا شئ عليه لانه أتى بما وجب عليه ولا يلزمه بالتأخير شئ لانه فعله في وقته الأصلي وهو ما بعد طواف الزيارة ولا يضره ان كان قد جامع او وقوع التحلل بطواف الزيارة اذ السعي ليس بركن حتى يمنع التحلل واذا صار حلالا بالطواف فلا فرق بين أن يسعى قبل الجماع أو بعده غير انه لو كان بمكة يسعى ولا شئ عليه لما قلنا وان كان رجع الى أهله فعليه دم لتركه السعي بغير عذر وان أراد أن يعود الى مكة يعود باحرام جديد لان احرامه الاول قد ارتفع بطوف الزيارة او وقوع التحلل به فيحتاج الى تجديد الاحرام واذا عاد وسعى يسقط عنه الدم لانه تدارك الترك وذكر في الاصل وقال والدم أحب الى من الرجوع لان فيه منفعة للفقراء والنقصان ليس بفاحش فصار كما اذا طاف محدثا ثم رجع الى أهله على ماذكرنا فيما تقدم والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الوقوف بمزدلفة فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفته وركنه ومكانه وزمانه وحكمه اذا فات عن وقته أما الاول فقد اختلف فيه أصحابنا قال بعضهم انه واجب وقال الليث انه فرض وهو قول الشافعي واحتجا بقوله تعالى فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام والمشعر الحرام هو المزدلفة والامر بالذكر عندها يدل على فرضية الوقوف بها (ولنا) ان الفرضية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد لان المسئلة اجتهادية بين أهل الديانة وأهل الديانة لا يختلفون في موضع هناك دليل قطعي ودليل الوجوب ماروى عن عروة بن المضرس الطائي جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال أتعبت مطيتي فما مررت بشرف الا علوته فهل لي من حج وفي بعض الروايات قال أتعبت راحلتي وأجهدت نفسي وما تركت جبلا من جبال طي الا وقفت عليه فهل لي من حج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقف معنا هذا الوقوف وصلى معنا هذه الصلاة وقد كان وقف قبل ذلك بعرفة ساعة بليل أونهار فقد تم حجه فقد علق تمام الحج بهذا الوقوف والواجب هو الذي يتعلق التمام بوجوده لا الفرض لان المتعلق به أصل الجواز لا صفة التمام وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفة من أدرك عرفة فقد أدرك الحج جعل الوقوف بعرفة كل الحج وظاهره يقتضى أن يكون كل الركن وكذا جعل مدرك عرفة مدركا للحج ولو كان الوقوف بمزدلفة ركنا لم يكن الوقوف بعرفة كل الحج بل بعضه ولم يكن أيضا مدركا

للحج بدونه وهذا خلاف الحديث وظاهر الحديث يقتضى أن يكون الركن هو الوقوف بعرفة لا غير الا أن طواف الزيارة عرف ركنا بدليل آخر وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولان ترك الوقوف بمزدلفة جائز لعذر على ما نذ بين ولو كان فرضا لما جاز تركه أصلا كسائر الفرائض فدل انه ليس بفرض بل هو واجب الا انه قد يسقط وجوبه لعذر من ضعف أو مرض أو حيض أو نحو ذلك حتى لو تعجل ولم يقف لا شئ عليه وأما الآية فقد قيل فى تأويلها ان المراد من الذكر هو صلاة المغرب والعشاء بمزدلفة وقيل هو الدعاء وفرضيتهما لا تقتضى فرضية الوقوف على ان مطلق الأمر للوجوب لا للفرضية بل الفرضية تثبت بدليل زائد والله أعلم

(فصل) وأما ركنه فكينونته بمزدلفة سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره بأن كان محمولا وهو نائم أو مغمى عليه أو كان على دابة لحصوله كائنا بها وسواء علم بها أو لم يعلم لما قلنا ولان الفائت ليس الا النية وانها ليست بشرط كما فى الوقوف بعرفة وسواء وقف أو مر مارا لحصوله كائنا بمزدلفة وان قل ولا تشترط له الطهارة عن الجنابة والحيض لانه عبادة لا تتعلق بالبيت فتصح من غير طهارة كالوقوف بعرفة ورمى الجمار والله أعلم

(فصل) وأما مكانه فجزء من أجزاء مزدلفة أى جزء كان وله أن ينزل فى أى موضع شاء منها الا انه لا ينبغى أن ينزل فى وادى محسر لقول النبى صلى الله عليه وسلم عرفات كلها موقف الا بطن عرنة ومزدلفة كلها موقف الا وادى محسر وروى انه قال مزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن المحسر فيكره النزول فيه ولو وقف به أجزأه مع الكراهة والافضل أن يكون وقوفه خلف الامام على الجبل الذى يقف عليه الامام وهو الجبل الذى يقال له قزح لأنه روى انه صلى الله عليه وسلم وقف عليه وقال خذوا عنى مناسككم ولأنه يكون أقرب الى الامام فيكون أفضل والله أعلم

(فصل) وأما زمانه فما بين طلوع الفجر من يوم النحر وطلوع الشمس فمن حصل بمزدلفة فى هذا الوقت فقد أدرك الوقوف سواء بات بها أولا ومن لم يحصل بها فيه فقد فاته الوقوف وهذا عندنا وقال الشافعى يجوز فى النصف الاخير من ليلة النحر كما قال فى الوقوف بعرفة وفى جمرة العقبة والسنة أن يبيت ليلة النحر بمزدلفة والبيتوتة ليست بواجبة انما الواجب هو الوقوف والافضل أن يكون وقوفه بعد الصلاة فيصلى صلاة الفجر بغلس ثم يقف عند المشعر الحرام فيدعو الله تعالى ويسأله حوائجه الى أن يسفر ثم يفيض منها قبل طلوع الشمس الى منى ولو أفاض بعد طلوع الفجر قبل صلاة الفجر فقد أساء ولا شئ عليه لتركه السنة والله أعلم

(فصل) وأما حكم فواته عن وقته انه ان كان لعذر فلا شئ عليه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله ولم يأمرهم بالكفارة وان كان فواته لغير عذر فعليه دم لانه ترك الواجب من غير عذر وانه يوجب الكفارة والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما رمى الجمار فالكلام فيه فى مواضع فى بيان وجوب الرمى وفى تفسير الرمى وفى بيان وقته وفى بيان مكانه وفى بيان عدد الجمار وقدرها وجنسها ومأخذها ومقدار ما يرمى كل يوم عند كل موضع وكيفية الرمى وما يسن فى ذلك ويستحب وما يكره وفى بيان حكمه اذا تأخر عن وقته أو فات عن وقته (أما) الأول فدليل وجوبه الاجماع وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله أما الاجماع فلان الأمة أجمعت على وجوبه وأما قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فما روى ان رجلا سأله وقال انى ذبحت ثم رميت فقال صلى الله عليه وسلم ارم ولا حرج وظاهر الأمر يقتضى وجوب العمل وأما فعله فلأنه صلى الله عليه وسلم رمى وأفعال النبى صلى الله عليه وسلم فيما لم يكن بيانا لمجمل الكتاب ولم يكن من حوائج نفسه ولا من أمور الدنيا محمول على الوجوب لورود النصوص بوجوب الاقتداء به والاتباع له ولزوم طاعته وحرمة مخالفته فكانت أفعاله فيما قلنا محمولة على الوجوب لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين لاحتمال الخصوص كما فى بعض الواجبات نحو صلاة الليل وبعض المباحات وهو حل تسع نسوة أو زيادة عليها فاعتقاد الوجوب منها عينا يؤدى الى اعتقاد غير الواجب واجبا فى حقه وغير

المباح مباحا فى حقه وهذا لا يجوز فاما القول بالوجوب عملا مع الاعتقاد مبهما ان ما أراد الله تعالى به فهو حق ء الا ضرر فيه لانه ان كان واجبا يخرج عن العهدة بفعله وان لم يكن واجبا يثاب على فعله فكان ما قلناه احترازا عن الضرر بقدر الامكان وانه واجب عقلا وشرعا والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما تفسير رمى الجمار فرمى الجمار فى اللغة هو القذف بالاحجار الصغار وهى الحصى اذ الجمار جمع جمرة والجمرة هى الحجر الصغير وهى الحصاة وفى عرف الشرع هو القذف بالحصى فى زمان مخصوص ومكان مخصوص وعدد مخصوص على ما نبين ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قام عند الجمرة ووضع الحصاة عندها وضعا انه لم يجزه لعدم الرمى وهو القذف وان طرحها طرحا أجزأه لوجود الرمى الا انه رمى خفيف فيجزئه وسواء رمى بنفسه أو بغيره عند عجزه عن الرمى بنفسه كالمريض الذى لا يستطيع الرمى فوضع الحصى فى كفه فرمى بها أو رمى عنه غيره لان أفعال الحج تجرى فيها النيابة كالطواف والوقوف بعرفة ومزدلفة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما وقت الرمى فايام الرمى أربعة يوم النحر وثلاثة أيام التشريق أما يوم النحر فاول وقت الرمى منه ما بعد طلوع الفجر الثانى من يوم النحر فلا يجوز قبل طلوعه وأول وقته المستحب ما بعد طلوع الشمس قبل الزوال وهذا عندنا وقال الشافعى اذا انتصف ليلة النحر دخل وقت الجمار كما قال فى الوقوف بعرفة ومزدلفة فاذا طلعت الشمس وجب وقال سفيان الثورى لا يجوز قبل طلوع الشمس والصحيح قولنا لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قدم ضعفة أهله ليلة المزدلفة وقال صلى الله عليه وسلم لا ترموا جمرة العقبة حتى تكونوا مصبحين نهى عن الرمى قبل الصبح وروى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يلطخ أفخاذ أغيلمة بنى عبد المطلب وكان يقول لهم لا ترموا جمرة العقبة حتى تكونوا مصبحين فان قيل قد روى أنه قال لا ترموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس وهذا حجة سفيان فالجواب ان ذلك محمول على بيان الوقت المستحب توفيقا بين الروايتين بقدر الامكان وبه نقول ان المستحب ذلك وأما آخره فآخر النهار كذا قال أبو حنيفة ان وقت الرمى يوم النحر يمتد الى غروب الشمس وقال أبو يوسف يمتد الى وقت الزوال فاذا زالت الشمس يفوت الوقت ويكون فيما بعده قضاء وجه قول أبى يوسف ان أوقات العبادة لا تعرف الا بالتوقيف والتوقيف ورد بالرمى فى يوم النحر قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتا له أداء كما فى سائر أيام النحر لانه لما جعل وقته فيها بعد الزوال لم يكن قبل الزوال وقتا له ولابى حنيفة الاعتبار بسائر الايام وهو ان فى سائر الايام ما بعد الزوال الى غروب الشمس وقت الرمى فكذا فى هذا اليوم لان هذا اليوم انما يفارق سائر الايام فى ابتداء الرمى لا فى انتهائه فكان مثل سائر الايام فى الانتهاء فكان آخره وقت الرمى كسائر الايام فان لم يرم حتى غربت الشمس فيرمى قبل طلوع الفجر من اليوم الثانى أجزأه ولا شئ عليه فى قول أصحابنا وللشافعى فيه قولان فى قول اذا غربت الشمس فقد فات الوقت وعليه الفدية وفى قول لا يفوت الا فى آخر أيام التشريق والصحيح قولنا لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن للرعاة أن يرموا بالليل ولا يقال انه رخص لهم ذلك لعذر لانا نقول ما كان لهم عذر لانه كان يمكنهم أن يستنيب بعضهم بعضا فيأتى بالنهار فيرمى فثبت ان الاباحة كانت لعذر فيدل على الجواز مطلقا فلا يجب الدم فان أخر الرمى حتى طلع الفجر من اليوم الثانى رمى وعليه دم للتأخير فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد لا شئ عليه والكلام فيه يرجع الى ان الرمى مؤقت عنده وعندهما ليس بمؤقت وهو قول الشافعى وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى طواف الزيارة فى أيام النحر انه مؤقت بها وجوبا عنده حتى يجب الدم بالتأخير عنها وعندهم ليس بمؤقت أصلا فلا يجب بالتأخير شئ والحجج من الجانبين وجواب أبى حنيفة عن تعلقهما بالخبر والمعنى ما ذكرنا فى الطواف والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما وقت الرمى من اليوم الاول والثانى من أيام التشريق وهو اليوم الثانى والثالث من أيام الرمى فبعد الزوال حتى لا يجوز الرمى فيهما قبل الزوال فى الرواية المشهورة عن أبى حنيفة وروى عن أبى حنيفة ان الافضل أن يرمى فى اليوم الثانى والثالث بعد الزوال فان رمى قبله جاز وجه هذه الرواية ان قبل الزوال وقت

الرمى فى يوم النحر فكذا فى اليوم الثانى والثالث لان الكل أيام النحر وجه الرواية المشهورة ماروى عن جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة يوم النحر ضحى ورمى فى بقية الايام بعد الزوال وهذا باب لا يعرف بالقياس بل بالتوقيف فان أخر الرمى فيهما الى الليل فرمى قبل طلوع الفجر جاز ولا شئ عليه لان الليل وقت الرمى فى أيام الرمى لما روينا من الحديث فاذا رمى فى اليوم الثانى من أيام التشريق بعد الزوال فاراد أن ينفر من منى الى مكة وهو المراد من النفر الاول فله ذلك لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه أى من نفر الى مكة بعد ما رمى يومين من أيام التشريق وترك الرمى فى اليوم الثالث فلا اثم عليه فى تعجيله والافضل أن لا يتعجل بل يتأخر الى آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث منها فيستوفى الرمى فى الايام كلها ثم ينفر وهو المعنى من النفر الثانى وذلك معنى قوله تعالى ومن تأخر فلا اثم عليه وفى ظاهر هذه الآية الشريفة اشكال من وجهين أحدهما انه ذكر قوله تعالى لا اثم عليه فى المتعجل والمتأخر جميعا وهذا ان كان يستقيم فى حق المتعجل لانه يترخص لا يستقيم فى حق المتأخر لانه أخذ بالعزيمة والافضل والثانى انه قال تعالى فى المتأخر فلا اثم عليه لمن اتقى قيده بالتقوى وهذا التقييد بالمتعجل أليق لانه اخذ بالرخصة ولم يذكر فيه هذا التقييد والجواب عن الاشكال الاول ماروى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال فى هذه الآية فمن تعجل فى يومين غفر له ومن تأخر غفر له وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال فى قوله تعالى فلا اثم عليه رجع مغفورا له وأما قوله تعالى لمن اتقى فهو بيان أن ماسبق من وعد المغفرة للمتعجل والمتأخر بشرط التقوى ثم من أهل التأويل من صرف التقوى الى الاتقاء عن قتل الصيد فى الاحرام أى لمن اتقى قتل الصيد فى حال الاحرام وصرف أيضا قوله تعالى واتقوا الله أى فاتقوا الله ولا تستحلوا قتل الصيد فى الاحرام ومنهم من صرف التقوى الى الاتقاء عن المعاصى كلها فى الحج وفيما بقى من عمره ويحتمل أن يكون المراد منه التقوى عما حظر عليه الاحرام من الرفث والفسوق والجدال وغيرها والله أعلم وانما يجوز له النفر فى اليوم الثانى والثالث مالم يطلع الفجر من اليوم الثانى فاذا طلع الفجر لم يجز له النفر وأما وقت الرمى من اليوم الثالث من أيام التشريق وهو اليوم الرابع من أيام الرمى فالوقت المستحب له بعد الزوال ولو رمى قبل الزوال يجوز فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد لا يجوز واحتجا بما روى عن جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة يوم النحر ضحى ورمى فى بقية الايام بعد الزوال وأوقات المناسك لا تعرف قياسا فدل ان وقته بعد الزوال ولان هذا يوم من أيام الرمى فكان وقت الرمى فيه بعد الزوال كاليوم الثانى والثالث من أيام التشريق ولابى حنيفة ماروى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال اذا افتتح النهار من آخر أيام التشريق جاز الرمى والظاهر انه قاله سماعا من النبى صلى الله عليه وسلم اذ هو باب لا يدرك بالرأى والاجتهاد فصار اليوم الاخير من أيام التشريق مخصوصا من حديث جابر رضى الله عنه بهذا الحديث أو يحمل فعله فى اليوم الأخير على الاستحباب ولان له أن ينفر قبل الرمى ويترك الرمى فى هذا اليوم رأسا فاذا جاز له ترك الرمى أصلا فلان يجوز له الرمى قبل الزوال أولى والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما مكان الرمى ففى يوم النحر عند جمرة العقبة وفى الايام الاخر عند ثلاثة مواضع عند الجمرة الاولى والوسطى والعقبة ويعتبر فى ذلك كله مكان وقوع الجمرة لا مكان الرمى حتى لو رماها من مكان بعيد فوقعت الحصاة عند الجمرة أجزأه وان لم تقع عنده لم تجزه الا اذا وقعت بقرب منها لان ما يقرب من ذلك المكان كان فى حكمه لكونه تبعا له والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الكلام فى عدد الجمار وقدرها وجنسها ومأخذها ومقدار ما يرمى كل يوم عند كل موضع وكيفية الرمى ومايسن فى ذلك وما يستحب وما يكره فيأتى ان شاء الله تعالى فى بيان سنن أفعال الحج والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكمه اذا تأخر عن وقته أو فات فنقول اذا ترك من جمار يوم النحر حصاة أو حصاتين أو ثلاثا الى الغد فانه يرمى ماترك أو يتصدق لكل حصاة نصف صاع من حنطة الا أن يبلغ قدر الطعام دما فينقص ماشاء ولا

يبلغ دما والاصل ان ما يجب في جميعه دم يجب في أقله صدقة لما نذكر ان شاء الله تعالى وههنا لو ترك جميع الرمى الى الغد كان عليه دم عند أبي حنيفة فاذا ترك أقله تجب عليه الصدقة الا أن يبلغ دما لما نذكر وان ترك الاكثر منها فعليه دم في قول أبي حنيفة لان في جميعه دم عنده فكذا في أكثره وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب في جميعه دم فكذا في أكثره فان ترك رمى أحد الجمار الثلاث من اليوم الثاني فعليه صدقة لانه ترك أقل وظيفة اليوم وهو رمى سبع حصيات فكان عليه صدقة الى أن يصير المتروك أكثر من نصف الوظيفة لان وظيفة كل يوم ثلاث جمار فكان رمى جمرة منها أقلها ولو ترك الكل وهو الجمار الثلاث فيه للزمه عنده دم فيجب في أقلها الصدقة بخلاف اليوم الاول وهو يوم النحر اذا ترك الجمرة فيه وهو سبع حصيات انه يلزمه دم عنده لان سبع حصيات كل وظيفة اليوم الأول فكان تركه بمنزلة ترك كل وظيفة اليوم الثاني والثالث وذلك احد وعشرون حصاة وترك ثلاث حصيات فيه بمنزلة ترك جمرة تامة من اليوم الثاني والثالث وهى سبع حصيات فان ترك الرمى كله في سائر الايام الى آخر أيام الرمى وهو اليوم الرابع فانه يرميها فيه على الترتيب وعليه دم عنده وعندهما لا دم عليه لما بينا ان الرمى مؤقت عنده وعندهما ليس بمؤقت ثم على قوله لا يلزمه الا دم واحد وان كان ترك وظيفة يوم واحد بانفراده يوجب دما واحدا ومع ذلك لا يجب عليه لتأخير الكل الا دم واحد لان جنس الجناية واحد حظرها احرام واحد من جهة غير متقومة فيكفيها دم واحد كما لو حلق المحرم ربع رأسه انه يجب عليه دم واحد ولو حلق جميع رأسه يلزمه دم واحد أيضا وكذا لو طيب عضوا واحدا أو طيب أعضاءه كلها أو لبس ثوبا واحدا أو لبس ثيابا كثيرة لا يلزمه في ذلك كله الا دم واحد كذا ههنا بخلاف ما اذا قتل صيودا انه يجب عليه لكل صيد جزاؤه على حدة لان الجهة هناك متقومة فان ترك الكل حتى غربت الشمس من آخر أيام التشريق وهو آخر أيام الرمى يسقط عنه الرمى وعليه دم واحد في قولهم جميعا أما سقوط الرمى فلان الرمى عبادة مؤقتة والاصل في العبادات المؤقتة اذا فات وقتها ان تسقط وانما القضاء في بعض العبادات المؤقتة يجب بدليل مبتدا ثم انما وجب هناك لمعنى لا يوجد ههنا وهو ان القضاء صرف ماله الى ما عليه فيستدعى ان يكون جنس الفائت مشروعا في وقت القضاء فيمكنه صرف ماله الى ما عليه وهذا لا يوجد في الرمى لانه ليس في غير هذه الايام رمى مشروع على هيئة مخصوصة ليصرف ماله الى ما عليه فتعذر القضاء فسقط ضرورة ونظير هذا اذا فاتته صلاة في أيام التشريق فقضاها في غيرها انه يقضيها بلا تكبير لانه ليس في وقت القضاء تكبير مشروع ليصرف ماله الى ما عليه فسقط أصلا كذا هذا وأما وجوب الدم فلتركه الواجب عن وقته أما عند أبي حنيفة فظاهر لان رمى كل يوم مؤقت وعندهما ان لم يكن مؤقتا فهو مؤقت بايام الرمى فقد ترك الواجب عن وقته فان ترك الترتيب في اليوم الثاني فبدأ بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتي تلي المسجد ثم ذكر ذلك في يومه فانه ينبغي ان يعيد الوسطى وجمرة العقبة وان لم يعد اجزأه ولا يعيد الجمرة الاولى أما اعادة الوسطى وجمرة العقبة فلتركه الترتيب فانه مسنون لان النبي صلى الله عليه وسلم رتب فاذا ترك المسنون تستحب الاعادة ولا يعيد الأولى لأنه اذا اعاد الوسطى والعقبة صارت هى الاولى وان لم يعد الوسطى والعقبة أجزأه لان الرميات مما يجوز ان ينفرد بعضها من بعض بدليل ان يوم النحر يرمى فيه جمرة العقبة ولا يرمى غيرها من الجمار وفيما جاز ان ينفرد البعض من البعض لا يشترط فيه الترتيب كالوضوء بخلاف ترتيب السعى على الطواف انه شرط لان السعى لا يجوز ان ينفرد عن الطواف بحال فان رمى كل جمرة بثلاث حصيات ثم ذكر ذلك فانه يبدأ فيرمى الاولى باربع حصيات حتى يتم ذلك لان رمى تلك الجمرة غير مرتب على غيره فيجب عليه ان يتم ذلك باربع حصيات ثم يعيد الوسطى بسبع حصيات لان قدر ما فعل حصل قبل الاولى فيعيد مراعاة للترتيب الا ترى انه لو فعل الكل يعيد فاذا رمى الثلاث أولى أن يعيد وكذلك جمرة العقبة فان كان قد رمى كل واحدة بأربع حصيات فانه يرمى كل واحدة بثلاث ثلاث لان الاربع أكثر الرمى فيقوم مقام الكل فصار كانه رتب الثاني

على رمى كامل وكذا الثالث وان استقبل رميها فهو أفضل ليكون الرمى فى الثلاث البواقى على الوجه المسنون
وهو الترتيب ولو نقص حصاة لا يدرى من ايتهن نقصها اعاد على كل واحدة منهن حصاة حصاة اسقاطا للواجب
عن نفسه بيقين كمن ترك صلاة واحدة من الصلوات الخمس لا يدرى أيتها هى أنه يعيد خمس صلوات ليخرج عن
العهدة بيقين كذا هذا والله أعلم

(فصل) واما الحلق أو التقصير فالكلام فيه يقع فى وجوبه وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان زمانه ومكانه وفى
بيان حكمه اذا وجد وفى بيان حكم تأخيره عن وقته وفعله فى غير مكانه اما الاول فالحلق أو التقصير واجب عندنا اذا
كان على رأسه شعر لا يتحلل بدونه وعند الشافعى ليس بواجب ويتحلل من الحج بالرمى ومن العمرة بالسعى احتج
بما روى عن ابن عمر رضى الله عنه ان عمر رضى الله عنه خطب بعرفة وعلمهم أمر الحج فقال لهم اذا جئتم منى
فمن رمى الجمرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت ولنا قوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم
وروى عن ابن عمر رضى الله عنه ان التفث حلاق الشعر ولبس الثياب وما يتبع ذلك وهو قول أهل التأويل انه
حلق الرأس وقص الاظافير والشارب ولان التفث فى اللغة الوسخ يقال امرأة تفثة اذا كانت خبيثة الرائحة وقوله
تعالى لقد صدق الله رسوله الرؤيا بالحق لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رؤسكم ومقصرين
قيل فى بعض وجوه التأويل ان قوله لتدخلن خبر بصيغته ومعناه الأمر أى ادخلوا المسجد الحرام ان شاء الله
آمنين محلقين رؤسكم ومقصرين فيقتضى وجوب الدخول بصفة الحلق أو التقصير لان مطلق الأمر لوجوب العمل
والاستثناء على هذا التأويل يرجع الى قوله آمنين أى ان شاء الله ان تأمنوا تدخلوا وان شاء لا تأمنوا لا تدخلونه
وان كانت الآية على الاخبار والوعد على ما يقتضيه ظاهر الصيغة فلا بد وان يكون المخبر به على ما أخبر وهو
دخولهم محلقين ومقصرين وذلك متعلق باختيارهم وقد يوجد وقد لا يوجد فلا بد من الدخول ليكون
الوجوب حاملا لهم على التحصيل فيوجد المخبر به ظاهرا وغالبا فالاستثناء على هذا التأويل يكون على طريق
التيمن والتبرك باسم الله تعالى أو يرجع الى دخول بعضهم دون بعض لجواز ان يموت البعض أو يمنع بمانع فيحمل
عليه لئلا يؤدى الى الخلف فى الخبر وقوله محلقين رؤسكم ومقصرين أى بعضكم محلقين وبعضكم مقصرين
لاجماعنا على انه لا يجمع بين الحلق والتقصير فدل أن الحلق أو التقصير واجب لكن الحلق أفضل لانه روى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا للمحلقين ثلاثا وللمقصرين مرة واحدة فقال اللهم اغفر للمحلقين فقيل له
والمقصرين فقال اللهم اغفر للمحلقين فقيل له والمقصرين فقال اللهم اغفر للمحلقين والمقصرين ولأن فى
الحلق تقصيرا وزيادة ولا حلق فى التقصير أصلا فكان الحلق أفضل وأما حديث عمر رضى الله عنه فيضمر
فيه الحلق أو التقصير معناه فمن رمى الجمرة وحلق أو قصر فقد حل ويجب حمله على هذا ليكون موافقا
للكتاب هذا اذا كان على رأسه شعر فاما اذا لم يكن أجرى الموسى على رأسه لما روى عن ابن عمر أنه قال
من جاء يوم النحر ولم يكن على رأسه شعر أجرى الموسى على رأسه والقدورى رواه مرفوعا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولانه اذا عجز عن تحقيق الحلق فلم يعجز عن التشبه بالحالقين وقد قال النبى صلى الله عليه
وسلم من تشبه بقوم فهو منهم فان حلق رأسه بالنورة أجزأه والموسى أفضل اما الجواز فلحصول المقصود وهو ازالة
الشعر وأما أفضلية الحلق بالموسى فلقوله تعالى محلقين رؤسكم واطلاق اسم الحلق يقع على الحلق بالموسى وكذا
النبى صلى الله عليه وسلم حلق بالموسى وكان يختار من الاعمال أفضلها وهذا اذا لم يكن محصرا فاما المحصر فلا حلق
عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف عليه الحلق وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى فى بيان أحكام
الاحصار ولو وجب عليه الحلق او التقصير فغسل رأسه بالخطمى مقام الحلق لا يقوم مقامه وعليه الدم لغسل رأسه
بالخطمى فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد لا دم عليه ذكر الطحاوى الخلاف وقال الجصاص
لا أعرف فيه خلافا والصحيح انه يلزمه الدم لان الحلق أو التقصير واجب لما ذكرنا فلا يقع التحلل الا باحدهما ولم

يوجد فكان احرامه باقيا فاذا غسل رأسه بالخطمي فقد أزال التفث في حال قيام الاحرام فيلزمه الدم والله أعلم ولا حلق على المرأة لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على النساء حلق وانما عليهن تقصير وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى المرأة ان تحلق رأسها ولان الحلق في النساء مثلة ولهذا لم تفعله واحدة من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنها تقصر فتأخذ من أطراف شعرها قدر أنملة لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه سئل فقيل له كم تقصر المرأة فقال مثل هذه وأشار الى أنملته وليس على الحاج اذا حلق ان يأخذ من لحيته شيأ وقال الشافعي اذا حلق ينبغي ان يأخذ من لحيته شيأ لله تعالى وهذا ليس بشئ لان الواجب حلق الرأس بالنص الذي تلونا ولأن حلق اللحية من باب المثلة لأن الله تعالى زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب على ماروى في الحديث ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب ولان ذلك تشبه بالنصارى فيكره

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب فاما الحلق فالافضل حلق جميع الرأس لقوله عز وجل محلقين رؤسكم والرأس اسم للجميع وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق جميع رأسه فانه روى انه رمى ثم ذبح ثم دعا بالحلاق فاشار الى شقه الأيمن فحلقه وفرق شعره بين الناس ثم أشار الى الأيسر فحلقه وأعطاه لأم سليم وروى أنه قال صلى الله عليه وسلم أول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق والحلق المطلق يقع على حلق جميع الرأس ولو حلق بعض الرأس فان حلق أقل من الربع لم يجزه وان حلق ربع الرأس أجزأه ويكره اما الجواز فلان ربع الرأس يقوم مقام كله في القرب المتعلقة بالرأس كمسح ربع الرأس في باب الوضوء واما الكراهة فلان المسنون هو حلق جميع الرأس لما ذكرنا وترك المسنون مكروه واما التقصير فالتقدير فيه بالأنملة لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه لكن أصحابنا قالوا يجب ان يزيد في التقصير على قدر الأنملة لأن الواجب هذا القدر من اطراف جميع الشعر واطراف جميع الشعر لا يتساوى طولها عادة بل تتفاوت فلو قصر قدر الأنملة لا يصير مستوفيا قدر الأنملة من جميع الشعر بل من بعضه فوجب ان يزيد عليه حتى يستيقن باستيفاء قدر الواجب فيخرج عن العهدة بيقين

﴿فصل﴾ وأما بيان زمانه ومكانه فزمانه أيام النحر ومكانه الحرم وهذا قول أبي حنيفة ان الحلق يختص بالزمان والمكان وقال أبو يوسف لا يختص بالزمان ولا بالمكان وقال محمد يختص بالمكان لا بالزمان وقال زفر يختص بالزمان لا بالمكان حتى لو أخر الحلق عن أيام النحر أو حلق خارج الحرم يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا دم عليه فيهما جميعا وعند محمد يجب عليه الدم في المكان ولا يجب في الزمان وعند زفر يجب في الزمان ولا يجب في المكان احتج زفر بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وأمر أصحابه بالحلق وحديبية من الحل فلو اختص بالمكان وهو الحرم لما جاز في غيره ولو كان كذلك لما فعل بنفسه ولما أمر أصحابه فدل ان الحلق لا يختص جوازه بالمكان وهو الحرم وهذا أيضا حجة أبي يوسف في المكان ولأبي يوسف ومحمد في انه لا يختص بزمان ماروى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال حلقت قبل أن اذبح فقال صلى الله عليه وسلم اذبح ولا حرج وجاءه آخر فقال ذبحت قبل ان ارمي فقال ارم ولا حرج فما سئل في ذلك اليوم عن تقديم نسك وتأخيره الا قال افعل ولا حرج ولأبي حنيفة انه صلى الله عليه وسلم حلق في أيام النحر في الحرم فصار فعله بيانا لمطلق الكتاب ويجب عليه بتأخيره دم عنده لان تأخير الواجب بمنزلة الترك في حق وجوب الجابر لما ذكرنا في طواف الزيارة واما حديث الحديبية فقد ذكرنا ان الحديبية بعضها من الحل وبعضها من الحرم فيحتمل انهم حلقوا في الحرم فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما انه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان نزل بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم فالظاهر انه لم يحلق في الحل وله سبيل الحلق في الحرم واما الحديث الآخر فنقول بموجبه انه لا حرج في التأخير عن المكان والزمان وهو الاثم لكن انتفاء الاثم لا يوجب انتفاء الكفارة كما في كفارة الحلق عند الاذى وكفارة قتل الخطا ولو لم يحلق حتى خرج من الحرم ثم عاد الى الحرم

حلق أو قصر فلا دم عليه لوجود الشرط على قول من يجعل المكان شرطا

﴿فصل﴾ وأما حكم الحلق فحكمه حصول التحلل وهو صيرورته حلالا يباح له جميع ما حظر عليه الاحرام الا النساء وهذا قول أصحابنا وقال مالك الا النساء والطيب وقال الليث الا النساء والصيد وقال الشافعي يحل له بالحلق الوطء فيما دون الفرج والمباشرة احتج مالك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلقتم فقد حل لكم كل شئ الا النساء والطيب والصحيح قولنا لما روى عن عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من رمى ثم ذبح ثم حلق فقد حل له كل شئ الا النساء والحديث حجة على الكل لان النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أنه حل له كل شئ واستثنى النساء فبقى الطيب والصيد داخلين تحت نص المستثنى منه وهو احلال ما سوى النساء وخرج الوطء فيما دون الفرج والمباشرة عن الاحلال بنص الاستثناء وأما حديث عمر فقد قيل انه لما بلغ عائشة رضى الله تعالى عنها قالت يغفر الله لهذا الشيخ لقد طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حلق

﴿فصل﴾ وأما حكم تأخيره عن زمانه ومكانه فوجوب الدم عند أبى حنيفة وأبو يوسف خالفه فى الزمان والمكان ومحمد وافقه فى المكان لا فى الزمان وزفر وافقه فى الزمان لا فى المكان على ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما طواف الصدر فالكلام فيه يقع فى مواضع فى بيان وجوبه وفى بيان شرائطه وفى بيان قدره وكيفيته وما يسن له أن يفعله بعد فراغه منه وفى بيان وقته وفى بيان مكانه وحكمه اذا نفر ولم يطف أما الاول فطواف الصدر واجب عندنا وقال الشافعى سنة وجه قوله مبنى على أنه لا يفرق بين الفرض والواجب وليس بفرض بالاجماع فلا يكون واجبا لكنه سنة لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه على المواظبة وانه دليل السنة ثم دليل عدم الوجوب انا أجمعنا على أنه لا يجب على الحائض والنفساء ولو كان واجبا لوجب عليهما كطواف الزيارة ونحن نفرق بين الفرض والواجب على ما عرف ودليل الوجوب ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف ومطلق الامر لوجوب العمل الا أن الحائض خصت عن هذا العموم بدليل وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض ترك طواف الصدر لعذر الحيض ولم يأمرهن باقامة شئ آخر مقامه وهو الدم وهذا أصل عندنا فى كل نسك جاز تركه لعذر انه لا يجب بتركه من المعذور كفارة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائطه فبعضها شرائط الوجوب وبعضها شرائط الجواز أما شرائط الوجوب فمنها أن يكون من أهل الآفاق فليس على أهل مكة ولا من كان منزله داخل المواقيت الى مكة طواف الصدر اذا حجوا لان هذا الطواف انما وجب توديعا للبيت ولهذا يسمى طواف الوداع ويسمى طواف الصدر لوجوده عند صدور الحجاج ورجوعهم الى وطنهم وهذا لا يوجد فى أهل مكة لانهم فى وطنهم وأهل داخل المواقيت فى حكم أهل مكة فلا يجب عليهم كما لا يجب على أهل مكة وقال أبو يوسف أحب الى أن يطوف المكى طواف الصدر لانه وضع لختم أفعال الحج وهذا المعنى يوجد فى أهل مكة ولو نوى الآفاقى الاقامة بمكة أبدا بان توطن بها واتخذها دارا فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان نوى الاقامة بها قبل ان يحل النفر الاول واما ان نوى بعد ما حل النفر الاول فان نوى الاقامة قبل ان يحل النفر الاول سقط عنه طواف الصدر أى لا يجب عليه بالاجماع وان نوى بعد ما حل النفر الاول لا يسقط وعليه طواف الصدر فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يسقط عنه الا اذا كان شرع فيه ووجه قوله انه لما نوى الاقامة صار كواحد من أهل مكة وليس على أهل مكة طواف الصدر الا اذا شرع فيه لانه وجب عليه بالشروع فلا يجوز له تركه بل يجب عليه المضى فيه ووجه قول أبى حنيفة انه اذا حل له النفر فقد وجب عليه الطواف لدخول وقته الا انه مرتب على طواف الزيارة كالوتر مع العشاء فنية الاقامة بعد ذلك لا تعمل كما اذا نوى الاقامة بعد خروج وقت الصلاة ومنها الطهارة من الحيض والنفاس فلا يجب على الحائض والنفساء حتى لا يجب عليهما الدم بالترك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للحيض ترك هذا الطواف

لا الى بدل فدل أنه غير واجب عليهن اذلو كان واجبا لما جاز تركه لا الى بدل وهو الدم فاما الطهارة عن الحدث والجنابة فليست بشرط للوجوب و يجب على المحدث والجنب لانه يمكنهما ازالة الحدث والجنابة فلم يكن ذلك عذرا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فمنها النية لانه عبادة فلابد له من النية فاما تعيين النية فليس بشرط حتى لوطاف بعد طواف الزيارة لا يعين شيأ أو نوى تطوعا كان للصدر لان الوقت تعين له فتنصرف مطلق النية اليه كما في صوم رمضان ومنها ان يكون بعد طواف الزيارة حتى اذا نفر في النفر الاول فطاف طوافا لا ينوى شيأ أو نوى تطوعا أو الصدر يقع عن الزيارة لا عن الصدر لان الوقت له طواف وطواف الصدر مرتب عليه فاما النفر على فور الطواف فليس من شرائط جوازه حتى لو طاف للصدر ثم تشاغل بمكة بعده لا يجب عليه طواف آخر فان قيل أليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف فقد أمر ان يكون آخر عهده الطواف بالبيت ولما تشاغل بعده لم يقع الطواف آخر عهده به فيجب ان لا يجوز اذ لم يأت بالمأمور به فالجواب أن المراد منه آخر عهده بالبيت نسكا لا اقامة والطواف آخر مناسكه بالبيت وان تشاغل بغيره وروى عن أبي حنيفة انه قال اذا طاف للصدر ثم أقام الى العشاء فاحب الي ان يطوف طوافا آخر لئلا يحول بين طوافه وبين نفره حائل وكذا الطهارة عن الحدث والجنابة ليست بشرط لجوازه فيجوز طوافه اذا كان محدثا أو جنبا و يعتد به والافضل ان يعيد طاهرا فان لم يعد جاز وعليه شاة ان كان جنبا لان النقص كثير فيجبر بالشاة كالو ترك أكثر الاشواط وان كان محدثا ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية عليه صدقة وهي الرواية الصحيحة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان النقص يسير فصار كشوط أو شوطين وفي رواية عليه شاة لانه طواف واجب فاشبه طواف الزيارة وكذا ستر عورته ليس بشرط للجواز حتى لو طاف مكشوف العورة قدر ما لا تجوز به الصلاة جاز ولكن يجب عليه الدم وكذا الطهارة عن النجاسة الا انه يكره ولا شئ عليه والفرق ما ذكرنا في طواف الزيارة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما قدره وكيفيته فمثل سائر الاطوفة ونذكر السنن التي تتعلق به في بيان سنن الحج ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما وقته فقد روى عن أبي حنيفة انه قال ينبغي للانسان اذا أراد السفر ان يطوف طواف الصدر حين يريد ان ينفر وهذا بيان الوقت المستحب لا بيان أصل الوقت و يجوز في أيام النحر و بعدها و يكون أداء لا قضاء حتى لو طاف طواف الصدر ثم أطال الاقامة بمكة ولم ينو الاقامة بها ولم يتخذها دارا جاز طوافه وان أقام سنة بعد الطواف الا ان الافضل ان يكون طوافه عند الصدر لما قلنا ولا يلزمه شئ بالتأخير عن أيام النحر بالاجماع

﴿فصل﴾ وأما مكانه فحول البيت لا يجوز الا به لقول النبي صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف والطواف بالبيت هو الطواف حوله فان نفر ولم يطف يجب عليه ان يرجع و يطوف مالم يجاوز الميقات لانه ترك طوافا واجبا وأمكنه ان يأتي به من غير الحاجة الى تجديد الاحرام فيجب عليه ان يرجع و يأتي به وان جاوز الميقات لا يجب عليه الرجوع لانه لا يمكنه الرجوع الا بالتزام عمرة بالتزام احرامها ثم اذا أراد أن يمضي مضى وعليه دم وان أراد أن يرجع أحرم بعمرة ثم رجع واذا رجع يبتدئ بطواف العمرة ثم بطواف الصدر ولا شئ عليه لتأخيره عن مكانه وقالوا الأولى ان لا يرجع و يريق دما مكان الطواف لان هذا انفع للفقراء وأيسر عليه لما فيه من دفع مشقة السفر وضرر التزام الاحرام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان سنن الحج وبيان الترتيب في أفعاله من الفرائض والواجبات والسنن فنقول وبالله التوفيق اذا أراد أن يحرم اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بلغ ذا الحليفة اغتسل لاحرامه وسواء كان رجلا أو امرأة والمرأة طاهرة عن الحيض والنفاس أو حائض أو نفساء لان المقصود من اقامة هذه السنة النظافة فيستوى فيها الرجل والمرأة وحال طهر المرأة وحيضها ونفاسها والدليل عليه أيضا ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما نزل تحت الشجرة في بيعة الرضوان أتاه أبو بكر الصديق رضى الله عنه وقال

له ان أسماء قد نفست وكانت ولدت محمد بن أبي بكر رضي الله عنه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج وكذا روى أن عائشة رضي الله عنها حاضت فامرها بالاغتسال والاهلال بالحج والامر بالاغتسال في الحديثين على وجه الاستحباب دون الايجاب لان الاغتسال عن الحيض والنفاس لا يجب حال قيام الحيض والنفاس وانما كان الاغتسال أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم اختاره على الوضوء لاحرامه وكان يختار من الاعمال أفضلها وكذا أمر به عائشة وأسماء رضي الله عنهما ولأن معنى النظافة فيه أتم وأوفر ويلبس ثوبين ازارا ورداء لانه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لبس ثوبين ازارا ورداء ولان المحرم ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة وما يتقى به الحر والبرد وهذه المعانى تحصل بازار ورداء جديدين كانا أو غسيلين لان المقصود يحصل بكل واحد منهما الا ان الجديد أفضل لانه أنظف و ينبغي لولي من أحرم من الصبيان العقلاء ان يجرده و يلبسه ثوبين ازارا ورداء لان الصبي في مراعاة السنن كالبالغ و يدهن بأي دهن شاء و يتطيب بأي طيب شاء سواء كان طيبا تبقى عينه بعد الاحرام أو لا تبقى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول محمد أولا ثم رجع وقال يكره له ان يتطيب بطيب تبقى عينه بعد الاحرام وحكي عن محمد في سبب رجوعه انه قال كنت لا أرى به بأسا حتى رأيت قوما أحضروا طيبا كثيرا ورأيت أمرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك احتج محمد بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للاعرابي اغسل عنك هذا الخلوف وروى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما انهما كرها ذلك ولأنه اذا بقي عينه ينتقل من الموضع الذي طيبه الى موضع آخر فيصير كانه طيب ذلك الموضع ابتداء بعد الاحرام ولأبي حنيفة وأبي يوسف ما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه حين أحرم ولاحلاله حين أحل قبل ان يطوف بالبيت ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد احرامه ومعلوم ان وبيص الطيب انما يتبين مع بقاء عينه فدل أن الطيب كان بحيث تبقى عينه بعد الاحرام ولان التطيب بعد حصل مباحا في الابتداء لحصوله في غير حال الاحرام والبقاء على التطيب لا يسمى تطيبا فلا يكره كما اذا حلق رأسه ثم أحرم وأما حديث الاعرابي فهو محمول على ما اذا كان عليه ثوب مزعفر والرجل يمنع من المزعفر في غير حال الاحرام ففي حال الاحرام أولى حملناه على هذا توفيقا بين الحديثين بقدر الامكان وأما حديث عمر وعثمان فقد روى عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما بخلافه فوقع التعارض فسقط الاحتجاج بقولهما وما ذكر من معنى الانتقال الى مكان آخر غير سديد لان اعتباره يوجب الجزاء لو انتقل وليس كذلك بالاجماع ولو ابتدأ الطيب بعد الاحرام فوجبت عليه الكفارة فكفر وبقي عليه هل يلزمه كفارة أخرى ببقاء الطيب عليه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يلزمه كفارة أخرى لان ابتداء الاحرام كان محظور الوجود في حال الاحرام فكذا البقاء عليه بخلاف المسئلة الاولى وقال بعضهم لا يلزمه كفارة أخرى لان حكم الابتداء قد سقط عنه بالكفارة والبقاء على الطيب لا يوجب الكفارة كما في المسئلة الاولى ثم يصلي ركعتين لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أتاني آت من ربي وأنا بالعقيق وقال لي صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بعمرة وحجة لانه كان قارنا ثم ينوي الاحرام و يستحب له ان يتكلم بلسانه ما نوى بقلبه فيقول اذا أراد ان يحرم بالحج اللهم انى أريد الحج فيسره لي وتقبله مني واذا أراد أن يحرم بالعمرة يقول اللهم انى أريد العمرة فيسرها لي وتقبلها مني واذا أراد القران يقول اللهم انى أريد العمرة والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني لان الحج عبادة عظيمة فيها كلفة ومشقة شديدة فيستحب الدعاء بالتيسير والتسهيل وبالقبول بعد التحصيل اذ لا كل عبادة تقبل الا ترى ان ابراهيم واسماعيل عليهما الصلاة والسلام لما بنيا البيت على الوجه الذي أمر ابه سألا ربهما قبول ما فعلا فقالا ربنا تقبل منا انك أنت السميع العليم و يستحب ان يذكر الحج والعمرة أو هما في اهلاله و يقدم العمرة على الحج في الذكر اذا أهل بهما فيقول لبيك بعمرة وحجة لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أتاني آت من ربي وأنا بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بعمرة وحجة وانما يقدم العمرة على الحج في الذكر

لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر ان يقول كذلك ولان العمرة تقدم على الحج في الفعل فكذا في الذكر ثم يلبي في دبر كل صلاة وهو الافضل عندنا وقال الشافعي الافضل ان يلبي بعد ما استوى على راحلته وقال مالك بعد ما استوى على البيداء وانما اختلفوا فيه لاختلاف الرواية في أول تلبية النبي صلى الله عليه وسلم روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه لبى دبر صلاته وروى عن ابن عمر رضي الله عنه انه لبى حين ما استوى على راحلته وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم لبى حين استوى على البيداء وأصحابنا أخذوا برواية ابن عباس رضي الله عنه لانها محكمة في الدلالة على الاولية ورواية ابن عمر وجابر رضي الله عنهم محتملة لجواز ان ابن عمر رضي الله عنه لم يشهد تلبية النبي صلى الله عليه وسلم دبر الصلاة وانما شهد تلبيته حال استوائه على الراحلة فظن أن ذلك أول تلبيته فروى ما رأى وجابر لم ير تلبيته الا عند استوائه على البيداء فظن أنه أول تلبيته فروى ما رأى والدليل على صحة هذا التأويل ما روى عن سعيد بن جبير انه قال قلت لابن عباس كيف اختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اهلاله فقال انا أعلم بذلك صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مسجد ذي الحليفة ركعتين وأهل بالحج وكانت ناقته مسرجة على باب المسجد وابن عمر عندها فرآه قوم فقالوا أهل عقيب الصلاة ثم استوى على راحلته وأهل فكان الناس يأتونه ارسالا فادركه قوم فقالوا انما أهل حين استوى على راحلته ثم ارتفع على البيداء فاهل فادركه قوم فقالوا انما أهل حين ارتفع على البيداء وايم الله لقد أوجبه في مصلاه ويكثر التلبية بعد ذلك في أدبار الصلوات فرائض كانت أو نوافل وذكر الطحاوي انه يكثر في ادبار المكتوبات دون النوافل والفوائت وأجراها مجرى التكبير في أيام التشريق والمذكور في ظاهر الرواية في ادبار الصلوات عاما من غير تخصيص ولان فضيلة التلبية عقيب الصلاة لاتصالها بالصلاة التي هي ذكر الله عز وجل اذ الصلاة من أولها الى آخرها ذكر الله تعالى وهذا يوجد في التلبية عقيب كل صلاة وكلما علا شرفا أو كلما هبط واديا أو كلما لقي ركبا وكلما استيقظ من منامه وبالاسحار لما روي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا كانوا يفعلون ويرفع صوته بالتلبية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أفضل الحج العج والثج والعج هو رفع الصوت بالتلبية والثج هو سيلان الدم وعن خلاد بن السائب الانصاري عن أبيه رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أتاني جبريل وأمرني ان آمر أصحابي ومن معي ان يرفعوا أصواتهم بالتلبية فانها من شعائر الحج أمر برفع الصوت في التلبية وأشار الى المعنى وهو انها من شعائر الحج والسبيل في اذكار هي من شعائر الحج اشهارها واظهارها كالاذان ونحوه والسنة ان يأتي بتلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك كذا روى عن ابن مسعود وابن عمر هذه الالفاظ في تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم فالسنة ان يأتي بها ولا ينقص شيأ منها وان زاد عليها فهو مستحب عندنا وعند الشافعي لا يزيد عليها كما لا ينقص منها وهذا غير سديد لانه لو نقص منها ترك شيأ من السنة ولو زاد عليها فقد أتى بالسنة وزيادة والدليل عليه ما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم كانوا يزيدون على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ابن مسعود رضي الله تعالى عنه يزيد لبيك عدد التراب لبيك ذا المعارج لبيك اله الحق لبيك وكان ابن عمر يزيد لبيك وسعديك والخير كله بيديك لبيك والرغباء اليك ويروى والعمل والرغباء اليك ولان هذا من باب الحمد لله تعالى والثناء عليه فالزيادة عليه تكون مستحبة لا مكروهة ثم اختلفت الرواية في تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذه الكلمة وهي قوله لبيك ان الحمد والنعمة لك روي بالكسر والفتح والكسر أصح وهكذا ذكر محمد في الاصل أن الافضل أن يقول بالكسر وانما كان كذلك لان معنى الفتح فيها يكون على التفسير أو التعليل أي ألبي بان الحمد لك أو ألبي لان الحمد لك أي لاجل ان الحمد لك واذا كسرتها صار ما بعدها ثناء وذكرا مبتدأ لا تفسيرا ولا تعليلا فكان أبلغ في الذكر والثناء فكان أفضل واذا قدم مكة فلا يضره ليلا دخلها أو نهارا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دخلها نهارا وروى أنه دخلها ليلا وكذا روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها دخلتها ليلا وروى أن

الحسن والحسين رضى الله تعالى عنهما دخلاها ليلا وماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه نهى عن دخول مكة ليلا فهو محمول على نهى الشفقة مخافة السرقة كذا أوله ابراهيم النخعى ولانه اذا دخل ليلا لا يعرف موضع النزول فلا يدرى أين ينزل وربما نزل فى غير موضع النزول فيتأذى به ويدخل المسجد الحرام والافضل أن يدخل من باب بنى شيبة ويقول اللهم افتح لى أبواب رحمتك وأعذنى من الشيطان الرجيم واذا وقع نظره على البيت يقول ويحفى سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر اللهم هذا بيتك عظمته وشرفته وكرمته فزده تعظيما وتشريفا وتكريما ويبدأ بالحجر الاسود فاذا استقبله كبر ورفع يديه كما يرفعهما فى الصلاة لكن حذو منكبيه لما روى عن مكحول أن النبى صلى الله عليه وسلم لما دخل المسجد بدأ بالحجر الأسود فاستقبله وكبر وهلل وروينا عن النبى صلى الله عليه وسلم فى كتاب الصلاة أنه قال لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن وذكر من جملتها عند استلام الحجر الاسود ثم يرسله او يستلم الحجر ان أمكنه ذلك من غير أن يؤذى أحدا والافضل أن يقبله لما روى أن عمر رضى الله تعالى عنه التزمه وقبله وقال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بك حفيا وروى أنه قال والله انى لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ماقبلتك وفى رواية أخرى قال لولا انى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمك ما استلمتك ثم استلمه وعن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقبل الحجر فاستلمه ثم وضع شفتيه عليه فبكى طويلا ثم التفت فاذاهو بعمر يبكى فقال له مايبكيك فقال يارسول الله رأيتك تبكى فبكيت لبكائك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ههنا تسكب العبرات وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن ثم يرده الى فيه وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليبعثن الحجر يوم القيامة وله عينان يبصر بهما وأذنان يسمع بهما ولسان ينطق به فيشهد لمن استلمه بالحق وروى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستلمون الحجر ثم يقبلونه فيلتزمه ويقبله ان أمكنه ذلك من غير أن يؤذى أحدا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمر يا أبا حفص انك رجل قوى وانك تؤذى الضعيف فاذا وجدت مسلكا فاستلم والا فدع وكبر وهلل ولان الاستلام سنة وايذاء المسلم حرام وترك الحرام أولى من الاتيان بالسنة واذا لم يمكنه ذلك من غير أن يؤذى استقبله وكبر وهلل وحمد الله وأثنى عليه وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم كما يصلى عليه فى الصلاة ولم يذكر عن أصحابنا فيه دعاء بعينه لان الدعوات لا تحصى وعن مجاهد أنه كان يقول اذا أتيت الركن فقل اللهم انى أسألك اجابة دعوتك وابتغاء رضوانك واتباع سنة نبيك وعن عطاء رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مر بالحجر الاسود قال أعوذ برب هذا الحجر من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر ولا يقطع التلبية عند استلام الحجر ويقطعها فى العمرة لما نذكر ان شاء الله ثم يفتتح الطواف وهذا الطواف يسمى طواف اللقاء وطواف التحية وطواف أول عهد بالبيت وانه سنة عند عامة العلماء وقال مالك انه فرض واحتج بظاهر قوله عز وجل وليطوفوا بالبيت العتيق أمر بالطواف بالبيت فدل على الوجوب والفرضية ولنا أنه لا يجب على أهل مكة بالاجماع ولو كان ركنا لوجب عليهم لان الاركان لا تختلف بين أهل مكة وغيرهم كطواف الزيارة فلما لم يجب على أهل مكة دل أنه ليس بركن والمراد من الآية طواف الزيارة لاجماع أهل التفسير ولانه خاطب الكل بالطواف بالبيت وطواف الزيارة هو الذى يجب على الكل فأما طواف اللقاء فانه لا يجب على أهل مكة دل على أن المراد هو طواف الزيارة وكذا سياق الآية دليل عليه لانه أمر بذبح الهدايا بقوله عز وجل ليذكروا اسم الله فى أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام وأمر بقضاء التفث وهو الحلق والطواف بالبيت عقيب ذبح الهدى لان كلمة ثم للترتيب مع التعقيب فيقتضى أن يكون الحلق والطواف مرتبين على الذبح والذبح يختص بايام النحر لا يجوز قبلها فكذا الحلق والطواف وهو طواف الزيارة فأما طواف اللقاء فانه يكون سابقا على أيام

النحر فثبت أن المراد من الآية الكريمة طواف الزيارة وبه نقول انه ركن واذا افتتح الطواف يأخذ عن يمينه مما يلي الباب فيطوف بالبيت سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الاول ويمشي على هينته في الاربعة الباقية والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه استلم الحجر ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف بالبيت سبعة أشواط وأما الرمل فالاصل فيه أن كل طواف بعده سعي فمن سننه الاضطباع والرمل في الثلاثة الاشواط الاول منه وكل طواف ليس بعده سعي فلا رمل فيه وهذا قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم الا ماحكي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن الرمل في الطواف ليس بسنة وجه قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم انما رمل وندب أصحابه اليه لاظهار الجلد للمشركين وابداء القوة لهم من أنفسهم فانه روى أنه دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه مكة وكفار قريش قد صفت عند دار الندوة ينظرون اليهم ويستضعفونهم ويقولون أوهنتهم حمى يثرب فلما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد اضطبع بردائه ورمل ثم قال رحم الله امرأ أبدى من نفسه جلدا وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال رحم الله امرأ أراهم اليوم من نفسه قوة وذلك المعنى قد زال فلم يبق الرمل سنة لكنا نقول الرواية عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا تكاد تصح لانه قد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل بعد فتح مكة وروى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طاف بالبيت الطواف الاول خب ثلاثا ومشى أربعا وكذا أصحابه رضي الله تعالى عنهم بعده رملوا وكذا المسلمون الى يومنا هذا فصار الرمل سنة متواترة فاما ان يقال ان أول الرمل كان لذلك السبب وهو اظهار الجلادة وابداء القوة للكفرة ثم زال ذلك السبب وبقيت سنة الرمل على الأصل المعهود ان بقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم كالبيع والنكاح وغيرهما واما أن يقال لما رمل النبي صلى الله عليه وسلم بعد زوال ذلك السبب صار الرمل سنة مبتدأة فنتبع النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وان كان لا نعقل معناه والى هذا أشار عمر رضي الله تعالى عنه حين رمل في الطواف وقال مالي أهز كتفي وليس ههنا أحد رأيته لكن اتبع رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال لكن أفعل مافعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ويرمل من الحجر الى الحجر وهذا قول عامة العلماء وقال سعيد بن جبير وعطاء ومجاهد وطاوس رضي الله تعالى عنهم لا يرمل بين الركن اليماني وبين الحجر الاسود وانما يرمل من الجانب الآخر وجه قولهم ان الرمل في الاصل كان لاظهار الجلادة للمشركين والمشركون انما كانوا يطلعون على المسلمين من ذلك الجانب فاذا صاروا الى الركن اليماني لم يطلعوا عليهم لصيرورة البيت حائلا بينهم وبين المسلمين ولنا ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل ثلاثا من الحجر الى الحجر والجواب عن قولهم ان الرمل كان لاظهار القوة والجلادة ان الرمل الاول كان لذلك وقد زال وبقي حكمه أو صار الرمل بعد ذلك سنة مبتدأة لا لما شرع له الاول بل لمعنى آخر لا نعقله وأما الاضطباع فلما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرمل مضطبعا بردائه وتفسير الاضطباع بالرداء هو أن يدخل الرداء من تحت ابطه الايمن ويرد طرفه على يساره ويبدي منكبه الايمن ويغطي الايسر سمي اضطباعا لما فيه من الضبع وهو العضد لما فيه من ابداء الضبعين وهما العضدان فان زوحم في الرمل وقف فاذا وجد فرجة رمل لانه ممنوع من فعله الا على وجه السنة فيقف الى أن يمكنه فعله على وجه السنة ويستلم الحجر في كل شوط يفتتح به ان استطاع من غير أن يؤذي أحدا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كلما مر بالحجر الاسود استلمه ولان كل شوط طواف على حدة فكان استلام الحجر فيه مسنونا كالشوط الاول وان لم يستطع استقبله وكبر وهلل وأما الركن اليماني فلم يذكر في الاصل أن استلامه سنة ولكنه قال ان استلمه فحسن وان تركه لم يضره في قول أبي حنيفة رحمه الله وهذا يدل على أنه مستحب وليس بسنة وقال محمد رحمه الله يستلمه ولا يتركه وهذا يدل على أن استلامه سنة ولا خلاف في أن تقبيله ليس بسنة وقال الشافعي يستلمه ويقبل يده وجه قول محمد ماروى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما وعن ابن عباس

رضى الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم الركن اليمانى ويضع خده عليه وجه ما ذكر فى الاصل وهو أنه مستحب وليس بمسنون أنه ليس من السنة تقبيله ولو كان مسنونا لسن تقبيله كالحجر الاسود وعن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم استلم الركن اليمانى ولم يقبله وهذا يدل على أنه مستحب وليس بسنة وأما الركنان الآخران وهما العراقى والشامى فلا يستلمهما عند عامة الصحابة رضى الله عنهم وهو قولنا وعن معاوية وزيد بن ثابت وسويد بن غفلة رضى الله عنهم أنه يستلم الاركان الاربعة وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه رأى معاوية وسويدا استلما جميع الاركان فقال ابن عباس لمعاوية انما يستلم هذين الركنين فقال معاوية ليس شئ من البيت مهجورا والصحيح قول العامة لان الاستلام انما عرف سنة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم ما استلم غير الركنين لما روينا عن عمر رضى الله عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ولان الاستلام لاركان البيت والركن الشامى والعراقى ليسا من الاركان حقيقة لان ركن الشئ ناحيته وهما فى وسط البيت لان الحطيم من البيت وجعل طوافه من وراء الحطيم فلو لم يجعل طوافه من ورائه لصار تاركا الطواف ببعض البيت الا أنه لا يجوز التوجه اليه فى الصلاة لما ذكرنا فيما تقدم واذا فرغ من الطواف يصلى ركعتين عند المقام أو حيث تيسر عليه من المسجد وركعتا الطواف واجبة عندنا وقال الشافعى سنة بناء على أنه لا يعرف الواجب الا الفرض وليستا بفرض وقد واظب عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانتا سنة ونحن نفرق بين الفرض والواجب ونقول الفرض ما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به والواجب ما ثبت وجوبه بدليل غير مقطوع به ودليل الوجوب قوله عز وجل واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى قيل فى بعض وجوه التأويل ان مقام ابراهيم ما ظهر فيه آثار قدميه الشريفين عليه الصلاة والسلام وهو حجارة كان يقوم عليها حين نزوله وركوبه من الابل حين كان يأتى الى زيارة هاجر وولده اسماعيل فامر النبى صلى الله عليه وسلم باتخاذ ذلك الموضع مصلى يصلى عنده صلاة الطواف مستقبلا الكعبة على ما روى ان النبى عليه السلام لما قدم مكة قام الى الركن اليمانى ليصلى فقال عمر رضى الله تعالى عنه ألا نتخذ مقام ابراهيم مصلى فانزل الله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى ومطلق الامر لوجوب العمل وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فرغ من الطواف أتى المقام وصلى عنده ركعتين وتلا قوله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى وروى عن عمر رضى الله عنه انه نسى ركعتى الطواف فقضاهما بذى طوى فدل انهما واجبة ثم يعود الى الحجر الاسود فيستلمه ليكون افتتاح السعى بين الصفا والمروة باستلام الحجر كما يكون افتتاح الطواف باستلام الحجر الاسود والأصل فيه ان كل طواف بعده سعى فانه يعود بعد الصلاة الى الحجر وكل طواف لا سعى بعده لا يعود الى الحجر كذا روى عن عمر وابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهم وعن عائشة رضى الله عنها انه لا يعود وان كان بعده سعى وهو قول عمر بن عبد العزيز والصحيح انه يعود لما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فرغ من طوافه صلى ركعتين خلف المقام وقرأ فيهما آيات من سورة البقرة وقرأ فيهما واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى ورفع صوته يسمع الناس ثم رجع الى الركن فاستلمه ولان السعى مرتب على الطواف لا يجوز قبله ويكره ان يفصل بين الطواف وبين السعى فصار كبعض أشواط الطواف والاستلام بين كل شوطين سنة وهذا المعنى لا يوجد فى طواف لا يكون بعده سعى لأنه اذا لم يكن بعده سعى لا يوجد الملحق له بالاشواط فلا يعود الى الحجر ثم يخرج الى الصفا لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم استلم الركن وخرج الى الصفا فقال نبدأ بما بدأ الله به وتلا قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله ولم يذكر فى الكتاب انه من أى باب يخرج من باب الصفا أو من حيث تيسر له وما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من باب الصفا فذلك ليس على وجه السنة عندنا وانما خرج منه لقربه من الصفا أو لامر آخر ويصعد على الصفا الى حيث يرى الكعبة فيحول وجهه اليها ويكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ويثنى عليه ويصلى على النبى صلى

الله

الله عليه وسلم و يدعو الله تعالى بحوائجه و يرفع يديه و يجعل بطون كفيه الى السماء لما روي عن جابر رضي الله
عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رقي على الصفا حتى بدا له البيت ثم كبر ثلاثا وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له
له الملك وله الحمد يحيي و يميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله أنجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده
ويجعل يدعو بعد ذلك ثم يهبط نحو المروة فيمشي على هينته حتى ينتهي الى بطن الوادي فاذا كان عند الميل
الاخضر في بطن الوادي سعى حتى يجاوز الميل الاخضر فيسعى بين الميلين الاخضرين لحديث جابر أن النبي صلى
الله عليه وسلم لما فرغ من الدعاء مشى نحو المروة حتى اذا انتصبت قدماه في بطن الوادي سعى وقال في سعيه رب
اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك أنت الأعز الأكرم وكان عمر رضي الله عنه اذا رمل بين الصفا والمروة قال اللهم
استعملني بسنة نبيك وتوفني على ملته واعذني من عذاب القبر ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها
و يقوم مستقبل القبلة فيحمد الله تعالى و يثني عليه و يكبر و يهلل و يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم و يسأل
الله تعالى حوائجه فيفعل على المروة مثل ما فعل على الصفا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا فعل
و يطوف بينهما سبعة أشواط هكذا يبدأ بالصفا و يختم بالمروة و يسعى في بطن الوادي في كل شوط و يعد البداية
شوطا والعود شوطا آخر خلافا لما قاله الطحاوي انهما يعدان جميعا شوطا واحدا وانه خلاف ظاهر الرواية لما بينا
فيما تقدم فاذا فرغ من السعي فان كان محرما بالعمرة ولم يسق الهدي يحلق أو يقصر فيحل لان أفعال العمرة هي
الطواف والسعي فاذا أتى بهما لم يبق عليه شيء من أفعال العمرة فيحتاج الى الخروج منها بالتحلل وذلك بالحلق أو
التقصير كالتسليم في باب الصلاة والحلق أفضل لما ذكرنا فيما تقدم فاذا حلق أو قصر حل له جميع محظورات الاحرام
وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا وقال الشافعي يقع التحلل من العمرة بالسعي ومن الحج بالرمي والمسئلة قد مرت في بيان
واجبات الحج وان كان قد ساق الهدي لا يحلق ولا يقصر للعمرة بل يقيم حراما الى يوم النحر لا يحل له التحلل
الا يوم النحر عندنا وعند الشافعي سوق الهدي لا يمنع من التحلل ونذكر المسئلة في التمتع ان شاء الله تعالى وان كان
محرما بالحج فان كان مفردا به يقيم على احرامه ولا يتحلل لان افعال الحج عليه باقية فلا يجوز له التحلل الى يوم
النحر ومن الناس من قال يجوز له ان يفتح احرام الحج بفعل العمرة وهو الطواف والسعي والتحلل منها بالحلق
أو التقصير لما روي عن جابر رضي الله عنه ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا أهلوا بالحج مفردين فقال
لهم النبي صلى الله عليه وسلم احلوا من احرامكم بطواف البيت و بين الصفا والمروة وقصروا ثم أقيموا حلالا حتى اذا
كان يوم التروية اهلوا بالحج فالجواب أن ذلك كان ثم نسخ وعن أبي ذر رضي الله عنه انه قال اشهد أن فسخ الاحرام
كان خاصا للركب الذين كانوا مع النبي صلى الله عليه وسلم وان كان قارنا فانه يطوف طوافين و يسعى سعيين عندنا
فيبدأ أولا بالطواف والسعي للعمرة فيطوف و يسعى للعمرة ثم يطوف و يسعى للحج كما وصفنا وعند الشافعي
يطوف لهما جميعا طوافا واحدا و يسعى لهما سعيا واحدا وهذا بناء على أن القارن عندنا محرم باحرامين احرام
العمرة واحرام الحج ولا يدخل احرام العمرة في احرام الحج وعنده يحرم باحرام واحد و يدخل احرام العمرة في
احرام الحج لان نفس العمرة لا تدخل في الحجة ولان الاحرام على أصله ركن لما نذكر فكان من أفعال الحج
والافعال يجوز فيها التداخل كسجدة التلاوة والحدود وغيرها ولنا ما روي عن علي وعبد الله بن مسعود
وعمران بن الحصين رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين الحج والعمرة وطاف لهما طوافين وسعى
لهما سعيين ولان القارن محرم بالعمرة ومحرم بالحجة حقيقة لان قوله لبيك بعمرة وحجة معناه لبيك بعمرة ولبيك
بحجة كقوله جاءني زيد وعمرو ان معناه جاءني زيد وجاءني عمرو واذا كان محرما بكل واحد منهما يطوف و يسعى لكل
واحد منهما طوافا على حدة وسعيا على حدة وكذا تسمية القران يدل على ما قلنا اذ القران حقيقة يكون بين
شيئين اذ هو ضم شيء الى شيء ومعنى الضم حقيقة فيما قلنا لا فيما قاله واعتبار الحقيقة أصل في الشريعة وأما الحديث
فمعناه دخل وقت العمرة في وقت الحج لان سبب ذلك انهم كانوا يعدون العمرة في وقت الحج من أفجر الفجور ثم

رخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم فقال دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة أي دخل وقت العمرة في وقت الحجة وهو أشهر الحج ويحتمل ماقلنا ويحتمل ماقاله فلا يكون حجة مع الاحتمال ولو طاف القارن طوافين متواليين وسعى سعيين متواليين أجزأه وقد أساء اما الجواز فلانه أتى بوظيفة من الطوافين والسعيين وأما الاساءة فلتركه السنة وهي تقديم أفعال الحج على أفعال العمرة ولو طاف أولا بحجته وسعى لها ثم طاف لعمرته وسعى لها فنيته لغو وطوافه الاول وسعيه يكونان للعمرة لما مران أفعال العمرة تترتب على ما أوجبه احرامه واحرامه أوجب تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج فلغت نيته واذا فرغ من أفعال العمرة لايحلق ولا يقصر لانه بقي محرما باحرام الحج وان كان متمتعا فاذا قدم مكة فانه يطوف ويسعى لعمرته ثم يحرم بالحج في أشهر الحج ويلبس الازار والرداء ويلبي بالحج لان هذا ابتداء دخوله في الحج للاحرام بالحج وله ان يحرم من جوف مكة أو من الابطح أو من أي حرم شاء وله ان يحرم يوم التروية عند الخروج الى منى وقبل يوم التروية وكلما قدم الاحرام بالحج على يوم التروية فهو أفضل عندنا وقال الشافعي الأفضل ان يحرم يوم التروية واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالاحرام يوم التروية فدل ان ذلك أفضل ولنا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من أراد الحج فليتعجل وأدنى درجات الأمر الندب ولأن التعجيل من باب المسارعة الى العبادة فكان أولى ولانه أشق على البدن لانه اذا أحرم بالحج يحتاج الى الاجتناب عن محظورات الاحرام وأفضل الاعمال أحمزها على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما الحديث فانما ندب الى الاحرام بالحج يوم التروية لركن خاص اختار لهم الايسر على الأفضل ألا ترى انه أمرهم بفسخ احرام الحج وانه لايفسخ اليوم واذا أحرم المتمتع بالحج فلا يطوف بالبيت ولا يسعى في قول أبي حنيفة ومحمد لأن طواف القدوم للحج لمن قدم مكة باحرام الحج والمتمتع انما قدم مكة باحرام العمرة لا باحرام الحج وانما يحرم للحج من مكة وطواف القدوم لايكون بدون القدوم وكذلك لا يطوف ولا يسعى أيضا لان السعي بدون الطواف غير مشروع ولان المحل الاصلي للسعي مابعد طواف الزيارة لان السعي واجب وطواف الزيارة فرض والواجب يصلح تبعا للفرض فأما طواف القدوم فسنة والواجب لايتبع السنة الا أنه رخص تقديمه على محله الاصلي عقيب طواف القدوم فصار واجبا عقيبه بطريق الرخصة واذا لم يوجد طواف القدوم يؤخر السعي الى محله الاصلي فلا يجوز قبل طواف الزيارة وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المتمتع اذا أحرم بالحج يوم التروية أو قبله فان شاء طاف وسعى قبل ان يأتي الى منى وهو أفضل وروى هشام عن محمد انه ان طاف وسعى لا بأس به ووجه ذلك ان هذا الطواف ليس بواجب بل هو سنة وقد ورد الشرع بوجوب السعي عقيبه وان كان واجبا رخصة وتيسيرا في حق المفرد بالحج والقارن فكذا المتمتع والجواب نعم انه سنة لكنه سنة القدوم للحج لمن قدم باحرام الحج والمتمتع لم يقدم مكة باحرام الحج فلا يكون سنة في حقه وعن الحسن بن زياد انه فرق بينهما قبل الزوال وبعده فقال اذا أحرم يوم التروية طاف وسعى الا أن يكون أحرم بعد الزوال ووجهه ان بعد الزوال يلزمه الخروج الى منى فلا يشتغل بغيره وقبل الزوال لا يلزمه الخروج فكان له ان يطوف ويسعى والجواب ماذكرنا واذا فرغ المفرد بالحج أو القارن من السعي يقيم على احرامه ويطوف طواف التطوع ماشيا الى يوم التروية لان الطواف خير موضوع كالصلاة فمن شاء استقل ومن شاء استكثر وطواف التطوع أفضل من صلاة التطوع للغرباء واما لاهل مكة فالصلاة أفضل لان الغرباء يفوتهم الطواف اذ لا يمكنهم الطواف في كل مكان ولا تفوتهم الصلاة لانه يمكن فعلها في كل مكان وأهل مكة لايفوتهم الطواف ولا الصلاة فعند الاجتماع الصلاة أفضل وعلى هذا الغازي الحارس في دار الحرب انه ان كان هناك من ينوب عنه في دار الحرب فصلاة التطوع أفضل له وان لم يكن فالحراسة أفضل ولا يرمل في هذا الطواف بل يمشي على هيئته ولا يسعى بعده بين الصفا والمروة غير السعي الاول ويصلي لكل أسبوع ركعتين في الوقت الذي لا يكره فيه التطوع ويكره الجمع بين أسبوعين من غير صلاة بينهما عند أبي حنيفة ومحمد سواء انصرف

عن شفع أو وتر وقال أبو يوسف لا بأس به اذا انصرف عن وتر نحو ان ينصرف عن ثلاثة أسابيع أو عن خمسة
أسابيع أو عن سبعة أسابيع واحتج بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها كانت تجمع بين الطواف ثم تصلى
بعده ثم فرق أبو يوسف بين انصرافه عن شفع أو عن وتر فقال اذا انصرف عن أسبوعين وذلك أربعة عشر أو
أربعة أسابيع وذلك ثمانية وعشرون يكره ولو انصرف عن ثلاثة أو عن خمسة لا يكره لان الاول شفع والثانى
وتر وأصل الطواف سبعة وهى وتر ولهما ان ترتيب الركعتين على الطواف كترتيب السعى عليه لان كل واحد
منهما واجب ثم لو جمع بين أسبوعين من الطواف وأخر السعى يكره فكذا اذا جمع بين أسبوعين منه وأخر الصلاة
وأما حديث عائشة رضى الله عنها فيحمل أنها فعلت ذلك لضرورة وعذر فاذا كان يوم التروية وهو اليوم
الثامن من ذى الحجة يروح مع الناس الى منى فيصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر لما روى عن
ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال جاء جبريل الى ابراهيم عليهما السلام يوم التروية فخرج به الى منى
فصلى به الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم غدا به الى عرفات وروى عن جابر رضى الله عنه أنه قال لما
كان يوم التروية توجه النبى صلى الله عليه وسلم الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح
ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس وسار الى عرفات فان دفع منها قبل طلوع الشمس جاز والاول أفضل لما
روينا فيخرج الى عرفات على السكينة والوقار فاذا انتهى اليها نزل بها حيث أحب الا فى بطن عرنة لما روى
عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفات كلها موقف الا بطن عرنة ويغتسل يوم عرفة وغسل يوم عرفة
سنة كغسل يوم الجمعة والعيدين وعند الاحرام وذكر فى الاصل ان اغتسل فحسن وهذا يشير الى
الاستحباب ثم غسل يوم عرفة لاجل يوم عرفة أو لاجل الوقوف فيجوز ان يكون على الاختلاف الذى
ذكرنا فى غسل يوم الجمعة فى كتاب الطهارة فاذا زالت الشمس صعد الامام المنبر فاذن المؤذنون والامام على المنبر
فى ظاهر الرواية فاذا فرغوا من الاذان قام الامام وخطب خطبتين وعن أبى يوسف ثلاث روايات روى عنه مثل
قول أبى حنيفة ومحمد وروى عنه انه يؤذن المؤذن والامام فى الفسطاط ثم يخرج بعد فراغ المؤذن من الاذان
فيصعد المنبر ويخطب وروى الطحاوى عنه فى باب خطب الحج أن الامام يبدأ بالخطبة قبل الاذان فاذا مضى صدر
من خطبته أذن المؤذنون ثم يتم خطبته بعد الاذان اما تقديم الخطبة على الصلاة فلان النبى صلى الله عليه وسلم
قدمها على الصلاة ولان المقصود من هذه الخطبة تعليم أحكام المناسك فلا بد من تقديمها ليعلموا ولانه لو أخرها
يتبادر القوم الى الوقوف ولا يستمعون فلا يحصل المقصود من هذه الخطبة ثم هذه الخطبة سنة وليست بفريضة
حتى لو جمع بين الظهر والعصر فصلاهما من غير خطبة أجزأه بخلاف خطبة الجمعة لانه لا تجوز الجمعة بدونها
والفرق ان هذه الخطبة لتعليم المناسك لا لجواز الجمع بين الصلاتين وفرضية خطبة الجمعة لقصر الصلاة وقيامها
مقام البعض على ما قالت عائشة رضى الله عنها انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة وقصر الصلاة ترك شطرها ولا
يجوز ترك الفرض الا لاجل الفرض فكانت الخطبة فرضا ولا قصر ههنا لان كل واحد من الفرضين يؤدى على
الكمال والتمام فلم تكن الخطبة فرضا الا انه يكون مسيئا بترك الخطبة لانه ترك السنة ولو خطب قبل الزوال
أجزأه وقد أساء اما الجواز فلان هذه الخطبة ليست من شطر الصلاة فلا يشترط لها الوقت وأما الاساءة فلتركه
السنة اذ السنة ان تكون الخطبة بعد الزوال بخلاف خطبة يوم الجمعة فانه اذا خطب قبل الزوال لا تجوز الجمعة لان
الخطبة هنالك من فرائض الجمعة ألا ترى انه قصرت الجمعة لمكانها ولا يترك بعض الفرض الا لاجل الفرض
وأما الكلام فى وقت صعود الامام على المنبر انه يصعد قبل الاذان أو بعده فوجه رواية أبى يوسف ان الصلاة التى
تؤدى فى هذا الوقت هى صلاة الظهر والعصر فيكون الاذان فيهما قبل خروج الامام كما فى سائر الصلوات وكما فى
الظهر والعصر فى غير هذا المكان والزمان وجه ظاهر الرواية ان هذه الخطبة لما كانت متقدمة على الصلاة كان
هذا الاذان للخطبة فيكون بعد صعود الامام على المنبر كخطبة الجمعة وقد خرج الجواب عما قاله أبو يوسف ان

هذه صلاة الظهر والعصر لانا نقول نعم لكن تقدم عليها الخطبة فيكون وقت الاذان بعد ما صعد الامام المنبر للخطبة كما في خطبة الجمعة فاذا فرغ المؤذنون من الاذان قام الامام وخطب خطبتين قائما يفصل بينهما بجلسة خفيفة كما يفصل في خطبة الجمعة وصفة الخطبة هي ان يحمد الله تعالى ويثنى عليه ويكبر ويهلل ويعظ الناس فيأمرهم بما أمرهم الله عز وجل وينهاهم عما نهاهم الله عنه ويعلمهم مناسك الحج لان الخطبة في الاصل وضعت لما ذكرنا من الحمد والثناء والتهليل والتكبير والوعظ والتذكير ويزاد في هذه الخطبة تعليم معالم الحج لحاجة الحجاج الى ذلك ليتعلموا الوقوف بعرفة والافاضة منها والوقوف بمزدلفة فاذا فرغ من الخطبة أقام المؤذنون فصلى الامام بهم صلاة الظهر ثم يقوم المؤذنون فيقيمون للعصر فيصلى بهم الظهر والعصر باذان واحد واقامتين ولا يشتغل الامام والقوم بالسنن والتطوع فيما بينهما لان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما بعرفة يوم عرفة باذان واحد واقامتين ولم يتنفل قبلهما ولا بعدهما مع حرصه على النوافل فان اشتغلوا فيما بينهما بتطوع أو غيره أعادوا الاذان للعصر لان الاصل ان يؤذن لكل مكتوبة وانما عرف ترك الاذان بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وانه لم يشتغل فيما بين الظهر والعصر بالتطوع ولا بغيره فبقى الامر عند الاشتغال على الاصل ويخفى الامام القراءة فيهما بخلاف الجمعة والعيدين فانه يجهر فيهما بالقراءة لان الجهر بالقراءة هنالك من الشعائر والسبيل في الشعائر اشهارها وفي الجهر زيادة اشهار فشرعت تلك الصلاة كذلك فأما الظهر والعصر فهما على حالهما لم يتغير الا انهما كظهر سائر الايام وعصر سائر الايام والحادث ليس الا اجتماع الناس واجتماعهم للوقوف لا للصلاة وانما اجتماعهم في حق الصلاة حصل اتفاقا ثم ان كان الامام مقيما من أهل مكة يتم كل واحدة من الصلاتين أربعا أربعا والقوم يتمون معه وان كانوا مسافرين لان المسافر اذا اقتدى بالمقيم في الوقت يلزمه الاتمام لانه بالاقتداء بالامام صار تابعا له في هذه الصلاة وان كان الامام مسافرا يصلى كل واحدة من الصلاتين ركعتين ركعتين فاذا سلم يقول لهم أتموا صلاتكم يا أهل مكة فانا قوم سفر ثم لجواز الجمع أعنى تقديم العصر على وقتها واداءها في وقت الظهر شرائط بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو شرطان أحدهما أن يكون اداؤها عقيب الظهر لا يجوز تقديمها عليها لانها شرعت مرتبة على الظهر فلا يسقط الترتيب الا بأسباب مسقطة ولم توجد فلا تسقط فلزم مراعاة الترتيب والثانى أن تكون مرتبة على ظهر جائزة استحسانا حتى لو صلى الامام بالناس الظهر والعصر في يوم غيم ثم استبان لهم أن الظهر وقعت قبل الزوال والعصر بعد الزوال فعليهم اعادة الظهر والعصر جميعا استحسانا والقياس أن لا يكون هذا شرطا وليس عليه الا اعادة الظهر وجه القياس الاعتبار بسائر الايام فانه اذا صلى العصر في سائر الايام على ظن أنه صلى الظهر ثم تبين أنه لم يصلها يعيد الظهر خاصة كذا ههنا والجامع أنه صلى العصر على ظن أنه ليس عليه الا اعادة الظهر فاشبه الناسى والنسيان عذر مسقط للترتيب وجه الاستحسان أن العصر مؤداة قبل وقتها حقيقة فالاصل أن لا يجوز اداء العبادة المؤقتة قبل وقتها وانما عرفنا جوازها بالنص مرتبة على ظهر جائزة فاذا لم تجز بقى الامر فيها على الاصل وأما المختلف فيه فمنها أن يكون اداء الصلاتين بالجماعة عند أبى حنيفة حتى لو صلى العصر وحده أو الظهر وحده لا تجوز العصر قبل وقتها عنده وعند أبى يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويجوز تقديمها على وقتها وجه قولهما أن جواز التقديم لصيانة الوقوف بعرفة لان اداء العصر في وقتها يحول بينه وبين الوقوف وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين الوحدان والجماعة ولابى حنيفة أن الجواز ثبت معدولا به عن الاصل لانها عبادة مؤقتة والعبادات المؤقتة لا يجوز تقديمها على أوقاتها الا أن جواز تقديم العصر على وقتها ثبت بالنص غير معقول المعنى فيراعى فيه عين ما ورد به النص والنص ورد بجواز اداء العصر كاملا مرتبا على ظهر كامل وهى المؤداة بالجماعة والمؤداة لا بجماعة لا تساويها في الفضيلة فلا يكون في معنى المنصوص عليه وقولهما ان الجواز ثبت لصيانة الوقوف ممنوع ولا يجوز أن يكون معلولا به لان الصلاة لا تنافى الوقوف لانها في نفسها وقوف والشئ لا ينافى نفسه وانما ثبت نصا غير معقول المعنى فيتبع فيه مورد النص وهو ما ذكرنا ولم يوجد ولو أدرك

ركعة من كل واحدة من الصلاتين مع الامام بأن أدرك ركعة من الظهر ثم قام الامام ودخل فى العصر فقام الرجل وقضى مافاته من الظهر فلما فرغ من الظهر دخل فى صلاة الامام فى العصر وأدرك شيأ من كل واحدة من الصلاتين مع الامام جاز له تقديم العصر بلا خلاف لانه أدرك فضيلة الجماعة فتقع العصر مرتبة على ظهر كامل ومنها أن يكون اداء الصلاتين بامام وهو الخليفة أو نائبه فى قول أبى حنيفة حتى لو صلى الظهر بجماعة لكن لا مع الامام والعصر مع الامام لم تجز العصر عنده وعندهما هذا ليس بشرط والصحيح قول أبى حنيفة لما ذكرنا أن جواز التقديم ثبت معدولا به عن الاصل مرتبا على ظهر كامل وهى المؤداة بالجماعة مع الامام أو نائبه فالمؤداة بجماعة من غير امام أو نائبه لا تكون مثلها فى الفضيلة فلا تكون فى معنى مورد النص ولو أحدث الامام بعد ما خطب فأمر رجلا بالصلاة جاز له أن يصلى بهم الصلاتين جميعا سواء شهد المأمور الخطبة أو لم يشهد بخلاف الجمعة لان الخطبة ليست هنالك من شرائط جواز الجمعة وههنا الخطبة ليست بشرط لجواز الجمع بين الصلاتين والفرق ما بينا فان لم يأمر الامام أحدا فتقدم واحد من عرض الناس وصلى بهم الصلاتين جميعا لم يجز الجمع فى قول أبى حنيفة لان الامام أو نائبه شرط عنده ولم يوجد وعندهما يجوز وان كان المتقدم رجلا من ذى سلطان كالقاضى وصاحب الشرط جاز لانه نائب الامام فان كان الامام سبقه الحدث فى الظهر فاستخلف رجلا فانه يصلى بهم الظهر والعصر لانه قائم مقام الامام فان فرغ من العصر قبل أن يرجع الامام فان الامام لا يصلى العصر الا فى وقتها لانه لما استخلف صار كواحد من المؤتمين والمؤتم اذا صلى الظهر مع الامام ولم يصل العصر معه لا يصلى العصر الا فى وقتها كذا هذا ومنها أن يكون محرما بالحج حال اداء الصلاتين جميعا حتى لو صلى الظهر بجماعة مع الامام وهو حلال من أهل مكة ثم أحرم للحج لا يجوز له أن يصلى العصر الا فى وقتها كذا ذكر فى نوادر الصلاة وروى عن أبى حنيفة فى غير رواية الاصول أنه يجوز وهو قول زفر والصحيح رواية النوادر لان العصر شرعت مرتبة على ظهر كامل وهو ظهر المحرم وظهر الحلال لا يكون مثل ظهر المحرم فى الفضيلة فلا يجوز ترتيب العصر على ظهر هى دون المنصوص عليه وعلى هذا اذا صلى الظهر بجماعة مع الامام وهو محرم لكن باحرام العمرة ثم أحرم بالحج لا يجزئه العصر الا فى وقتها وعند زفر يجوز كما فى المسئلة الاولى والصحيح قولنا لان ظهر المحرم بالعمرة لا يكون مثل ظهر المحرم بالحج فى الفضيلة فلا يكون اداء العصر فى معنى مورد النص فلا تجوز الا فى وقتها ولو نفر الناس عن الامام فصلى وحده الصلاتين أجزأه ودلت هذه المسئلة على أن الشرط فى الحقيقة هو الامام عند أبى حنيفة لا الجماعة فان الصلاتين جازتا للامام ولا جماعة فتبنى المسائل عليه اذ هو أقرب الى الصيغة ولا يلزمه على هذا ما اذا سبق الامام الحدث فى صلاة الظهر فاستخلف رجلا وذهب الامام ليتوضأ فصلى الخليفة الظهر والعصر ثم جاء الامام أنه لا يجوز له أن يصلى العصر الا فى وقتها لان عدم الجواز هنالك ليس لعدم الجماعة بل لعدم الامام لانه خرج عن ان يكون اماما فصار كواحد من المؤتمين أو يقال الجماعة شرط الجمع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لكن فى حق غير الامام لا فى حق الامام والله تعالى الموفق فان مات الامام فصلى بالناس خليفته جاز لان موت الامام لا يوجب بطلان ولاية خلفائه كولاية السلطنة والقضاء فاذا فرغ الامام من الصلاة راح الى الموقف عقيب الصلاة وراح الناس معه لان النبى صلى الله عليه وسلم راح اليه عقيب الصلاة ويرفع الايدى بسطا يستقبل كما يستقبل الداعى بيده ووجهه لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو بعرفات باسطا يديه فى نحره كاستطعام المسكين فيقف الامام والناس الى غروب الشمس يكبرون ويهللون ويحمدون الله تعالى ويثنون عليه ويصلون على النبى صلى الله عليه وسلم ويسألون الله تعالى حوائجهم ويتضرعون اليه بالدعاء لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أفضل الدعاء دعاء أهل عرفة وأفضل ماقلت وقالت الانبياء قبلى عشية يوم عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيى ويميت وهو حى لا يموت بيده الخير وهو على كل شئ قدير وعن على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان أكثر دعائى ودعاء

الانبياء قبل عشية يوم عرفة لا اله الا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شئ قدير
اللهم اجعل فى قلبي نورا وفى سمعى نورا وفى بصرى نورا اللهم اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى وأعوذبك من
وسواس الصدور وسيآت الامور وفتنة الفقر اللهم انى أعوذبك من شر مايلج فى الليل وشر ماتهب به الرياح
وليس عن أصحابنا فيه دعاء موقت لان الانسان يدعو بما شاء ولان توقيت الدعاء يذهب بالرقة لانه يجرى على
لسانه من غير قصده فيبعد عن الاجابة ويلبي فى موقفه ساعة بعد ساعة ولا يقطع التلبية وهذا قول عامة العلماء
وقال مالك اذا وقف بعرفة يقطع التلبية والصحيح قول العامة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لبى حتى
رمى جمرة العقبة وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه لبى عشية يوم عرفة فقيل له ليس هذا موضع
التلبية فقال أجهل الناس أم نسوا فوالذى بعث محمدا بالحق لقد حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما
ترك التلبية حتى رمى جمرة العقبة الا أن يخلطها أو يخلطها بتكبير وتهليل ولان التلبية ذكر يؤتى به فى ابتداء هذه
العبادة وتكرر فى اثنائها فاشبه التكبير فى باب الصلاة وكان ينبغى أن يؤتى به الى آخر أركان هذه العبادة كالتكبير الا
أنا تركنا القياس فيما بعد رمى جمرة العقبة أو مايقوم مقام الرمى فى القطع بالاجماع فبقى الامر فيما قبل ذلك على أصل
القياس وسواء كان مفردا بالحج أو قارنا أو متمتعا بخلاف المفرد بالعمرة أنه يقطع التلبية اذا استلم الحجر حين
يأخذ فى طواف العمرة لان الطواف ركن فى العمرة فاشبه طواف الزيارة فى الحج وهناك يقطع التلبية قبل الطواف
كذا ههنا والافضل أن يكون فى الموقف مستقبل القبلة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال خير المجالس
مااستقبل به القبلة وروى عن جابر رضى الله عنه أنه قال ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقف
فاستقبل به القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس فان انحرف قليلا لم يضره لان الوقوف ليس بصلاة وكذا لو وقف
وهو محدث أو جنب لم يضره لما مر أن الوقوف عبادة لا يتعلق بالبيت فلا يشترط له الطهارة كرمى الجمار والافضل
للامام أن يقف على راحلته لان النبى صلى الله عليه وسلم وقف راكبا وكلما قرب فى وقوفه من الامام فهو أفضل
لان الامام يعلم الناس ويدعو فكلما كان أقرب كان أمكن من السماع وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة فانه
يكره الوقوف فيه لما ذكرنا فى بيان مكان الوقوف فيقف الى غروب الشمس فاذا غربت الشمس دفع الامام والناس
معه ولا يدفع أحد قبل غروب الشمس لا الامام ولا غيره لما مر أن الوقوف الى غروب الشمس واجب وروى عن
النبى صلى الله عليه وسلم أنه خطب عشية عرفة فقال أما بعد فان هذا يوم الحج الاكبر وان الجاهلية كانت تدفع
من ههنا والشمس على رؤس الجبال مثل العمائم على رؤس الرجال فخالفوهم وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالدفع
منه بعد الغروب فان خاف بعض القوم الزحام أو كانت به علة فيقدم قبل الامام قليلا ولم يجاوز حد عرفة فلا بأس به
لانه اذا لم يجاوز حد عرفة فهو فى مكان الوقوف وقد دفع الضرر عن نفسه وان ثبت على مكانه حتى يدفع الامام فهو
أفضل لقوله تعالى ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس وينبغى للناس أن يدفعوا وعليهم السكينة والوقار حتى يأتوا
مزدلفة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أفاض من عرفة وعليه السكينة حتى روى أنه كان يكبح ناقته وروى
أنه لما دفع من عرفات فقال أيها الناس ان البر ليس فى ايجاف الخيل ولا فى ايضاع الابل بل على هينتكم ولان هذا
مشى الى الصلاة لانهم يأتون مزدلفة ليصلوا بها المغرب والعشاء وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم اذا أتيتم الصلاة
فأتوها وأنتم تمشون ولا تأتوها وأنتم تسعون وعليكم السكينة والوقار فان أبطأ الامام بالدفع وتبين للناس الليل
دفعوا قبل الامام لانه اذا تبين الليل فقد جاء أوان الدفع والامام بالتأخير ترك السنة فلا ينبغى لهم أن يتركوها واذا أتى
مزدلفة ينزل حيث شاء عن يمين الطريق أو عن يساره ولا ينزل على قارعة الطريق ولا فى وادى محسر لقول النبى
صلى الله عليه وسلم مزدلفة كلها موقف الا وادى محسر وانما لا ينزل على الطريق لانه يمنع الناس عن الجواز
فيتأذون به فاذا دخل وقت العشاء يؤذن المؤذن ويقيم فيصلى الامام بهم صلاة المغرب فى وقت صلاة العشاء ثم يصلى
بهم صلاة العشاء بأذان واحد واقامة واحدة فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر بأذان واحد واقامتين وقال الشافعى

بأذانين واقامة واحدة احتج زفر بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بمزدلفة باقامتين ولان هذا أحد نوعي الجمع فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجمع بعرفة والجمع هناك بأذان واحد واقامتين كذا ههنا ولنا ما روى عن عبد الله بن عمر وخزيمة بن ثابت رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بمزدلفة بأذان واحد واقامة واحدة وعن أبي أيوب الانصاري رضى الله عنه أنه قال صليتهما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بأذان واحد واقامة واحدة وما احتج به زفر محمول على الاذان والاقامة فيسمى الاذان اقامة كما يقال سنة العمرين ويراد به سنة أبي بكر وعمر رضى الله عنهما وقال صلى الله عليه وسلم بين كل أذانين صلاة لمن شاء الا المغرب وأراد به الاذان والاقامة كذا ههنا والقياس على الجمع الآخر غير سديد لان هناك الصلاة الثانية وهى العصر تؤدى في غير وقتها فتقع الحاجة الى اقامة أخرى للاعلام بالشروع فيها والصلاة الثانية ههنا وهى العشاء تؤدى في وقتها فيستغنى عن تجديد الاعلام كالوتر مع العشاء ولا يتشاغل بينهما بتطوع ولا بغيره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتشاغل بينهما بتطوع ولا بغيره فان تطوع بينهما أو تشاغل بشئ أعاد الاقامة للعشاء لانها انقطعت عن الاعلام الاول فاحتاجت الى اعلام آخر فان صلى المغرب وحده والعشاء وحده أجزأه بخلاف الظهر والعصر بعرفة على قول أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بجماعة عنده والفرق له أن المغرب تؤدى فيما هو وقتها في الجملة ان لم يكن وقت ادائها فكان الجمع ههنا تأخير المغرب عن وقت ادائها فيجوز فعلها وحده كما لو تأخرت عنه بسبب آخر فقضاه في وقت العشاء وحده والعصر هناك تؤدى فيما ليس وقتها أصلا ورأسا فلا يجوز اذ لا جواز للصلاة قبل وقتها وانما عرفنا جوازها بالشرع وانما ورد الشرع بها بجماعة فيتبع مورد الشرع والأفضل أن يصليهما مع الامام بجماعة لان الصلاة بجماعة أفضل ولو صلى المغرب بعد غروب الشمس قبل أن يأتى مزدلفة فان كان يمكنه أن يأتى مزدلفة قبل طلوع الفجر لم تجزه صلاته وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وقال أبو يوسف تجزئه وقد أساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها وجه قوله أنه أدى المغرب والعشاء في وقتهما لانه ثبت كون هذا الوقت وقتا لهما بالكتاب العزيز والسنن المشهورة المطلقة عن المكان على ما ذكرنا في كتاب الصلاة فيجوز كما لو أداها في غير ليلة المزدلفة الا أن التأخير سنة وترك السنة لا يسلب الجواز بل يوجب الاساءة ولهما ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دفع من عرفات وكان اسامة بن زيد رضى الله عنه رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فلما بلغ الشعب الأيسر الذى دون المزدلفة اناخ فبال ثم جاء فصببت عليه الوضوء فتوضأ وضوأ خفيفا فقلت الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال المصلى امامك فجاء مزدلفة فتوضأ فاسبغ الوضوء فدل الحديث على اختصاص جوازها في حال الاختيار والامكان بزمان ومكان وهو وقت العشاء بمزدلفة ولم يوجد فلا يجوز ويؤمر بالاعادة في وقتها ومكانها ما دام الوقت قائما فان لم يعد حتى طلع الفجر أعاد الى الجواز عندهما أيضا الا ان الكتاب الكريم والسنن المشهورة تقتضى الجواز لانها تقتضى كون الوقت وقتا لها وانها مطلقة عن المكان وحديث اسامة رضى الله عنه يقتضى عدم الجواز وانه من أخبار الآحاد ولا يجوز العمل بخبر الواحد على وجه يتضمن بطلان العمل بالكتاب والسنن المشهورة فيجمع بينهما فيعمل بخبر الواحد فيما قبل طلوع الفجر ويؤمر بالاعادة ويعمل بالكتاب العزيز والسنن المشهورة فيما بعد طلوعه فلا نأمره بالاعادة عملا بالدلائل بقدر الامكان هذا اذا كان يمكنه أن يأتى مزدلفة قبل طلوع الفجر فأما اذا خشى أن يطلع الفجر قبل أن يصل الى مزدلفة لاجل ضيق الوقت بان كان في آخر الليل بحيث يطلع الفجر قبل أن يأتى مزدلفة فانه يجوز بلا خلاف هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة لان بطلوع الفجر يفوت وقت الجمع فكان في تقديم الصلاة صيانتها عن الفوات فان كان لا يخشى الفوات لاجل ضيق الوقت ولكنه ضل عن الطريق لا يصلى بل يؤخر الى أن يخاف طلوع الفجر لو لم يصل فعند ذلك يصلى لما ذكرنا والله الموفق ويبيت ليلة المزدلفة بمزدلفة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم بات بها فان مر بها مارا بعد طلوع الفجر من غير أن يبيت بها فلا شئ عليه ويكون مسيأ وانما لا يلزمه شئ لانه

أتى بالركن وهو كينونته بمزدلفة بعد طلوع الفجر لكنه يكون مسيئا لتركه السنة وهى البيتوتة بها فاذا طلع الفجر صلى الامام بهم صلاة الفجر بغلس لما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة لغير ميقاتها الا صلاة العصر بعرفة وصلاة المغرب بجمع وصلاة الفجر يومئذ فانه صلاها قبل وقتها بغلس أى صلاها قبل وقتها المستحب بغلس ولان الفائت بالتغليس فضيلة الاسفار وانها يمكن الاستدراك فى كل يوم فاما فضيلة الوقوف فلا تستدرك فى غير ذلك اليوم فاذا صلى الامام بهم وقف بالناس ووقفوا وراءه أو معه والافضل أن يكون موقفهم على الجبل الذى يقال له قزح وهو تأويل ابن عباس للمشعر الحرام أنه الجبل وما حوله وعند عامة أهل التأويل المشعر الحرام هو مزدلفة فيقفون الى أن يسفر جدا يدعون الله تعالى ويكبرون ويهللون ويحمدون الله تعالى ويثنون عليه ويصلون على النبى صلى الله عليه وسلم ويسألون حوائجهم ثم يدفع منها الى منى قبل طلوع الشمس لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الجاهلية كانت تنفر من هذا المقام والشمس على رؤس الجبال فخالفوهم فافاض قبل طلوع الشمس وقد كانت الجاهلية تقول بمزدلفة أشرق ثبير كيما نغير وهو جبل عال تطلع عليه الشمس قبل كل موضع فخالفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فدفع قبل طلوع الشمس وان دفع بعد طلوع الشمس قبل ان يصلى الناس الفجر فقد أساء ولا شئ عليه أما الاساءة فلان السنة ان يصلى الفجر ويقف ثم يفيض فاذا لم يفعل فقد ترك السنة فيكون مسيئا واما عدم لزوم شئ فلانه وجد منه الركن وهو الوقوف ولو ساعة واذا أفاض من جمع دفع على هيئته لان النبى صلى الله عليه وسلم كذا فعل ويأخذ حصى الجمار من مزدلفة أو من الطريق لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ابن عباس رضى الله عنهما ان يأخذ الحصى من مزدلفة وعليه فعل المسلمين وهو أحد نوعى الاجماع وان رمى بحصاة أخذها من الجمرة أجزأه وقد أساء وقال مالك لا تجزئه لانها حصى مستعملة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ارم ولا حرج مطلقا وتعليل مالك لا يستقيم على أصله لأن الماء المستعمل عنده طاهر وطهور حتى يجوز الوضوء به فالحجارة المستعملة أولى وانما كره ذلك عندنا لما روى انه سئل ابن عباس فقيل له ان من عهد ابراهيم الى يومنا هذا فى الجاهلية والاسلام يرمى الناس وليس ههنا الا هذا القدر فقال كل حصاة تقبل فانما ترفع ومالا يقبل فانه يبقى ومثل هذا لا يعرف الا سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكره ان يرمى بحصاة لم تقبل فيأتى منى فيرمى جمرة العقبة سبع حصيات لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أتى منى لم يعرج على شئ حتى رمى جمرة العقبة سبع حصيات ويقطع التلبية مع أول حصاة يرمى بها جمرة العقبة لما روى أسامة بن زيد والفضل ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها جمرة العقبة وكان اسامة رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفات الى مزدلفة والفضل كان رديفه من مزدلفة الى منى وروى ان ابن عباس سئل عن ذلك فقال أخبرنى أخى الفضل ان النبى صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وسواء كان فى الحج الصحيح أو فى الحج الفاسد انه يقطع التلبية مع أول حصاة يرمى بها جمرة العقبة لان أعمالها لا تختلف فلا يختلف وقت قطع التلبية وسواء كان مفردا بالحج أو قارنا أو متمتعا لان القارن والمتمتع كل واحد منهما محرم بالحج فكان كالمفرد به ولا يقطع القارن التلبية اذا أخذ فى طواف العمرة لانه محرم باحرام الحج وانما يقطع عند ما يقطع المفرد بالحجة لانه بعد اتيانه بالعمرة كالمفرد بالحج فاما المحرم بالعمرة المفردة فانه يقطع التلبية اذا استلم الحجر وأخذ فى طواف العمرة والفرق بين المحرم بالحج وبين المحرم بالعمرة المفردة ذكرناه فيما تقدم وقال مالك فى المفرد بالعمرة يقطع التلبية اذا رأى البيت وهذا غير سديد لان قطع التلبية يتعلق بفعل هو نسك كالرمى فى حق المحرم بالحج ورؤية البيت ليس بنسك فلا يقطع عندنا فاما استلام الحجر فنسك كالرمى فيقطع عنده لا عند الرؤية قال محمد ان فاتت الحج اذا تحلل بالعمرة يقطع التلبية حين يأخذ فى الطواف كذا هذا والقارن اذا فاته الحج يقطع التلبية فى الطواف والثانى الذى يتحلل به من حجته لان العمرة

مافاتته اذليس لها وقت معين فيأتى بها فيطوف ويسعى كما كان يفعل لو لم يفته الحج وانما فاته الحج فيفعل ما يفعله فائت الحج وهو ان يتحلل بافعال العمرة وهى الطواف والسعى كالمقيم فيقطع التلبية اذا أخذ فى طواف الحج والمحصر يقطع التلبية اذا ذبح عنه هديه لانه اذا ذبح هديه فقد تحلل ولا تلبية بعد التحلل فان حلق الحاج قبل ان يرمى جمرة العقبة يقطع التلبية لانه بالحلق تحلل من الاحرام لما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لمن حلق قبل الرمى ارم ولا حرج فثبت أن التحلل من الاحرام يحصل بالحلق قبل الرمى ولا تلبية بعد التحلل فان زار البيت قبل ان يرمى ويحلق ويذبح قطع التلبية فى قول أبى حنيفة وروى عن أبى يوسف انه يلبى ما لم يحلق أو تزول الشمس من يوم النحر وعن محمد ثلاث روايات فى رواية مثل قول أبى حنيفة وروى هشام عنه وروى ابن سماعة عنه أن من لم يرم قطع التلبية اذا غربت الشمس من يوم النحر وروى هشام عنه رواية أخرى انه يقطع التلبية اذا مضت أيام النحر فظاهر روايته مع أبى حنيفة وجه قول أبى يوسف انه وان طاف فاحرامه قائم لم يتحلل بهذا الطواف اذا لم يحلق بدليل انه لا يباح له الطيب واللبس فالتحق الطواف بالعدم وصار كانه لم يطف فلا يقطع التلبية الا اذا زالت الشمس لان من أصله ان هذا الرمى مؤقت بالزوال فاذا زالت الشمس يفوت وقته ويفعل بعده قضاء فصار فواته عن وقته بمنزلة فعله فى وقته وعند فعله فى وقته يقطع التلبية كذا عند فواته عن وقته بخلاف ما اذا حلق قبل الرمى لانه تحلل بالحلق وخرج عن احرامه حتى يباح له الطيب واللبس لذلك افترقا ولهما أن الطواف وان كان قبل الرمى والحلق والذبح فقد وقع التحلل به فى حق النساء بدليل انه لو جامع بعده لا يلزمه بدنة فكان التحلل بالطواف كالتحلل بالحلق فيقطع التلبية به كما يقطع بالحلق وقد خرج الجواب عن قوله ان احرامه قائم بعد الطواف لانا نقول نعم لكن فى حق الطيب واللبس لا فى حق النساء فلم يكن قائما مطلقا والتلبية لم تشرع الا فى الاحرام المطلق ولو ذبح قبل الرمى يقطع التلبية فى قول أبى حنيفة اذا كان قارنا أو متمتعا وهو احدى الروايتين عن محمد وان كان مفردا بالحج لا يقطع لان الذبح من القارن والمتمتع محلل كالحلق ولا تلبية بعد التحلل فاما المفرد فتحلله لا يقف على ذبحه الا ترى انه ليس بواجب عليه فلا يقطع عنده التلبية وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقطع التلبية والتحلل لا يقع بالذبح على هذه الرواية عنده وانما يقع بالرمى أو بالحلق ويرمى سبع حصيات مثل حصى الخزف لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عباس رضى الله عنهما ائتنى بسبع حصيات مثل حصى الخزف فأتاه بهن فجعل يقلبهن بيده ويقول مثلهن مثلهن لا تغلوا فانما أهلك من كان قبلكم بالغلو فى الدين وقد قالوا لا يزيد على ذلك لما روى عن معاذ رضى الله عنه انه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى وعلمنا المناسك وقال ارموا بسبع حصيات مثل حصى الخزف ووضع احدى سبابتيه على الاخرى كانه يخذف ولانه لو كان أكبر من ذلك فلا يؤمن ان يصيب غيره لازدحام الناس فيتأذى به ويرمى من بطن الوادى ويكبر مع كل حصاة يرميها لما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه رمى جمرة العقبة بسبع حصيات من بطن الوادى يكبر مع كل حصاة يرميها فقيل له ان ناسا يرمون من فوقها فقال عبد الله رضى الله عنه هذا والذى لا اله غيره مقام الذى أنزلت عليه سورة البقرة وكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يرمى جمرة العقبة بسبع حصيات يتبع كل حصاة بتكبيرة ويقول ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وعن ابنه سالم بن عبد الله انه استبطن الوادى فرمى الجمرة سبع حصيات يكبر مع كل حصاة الله أكبر الله أكبر اللهم اجعله حجا مبرورا وذنبا مغفورا وعملا مشكورا وقال حدثنى أبى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرمى جمرة العقبة من هذا المكان ويقول كلما رمى بحصاة مثل ما قلت وان رمى من فوق العقبة أجزأه لكن السنة ما ذكرنا وكذا لو جعل بدل التكبير تسبيحا أو تهليلا جاز ولا يكون مسيأ وقد قالوا اذا رمى للعقبة يجعل الكعبة عن يساره ومنى عن يمينه ويقوم فيها حيث يرى موقع حصاه لما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه لما انتهى الى الجمرة الكبرى جعل الكعبة عن يساره ومنى عن يمينه وبأى شئ رمى أجزأه حجرا كان أو طينا أو غيرهما مما هو من جنس الارض وهذا عندنا

وقال الشافعي لا يجوز الا بالحجر وجه قوله ان هذا أمر عرف بالتوقيف والتوقيف ورد بالحصى والحصى هي الاحجار الصغار ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ارم ولا حرج وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من رمى وذبح وحلق فقد حل له كل شيء الا النساء مطلقا عن صفة الرمي والرمي بالحصى من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم محمول على الافضلية لا الجواز توفيقا بين الدلائل لما صح من مذهب أصحابنا أن المطلق لا يحمل على المقيد بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده ما أمكن وههنا أمكن بأن يحمل المطلق على أصل الجواز والمقيد على الافضلية ولا يقف عند هذه الجمرة للدعاء بل ينصرف الى رحله والاصل أن كل رمي ليس بعده رمي في ذلك اليوم لا يقف عنده وكل رمي بعده رمي في ذلك اليوم يقف عنده لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عند جمرة العقبة ووقف عند الجمرتين ثم الرمي ماشيا أفضل أو راكبا فقد روى عن أبي يوسف انه فصل في ذلك تفصيلا فانه حكى ان ابراهيم بن الجراح دخل على أبي يوسف وهو مريض في المرض الذي مات فيه فسأله أبو يوسف فقال أيهما أفضل الرمي ماشيا أو راكبا فقال ماشيا فقال أخطأت ثم قال راكبا فقال أخطأت وقال كل رمي بعده رمي فالماشي أفضل وكل رمي لا رمي بعده فالراكب أفضل قال فخرجت من عنده فسمعت الناعي بموته قبل ان أبلغ الباب ذكرنا هذه الحكاية ليعلم انه بلغ حرصه في التعليم حتى لم يسكت عنه في رمقه فيقتدى به في التحريض على التعليم وهذا لما ذكرنا ان كل رمي بعده رمي فالسنة فيه هو الوقوف للدعاء والماشي أمكن للوقوف والدعاء وكل رمي لا رمي بعده فالسنة فيه هو الانصراف لا الوقوف والراكب أمكن من الانصراف فان قيل أليس انه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رمى راكبا وقال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم لا أدري لعلي لا أحج بعد عامي هذا فالجواب ان ذلك محمول على رمي لا رمي بعده أو على التعليم ليراه الناس فيتعلموا منه مناسك الحج فان رمى احدى الجمار بسبع حصيات جميعا دفعة واحدة فهي عن واحدة ويرمي ستة أخرى لان التوقيف ورد بتفريق الرميات فوجب اعتباره وهذا بخلاف الاستنجاء انه اذا استنجى بحجر واحد وانقاه كفاه ولا يراعى فيه العدد عندنا لان وجوب الاستنجاء ثبت معقولا بمعنى التطهير فاذا حصلت الطهارة بواحد اكتفى به فاما الرمي فانما وجب تعبدا محضا فيراعى فيه مورد التعبد وانه ورد بالتفريق فيقتصر عليه فان رمى أكثر من سبع حصيات لم تضره الزيادة لانه أتى بالواجب وزيادة والسنة ان يرمي بعد طلوع الشمس من يوم النحر قبل الزوال لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر ضحى ورمى بعد ذلك بعد الزوال ولو رمى قبل طلوع الشمس بعد انفجار الصبح أجزأه خلافا لسفيان والمسئلة ذكرناها فيما تقدم ولا يرمي يومئذ غيرها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر الا جمرة العقبة فاذا فرغ من هذا الرمي لا يقف وينصرف الى رحله فان كان منفردا بالحج يحلق أو يقصر والحلق أفضل لما ذكرنا فيما تقدم ولا ذبح عليه وان كان قارنا أو متمتعا يجب عليه ان يذبح ويحلق ويقدم الذبح على الحلق لقوله تعالى ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم رتب قضاء التفث وهو الحلق على الذبح وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه رمى ثم ذبح ثم دعا بالحلاق فان حلق قبل الذبح من غير احصار فعليه لحلقه قبل الذبح دم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة من أهل العلم انه لا شيء عليه وأجمعوا على أن المحصر اذا حلق قبل الذبح أنه تجب عليه الفدية احتج من خالفه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن رجل حلق قبل ان يذبح فقال اذبح ولا حرج ولو كان الترتيب واجبا لكان في تركه حرج ولابي حنيفة الاستدلال بالمحصر اذا حلق قبل الذبح لاذى في رأسه انه تلزمه الفدية بالنص فالذي يحلق رأسه بغير أذى به أولى ولهذا قال أبو حنيفة بزيادة التغليظ في حق من حلق رأسه قبل الذبح بغير أذى حيث قال لا يجزئه غير الدم وصاحب الاذى مخير بين الدم والطعام والصيام كما خيره

الله تعالى وهذا هو المعقول لان الضرورة سبب لتخفيف الحكم وتيسيره فالمعقول ان يجب في حال الاختيار
بذلك السبب زيادة غلظ لم يكن في حال العذر فاما ان يسقط من الاصل في غير حالة العذر ويجب في حالة العذر
فممتنع ولا حجة لهم في الحديث لان قوله لا حرج المراد منه الاثم لا الكفارة وليس من ضرورة انتفاء الاثم انتفاء
الكفارة ألا ترى ان الكفارة تجب على من حلق رأسه لاذى به ولا اثم عليه وكذا يجب على الخاطئ فاذا حلق
الحاج أو قصر حل له كل شئ حظر عليه الاحرام الا النساء عند عامة العلماء لما ذكرنا فيما تقدم ثم يزور البيت
من يومه ذلك أو من الغد أو بعد الغد ولا يؤخرها عنها وأفضلها أولها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف
في أول أيام النحر فيطوف أسبوعا لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا طاف وعليه عمل المسلمين ولا يرمل في هذا
الطواف لانه لا سعي عقيبه لانه قد طاف طواف اللقاء وسعى عقيبه حتى لو لم يكن طاف طواف اللقاء ولا سعى
فانه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بين الصفا والمروة عقيب طواف الزيارة ولو أخره عن أيام النحر فعليه دم في
قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا شئ عليه والمسئلة قد مضت فاذا طاف طواف الزيارة كله أو أكثره
حل له النساء أيضا لانه قد خرج من العبادة وما بقي عليه شئ من أركانها والاصل ان في الحج احلالين الاحلال
الاول بالحلق أو بالتقصير ويحل به كل شئ الا النساء والاحلال الثاني بطواف الزيارة ويحل به النساء أيضا ثم يرجع
الى منى ولا يبيت بمكة ولا في الطريق هو السنة لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا فعل ويكره ان يبيت في غير منى
في أيام منى فان فعل لا شئ عليه ويكون مسيأ لان البيتوتة بها ليست بواجبة بل هي سنة وعند الشافعي يجب
عليه الدم لانها واجبة عنده واحتج بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله على الوجوب في الاصل ولنا ما روى ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص للعباس ان يبيت بمكة للسقاية ولو كان ذلك واجبا لم يكن العباس يترك الواجب
لاجل السقاية ولا كان النبي صلى الله عليه وسلم يرخص له في ذلك وفعل النبي صلى الله عليه وسلم محمول على السنة
توفيقا بين الدليلين واذا بات بمنى فاذا كان من الغد وهو اليوم الاول من أيام التشريق والثاني من أيام الرمي فانه
يرمي الجمار الثلاث بعد الزوال في ثلاث مواضع أحدها المسمى بالجمرة الاولى وهي التي تلي مسجد الخيف وهو
مسجد ابراهيم عليه الصلاة والسلام فيرمي عندها بسبع حصيات مثل حصى الخزف يكبر مع كل حصاة فاذا فرغ
منها يقف عندها فيكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويسأل الله تعالى
حوائجه ثم يأتي الجمرة الوسطى فيفعل بها مثل ما فعل بالاولى ويرفع يديه عند الجمرتين بسطا ثم يأتي جمرة العقبة
فيفعل مثل ما فعل بالجمرتين الاولتين الا انه لا يقف للدعاء بعد هذه الجمرة بل ينصرف الى رحله لما روى أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رمى الجمار الثلاث في أيام التشريق وابتدأ بالتي تلي مسجد الخيف ووقف عند الجمرتين ولم يقف
عند الثالثة وأما رفع اليدين فلقول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
وعند المقامين عند الجمرتين فاذا كان اليوم الثاني من أيام التشريق وهو اليوم الثالث من أيام الرمي رمى الجمار
الثلاث بعد الزوال ففعل مثل ما فعل أمس فاذا رمى فان أراد ان ينفر من منى ويدخل مكة نفر قبل غروب الشمس
ولا شئ عليه لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه وان أقام ولم ينفر حتى غربت الشمس يكره له أن ينفر
حتى تطلع الشمس من اليوم الثالث من أيام التشريق وهو اليوم الرابع من أيام الرمي ويرمي الجمار الثلاث ولو
نفر قبل طلوع الفجر لا شئ عليه وقد أساء اما الجواز فلانه نفر في وقت لم يجب فيه الرمي بعد بدليل انه لو رمى
فيه عن اليوم الرابع لم يجز فجاز فيه النفر كما لو رمى الجمار في الايام كلها ثم نفر وأما الاساءة فلانه ترك السنة فاذا طلع
الفجر من اليوم الثالث من أيام التشريق يرمي الجمار الثلاث ثم ينفر فان نفر قبل الرمي فعليه دم لانه ترك الواجب
واذا أراد ان ينفر في النفر الاول أو في النفر الثاني فانه يحمل ثقله معه ويكره تقديمه لما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال المرء من حيث رحله وروى المرء من حيث أهله ولانه لو فعل ذلك يشتغل قلبه بذلك ولا يخلو من
ضرر وقد روى عن عمر رضي الله عنه انه كان يضرب على ذلك وحكي عن ابراهيم النخعي ان عمر رضي الله عنه

انما كان يضرب على تقديم الثقل مخافة السرقة ثم يأتى الابطح ويسمى المحصب وهو موضع بين منى وبين مكة فينزل به ساعة فانه سنة عندنا لما روى عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم نزلوا بالابطح ثم يدخل مكة فيطوف طواف الصدر توديعا للبيت ولهذا يسمى طواف الوداع وانه واجب على أهل الآفاق عندنا لما ذكرنا فيما تقدم فيطوف سبعة أشواط لا رمل فيها لانه طواف لا سعى بعده ويصلى ركعتين ثم يرجع الى أهله لانه لم يبق عليه شئ من الاركان والواجبات كذا ذكر فى الاصل وذكر الطحاوى فى مختصره عن أبى حنيفة انه اذا فرغ من طواف الصدر يأتى المقام فيصلى عنده ركعتين ثم يأتى زمزم فيشرب من مائها ويصب على وجهه ورأسه ثم يأتى الملتزم وهو ما بين الحجر الاسود والباب فيضع صدره وجبهته عليه ويتشبث باستار الكعبة ويدعو ثم يرجع وذكر فى العيون كذلك الا انه قال فى آخره ويستلم الحجر ويكبر ثم يرجع وروى عن أبى حنيفة انه قال ان دخل البيت فحسن وان لم يدخل لم يضره ويقول عند رجوعه آيبون تائبون عابدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط أركانه فمنها الاسلام فانه كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز الاداء لان الحج عبادة والكافر ليس من أهل أداء العبادة ومنها العقل فلا يجوز أداء الحج من المجنون والصبى الذى لا يعقل كما لا يجب عليهما فاما البلوغ والحرية فليسا من شرائط الجواز فيجوز حج الصبى العاقل باذن وليه والعبد الكبير باذن مولاه لكنه لا يقع عن حجة الاسلام لعدم الوجوب ومنها الاحرام عندنا والكلام فى الاحرام يقع فى مواضع فى بيان انه شرط وفى بيان ما يصير به محرما وفى بيان زمان الاحرام وفى بيان مكانه وفى بيان ما يحرم به وفى بيان حكم المحرم اذا منع عن المضى فى موجب الاحرام وفى بيان ما يحظره الاحرام وما لا يحظره وفى بيان ما يجب بفعل المحظور منه اما الاول فالاحرام شرط جواز أداء أفعال الحج عندنا وعند الشافعى ركن وعنى به أنه جزء من أفعال الحج وهو على الاختلاف فى تحريمة الصلاة ويتضمن الكلام فى هذا الفصل بيان زمان الاحرام انه جميع السنة عندنا وعنده أشهر الحج حتى يجوز الاحرام قبل أشهر الحج عندنا لكنه يكره وعنده لا يجوز رأسا وينعقد احرامه للعمرة لا للحجة عنده وعندنا ينعقد للحجة ووجه البناء على هذا الاصل ان الاحرام لما كان شرطا لجواز أداء افعال الحج عندنا جاز وجوده قبل هجوم وقت أداء الافعال كما تجوز الطهارة قبل دخول وقت الصلاة ولما كان ركنا عنده لم يجز سابقا على وقته لان أداء أفعال العبادة المؤقتة قبل وقتها لا يجوز كالصلاة وغيرها فنتكلم فى المسئلة بناء وابتداء اما البناء فوجه قول الشافعى ان الذى أحرم بالحج يؤمر باتمامه وكذا المحرم للصلاة يؤمر باتمامها لا بالابتداء فلو لم يكن الاحرام من أفعال الحج لا مر بالابتداء لا بالاتمام فدل انه ركن فى نفسه وشرط لجواز أداء ما بقى من الافعال ولنا ان ركن الشئ ما يأخذ الاسم منه ثم قد يكون بمعنى واحد كالامساك فى باب الصوم وقد يكون معانى مختلفة كالقيام والقراءة والركوع والسجود فى باب الصلاة والايجاب والقبول فى باب البيع ونحو ذلك وشرطه ما يأخذ الاعتبار منه كالطهارة للصلاة والشهادة فى النكاح وغير ذلك والحج يأخذ الاسم من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة لا من الاحرام قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وحج البيت هو زيارة البيت وقال النبى صلى الله عليه وسلم الحج عرفة أى الوقوف بعرفة ولم يطلق اسم الحج على الاحرام وانما به اعتبار الركنين فكان شرطا لا ركنا ولهذا جعله الشافعى شرطا لاداء ما بقى من الافعال واما قوله انه يؤمر بالاتمام بعد الاحرام ممنوع بل لا يؤمر به ما لم يؤد بعد الاحرام شيأ من أفعال الحج واما الابتداء فالشافعى احتج بقوله تعالى الحج أشهر معلومات أى وقت الحج أشهر معلومات اذ الحج نفسه لا يكون أشهرا لانه فعل والاشهر أزمنة فقد عين الله أشهرا معلومة وقتا للحج والحج فى عرف الشرع اسم لجملة من الافعال مع شرائطها منها الاحرام فلا يجوز تقديمه على وقته ولنا قوله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج ظاهر الآية يقتضى ان تكون الأشهر كلها وقتا للحج فيقتضى جواز الاحرام باداء أفعال الحج فى الاوقات

كلها الا انا عرفنا تعيين هذه الاشهر لاداء الافعال بدليل آخر وهو قوله الحج أشهر معلومات فيعمل بالنصين فيعمل ماتلونا على الاحرام الذى هو شرط و يحمل ماتلوتم على نفس الاعمال عملا بالنص بالقدر الممكن ولان الحج يختص بالمكان والزمان ثم يجوز الاحرام من غير مكان الحج بالاجماع فيجوز فى غير زمان الحج الا انه يكره لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال من سنة الحج ان لا يحرم بالحج الا فى أشهر الحج ومخالفة السنة مكروهة ثم اختلفوا فى أن الكراهة لاجل الوقت أم لغيره منهم من قال الكراهة ليست لاجل الوقت بل لمخافة الوقوع فى محظورات الاحرام حتى ان من أمن ذلك لا يكره له ومنهم من قال ان الكراهة لنفس الوقت فان ابن سماعة روى عن محمد انه قال أكره الاحرام قبل الاشهر و يجوز احرامه وهو لا بس أو جالس فى خلوق أو طيب وهذا الاطلاق يدل على أن الكراهة لنفس الوقت والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ واما بيان ما يصير به محرما فنقول و بالله التوفيق لا خلاف فى انه اذا نوى وقرن النية بقول وفعل هو من خصائص الاحرام أو دلائله انه يصير محرما بان لبى ناو يا به الحج ان أراد به الافراد بالحج أو العمرة ان أراد الافراد بالعمرة أو العمرة والحج ان أراد القران لان التلبية من خصائص الاحرام وسواء تكلم بلسانه مانوى بقلبه أولا لان النية عمل القلب لا عمل اللسان لكن يستحب أن يقول بلسانه مانوى بقلبه فيقول اللهم انى أريد كذا فيسره لى وتقبله منى لما ذكرنا فى بيان سنن الحج وذكرنا التلبية المسنونة ولو ذكر مكان التلبية التهليل أو التسبيح أو التحميد أو غير ذلك مما يقصد به تعظيم الله تعالى مقرونا بالنية يصير محرما وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد فى باب الصلاة أنه يصير شارعا فى الصلاة بكل ذكر هو ثناء خالص لله تعالى يراد به تعظيمه لا غير وهو ظاهر الرواية عن أبى يوسف ههنا وفرق بين الحج والصلاة وروى عنه أنه لا يصير محرما الا بلفظ التلبية كما لا يصير شارعا فى الصلاة الا بلفظ التكبير فابو حنيفة ومحمد مرا على أصلهما أن الذكر الموضوع لافتتاح الصلاة لا يختص بلفظ دون لفظ ففى باب الحج أولى ووجه الفرق لابى يوسف على ظاهر الرواية عنه أن باب الحج أوسع من باب الصلاة فان أفعال الصلاة لا يقوم بعضها مقام بعض و بعض الافعال يقوم مقام البعض كالهدى فانه يقوم مقام كثير من أفعال الحج فى حق المحصر وسواء كان بالعربية أو غيرها وهو يحسن العربية أو لا يحسنها وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف فى الصلاة ظاهر وهو ظاهر الرواية عن محمد فى الحج وروى عنه أنه لا يصير محرما الا اذا كان لا يحسن العربية كما فى باب الصلاة فهما مرا على أصلهما ومحمد على ظاهر الرواية عنه فرق بين الصلاة والحج ووجه الفرق له على نحو ماذكرنا لابى يوسف فى المسئلة الأولى وتجوز النيابة فى التلبية عند العجز بنفسه بأمره بلا خلاف حتى لو توجه يريد حجة الاسلام فاغمى عليه فلبى عنه أصحابه وقد كان أمرهم بذلك حتى لو عجز عنه بنفسه يجوز بالاجماع فان لم يأمرهم بذلك نصا فاهلوا عنه جاز أيضا فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز فلا خلاف فى أنه تجوز النيابة فى أفعال الحج عند عجزه عنها بنفسه من الطواف والسعى والوقوف حتى لو طيف به وسعى ووقف جاز بالاجماع وجه قولهما قوله تعالى وان ليس للانسان الا ماسعى ولم يوجد منه السعى فى التلبية لان فعل غيره لا يكون فعله حقيقة وانما يجعل فعلا له تقديرا بأمره ولم يوجد بخلاف الطواف ونحوه فان الفعل هناك ليس بشرط بل الشرط حصوله فى ذلك الموضع على ماذكرنا وقد حصل والشرط ههنا هو التلبية وقول غيره لا يصير قولا له الا بأمره ولم يوجد ولابى حنيفة أن الامر ههنا موجود دلالة وهى دلالة عقد المرافقة لان كل واحد من رفقائه المتوجهين الى الكعبة يكون آذنا للآخر باعانته فيما يعجز عنه من أمر الحج فكان الأمر موجودا دلالة وسعى الانسان جاز أن يجعل سعيا لغيره بأمره فقلنا بموجب الآية بحمد الله تعالى ولو قلد بدنة يريد به الاحرام بالحج أو بالعمرة أو بهما وتوجه معها يصير محرما لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ولا الهدى ولا القلائد ثم ذكر تعالى بعده واذا حللتم فاصطادوا والحل يكون بعد الاحرام ولم يذكر الاحرام فى الاول وانما ذكر التقليد بقوله عز وجل ولا القلائد فدل أن التقليد منهم مع التوجه كان احراما الا انه يزيد عليه النية بدليل آخر وعن جماعة

من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي وابن مسعود وابن عمر وجابر رضي الله عنهم انهم قالوا اذا قلد فقد أحرم وكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا قلد وهو يريد الحج أو العمرة فقد أحرم ولان التقليد مع التوجه من خصائص الاحرام فالنية اقترنت بما هو من خصائص الاحرام فاشبه التلبية فان قيل اليس أنه روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لا يحرم الا من اهل ولبى فهذا يقتضي أنه لا يصير محرما بالتقليد فالجواب أن ذلك محمول على ما اذا قلد ولم يخرج معها توفيقا بين الدلائل و به نقول ان بمجرد التقليد لا يصير محرما على ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث بهديه ويقيم فلا يحرم عليه شئ والتقليد هو تعليق القلادة على عنق البدنة من عروة مزادة أو شراك نعل من أدم أو غير ذلك من الجلود وان قلد ولم يتوجه ولم يبعث على يد غيره لم يصر محرما وان بعث على يد غيره فكذلك عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه يصير محرما بنفس التوجيه من غير توجه والصحيح قول عامة العلماء لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت انى كنت لافتل قلائد بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيبعثها ويمكث عندنا حلالا بالمدينة لا يجتنب ما يجتنبه المحرم ولان التوجيه من غير توجه ليس الا امر بالفعل فلا يصير به محرما كما لو أمر غيره بالتلبية ولو توجه بنفسه بعد ما قلد وبعث لا يصير محرما ما لم يلحقها ويتوجه معها فاذا لحقها وتوجه معها عند ذلك يصير محرما الا في هدي المتعة فان هناك يصير محرما بنفس التوجه قبل أن يلحقه والقياس أن لا يصير محرما ثم أيضا ما لم يلحق ويتوجه معه لان السير بنفسه بدون البدنة ليس من خصائص الاحرام ولا دليل أنه يريد الاحرام فلا يصير به محرما الا انا تركنا القياس واستحسنا في هدي المتعة لما ان لهدي فضل تأثير في البقاء على الاحرام ما ليس لغيره بدليل انه لو ساق الهدي لا يجوز له أن يتحلل وان لم يسق جاز له التحلل فاذا كان له فضل تأثير في البقاء على الاحرام جاز ان يكون له تأثير في الابتداء وقد قالوا انه يصير محرما بنفس التوجه في اثر هدي المتعة وان لم يلحق الهدي اذا كان في أشهر الحج فاما في غير أشهر الحج فلا يصير محرما حتى يلحق الهدي لان أحكام التمتع لا تثبت قبل أشهر الحج فلا يصير هذا الهدي للمتعة قبل أشهر الحج فكان هدي التطوع ولو جلل البدنة ونوى الحج لا يصير محرما وان توجه معها لان التجليل ليس من خصائص الحج لانه انما يفعل ذلك لدفع الحر والبرد عن البدنة أو للتزيين ولو قلد الشاة ينوي بها الحج وتوجه معها لا يصير محرما وان نوى الاحرام لان تقليد الغنم ليس بسنة عندنا فلم يكن من دلائل الاحرام فضلا عن أن يكون من خصائصه والدليل على أن الغنم لا تقلد قوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد عطف القلائد على الهدي والعطف يقتضي المغايرة في الاصل واسم الهدي يقع على الغنم والابل والبقر جميعا فهذا يدل على أن الهدي نوعان ما يقلد وما لا يقلد ثم الابل والبقر يقلدان بالاجماع فتعين ان الغنم لا تقلد ليكون عطف القلائد على الهدي عطف الشئ على غيره فيصح ولو أشعر بدنته وتوجه معها لا يصير محرما لان الاشعار مكروه عند أبي حنيفة لانه مثلة وايلام الحيوان من غير ضرورة لحصول المقصود بالتقليد وهو الاعلام بكون المشعر هديا بالهداية عرض له لو ضل والاتيان بفعل مكروه لا يصلح دليل الاحرام واختلف المشايخ على قول أبي يوسف ومحمد قال بعضهم ان أشعر وتوجه معها يصير محرما عندهما لان الاشعار سنة عندهما كالتقليد فيصلح ان يكون دليل الاحرام كالتقليد وقال بعضهم لا يصير محرما عندهما أيضا لان الاشعار ليس بسنة عندهما بل هو مباح فلم يكن قربة فلا يصلح دليل الاحرام وذكر في الجامع الصغير أن الاشعار عندهما حسن ولم يسمه سنة لانه من حيث انه كمال لما شرع له التقليد وهو اعلام المقلد بانه هدي لما ان تمام الاعلام تحصل به سنة ومن حيث انه مثلة بدعة فتردد بين السنة البدعة فسماه حسنا وعند الشافعي الاشعار سنة واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشعر والجواب أن ذلك كان في الابتداء حين كانت المثلة مشروعة ثم لما نهى عن المثلة انتسخ بنسخ المثلة وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك قطعا لايدي المشركين عن التعرض للهدايا لو ضلت لانهم كانوا ما يتعرضون للهدايا والتقليد ما كان يدل دلالة تامة انها هدى فكان يحتاج الى الاشعار ليعلموا انها هدي وقد زال هذا المعنى في زماننا فانتسخ بانتساخ المثلة ثم الاشعار

هو

هو الطعن فى أسفل السنام وذلك من قبل اليسار عند أبى يوسف وعند الشافعى من قبل اليمين وكل ذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم فانه كان يدخل بين بعيرين من قبل الرؤس وكان يضرب أولا الذى عن يساره من قبل يسار سنامه ثم يعطف على الآخر فيضربه من قبل يمينه اتفاقا للاول لا قصدا فصار الطعن على الجانب الايسر أصليا والآخر اتفاقيا بل الاعتبار الاصلى أولى والله عز وجل أعلم هذا الذى ذكرنا فى أن الاحرام لا يثبت بمجرد النية مالم يقترن بها قول او فعل هو من خصائص الاحرام أو دلائله ظاهر مذهب أصحابنا وروى عن أبى يوسف أنه يصير محرما بمجرد النية وبه أخذ الشافعى وهذا يناقض قوله ان الاحرام ركن لانه جعل نية الاحرام احراما والنية ليست بركن بل هى شرط لانها عزم على الفعل والعزم على فعل ليس ذلك الفعل بل هو عقد على ادائه وهو أن تعقد قلبك عليه انك فاعله لا محالة قال الله تعالى فاذا عزم الامر أى جد الامر وفى الحديث خير الامور عوازمها أى ما وكدت رأيك عليه وقطعت التردد عنه وكونه ركنا يشعر بكونه من أفعال الحج فكان تناقضا ثم جعل الاحرام عبارة عن مجرد النية مخالف للغة فان الاحرام فى اللغة هو الاهلال يقال احرم أى أهل بالحج وهو موافق لمذهبنا أى الاهلال لا بد منه اما بنفسه أو بما يقوم مقامه على ما بينا والدليل على ان الاهلال شرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعائشة رضى الله عنها وقد رآها حزينة مالك فقالت انا قضيت عمرتى والفانى الحج عاركا فقال النبى صلى الله عليه وسلم ذلك شئ كتبه الله تعالى على بنات آدم حجى وقولى مثل ما يقول الناس فى حجهم فدل قوله قولى ما يقول الناس فى حجهم على لزوم التلبية لان الناس يقولونها وفيه اشارة الى ان اجماع المسلمين حجة يجب اتباعها حيث أمرها باتباعهم بقوله قولى ما يقول الناس فى حجهم وروينا عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لا يحرم الا من أهل ولبى ولم يرو عن غيرها خلافه فيكون اجماعا ولان مجرد النية لا عبرة به فى أحكام الشرع عرفنا ذلك بالنص والمعقول أما النص ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى عفا عن أمتى ما تحدثت به أنفسهم مالم يتكلموا أو يفعلوا وأما المعقول فهو أن النية وضعت لتعيين جهة الفعل فى العبادة وتعيين المعدوم محال ولو أحرم بالحج ولم يعين حجة الاسلام وعليه حجة الاسلام يقع عن حجة الاسلام استحسانا والقياس أن لا يقع عن حجة الاسلام الا بتعيين النية وجه القياس أن الوقت يقبل الفرض والنفل فلا بد من التعيين بالنية بخلاف صوم رمضان أنه يتأدى بمطلق النية لان الوقت هناك لا يقبل صوما آخر فلا حاجة الى التعيين بالنية والاستحسان ان الظاهر من حال من عليه حجة الاسلام انه لا يريد باحرام الحج حجة التطوع ويبقى نفسه فى عهدة الفرض فيحمل على حجة الاسلام بدلالة حاله فكان الاطلاق فيه تعيينا كما فى صوم رمضان ولو نوى التطوع يقع عن التطوع لانا انما أوقعناه عن الفرض عند اطلاق النية بدلالة حاله والدلالة لا تعمل مع النص بخلافه ولو لبى ينوى الاحرام ولا نية له فى حج ولا عمرة مضى فى أيهما شاء مالم يطف بالبيت شوطا فان طاف شوطا كان احرامه عن العمرة والاصل فى انعقاد الاحرام بالمجهول ما روى ان عليا وأبا موسى الاشعرى رضى الله عنهما لما قدما من اليمن فى حجة الوداع قال لهما النبى صلى الله عليه وسلم بماذا أهللتما فقالا باهلال كاهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار هذا أصلا فى انعقاد الاحرام بالمجهول ولان الاحرام شرط جواز الاداء عندنا وليس باداء بل هو عقد على الاداء فجاز ان ينعقد مجملا ويقف على البيان واذا انعقد احرامه جاز له ان يؤدى به حجة أو عمرة وله الخيار فى ذلك يصرفه الى أيهما شاء مالم يطف بالبيت شوطا واحدا فاذا طاف بالبيت شوطا واحدا كان احرامه للعمرة لان الطواف ركن فى العمرة وطواف اللقاء فى الحج ليس بركن بل هو سنة فايقاعه عن الركن أولى وتتعين العمرة بفعله كما تتعين بقصده قال الحاكم فى الاصل وكذلك لو لم يطف حتى جامع أو أحصر كانت عمرة لان القضاء قد لزمه فيجب عليه الاقل اذ الاقل متيقن به وهو العمرة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان مكان الاحرام فمكان الاحرام هو المسمى بالميقات فنحتاج الى بيان المواقيت وما يتعلق بها من الاحكام فنقول وبالله التوفيق المواقيت تختلف باختلاف الناس والناس فى حق المواقيت أصناف ثلاثة

صنف منهم يسمون أهل الآفاق وهم الذين منازلهم خارج المواقيت التي وقت لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي خمسة كذا روى في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم ولأهل العراق ذات عرق وقال صلى الله عليه وسلم هن لاهلهن ولمن مر بهن من غير أهلهن ممن أراد الحج أو العمرة وصنف منهم يسمون أهل الحل وهم الذين منازلهم داخل المواقيت الخمسة خارج الحرم كاهل بستان بني عامر وغيرهم وصنف منهم أهل الحرم وهم أهل مكة اما الصنف الاول فميقاتهم ما وقت لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز لاحد منهم أن يجاوز ميقاته اذا أراد الحج أو العمرة الا محرما لانه لما وقت لهم ذلك فلا بد وان يكون الوقت مقيدا وذلك اما المنع من تقديم الاحرام عليه واما المنع من تأخيره عنه والاول ليس بمراد لاجماعنا على جواز تقديم الاحرام عليه فتعين الثاني وهو المنع من تأخير الاحرام عنه وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا سأله وقال انى أحرمت بعد الميقات فقال له ارجع الى الميقات فلب والا فلا حج لك فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجاوز أحد الميقات الا محرما وكذلك لو أراد بمجاوزة هذه المواقيت دخول مكة لا يجوز له ان يجاوزها الا محرما سواء أراد بدخول مكة النسك من الحج أو العمرة أو التجارة أو حاجة أخرى عندنا وقال الشافعي ان دخلها للنسك وجب عليه الاحرام وان دخلها لحاجة جاز دخوله من غير احرام وجه قوله انه تجوز السكنى بمكة من غير احرام فالدخول أولى لانه دون السكنى ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا ان مكة حرام منذ خلقها الله تعالى لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وانما أحلت لى ساعة من نهار ثم عادت حراما الى يوم القيامة الحديث والاستدلال به من ثلاثة أوجه أحدها بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان مكة حرام والثاني بقوله لا تحل لاحد بعدي والثالث بقوله ثم عادت حراما الى يوم القيامة مطلقا من غير فصل وروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل دخول مكة بغير احرام ولان هذه بقعة شريفة لها قدر وخطر عند الله تعالى فالدخول فيها يقتضى التزام عبادة اظهار الشرفها على سائر البقاع وأهل مكة يسكنا هم فيها جعلوا معظمين لها بقيامهم بعمارتها وسدانتها وحفظها وحمايتها فلذلك أبيح لهم السكنى وكلما قدم الاحرام على المواقيت هو أفضل وروى عن أبي حنيفة ان ذلك أفضل اذا كان يملك نفسه ان يمنعها ما يمنع منه الاحرام وقال الشافعي الاحرام من الميقات أفضل بناء على أصله ان الاحرام ركن فيكون من أفعال الحج ولو كان كما زعم لما جاز تقديمه على الميقات لان أفعال الحج لا يجوز تقديمها على أوقاتها وتقديم الاحرام على الميقات جائز بالاجماع اذا كان في أشهر الحج والخلاف في الافضلية دون الجواز ولنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وروى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما انهما قالا اتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك وروى عن أم سلمة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحرم من المسجد الاقصى الى المسجد الحرام بحج أو عمرة غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ووجبت له الجنة هذا اذا قصد مكة من هذه المواقيت فأما اذا قصدها من طريق غير مسلوك فانه يحرم اذا بلغ موضعا يحاذى ميقاتا من هذه المواقيت لانه اذا حاذى ذلك الموضع ميقاتا من المواقيت صار في حكم الذي يحاذيه في القرب من مكة ولو كان في البحر فصار في موضع لو كان مكان البحر بر لم يكن له ان يجاوزه الا باحرام فانه يحرم كذا قال أبو يوسف ولو حصل في شئ من هذه المواقيت من ليس من أهلها فاراد الحج أو العمرة أو دخول مكة فحكمه حكم أهل ذلك الميقات الذي حصل فيه لقول النبي صلى الله عليه وسلم هن لاهلهن ولمن مر بهن من غير أهلهن ممن أراد الحج أو العمرة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من وقتنا له وقتا فهو له ولمن مر به من غير أهله ممن أراد الحج أو العمرة ولانه اذا مر به صار من أهله فكان حكمه في المجاوزة حكمهم ولو جاوز ميقاتا من هذه المواقيت من غير احرام الى ميقات آخر جاز له لان الميقات الذي صار اليه صار ميقاتا له لما روينا من الحديثين الا ان المستحب أن يحرم من الميقات الاول هكذا روى عن أبي حنيفة أنه قال في غير أهل المدينة اذا مروا على المدينة

فجاوزوها الى الجحفة فلا بأس بذلك وأحب الى أن يحرموا من ذى الحليفة لانهم اذا حصلوا فى الميقات الاول لزمهم محافظة حرمته فيكره لهم تركها ولو جاوز ميقاتا من المواقيت الخمسة يريد الحج أو العمرة فجاوزه بغير احرام ثم عاد قبل أن يحرم وأحرم من الميقات وجاوزه محرما لا يجب عليه دم بالاجماع لانه لما عاد الى الميقات قبل أن يحرم وأحرم التحقت تلك المجاوزة بالعدم وصار هذا ابتداء احرام منه ولو أحرم بعد ما جاوز الميقات قبل أن يعمل شيأ من أفعال الحج ثم عاد الى الميقات ولبى سقط عنه الدم وان لم يلب لا يسقط وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يسقط لبى أو لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى أو لم يلب وجه قول زفر أن وجوب الدم بجنايته على الميقات بمجاوزته اياه من غير احرام وجنايته لا تنعدم بعوده فلا يسقط الدم الذى وجب وجه قولهما أن حق الميقات فى مجاوزته اياه محرما لا فى انشاء الاحرام منه بدليل أنه لو أحرم من دويرة أهله وجاوز الميقات ولم يلب لا شئ عليه فدل أن حق الميقات فى مجاوزته اياه محرما لا فى انشاء الاحرام منه وبعد ما عاد اليه محرما فقد جاوزه محرما فلا يلزمه الدم ولابى حنيفة ما روينا عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال للذى أحرم بعد الميقات ارجع الى الميقات فلب والا فلا حج لك أوجب التلبية من الميقات فلزم اعتبارها ولان الفائت بالمجاوزة هو التلبية فلا يقع تدارك الفائت الا بالتلبية بخلاف ما اذا أحرم من دويرة أهله ثم جاوز الميقات من غير انشاء الاحرام لانه اذا أحرم من دويرة أهله صار ذلك ميقاتا له وقد لبى منه فلا يلزمه تلبية واذا لم يحرم من دويرة أهله كان ميقاته المكان الذى تجب التلبية منه وهو الميقات المعهود وما قاله زفر ان الدم انما وجب عليه بجنايته على الميقات مسلم لكن لما عاد قبل دخوله فى أفعال الحج فما جنى عليه بل ترك حقه فى الحال فيحتاج الى التدارك وقد تداركه بالعود الى التلبية ولو جاوز الميقات بغير احرام فأحرم ولم يعد الى الميقات حتى طاف شوطا أو شوطين أو وقف بعرفة أو كان احرامه بالحج ثم عاد الى الميقات لا يسقط عنه الدم لانه لما اتصل الاحرام بأفعال الحج تأكد عليه الدم فلا يسقط بالعود ولو عاد الى ميقات آخر غير الذى جاوزه قبل ان يفعل شيأ من أفعال الحج سقط عنه الدم وعوده الى هذا الميقات والى ميقات آخر سواء وعلى قول زفر لا يسقط على ما ذكرنا وروى عن أبى يوسف انه فصل فى ذلك تفصيلا فقال ان كان الميقات الذى عاد اليه يحاذى الميقات الاول أو أبعد من الحرم يسقط عنه الدم والا فلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا ان كل واحد من هذه المواقيت الخمسة ميقات لاهله ولغير أهله بالنص مطلقا عن اعتبار المحاذاة ولو لم يعد الى الميقات لكنه أفسد احرامه بالجماع قبل طواف العمرة ان كان احرامه بالعمرة أو قبل الوقوف بعرفة ان كان احرامه بالحج سقط عنه ذلك الدم لانه يجب عليه القضاء وانجبر ذلك كله بالقضاء كمن سها فى صلاته ثم أفسدها فقضاها انه لا يجب عليه سجود السهو وكذلك اذا فاته الحج فانه يتحلل بالعمرة وعليه قضاء الحج وسقط عنه ذلك الدم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يسقط ولو جاوز الميقات يريد دخول مكة أو الحرم من غير احرام يلزمه اما حجة واما عمرة لان مجاوزة الميقات على قصد دخول مكة أو الحرم بدون الاحرام لما كان حراما كانت المجاوزة التزاما للاحرام دلالة كأنه قال لله تعالى على احرام ولو قال ذلك يلزمه حجة أو عمرة كذا اذا فعل ما يدل على الالتزام كمن شرع فى صلاة التطوع ثم أفسدها يلزمه قضاء ركعتين كما اذا قال لله تعالى على ان أصلى ركعتين فان أحرم بالحج أو بالعمرة قضاء لما عليه من ذلك لمجاوزته الميقات ولم يرجع الى الميقات فعليه دم لانه جنى على الميقات لمجاوزته اياه من غير احرام ولم يتداركه فيلزمه الدم جبرا فان أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد قضاء ما وجب عليه بدخوله مكة بغير احرام أجزأه فى ذلك ميقات أهل مكة فى الحج بالحرم وفى العمرة بالحل لانه لما أقام بمكة صار فى حكم أهل مكة فيجزئه احرامه من ميقاتهم فان كان حين دخل مكة عاد فى تلك السنة الى الميقات فأحرم بحجة عليه من حجة الاسلام أو حجة نذر أو عمرة نذر سقط ما وجب عليه لدخوله مكة بغير احرام استحسانا والقياس ان لا يسقط الا ان ينوى ما وجب عليه لدخول مكة وهو قول زفر ولا خلاف فى انه اذا تحولت السنة ثم عاد الى الميقات ثم أحرم بحجة الاسلام انه لا يجزئه عما لزمه الا بتعيين النية وجه القياس انه قد وجب عليه حجة أو

عمرة بسبب المجاوزة فلا يسقط عنه بواجب آخر كالونذر بحجة انه لا تسقط عنه بحجة الاسلام وكذا لو فعل ذلك بعد ما تحولت السنة وجه الاستحسان أن لزوم الحجة أو العمرة ثبت تعظيما للبقعة والواجب عليه تعظيمها بمطلق الاحرام لا باحرام على حدة بدليل أنه يجوز دخولها ابتداء باحرام حجة الاسلام فانه لو أحرم من الميقات ابتداء بحجة الاسلام أجزأه ذلك عن حجة الاسلام وعن حرمة الميقات وصار كمن دخل المسجد وأدى فرض الوقت قام ذلك مقام تحية المسجد وكذا لو نذر أن يعتكف شهر رمضان فصام رمضان معتكفا جاز وقام صوم رمضان مقام الصوم الذى هو شرط الاعتكاف بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه لما لم يقض حق البقعة حتى تحولت السنة صار مفوتا حقها فصار ذلك دينا عليه وصار أصلا ومقصودا بنفسه فلا يتأدى بغيره كمن نذر أن يعتكف شهر رمضان فلم يصم ولم يعتكف حتى قضى شهر رمضان مع الاعتكاف جاز فان صام رمضان ولم يعتكف فيه حتى دخل شهر رمضان القابل فاعتكف فيه قضاء عما عليه لا يجوز لان الصوم صار أصلا ومقصودا بنفسه كذا هذا وكذلك لو أحرم بعمرة منذورة فى السنة الثانية لم يجزه لانه يكره تأخير العمرة الى يوم النحر وأيام التشريق فاذا صار الى وقت يكره تأخير العمرة اليه صار تأخيرها كتفويتها فان دخل مكة بغير احرام ثم خرج فعاد الى أهله ثم عاد الى مكة فدخلها بغير احرام وجب عليه لكل واحد من الدخولين حجة أو عمرة لان كل واحد من الدخولين سبب الوجوب فان احرم بحجة الاسلام جاز عن الدخول الثانى اذا كان فى سنته ولم يجز عن الدخول الاول لان الواجب قبل الدخول الثانى صار دينا فلا يسقط الا بتعيين النية هذا اذا جاوز أحد هذه المواقيت الخمسة يريد الحج أو العمرة أو دخول مكة أو الحرم بغير احرام فاما اذا لم يرد ذلك وانما أراد أن يأتى بستان بنى عامر أو غيره لحاجة فلا شئ عليه لان لزوم الحج أو العمرة بالمجاوزة من غير احرام لحرمة الميقات تعظيما للبقعة وتمييزا لها من بين سائر البقاع فى الشرف والفضيلة فيصير ملتزما للاحرام منه فاذا لم يرد البيت لم يصر ملتزما للاحرام فلا يلزمه شئ فان حصل فى البستان أو ماوراءه من الحل ثم بداله ان يدخل مكة لحاجة من غير احرام فله ذلك لانه بوصوله الى أهل البستان صار كواحد من أهل البستان ولاهل البستان أن يدخلوا مكة لحاجة من غير احرام فكذا له وقيل ان هذا هو الحيلة فى اسقاط الاحرام عن نفسه وروى عن أبى يوسف أنه لا يسقط عنه الاحرام ولا يجوز له أن يدخل مكة بغير احرام ما لم يجاوز الميقات بنية أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما فصاعدا الا انه لا يثبت للبستان حكم الوطن فى حقه الا بنية مدة الاقامة وأقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما وأما الصنف الثانى فميقاتهم للحج أو العمرة دويرة أهلهم أو حيث شاؤا من الحل الذى بين دويرة أهلهم وبين الحرم لقوله عز وجل وأتموا الحج والعمرة لله روينا عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا حين سئلا عن هذه الآية اتمامهما ان تحرم بهما من دويرة أهلك فلا يجوز لهم ان يجاوزوا ميقاتهم للحج أو العمرة الا محرمين والحل الذى بين دويرة أهلهم وبين الحرم كشئ واحد فيجوز احرامهم الى آخر أجزاء الحل كما يجوز احرام الآفاقى من دويرة أهله الى آخر أجزاء ميقاته فلو جاوز أحد منهم ميقاته يريد الحج أو العمرة فدخل الحرم من غير احرام فعليه دم ولو عاد الى الميقات قبل أن يحرم أو بعد ما أحرم فهو على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الآفاقى اذا جاوز الميقات بغير احرام وكذلك الآفاقى اذا حصل فى البستان أو المكى اذا خرج اليه فاراد أن يحج أو يعتمر فحكمه حكم أهل البستان وكذلك البستانى أو المكى اذا خرج الى الآفاق صار حكمه حكم أهل الآفاق لا تجوز مجاوزته ميقات أهل الآفاق وهو يريد الحج أو العمرة الا محرما لما روينا من الحديثين ويجوز لمن كان من أهل هذا الميقات وما بعده دخول مكة لغير الحج أو العمرة بغير احرام عندنا ولا يجوز ذلك فى أحد قولى الشافعى وذكر فى قوله الثالث اذا تكرر دخولهم يجب عليهم الاحرام فى كل سنة مرة والصحيح قولنا لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رخص للحطابين أن يدخلوا مكة بغير احرام وعادة الحطابين انهم لا يتجاوزن الميقات وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه خرج من مكة الى قديد فبلغه خبر فتنة بالمدينة فرجع ودخل مكة بغير احرام ولان البستان من توابع الحرم فيلحق به ولان مصالح أهل البستان

تتعلق بمكة فيحتاجون الى الدخول فى كل وقت فلو منعوا من الدخول الا باحرام لوقعوا فى الحرج وانه منفى شرعا وأما الصنف الثالث فميقاتهم للحج الحرم وللعمرة الحل فيحرم المكى من دويرة أهله للحج أو حيث شاء من الحرم ويحرم للعمرة من الحل وهو التنعيم أو غيره أما الحج فلقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وروينا عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا اتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك الا أن العمرة صارت مخصوصة فى حق أهل الحرم فبقى الحج مرادا فى حقهم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمر أصحابه بفسخ احرام الحج بعمل العمرة أمرهم يوم التروية أن يحرموا بالحج من المسجد وفسخ احرام الحج بعمل العمرة وان نسخ فالاحرام من المسجد لم ينسخ وان شاء أحرم من الابطح أو حيث شاء من الحرم لكن من المسجد أولى لان الاحرام عبادة واتيان العبادة فى المسجد أولى كالصلاة وأما العمرة فلما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد الافاضة من مكة دخل على عائشة رضى الله عنها وهى تبكى فقالت أكل نسائك يرجعن بنسكين وأنا أرجع بنسك واحد فأمر أخاها عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنه أن يعمر بها من التنعيم ولان من شأن الاحرام أن يجتمع فى أفعاله الحل والحرم فلو أحرم المكى بالعمرة من مكة وأفعال العمرة تؤدى بمكة لم يجتمع فى أفعالها الحل والحرم بل يجتمع كل أفعالها فى الحرم وهذا خلاف عمل الاحرام فى الشرع والافضل أن يحرم من التنعيم لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم منه وكذا أصحابه رضى الله عنهم كانوا يحرمون لعمرتهم منه وكذلك من حصل فى الحرم من غير أهله فاراد الحج أو العمرة فحكمه حكم أهل الحرم لانه صار منهم فاذا أراد أن يحرم للحج أحرم من دويرة أهله أو حيث شاء من الحرم واذا أراد أن يحرم بالعمرة يخرج الى التنعيم ويهل بالعمرة فى الحل ولو ترك المكى ميقاته فاحرم للحج من الحل وللعمرة من الحرم يجب عليه الدم الا اذا عاد وجدد التلبية أو لم يجدد على التفصيل والاختلاف الذى ذكرنا فى الآفاقى ولو خرج من الحرم الى الحل ولم يجاوز الميقات ثم أراد أن يعود الى مكة له أن يعود اليها من غير احرام لان أهل مكة يحتاجون الى الخروج الى الحل للاحتطاب والاحتشاش والعود اليها فلو ألزمناهم الاحرام عند كل خروج لوقعوا فى الحرج

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يحرم به فما يحرم به فى الاصل ثلاثة أنواع الحج وحده والعمرة وحدها والعمرة مع الحج وعلى حسب تنوع المحرم به يتنوع المحرمون وهم فى الاصل أنواع ثلاثة مفرد بالحج ومفرد بالعمرة وجامع بينهما فالمفرد بالحج هو الذى يحرم بالحج لا غير والمفرد بالعمرة هو الذى يحرم بالعمرة لا غير وأما الجامع بينهما فنوعان قارن ومتمتع فلابد من بيان معنى القارن والمتمتع فى عرف الشرع وبيان ما يجب عليهما بسبب القران والتمتع وبيان الافضل من أنواع ما يحرم به أنه الافراد أو القران أو التمتع أما القارن فى عرف الشرع فهو اسم لآفاقى يجمع بين احرام العمرة واحرام الحج قبل وجود ركن العمرة وهو الطواف كله أو أكثره فيأتى بالعمرة أولا ثم يأتى بالحج قبل أن يحل من العمرة بالحلق أو التقصير سواء جمع بين الاحرامين بكلام موصول أو مفصول حتى لو أحرم بالعمرة ثم أحرم بالحج بعد ذلك قبل الطواف للعمرة أو أكثره كان قارنا لوجود معنى القران وهو الجمع بين الاحرامين وشرطه ولو كان احرامه للحج بعد طواف العمرة أو أكثره لا يكون قارنا بل يكون متمتعا لوجود معنى التمتع وهو أن يكون احرامه بالحج بعد وجود ركن العمرة كله وهو الطواف سبعة أشواط أو أكثره وهو أربعة أشواط على ما نذكر فى تفسير المتمتع ان شاء الله تعالى وكذلك لو أحرم بالحجة أولا ثم بعد ذلك أحرم بالعمرة يكون قارنا لاتيانه بمعنى القران الا أنه يكره له ذلك لانه مخالفة السنة اذ السنة تقديم احرام العمرة على احرام الحج ألا ترى أنه يقدم العمرة على الحجة فى الفعل فكذا فى القول ثم اذا فعل ذلك ينظر ان أحرم بالعمرة قبل أن يطوف لحجته عليه أن يطوف أولا لعمرته ويسعى لها ثم يطوف لحجته ويسعى لها مراعاة للترتيب فى الفعل فان لم يطف للعمرة ومضى الى عرفات ووقف بها صار رافضا لعمرته لان العمرة تحتمل الارتفاض لاجل الحجة فى الجملة لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قدمت مكة معتمرة فحاضت فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم ارفضى عمرتك وأهلى

بالحج واصنعي في حجتك ما يصنع الحاج وههنا وجد دليل الارتفاض وهو الوقوف بعرفة لانه اشتغال بالركن الاصلي للحج فيتضمن ارتفاض العمرة ضرورة لفوات الترتيب في الفعل وهل يرتفض بنفس التوجه الى عرفات ذكر في الجامع الصغير أنه لا يرتفض وذكر في كتاب المناسك فيه القياس والاستحسان فقال القياس أن يرتفض وفي الاستحسان لا يرتفض عني به القياس على أصل أبي حنيفة في باب الصلاة فيمن صلى الظهر يوم الجمعة في منزله ثم خرج الى الجمعة أنه يرتفض ظهره عنده كذا ههنا ينبغي ان ترتفض عمرته بالقياس على ذلك الا انه استحسن وقال لا يرتفض ما لم يقف بعرفات وفرق بين العمرة وبين الصلاة ووجه الفرق له أن السعي الى الجمعة من ضرورات اداء الجمعة وأداء الجمعة ينافي بقاء الظهر فكذا ما هو من ضروراته اذ الثابت ضرورة شئ ملحق به وههنا التوجه الى عرفات وان كان من ضرورات الوقوف بها لكن الوقوف لا ينافي بقاء العمرة صحيحة فان عمرة القارن والمتمتع تبقى صحيحة مع الوقوف بعرفة وانما الحاجة ههنا الى مراعاة الترتيب في الافعال فما لم توجد أركان الحج قبل أركان العمرة لا يوجد فوات الترتيب وذلك هو الوقوف بعرفة فاما التوجه فليس بركن فلا يوجب فوات الترتيب في الافعال وان كان طاف للحج ثم أحرم بالعمرة فالمستحب له أن يرفض عمرته لمخالفته السنة في الفعل اذ السنة هي تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج فاذا ترك التقديم فقد تحققت البدعة فيستحب له أن يرفض لكن لا يؤمر بذلك حتما لان المؤدى من أفعال الحج وهو طواف اللقاء ليس بركن ولو مضى عليها أجزأه لانه اتى بأصل النسك وانما ترك السنة بترك الترتيب في الفعل وانه يوجب الاساءة دون الفساد وعليه دم القران لانه قارن لجمعه بين احرام الحجة والعمرة والقران جائز مشروع ولو رفضها يقضيها لانها لزمته بالشروع فيها وعليه دم لرفضها لان رفض العمرة فسخ للاحرام بها وانه أعظم من ادخال النقص في الاحرام وذا يوجب الدم فهذا أولى والله تعالى أعلم وأما المتمتع في عرف الشرع فهو اسم لآفاقي يحرم بالعمرة ويأتي بافعالها من الطواف والسعي أو يأتي بأكثر ركنها وهو الطواف أربعة أشواط أو أكثر في أشهر الحج ثم يحرم بالحج في أشهر الحج ويحج من عامه ذلك قبل أن يلم بأهله فيما بين ذلك الماما صحيحا فيحصل له النسكان في سفر واحد سواء حل من احرام العمرة بالحلق أو التقصير أو لم يحل اذا كان ساق الهدى لمتعته فانه لا يجوز التحلل بينهما ويحرم بالحج قبل أن يحل من احرام العمرة وهذا عندنا وقال الشافعي سوق الهدى لا يمنع من التحلل فصار المتمتع نوعين متمتع لم يسق الهدى ومتمتع ساق الهدى فالذي لم يسق الهدى يجوز له التحلل اذا فرغ من أفعال العمرة بلا خلاف واذا تحلل صار حلالا كسائر المتحللين الى أن يحرم بالحج لانه اذا تحلل من العمرة فقد خرج منها ولم يبق عليه شئ فيقيم بمكة حلالا الا أنه لا يلم بأهله لان الالمام بالاهل يفسد التمتع وأما الذي ساق الهدى فانه لا يحل له التحلل الا يوم النحر بعد الفراغ من الحج عندنا وعند الشافعي يحل له التحلل وسوق الهدى لا يمنع من التحلل والصحيح قولنا لما روي عن أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة أمر أصحابه أن يحلقوا الا من كان معه الهدى وفي حديث اسماء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان معه هدى فليقم على احرامه ومن لم يكن معه هدى فليحلق وروى انه لما أمر أصحابه ان يحلوا قالوا له انك لم تحل فقال انى سقت الهدى فلا أحل من احرامي الى يوم النحر وقال صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدى وتحللت كما أحلوا فقد أخبر النبي صلى الله عليه وسلم ان الذي منعه من الحل سوق الهدى ولان لسوق الهدى أثرا في الاحرام حتى يصير به داخلا في الاحرام فجاز أن يكون له أثر في حال البقاء حتى يمنع من التحلل وسواء كان احرامه للعمرة في أشهر الحج أو قبلها عندنا بعد أن يأتي بافعال العمرة أو ركنها أو باكثر الركن في الاشهر أنه يكون متمتعا وعند الشافعي شرط كونه متمتعا الاحرام بالعمرة في الاشهر حتى لو أحرم بها قبل الاشهر لا يكون متمتعا وان أتى بافعالها في الاشهر والكلام فيه بناء على أصل قد ذكرناه فيما تقدم وهو ان الاحرام عنده ركن فكان من أفعال العمرة فلابد من وجود افعال العمرة في أشهر الحج ولم يوجد بل وجد بعضها في الاشهر وعندنا ليس بركن بل هو شرط فتوجد

افعال

افعال العمرة فى الاشهر فيكون متمتعا وليس لاهل مكة ولا لاهل داخل المواقيت التى بينها و بين مكة قران ولا تمتع وقال الشافعى يصح قرانهم وتمتعهم وجه قوله قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى من غير فصل بين أهل مكة وغيرهم ولنا قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام جعل التمتع لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام على الخصوص لان اللام للاختصاص ثم حاضرو المسجد الحرام هم أهل مكة وأهل الحل الذين منازلهم داخل المواقيت الخمسة وقال مالك هم أهل مكة خاصة لان معنى الحضور لهم وقال الشافعى هم أهل مكة ومن كان بينه و بين مكة مسافة لا تقصر فيها الصلاة لانه اذا كان كذلك كان من توابع مكة والا فلا والصحيح قولنا لان الذين هم داخل المواقيت الخمسة منازلهم من توابع مكة بدليل أنه يحل لهم أن يدخلوا مكة لحاجة بغير احرام فكانوا فى حكم حاضرى المسجد الحرام وروى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال ليس لاهل مكة تمتع ولا قران ولان دخول العمرة فى أشهر الحج ثبت رخصة لقوله تعالى الحج أشهر معلومات قيل فى بعض وجوه التأويل أى للحج أشهر معلومات واللام للاختصاص فيقتضى اختصاص هذه الاشهر بالحج وذلك بان لا يدخل فيها غيره الا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاقى ضرورة تعذر انشاء السفر للعمرة نظرا له باسقاط أحد السفرين وهذا المعنى لا يوجد فى حق أهل مكة ومن بمعناهم فلم تكن العمرة مشروعة فى أشهر الحج فى حقهم وكذا روى عن ذلك الصحابى انه قال كنا نعد العمرة فى أشهر الحج من أكبر الكبائر ثم رخص والثابت بطريق الرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة والضرورة فى حق أهل الآفاق لا فى حق أهل مكة على ما بينا فبقيت العمرة فى اشهر الحج فى حقهم معصية ولان من شرط التمتع أن تحصل العمرة والحج للمتمتع فى أشهر الحج من غير أن يلم بأهله فيما بينهما وهذا لا يتحقق فى حق المكى لانه يلم بأهله فيما بينهما لا محالة فلم يوجد شرط التمتع فى حقه ولو جمع المكى بين العمرة والحج فى أشهر الحج فعليه دم لكن دم كفارة الذنب لا دم نسك شكرا للنعمة عندنا حتى لا يباح له أن يأكل منه ولا يقوم الصوم مقامه اذا كان معسرا وعنده هو دم نسك يجوز له أن يأكل منه و يقوم الصوم مقامه اذا لم يجد الهدى ولو أحرم الآفاقى بالعمرة قبل أشهر الحج فدخل مكة محرما بالعمرة وهو يريد التمتع فينبغى أن يقيم محرما حتى تدخل أشهر الحج فيأتى بافعال العمرة ثم يحرم بالحج و يحج من عامه ذلك فيكون متمتعا فان أتى بافعال العمرة أو بأكثرها قبل أشهر الحج ثم دخل أشهر الحج فاحرم بالحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه لم يتم له الحج والعمرة فى أشهر الحج ولو أحرم بعمرة أخرى بعد ما دخل أشهر الحج لم يكن متمتعا فى قولهم جميعا لانه صار فى حكم أهل مكة بدليل أنه صار ميقاتهم ميقاته فلا يصح له التمتع الا أن يعود الى أهله ثم يعود الى مكة محرما بالعمرة فى قول أبى حنيفة وفى قولهما الا أن يعود الى أهله أو الى موضع يكون لاهله التمتع والقران على ما نذكر ولو أحرم من لا تمتع له من المكى ونحوه بعمرة ثم احرم بحجة يلزمه رفض أحدهما لان الجمع بينهما معصية والنزوع عن المعصية لازم ثم ينظر ان أحرم بعمرة ثم احرم بحجة قبل أن يطوف لعمرته رأسا فانه يرفض العمرة لانها أقل عملا والحج أكثر عملا فكانت العمرة أخف مؤنة من الحجة فكان رفضها أيسر ولان المعصية حصلت بسببها لانها هى التى دخلت فى وقت الحج فكانت أولى بالرفض ويمضى على حجته وعليه لرفض عمرته دم وعليه قضاء العمرة لما نذكر وان كان طاف لعمرته جميع الطواف أو أكثره لا يرفض العمرة بل يرفض الحج لان العمرة مؤداة والحج غير مؤدى فكان رفض الحج امتناعا عن الاداء ورفض العمرة ابطالا للعمل والامتناع عن العمل دون ابطال العمرة فكان أولى وان كان طاف لها شوطا أو شوطين أو ثلاثة يرفض الحج فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد يرفض العمرة وجه قولهما ان رفض العمرة أدنى وأخف مؤنة الا ترى انها سميت الحجة الصغرى فكانت أولى بالرفض ولا عبرة بالقدر المؤدى منها لانه أقل والاكثر غير مؤدى والاقل بمقابلة الاكثر ملحق بالعدم فكانه لم يؤد شيأ منها والله أعلم ولابى حنيفة أن رفض الحجة امتناع من العمل ورفض العمرة ابطال العمل والامتناع دون الابطال فكان أولى و بيان ذلك انه لم يوجد للحج عمل لانه لم يوجد له الا الاحرام وانه ليس من

الاداء فى شئ لانه شرط وليس بركن عندنا على ما بينا فيما تقدم فلا يكون رفض الحج ابطالا للعمل بل يكون امتناعا فاما العمرة فقد أدى منها شيأ وان قل وكان رفضها ابطالا لذلك القدر من العمل فكان الامتناع أولى لما قلنا واذا رفض الحجة عنه فعليه لرفضها دم وقضاء حجة وعمرة واذا رفض العمرة عندهما فعليه لرفضها دم وقضاء عمرة والاصل فى جنس هذه المسائل ان كل من لزمه رفض عمرة فرفضها فعليه لرفضها دم لانه تحلل منها قبل وقت التحلل فيلزمه الدم كالمحصر وعليه عمرة مكانها قضاء لانها قد وجبت عليه بالشروع فاذا أفسدها يقضيها وكل من لزمه رفض حجة فرفضها فعليه لرفضها دم وعليه حجة وعمرة أما لزوم الدم لرفضها فلما ذكرنا فى العمرة وأما لزوم الحجة والعمرة فاما الحجة فلوجوبها بالشروع وأما العمرة فلعدم اتيانه بافعال الحجة فى السنة التى أحرم فيها فصار كفائت الحج فيلزمه العمرة كما يلزم فائت الحج فان احرم بالحجة من سنته فلا عمرة عليه وكل من لزمه رفض أحدهما فمضى فيهما فعليه دم لان الجمع بينهما معصية فقد أدخل النقص فى أحدهما فيلزمه دم لكنه يكون دم كفارة لا دم متعة حتى لا يجوز له أن يأكل منه ولا يجزئه الصوم ان كان معسرا ومما يتصل بهذه المسائل ما اذا أحرم بحجتين معا أو بعمرتين معا قال أبو حنيفة وأبو يوسف لزمتاه جميعا وقال محمد لا يلزمه الا احداهما وبه أخذ الشافعى وجه قول محمد انه اذا أحرم بعبادتين لا يمكنه المضى فيهما جميعا فلا ينعقد احرامه بهما جميعا كما لو احرم بصلاتين أو صومين بخلاف ما اذا أحرم بحجة وعمرة لان المضى فيهما ممكن فيصح احرامه بهما كما لو نوى صوما وصلاة ولابى حنيفة وأبى يوسف انه أحرم بما يقدر عليه فى وقتين فيصح احرامه كما لو أحرم بحجة وعمرة معا وثمرة هذا الاختلاف تظهر فى وجوب الجزاء اذا قتل صيدا عندهما يجب جزا آن لانعقاد الاحرام بهما جميعا وعنده يجب جزاء واحد لانعقاد الاحرام باحداهما ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فى وقت ارتفاض احداهما عند أبى يوسف يرتفض عقيب الاحرام بلا فصل وعن أبى حنيفة روايتان فى الرواية المشهورة عنه يرتفض اذا قصد مكة وفى رواية لا يرتفض حتى يبتدئ بالطواف ولو أحرم الآفاقى بالعمرة فاداها فى أشهر الحج وفرغ منها وحل من عمرته ثم عاد الى أهله حلالا ثم رجع الى مكة وأحرم بالحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا حتى لا يلزمه الهدى بل يكون مفردا بعمرة ومفردا بحجة لانه ألم بأهله بين الاحرامين الماما صحيحا وهذا يمنع التمتع وقال الشافعى لا أعرف الالمام ونحن نقول ان كنت لا تعرف معناه لغة فمعناه فى اللغة القرب يقال ألم به أى قرب منه وان كنت لا تعرف حكمه شرعا فحكمه أن يمنع التمتع لما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما أن المتمتع اذا أقام بمكة صح تمتعه وان عاد الى أهله بطل تمتعه وكذا روى عن جماعة من التابعين مثل سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى وطاوس وعطاء رضى الله عنهم انهم قالوا كذلك ومثل هذا لا يعرف رأيا واجتهادا فالظاهر سماعهم ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان التمتع فى حق الآفاقى ثبت رخصة ليجمع بين النسكين ويصل أحدهما بالآخر فى سفر واحد من غير أن يتخلل بينهما ما ينافى النسك وهو الارتفاق ولما ألم بأهله فقد حصل له مرافق الوطن فبطل الاتصال والله تعالى أعلم ولو رجع الى مكة بعمرة أخرى وحج كان متمتعا لان حكم العمرة الاولى قد سقط بالمامه بأهله فيتعلق الحكم بالثانية وقد جمع بينهما وبين الحجة فى أشهر الحج من غير المام فكان متمتعا ولو كان المامه بأهله بعد ما طاف لعمرته قبل أن يحلق أو يقصر ثم حج من عامه ذلك قبل أن يحل من العمرة فى أهله فهو متمتع لان العود مستحق عليه لاجل الحلق لان من جعل الحرم شرطا لجواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد لا بد من العود وعند من لم يجعله شرطا وهو أبو يوسف كان العود مستحبا ان لم يكن مستحقا وأما الالمام الفاسد الذى لا يمنع صحة التمتع فهو أن يسوق الهدى فاذا فرغ من العمرة عاد الى وطنه فلا يبطل تمتعه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف حتى لو عاد الى مكة فاحرم بالحج وحج من عامه ذلك كان متمتعا فى قولهما وعند محمد يبطل تمتعه حتى لو حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا وجه قول محمد ان المانع من صحة التمتع وهو الالمام بالاهل قد وجد والعود غير مستحق عليه بدليل أنه لو بدا له من التمتع جاز له ذبح الهدى ههنا واذا لم يستحق عليه العود

صار كان لم يسق الهدى ولو لم يسق الهدى يبطل تمتعه كذا هذا ولهما أن العود مستحق عليه مادام على نية التمتع فيمنع صحة الالمام فلا يبطل تمتعه كالقارن اذا عاد الى أهله ثم ماذكرنا من بطلان التمتع بالالمام الصحيح اذا عاد الى أهله فأما اذا عاد الى غير أهله بأن خرج من الميقات ولحق بموضع لاهل القران والتمتع كالبصرة مثلا أو نحوها واتخذ هنالك دارا أو لم يتخذ توطن بها أو لم يتوطن ثم عاد الى مكة وحج من عامه ذلك فهل يكون متمتعا ذكر فى الجامع الصغير أنه يكون متمتعا ولم يذكر الخلاف وذكر القاضى أيضا أنه يكون متمتعا فى قولهم وذكر الطحاوى أنه يكون متمتعا فى قول أبى حنيفة وهذا وما اذا أقام بمكة ولم يبرح منها سواء وأما فى قول أبى يوسف ومحمد فلا يكون متمتعا ولحوقه بموضع لاهل التمتع والقران ولحوقه بأهله سواء وجه قولهما أنه لما جاوز الميقات ووصل الى موضع لاهل التمتع والقران فقد بطل حكم السفر الاول وخرج من أن يكون من أهل مكة لوجود انشاء سفر آخر فلا يكون متمتعا كما لو رجع الى أهله ولابى حنيفة أن وصوله الى موضع لاهل القران والتمتع لا يبطل السفر الاول مالم يعد الى منزله لان المسافر مادام يتردد فى سفره يعد ذلك كله منه سفرا واحدا مالم يعد الى منزلة ولم يعد ههنا فكان السفر الاول قائما فصار كانه لم يبرح من مكة فيكون متمتعا ويلزمه هدى المتعة ولو أحرم بالعمرة فى أشهر الحج ثم أفسدها وأتمها على الفساد وحل منها ثم أحرم بالحج وحج من عامه ذلك قبل أن يقضيها لم يكن متمتعا لانه لا يصير متمتعا الا بحصول العمرة والحجة ولما أفسد العمرة فلم تحصل له العمرة والحجة فلا يكون متمتعا ولو قضى عمرته وحج من عامه ذلك فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه فان فرغ من عمرته الفاسدة وحل منها ورجع الى أهله ثم عاد الى مكة وقضى عمرته وأحرم بالحج وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بالاجماع لانه لما لحق بأهله صار من أهل التمتع وقد أتى به فكان متمتعا واذا فرغ من عمرته الفاسدة وحل منها لكنه لم يخرج من الحرم أو خرج منه لكنه لم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وأحرم بالحج لا يكون متمتعا بالاجماع لانه لما حل من عمرته الفاسدة صار كواحد من أهل مكة ولا تمتع لأهل مكة ويكون مسيأ وعليه لاساءته دم وان فرغ من عمرته الفاسدة وحل منها وخرج من الحرم وجاوز الميقات حتى قضى عمرته ولحق بموضع لاهل التمتع والقران كالبصرة وغيرها ثم رجع الى مكة وقضى عمرته الفاسدة ثم أحرم بحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا فى قول أبى حنيفة كانه لم يبرح من مكة وفى قول أبى يوسف ومحمد يكون متمتعا كانه لحق باهله وجه قولهما انه لما حصل فى موضع لاهل التمتع والقران صار من أهل ذلك الموضع وبطل حكم ذلك السفر ثم اذا قدم مكة كان هذا انشاء سفر وقد حصل له نسكان فى هذا السفر وهو عمرة وحجة فيكون متمتعا كما لو رجع الى أهله ثم عاد الى مكة وقضى عمرته فى أشهر الحج وأحرم بالحج وحج من عامه ذلك انه يكون متمتعا كذا هذا بخلاف ما اذا اتخذ مكة دارا لانه صار من أهل مكة ولا تمتع لاهل مكة ولابى حنيفة ان حكم السفر الاول باق لان الانسان اذا خرج من وطنه مسافرا فهو على حكم السفر مالم يعد الى وطنه واذا كان حكم السفر الاول باقيا فلا عبرة بقدومه البصرة واتخاذه دارا بها فصار كانه أقام بمكة لم يبرح منها حتى قضى عمرته الفاسدة واذا كان كذلك لم يكن متمتعا ولم يلزمه الدم لانه لما أفسد العمرة لزمه أن يقضيها من مكة وهو ان يحرم بالعمرة من ميقات أهل مكة للعمرة وذلك دليل الحاقه باهل مكة فصارت عمرته وحجته مكيتين لصيرورة ميقاته للحج والعمرة ميقات أهل مكة فلا يكون متمتعا لوجود الالمام بمكة كما فرغ من عمرته وصار كالمكى اذا خرج الى أقرب الآفاق وأحرم بالعمرة ثم عاد الى مكة وأتى بالعمرة ثم أحرم بالحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا كذا هذا بخلاف ما اذا رجع الى وطنه لانه اذا رجع الى وطنه فقد قطع حكم السفر الاول بابتداء سفر آخر فانقطع حكم كونه بمكة فبعد ذلك اذا أتى مكة وقضى العمرة وحج فقد حصل له النسكان فى سفر واحد فصار متمتعا هذا اذا أحرم بالعمرة فى أشهر الحج ثم أفسدها وأتمها على الفساد فأما اذا أحرم بها قبل أشهر الحج ثم أفسدها وأتمها على الفساد فان لم يخرج من الميقات حتى دخل أشهر الحج وقضى عمرته فى أشهر الحج ثم أحرم بالحج وحج من عامه ذلك فانه لا يكون متمتعا بالاجماع وحكمه كمكى تمتع لانه صار كواحد من

أهل مكة لما ذكرنا و يكون مسيأ وعليه لاساءته دم وان عاد الى أهله ثم عاد الى مكة محرما باحرام العمرة وقضى عمرته فى أشهر الحج ثم أحرم بالحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا بالاجماع لما مر وان عاد الى غير أهله ولحق بموضع لاهله التمتع والقران ثم عاد الى مكة محرما باحرام العمرة وقضى عمرته فى أشهر الحج ثم أحرم بالحج وحج من عامه ذلك فهذا على وجهين فى قول أبى حنيفة فى وجه يكون متمتعا وهو ما اذا رأى هلال شوال خارج الميقات ثم عاد الى مكة محرما باحرام العمرة وقضى عمرته فى أشهر الحج ثم أحرم بالحج وحج من عامه ذلك وفى وجه لا يكون متمتعا وهو ما اذا رأى هلال شوال داخل الميقات وعند أبى يوسف ومحمد يكون متمتعا فى الوجهين جميعا لهما أن لحوقه بذلك الموضع بمنزلة لحوقه باهله ولو لحق باهله يكون متمتعا فكذا هذا ولابى حنيفة ان فى الوجه الاول أدركته أشهر الحج وهو من أهل التمتع لانها أدركته خارج الميقات وفى الوجه الثانى أدركته وهو ليس من أهل التمتع لكونه ممنوعا شرعا عن التمتع ولا يزول المنع حتى يلحق باهله ولو اعتمر فى أشهر الحج ثم عاد الى أهله قبل ان يحل من عمرته وألم باهله وهو محرم ثم عاد الى مكة بذلك الاحرام وأتم عمرته ثم حج من عامه ذلك فهذا على ثلاثة أوجه فان كان طاف لعمرته شوطا أو شوطين أو ثلاثة أشواط ثم عاد الى أهله وهو محرم ثم رجع الى مكة بذلك الاحرام وأتم عمرته وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بالاجماع وان اعتمر وحل من عمرته ثم عاد الى أهله حلالا ثم عاد الى مكة وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا بالاجماع لان المامه باهله صحيح وانه يمنع التمتع وان رجع الى أهله بعد ما طاف أكثر طواف عمرته أوكله ولم يحل بعد ذلك وألم باهله محرما ثم عاد وأتم بقية عمرته وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لا يكون متمتعا وجه قوله انه أدى العمرة بسفرين وأكثرها حصل فى السفر الاول وهذا يمنع التمتع ولهما ان المامه باهله لم يصح بدليل انه يباح له العود الى مكة بذلك الاحرام من غير ان يحتاج الى احرام جديد فصار كانه أقام بمكة وكذا لو اعتمر فى أشهر الحج ومن نيته التمتع وساق الهدى لاجل تمتعه فلما فرغ منها عاد الى أهله محرما ثم عاد وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا فى قولهما لان المامه باهله لم يصح فصار كانه أقام بمكة وعند محمد لا يكون متمتعا ولو خرج المكى الى الكوفة فاحرم بالعمرة ثم دخل مكة فاحرم بالحج لم يكن متمتعا لانه حصل له الالمام بأهله بين الحجة والعمرة فمنع التمتع كالكوفى اذا رجع الى أهله وسواء ساق الهدى أو لم يسق يعنى اذا أحرم بالعمرة بعد ما خرج الى الكوفة وساق الهدى لم يكن متمتعا وسوقه الهدى لا يمنع صحة المامه بخلاف الكوفى لان الكوفى انما يمنع سوق الهدى صحة المامه لان العود مستحق عليه فاما المكى فلا يستحق عليه العود فصح المامه مع السوق كما يصح مع عدمه ولو خرج المكى الى الكوفة فقرن صح قرانه لان القران يحصل بنفس الاحرام فلا يعتبر فيه الالمام فصار بعوده الى مكة كالكوفى اذا قرن ثم عاد الى الكوفة وذكر ابن سماعة عن محمد أن قران المكى بعد خروجه الى الكوفة انما يصح اذا كان خروجه من مكة قبل اشهر الحج فاما اذا دخلت عليه أشهر الحج وهو بمكة ثم خرج الى الكوفة فقرن لم يصح قرانه لانه حين دخول الاشهر عليه كان على صفة لا يصح له التمتع ولا القران فى هذه السنة لانه فى أهله فلا يتغير ذلك بالخروج الى الكوفة وفى نوادر ابن سماعة عن محمد فيمن أحرم بعمرة فى رمضان وأقام على احرامه الى شوال من قابل ثم طاف لعمرته فى العام القابل من شوال ثم حج فى ذلك العام انه متمتع لانه باق على احرامه وقد أتى بافعال العمرة والحج فى أشهر الحج فصار كانه ابتدأ الاحرام بالعمرة فى أشهر الحج وحج من عامه ذلك ولو فعل ذلك كان متمتعا كذا هذا وعلى من وجب عليه ان يتحلل من الحج بعمرة فاخر الى العام القابل فتحلل بعمرة فى شوال وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لانه ما أتى بافعال العمرة لها بل للتحلل عن احرام الحج فلم تقع هذه الافعال معتدا بها عن العمرة فلم يكن متمتعا بخلاف الفصل الاول

❊(فصل)❊ وأما بيان ما يجب على المتمتع والقارن بسبب التمتع والقران اما المتمتع فيجب عليه الهدى بالاجماع والكلام فى الهدى فى مواضع فى تفسير الهدى وفى بيان وجوبه وفى بيان شرط الوجوب وفى بيان صفة الواجب

وفى

وفى بيان مكان اقامته وفى بيان زمان الاقامة أما الاول فالهدى المذكور فى آية التمتع اختلف فيه الصحابة رضى الله عنهم روى عن على وابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم انهم قالوا هو شاة وعن ابن عمر وعائشة رضى الله عنهم انه بدنة أو بقرة والحاصل ان اسم الهدى يقع على الابل والبقر والغنم لكن الشاة ههنا مرادة من الآية الكريمة باجماع الفقهاء حتى أجمعوا على جوازها عن المتعة والدليل عليه أيضا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الهدى فقال صلى الله عليه وسلم أدناه شاة الا أن البدنة أفضل من البقرة والبقرة أفضل من الشاة لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى تفسير الهدى أدناه شاة ففيه اشارة الى أن اعلاه البدنة والبقرة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال المبكر الى الجمعة كالمهدى بدنة ثم كالمهدى بقرة ثم كالمهدى شاة وكذا النبى صلى الله عليه وسلم ساق البدن ومعلوم أنه كان يختار من الاعمال أفضلها ولان البدنة أكثر لحما وقيمة من البقرة والبقرة أكثر لحما وقيمة من الشاة فكان انفع للفقراء فكان أفضل وأما وجوبه فانه واجب بالاجماع وبقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى أى فعليه ذبح ما استيسر من الهدى كما فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية الآية أى فحلق فعليه فدية وقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر معناه فافطر فليصم فى عدة من أيام أخر وأما شرط وجوبه فالقدرة عليه لان الله تعالى أوجب ما استيسر من الهدى ولا وجوب الا على القادر فان لم يقدر فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع الى أهله لقوله عز وجل فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة معناه فمن لم يجد الهدى فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم ولا يجوز له أن يصوم ثلاثة أيام فى أشهر الحج قبل أن يحرم بالعمرة بلا خلاف وهل يجوز له بعد ما أحرم بالعمرة فى أشهر الحج قبل أن يحرم بالحج قال أصحابنا يجوز سواء طاف لعمرته أو لم يطف بعد ان أحرم بالعمرة وقال الشافعى لا يجوز حتى يحرم بالحج كذا ذكر الفقيه أبو الليث الخلاف وذكر امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدى رحمه الله القياس أن لا يجوز ما لم يشرع فى الحج وهو قول زفر لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وانما يكون فى الحج بعد الشروع فيه وذلك بالاحرام ولان على أصل الشافعى دم المتعة دم كفارة وجب بجبر النقص وما لم يحرم بالحج لا يظهر النقص ولنا ان الاحرام بالعمرة سبب لوجود الاحرام بالحجة فكان الصوم تعجيلا بعد وجود السبب فجاز وقبل وجود العمرة لم يوجد السبب فلم يجز ولان السنة فى المتمتع ان يحرم بالحج عشية التروية كذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بذلك واذا كانت السنة فى حقه الاحرام بالحج عشية التروية فلا يمكنه صيام الثلاثة الايام بعد ذلك وانما بقى له يوم واحد لان أيام النحر والتشريق قد نهى عن الصيام فيها فلا بد من الحكم بجواز الصوم بعد احرام العمرة قبل الشروع فى الحج وأما الآية فقد قيل فى تأويلها ان المراد منها وقت الحج وهو الصحيح اذ الحج لا يصلح ظرفا للصوم والوقت يصلح ظرفا له فصار تقدير الآية الشريفة فصيام ثلاثة أيام فى وقت الحج كما فى قوله تعالى الحج أشهر معلومات أى وقت الحج أشهر معلومات وعلى هذا صارت الآية الشريفة حجة لنا عليه لان الله تعالى أوجب على المتمتع صيام ثلاثة أيام فى وقت الحج وهو أشهر الحج وقد صام فى أشهر الحج فجاز الا أن زمان ما قبل الاحرام صار مخصوصا من النص والافضل أن يصوم ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة بان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الله تعالى جعل صيام ثلاثة أيام بدلا عن الهدى وأفضل أوقات البدل وقت اليأس عن الاصل لما يحتمل القدرة على الاصل قبله ولهذا كان الافضل تأخير التيمم الى آخر وقت الصلاة لاحتمال وجود الماء قبله وهذه الايام آخر وقت هذا الصوم عندنا فاذا مضت ولم يصم فيها فقد فات الصوم وسقط عنه وعاد الهدى فان لم يقدر عليه تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدى وعند الشافعى لا يفوت بمضى هذه الايام ثم له قولان فى قول يصومها فى أيام التشريق وفى قول يصومها بعد أيام التشريق والصحيح قولنا لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج أى فى وقت الحج لما بينا عين وقت الحج لصوم هذه الايام الا أن يوم النحر خرج من أن

يكون وقتا لهذا الصوم بالاجماع وما رواه ليس وقت الحج فلا يكون محلا لهذا الصوم وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال المتمتع انما يصوم قبل يوم النحر وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتاه يوم النحر وهو متمتع لم يصم فقال له عمر رضي الله عنه اذبح شاة فقال الرجل ما أجدها فقال له عمر سل قومك فقال ليس ههنا منهم أحد فقال عمر رضي الله عنه يا مغيث أعطه عني ثمن شاة والظاهر أنه قال ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مثل ذلك لا يعرف رأيا واجتهادا وأما صوم السبعة فلا يجوز قبل الفراغ من أفعال الحج بالاجماع وهل يجوز بعد الفراغ من أفعال الحج بمكة قبل الرجوع الى الاهل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا بعد الرجوع الى الاهل الا اذا نوى الاقامة بمكة فيصومها بمكة فيجوز واحتج بقوله تعالى وسبعة اذا رجعتم أي اذا رجعتم الى أهليكم ولنا هذه الآية بعينها لانه قال عز وجل اذا رجعتم مطلقا فيقتضي أنه اذا رجع من منى الى مكة وصامها يجوز وهكذا قال بعض أهل التأويل اذا رجعتم من منى وقال بعضهم اذا فرغتم من أفعال الحج وقيل اذا أتى وقت الرجوع ولو وجد الهدى قبل أن يشرع في صوم ثلاثة أيام أو في خلال الصوم أو بعد ما صام فوجده في أيام النحر قبل أن يحلق أو يقصر يلزمه الهدى ويسقط حكم الصوم عندنا وقال الشافعي لا يلزمه الهدى ولا يبطل حكم الصوم والصحيح قولنا لان الصوم بدل عن الهدى وقد قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فبطل حكم البدل كما لو وجد الماء في خلال التيمم ولو وجد الهدى في أيام الذبح أو بعد ما حلق أو قصر حل قبل أن يصوم السبعة صح صومه ولا يجب عليه الهدى لان المقصود من البدل وهو التحلل قد حصل فالقدرة على الاصل بعد ذلك لا تبطل حكم البدل كما لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء واختلف أبو بكر الرازي وأبو عبد الله الجرجاني في صوم السبعة قال الجرجاني انه ليس ببدل بدليل أنه يجوز مع وجود الهدى بالاجماع ولا جواز للبدل مع وجود الاصل كما في التراب مع الماء ونحو ذلك وقال الرازي انه بدل لانه لا يجب الا حال العجز عن الاصل وجوازه حال وجود الاصل لا يخرجه عن كونه بدلا ولو صام ثلاثة أيام ولم يحل حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدى فصومه ماض ولا هدى عليه كذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ذكره الكرخي في مختصره لان الذبح يتوقت بأيام الذبح عندنا فاذا مضت فقد حصل المقصود وهو اباحة التحلل فكأنه تحلل ثم وجد الهدى وأما صفة الواجب فقد اختلف فيها قال أصحابنا انه دم نسك وجب شكرا لما وفق للجمع بين النسكين بسفر واحد فله أن يأكل منه ويطعم من شاء غنيا كان المطعم أو فقيرا ويستحب له أن يأكل الثلث ويتصدق بالثلث ويهدى الثلث لاقربائه وجيرانه سواء كانوا فقراء أو أغنياء كدم الاضحية لقوله عز وجل فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقال الشافعي انه دم كفارة وجب جبرا للنقص بترك احدى السفرتين لان الافراد أفضل عنده لا يجوز للغني أن يأكل منه وسبيله سبيل دماء الكفارات وأما القارن فحكمه حكم المتمتع في وجوب الهدى عليه ان وجد والصوم ان لم يجد واباحة الاكل من لحمه للغني والفقير لانه في معنى المتمتع فيما لاجله وجب الدم وهو الجمع بين الحجة والعمرة في سفر واحد وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا فنحر البدن وأمر عليا رضي الله عنه فأخذ من كل بدنة قطعة فطبخها وأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم من لحمها وحسا من مرقها وأما مكان هذا الدم فالحرم لا يجوز في غيره لقوله تعالى والهدى معكوفا أن يبلغ محله ومحله الحرم والمراد منه هدى المتعة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى والهدى اسم لما يهدى الى بيت الله الحرام أي يبعث وينقل اليه وأما زمانه فأيام النحر حتى لو ذبح قبلها لم يجز لانه دم نسك عندنا فيتوقت بأيام النحر كالاضحية وأما بيان أفضل أنواع ما يحرم به فظاهر الرواية عن أصحابنا أن القران أفضل ثم التمتع ثم الافراد وروى عن أبي حنيفة أن الافراد أفضل من التمتع وبه أخذ الشافعي وقال مالك التمتع أفضل وذكر محمد في كتاب الرد على أهل المدينة أن حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل احتج الشافعي بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفرد بالحج عام حجة الوداع فدل أن الافراد أفضل اذ هو صلى الله عليه وسلم كان يختار من الاعمال أفضلها ولنا أن المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قرن بين الحج والعمرة رواه عمر وعلي وابن عباس

وجابر

وجابر وأنس رضى الله عنهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أتانى آت من ربى وأنا بالعقيق فقال قم فصل فى هذا الوادى المبارك ركعتين وقل لبيك بعمرة فى حجة حتى روى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصرخ بهما صراخا ويقول لبيك بعمرة فى حجة فدل أنه صلى الله عليه وسلم كان قارنا وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال تابعوا بين الحج والعمرة فان المتابعة بينهما تزيد فى العمر وتنفى الفقر ولان القران والتمتع جمع بين عبادتين باحرامين فكان أفضل من اتيان عبادة واحدة باحرام واحد وانما كان القران أفضل من التمتع لان القارن حجته وعمرته آفاقيتان لانه يحرم بكل واحدة منهما من الآفاق والمتمتع عمرته آفاقية وحجته مكية لانه يحرم بالعمرة من الآفاق وبالحجة من مكة والحجة الآفاقية أفضل من الحجة المكية لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وروينا عن على وابن مسعود رضى الله عنهما انهما قالا اتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك وما كان أتم فهو أفضل وأما ما رواه الشافعى فالمشهور ما روينا والعمل بالمشهور أولى مع ما أن فيما روينا زيادة ليست فى روايته والزيادة برواية العدل مقبولة على انا نجمع بين الروايتين على ما هو الاصل عند تعارض الدليلين أنه يعمل بهما بالقدر الممكن فنقول كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قارنا لكنه كان يسمى العمرة والحجة فى التلبية بهما مرة وكان صلى الله عليه وسلم يلبى بهما لكنه كان يسمى باحداهما مرة اذ تسمية ما يحرم به فى التلبية ليس بشرط لصحة التلبية فراوى الافراد سمعه يسمى الحجة فى التلبية فبنى الامر على الظاهر فظنه مفردا فروى الافراد وراوى القران وقف على حقيقة الحال فروى القران

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المحرم اذا منع عن المضى فى الاحرام وهو المسمى بالمحصر فى عرف الشرع فالكلام فى الاحصار فى الاصل فى ثلاث مواضع فى تفسير الاحصار انه ما هو ومم يكون وفى بيان حكم الاحصار وفى بيان حكم زوال الاحصار أما الأول فالمحصر فى اللغة هو الممنوع والاحصار هو المنع وفى عرف الشرع هو اسم لمن أحرم ثم منع عن المضى فى موجب الاحرام سواء كان المنع من العدو أو المرض أو الحبس أو الكسر أو العرج وغيرها من الموانع من اتمام ما أحرم به حقيقة أو شرعا وهذا قول أصحابنا وقال الشافعى لا احصار الا من العدو ووجه قوله أن آية الاحصار وهى قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى نزلت فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أحصروا من العدو وفى آخر الآية الشريفة دليل عليه وهو قوله عز وجل فاذا أمنتم والامان من العدو يكون وروى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما انهما قالا لا حصر الا من عدو ولنا عموم قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى والاحصار هو المنع والمنع كما يكون من العدو يكون من المرض وغيره والعبرة بعموم اللفظ عندنا لا بخصوص السبب اذ الحكم يتبع اللفظ لا السبب وعن الكسائى وأبى معاذ ان الاحصار من المرض والحصر من العدو فعلى هكذا كانت الآية خاصة فى الممنوع بسبب المرض وأما قوله عز وجل فاذا أمنتم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما أن الامن كما يكون من العدو يكون من زوال المرض لانه اذا زال مرض الانسان أمن الموت منه أو أمن زيادة المرض وكذا بعض الامراض قد تكون أمانا من البعض كما قال النبى صلى الله عليه وسلم الزكام أمان من الجذام والثانى أن هذا يدل على ان المحصر من العدو مراد من الآية الشريفة وهذا لا ينفى كون المحصر من المرض مرادا منها وما روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما انه ان ثبت فلا يجوز ان ينسخ به مطلق الكتاب كيف وانه لا يرى نسخ الكتاب بالسنة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل وقوله حل أى جاز له أن يحل بغير دم لانه لم يؤذن له بذلك شرعا وهو كقول النبى صلى الله عليه وسلم اذا أقبل الليل من ههنا وأدبر النهار من ههنا فقد أفطر الصائم ومعناه أى حل له الافطار فكذا ههنا معناه حل له ان يحل ولانه انما صار محصرا من العدو ومن خصاله التحلل لمعنى هو موجود فى المرض وغيره وهو الحاجة الى الترفيه والتيسير لما يلحقه من الضرر والحرج بابقائه على الاحرام مدة مديدة والحاجة الى الترفيه والتيسير متحققة فى المريض ونحوه فيتحقق الاحصار ويثبت موجبه بل أولى لانه يملك دفع

شر العدو عن نفسه بالقتال فيدفع الاحصار عن نفسه ولا يمكنه دفع المرض عن نفسه فلما جعل ذلك عذرا فلان يجعل هذا عذرا أولى والله اعلم وسواء كان العدو والمانع كافرا أو مسلما لتحقق الاحصار منهما وهو المنع عن المضى فى موجب الاحرام فيدخل تحت عموم الآية وكذا ماذكرنا من المعنى الموجب لثبوت حكم الاحصار وهو اباحة التحلل وغيره لا يوجب الفصل بين الاحصار من المسلم ومن الكافر ولو سرقت نفقته أو هلكت راحلته فان كان لا يقدر على المشى فهو محصر لانه منع من المضى فى موجب الاحرام فكان محصرا كما لو منعه المرض وان كان يقدر على المشى فليس بمحصر لانه قادر على المضى فى موجب الاحرام فلا يجوز له التحلل ويجب عليه المشى الى الحج ان كان محرما بالحج ويجوز ان لا يجب على الانسان المشى الى الحج ابتداء ويجب عليه بعد الشروع فيه كالفقير الذى لا زاد له ولا راحلة شرع فى الحج انه يجب عليه المشى وان كان لا يجب عليه ابتداء قبل الشروع كذا هذا قال أبو يوسف فان قدر على المشى فى الحال وخاف ان يعجز جاز له التحلل لان المشى الذى لا يوصله الى المناسك وجوده والعدم بمنزلة واحدة فكان محصرا فيجوز له التحلل كما لو لم يقدر على المشى اصلا وعلى هذا يخرج المرأة اذا احرمت ولا زوج لها ومعها محرم فمات محرمها أو أحرمت ولا محرم معها ولكن معها زوجها فمات زوجها انها محصرة لانها ممنوعة شرعا من المضى فى موجب الاحرام بلا زوج ولا محرم وعلى هذا يخرج ما اذا أحرمت بحجة التطوع ولها محرم وزوج فمنعها زوجها انها محصرة لان للزوج أن يمنعها من حجة التطوع كما أن له أن يمنعها عن صوم التطوع فصارت ممنوعة شرعا بمنع الزوج فصارت محصرة كالممنوع حقيقة بالعدو وغيره وان أحرمت ومعها محرم وليس لها زوج فليست بمحصرة لانها غير ممنوعة عن المضى فى موجب الاحرام حقيقة وشرعا وكذلك اذا كان لها محرم ولها زوج فاحرمت باذن الزوج انها لا تكون محصرة وتمضى فى احرامها لان الزوج اسقط حق نفسه بالاذن وان أحرمت وليس لها محرم فان لم يكن لها زوج فهى محصرة لانها ممنوعة عن المضى فى موجب الاحرام بغير زوج ولا محرم وان كان لها زوج فان احرمت بغير اذنه فكذلك لانها ممنوعة من المضى بغير اذن الزوج وان احرمت باذنه لا تكون محصرة لانها غير ممنوعة وان احرمت بحجة الاسلام ولا محرم لها ولا زوج فهى محصرة لانها ممنوعة عن المضى فى موجب الاحرام لحق الله تعالى وهذا المنع أقوى من منع العباد وان كان لها محرم وزوج ولها استطاعة عند خروج أهل بلدها فليست بمحصرة لانه ليس للزوج ان يمنعها من الفرائض كالصلوات المكتوبة وصوم رمضان وان كان لها زوج ولا محرم معها فمنعها الزوج فهى محصرة فى ظاهر الرواية لان الزوج لا يجبر على الخروج ولا يجوز لها الخروج بنفسها ولا يجوز للزوج أن يأذن لها بالخروج ولو أذن لا يعمل اذنه فكانت محصرة وهل للزوج أن يحللها روى عن أبى حنيفة أن له أن يحللها لانها لما صارت محصرة ممنوعة عن الخروج والمضى بمنع الزوج صار هذا كحج التطوع وهناك للزوج أن يحللها فكذا هذا ولو أحرم العبد والامة بغير اذن المولى فهو محصر لانه ممنوع عن المضى بغير اذنه وللولى أن يحلله وان كان باذنه فللمولى أن يمنعه الا أنه يكره له ذلك لانه خلف فى الوعد ولا يكون الحاج محصرا بعد ما وقف بعرفة ويبقى محرما عن النساء الى أن يطوف طواف الزيارة وانما قلنا انه لا يكون محصرا لقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى أى فان أحصرتم عن اتمام الحج والعمرة لانه مبنى على قوله وأتموا الحج والعمرة لله وقد تم حجه بالوقوف لقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه وبعد تمام الحج لا يتحقق الاحصار ولان المحصر اسم لفائت الحج وبعد وجود الركن الاصلى وهو الوقوف لا يتصور الفوات فلا يكون محصرا ولكنه يبقى محرما عن النساء الى أن يطوف طواف الزيارة لان التحلل عن النساء لا يحصل بدون طواف الزيارة فان منع حتى مضى أيام النحر والتشريق ثم خلى سبيله يسقط عنه الوقوف بمزدلفة ورمى الجمار وعليه دم لترك الوقوف بمزدلفة ودم لترك الرمى لان كل واحد منهما واجب وعليه أن يطوف طواف الزيارة وطواف الصدر وعليه لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر دم عند أبى حنيفة وكذا عليه لتأخير الحلق عن أيام النحر دم عنده وعندهما لا شئ عليه والمسئلة مضت فى

موضعها ولا احصار بعد ماقدم مكة أو الحرم ان كان لا يمنع من الطواف ولم يذكر في الاصل أنه ان منع من الطواف ماذا حكمه وذكر الجصاص انه ان قدر على الوقوف والطواف جميعا أو قدر على أحدهما فليس بمحصر وان لم يقدر على واحد منهما فهو محصر وروى عن أبي يوسف أنه لا يكون الرجل محصرا بعد مادخل الحرم الا أن يكون بمكة عدو غالب يحول بينه و بين الدخول الى مكة كما حال المشركون بين رسول الله صلى الله عليه وسلم و بين دخول مكة فاذا كان كذلك فهو محصر وروى عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة هل على أهل مكة احصار فقال لا فقلت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية فقال كانت مكة اذ ذاك حربا وهي اليوم دار اسلام وليس فيها احصار والصحيح ماذكره الجصاص من التفصيل انه ان كان يقدر على الوقوف أو على الطواف لا يكون محصرا وان لم يقدر على واحد منهما يكون محصرا أما اذا كان يقدر على الوقوف فلما ذكرنا وأما اذا كان يصل الي الطواف فلان التحلل بالدم انما رخص للمحصر لتعذر الطواف فاتما مقامه بدلا عنه بمنزلة فائت الحج أنه يتحلل بعمل العمرة وهو الطواف فاذا قدر على الطواف فقد قدر على الاصل فلا يجوز التحلل وأما اذا لم يقدر على الوصول الى أحدهما فلانه في حكم المحصر في الحل فيجوز له أن يتحلل والله عز وجل أعلم ثم الاحصار كما يكون عن الحج يكون عن العمرة عند عامة العلماء وقال بعضهم لا احصار عن العمرة وجه قوله أن الاحصار لخوف الفوت والعمرة لا تحتمل الفوت لان سائر الاوقات وقت لها فلا يخاف فوتها بخلاف الحج فانه يحتمل الفوت فيتحقق الاحصار عنه ولنا قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى عقيب قوله عز وجل وأتموا الحج والعمرة لله فكان المراد منه والله أعلم فان أحصرتم عن اتمامهما فما استيسر من الهدى وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم حصروا بالحديبية فحال كفار قريش بينهم و بين البيت وكانوا معتمرين فنحروا هديهم وحلقوا رؤسهم وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه عمرتهم في العام القابل حتى سميت عمرة القضاء ولان التحلل بالهدى في الحج لمعنى هو موجود في العمرة وهو ماذكرنا من التضرر بامتداد الاحرام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الاحصار فالاحصار يتعلق به أحكام لكن الاصل فيه حكمان أحدهما جواز التحلل عن الاحرام والثاني وجوب قضاء ما أحرم به بعد التحلل أما جواز التحلل فالكلام فيه في مواضع في تفسير التحلل وفي بيان جوازه وفي بيان ما يتحلل به وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان حكم التحلل أما الاول فالتحلل هو فسخ الاحرام والخروج منه بالطريق الموضوع له شرعا وأما دليل جوازه فقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى وفيه اضمار ومعناه والله أعلم فان أحصرتم عن اتمام الحج والعمرة وأردتم أن تحلوا فاذبحوا ما تيسر من الهدى اذ الاحصار نفسه لا يوجب الهدى ألا ترى أن له أن لا يتحلل ويبقى محرما كما كان الى أن يزول المانع فيمضي في موجب الاحرام وهو كقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية معناه فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه فحلق ففدية والا فكون الاذى في رأسه لا يوجب الفدية وكذا قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر معناه فأفطر فعدة من أيام أخر والا فنفس المرض والسفر لا يوجب الصوم في عدة من أيام أخر وكذا قوله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه معناه فأكل فلا اثم عليه والا فنفس الاضطرار لا يوجب الاثم كذا ههنا ولان المحصر محتاج الى التحلل لانه منع عن المضي في موجب الاحرام على وجه لا يمكنه الدفع فلو لم يجز له التحلل لبقي محرما لا يحل له ما حظره الاحرام الى أن يزول المانع فيمضي في موجب الاحرام وفيه من الضرر والحرج ما لا يخفى فمست الحاجة الى التحلل والخروج من الاحرام دفعا للضرر والحرج وسواء كان الاحصار عن الحج أو عن العمرة أو عنهما عند عامة العلماء لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يتحلل به فالمحصر نوعان نوع لا يتحلل الا بالهدى ونوع يتحلل بغير الهدى أما الذي لا يتحلل الا بالهدى فكل من منع من المضي في موجب الاحرام حقيقة أو منع منه شرعا حقا لله تعالى لا لحق العبد على ماذكرنا فهذا لا يتحلل

الا بالهدى وهو أن يبعث بالهدى أو بثمنه ليشترى به هديا فيذبح عنه وما لم يذبح لا يحل وهذا قول عامة العلماء
سواء كان شرط عند الاحرام الاحلال بغير ذبح عند الاحصار أو لم يشترط وقال بعض الناس المحصر يحل بغير
هدى الا اذا كان معه هدى فيذبحه و يحل وقيل انه قول مالك وقال بعضهم ان كان لم يشترط عند الاحرام الاحلال
عند الاحصار من غير هدى لا يحل الا بالهدى وان كان شرط عند الاحرام الاحلال عند الاحصار من غير هدى
لا يحل الا بالهدى احتج من قال بالتحلل من غير هدى بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل
عام الحديبية عن احصاره بغير هدى لان الهدى الذى نحره كان هديا ساقه لعمرته لا لاحصاره فنحر هديه
على النية الاولى وحل من احصاره بغير دم فدل أن المحصر يحل بغير هدى يحقق ما قلنا انه ليس فى حديث صلح
الحديبية أنه نحر دمين وانما نحر دما واحدا ولو كان المحصر لا يحل الا بدم لنحر دمين وانه غير منقول ولنا
قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله معناه حتى يبلغ الهدى محله فيذبح نهى عز وجل عن حلق
الرأس قبل ذبح الهدى فى محله وهو الحرم من غير فصل بين ما اذا كان معه هدى وقت الاحصار أم لا شرط المحصر
عند الاحرام الاحلال عند الاحصار أو لم يشرط فيجرى على اطلاقه ولان شرع التحلل ثبت بطريق الرخصة
لما فيه من فسخ الاحرام والخروج منه قبل أوانه فكان ثبوته بطريق الضرورة والضرورة تندفع بالتحلل
بالهدى فلا يثبت التحلل بدونه وأما الحديث فليس فيه ما يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم حل عام الحديبية
عن احصاره بغير هدى اذ لا يتوهم على النبى صلى الله عليه وسلم أن يكون حل من احصاره بغير هدى والله تعالى أمر
المحصر أن لا يحل حتى ينحر هديه بنص الكتاب العزيز ولكن وجه ذلك والله أعلم وهو معنى المروى فى حديث صلح
الحديبية انه نحر دما واحدا ان الهدى الذى كان ساقه النبى صلى الله عليه وسلم كان هدى متعة أو قران فلما منع
عن البيت سقط عنه دم القران فجاز له ان يجعله من دم الاحصار فان قيل كيف قلتم ان النبى صلى الله عليه وسلم
صرف الهدى عن سبيله وأنتم تزعمون ان من باع هدية التطوع فهو مسئ لما انه صرفه عن سبيله فالجواب انه
لا مشابهة بين الفصلين لان الذى باعه صرفه عن سبيل التقرب به الى الله تعالى رأسا فاما النبى صلى الله عليه وسلم
فلم يصرف الهدى عن سبيل التقرب أصلا ورأسا بل صرفه الى ما هو أفضل وهو الواجب وهو دم الاحصار ومما
يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم حل الهدى لاحصاره ما روى انه لم يحلق حتى نحر هديه وقال أيها الناس
انحروا واحلوا والله عز وجل أعلم واذا لم يتحلل الا بالهدى وأراد التحلل يجب ان يبعث الهدى أو ثمنه ليشترى به
الهدى فيذبح عنه و يجب أن يواعدهم يوما معلوما يذبح فيه فيحل بعد الذبح ولا يحل قبله بل يحرم عليه كما يحرم
على المحرم غير المحصر فلا يحلق رأسه ولا يفعل شيأ من محظورات الاحرام حتى يكون اليوم الذى واعدهم فيه
و يعلم ان هديه قد ذبح لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله حتى لو فعل شيأ من محظورات الاحرام
قبل ذبح الهدى يجب عليه ما يجب على المحرم اذا لم يكن محصرا وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى فى موضعه حتى لو
حلق قبل الذبح يجب عليه الفدية سواء حلق لغير عذر أو لعذر لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه
ففدية من صيام أو صدقة أو نسك أى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه فحلق ففدية من صيام أو صدقة
أو نسك كقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فأفطر فعدة من أيام أخر وعن كعب
ابن عجرة قال فى نزلت الآية وذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بى والقمل يتناثر على وجهى فقال صلى الله عليه
وسلم أيؤذيك هوام رأسك فقلت نعم يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم احلق واطعم ستة مساكين لكل مسكين
نصف صاع من حنطة أو صم ثلاثة أيام أو انسك نسيكة فنزلت الآية والنسك جمع نسيكة والنسيكة الذبيحة
والمراد منه الشاة لاجماع المسلمين على ان الشاة مجزئة فى الفدية وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لكعب بن عجرة انسك شاة واذا وجبت الفدية عليه اذا حلق رأسه لاذى بالنص فيجب عليه اذا حلق
لا لاذى بدلالة النص لان العذر سبب تخفيف الحكم فى الجملة فلما وجب فى حال الضرورة ففى حال الاختيار

أولى ولا يجزئ دم الفدية الا في الحرم كدم الاحصار ودم المتعة والقران وأما الصدقة والصوم فانهما يجزيان حيث شاء وقال الشافعي لا تجزئ الصدقة الا بمكة ووجه قوله ان الهدى يختص بمكة فكذا الصدقة والجامع بينهما ان أهل الحرم ينتفعون بذلك ولنا قوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك مطلقا عن المكان الا أن النسك قيد بالمكان بدليل فمن ادعى تقييد الصدقة فعليه الدليل وأما قوله ان الهدى انما اختص بالحرم لينتفع به أهل الحرم فكذا الصدقة فنقول هذا الاعتبار فاسد لانه لا خلاف في انه لو ذبح الهدى في غير الحرم وتصدق بلحمه في الحرم انه لا يجوز ولو ذبح في الحرم وتصدق به على غير أهل الحرم يجوز والدليل على التفرقة بين الهدى والاطعام ان من قال لله على أن أهدى ليس له أن يذبح الا بمكة ولو قال لله على اطعام عشرة مساكين أو لله على عشرة دراهم صدقة له ان يطعم ويتصدق حيث شاء فدل على التفرقة بينهما ولو حل على ظن انه ذبح عنه ثم تبين انه لم يذبح فهو محرم كما كان لا يحل ما لم يذبح عنه لعدم شرط الحل وهو ذبح الهدى وعليه لاحلاله تناول محظور احرامه دم لانه جنى على احرامه فيلزمه الدم كفارة لذنبه ثم الهدى بدنة أو بقرة أو شاة وأدناه شاة لما روينا ولان الهدى في اللغة اسم لما يهدى أي يبعث وينقل وفي الشرع اسم لما يهدى الى الحرم وكل ذلك مما يهدى الى الحرم والافضل هو البدنة ثم البقرة لما ذكرنا في المتمتع ولما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أحصر بالحديبية نحر البدن وكان يختار من الاعمال أفضلها وان كان قارنا لا يحل الا بدمين عندنا وعند الشافعي يحل بدم واحد بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان القارن محرم باحرامين فلا يحل الا بهديين وعنده محرم باحرام واحد ويدخل احرام العمرة في الحجة فيكفيه دم واحد ولو بعث القارن بهديين ولم يبين أيهما للحج وأيهما للعمرة لم يضره لان الموجب لهما واحد فلا يشترط فيه تعيين النية كقضاء يومين من رمضان ولو بعث القارن بهدى واحد ليتحلل من الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل من واحد منهما لان تحلل القارن من أحد الاحرامين متعلق بتحلله من الآخر لان الهدى بدل عن الطواف ثم لا يتحلل بأحد الطوافين عن أحد الاحرامين فكذا بأحد الهديين ولو كان احرم بشئ واحد لا ينوى حجة ولا عمرة ثم أحصر يحل بهدى واحد وعليه عمرة استحسانا لان الاحرام بالمجهول صحيح لما ذكرنا فيما تقدم وكان البيان اليه ان شاء صرفه الى الحج وان شاء الى العمرة لانه هو المجمل فكان البيان اليه كما في الطلاق وغيره والقياس ان لا تتعين العمرة بالاحصار لعدم التعيين قولا ولا فعلا لان ذلك ان يأخذ في عمل أحدهما ولم يوجد الا انهم استحسنوا وقالوا تتعين العمرة بالاحصار لان العمرة أقلهما وهو متيقن ولو كان أحرم بشئ واحد وسماه ثم نسيه وأحصر يحل بهدى واحد وعليه حجة وعمرة اما الحل بهدى واحد فلانه محرم باحرام واحد وأيهما كان فانه يقع التحلل منه بدم واحد واما لزوم حجة وعمرة فلانه يحتمل انه كان قد أحرم بحجة ويحتمل بعمرة فان كان احرامه بحجة فالعمرة لا تنوب منابها وان كان بالعمرة فالحجة لا تنوب منابها فيلزمه ان يجمع بينهما احتياطا ليسقط الفرض عن نفسه بيقين كمن نسى صلاة من الصلوات الخمس انه يجب عليه اعادة خمس صلوات ليسقط الفرض عن نفسه بيقين كذا هذا وكذلك ان لم يحصر ووصل فعليه حجة وعمرة ويكون عليه ما على القارن لانه جمع بين الحج والعمرة على طريق النسك واما مكان ذبح الهدى فالحرم عندنا وقال الشافعي له ان يذبح في الموضع الذي أحصر فيه احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الهدى عام الحديبية ولم يبلغنا انه نحر في الحرم ولان التحلل بالهدى ثبت رخصة وتيسيرا وذلك في الذبح في أي موضع كان ولنا قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ولو كان كل موضع محلا له لم يكن لذكر المحل فائدة ولانه عز وجل قال ثم محلها الى البيت العتيق أي الى البقعة التي فيها البيت بخلاف قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ان المراد منه نفس البيت لان هناك ذكر بالبيت وههنا ذكر الى البيت وأما ما روى من الحديث فقد روى في رواية أخرى انه نحر هديه عام الحديبية في الحرم فتعارضت الروايات فلم يصح الاحتجاج به وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل الحديبية فحال المشركون بينه وبين دخول مكة فجاء

سهيل بن عمرو يعرض عليه الصلح وان يسوق البدن و ينحر حيث شاء فصالحه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يحتمل أن ينحر رسول الله صلى الله عليه وسلم بدنه في الحل مع امكان النحر في الحرم وهو بقرب الحرم بل هو فيه وروى عن مروان والمسور بن مخرمة قالا نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم فهذا يدل على أنه كان قادرا على أن ينحر بدنه في الحرم حيث كان يصلي في الحرم ولا يحتمل أن يترك نحر البدن في الحرم وله سبيل النحر في الحرم ولان الحديبية مكان يجمع الحل والحرم جميعا فلا يحتمل أن ينحر في الحل مع كونه قادرا على النحر في الحرم ولو حل من احرامه على ظن أنهم ذبحوا عنه في الحرم ثم ظهر انهم ذبحوا في غير الحرم فهو على احرامه ولا يحل منه الا بذبح الهدى في الحرم لفقد شرط التحلل وهو الذبح في الحرم فبقي محرما كما كان وعليه لاحلاله في تناوله محظورات احرامه دم لما قلنا وكذلك لو بعث الهدى وواعدهم أن يذبحوا عنه في الحرم في يوم بعينه ثم حل من احرامه على ظن انهم ذبحوا عنه فيه ثم تبين انهم لم يذبحوا فانه يكون محرما لما قلنا ولو بعث هديين وهو مفرد فانه يحل من احرامه بذبح الاول منهما و يكون الآخر تطوعا لوجود شرط الحل عند وجود ذبح الاول منهما ولو كان قارنا لا يحل الا بذبحهما ولا يحل بذبح الاول لان شرط الحل في حقه الزمان فما لم يوجد لا يحل ولو أراد ان يتحلل بالهدى فلم يجد هديا يبعث ولا ثمنه هل يحل بالصوم و يكون الصوم بدلا عنه قال أبو حنيفة ومحمد لا يحل بالصوم وليس الصوم بدلا عن هدى المحصر وهو ظاهر قول أبي يوسف و يقيم حراما حتى يذبح الهدى عنه في الحرم أو يذهب الى مكة فيحل من احرامه بافعال العمرة وهو الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة و يحلق أو يقصر كما يفعله اذا فاته الحج وهو أحد قولي الشافعي وقال عطاء بن أبي رباح في المحصر لا يجد الهدى قوم الهدى طعاما وتصدق به على المساكين فان لم يكن عنده طعام صام لكل نصف صاع يوما وهو مروى عن أبي يوسف وقال الشافعي في قول ان الهدى للاحصار بدلا واختلف قوله في ماهية البدل فقال في قول البدل هو الصوم مثل صوم المتعة وفي قول البدل هو الاطعام وهل يقوم الصوم مقامه له فيه قولان وجه قول من قال ان له بدلا ان هذا دم يقع به التحلل فجاز ان يكون له بدل كدم المتعة ولنا قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله أي حتى يبلغ الهدى محله فيذبح نهى الله عن حلق الرأس ممدودا الى غاية ذبح الهدى والحكم الممدود الى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية فيقتضي أن لا يتحلل مالم يذبح الهدى سواء صام أو أطعم أولا ولان التحلل بالدم قبل اتمام مواجب الاحرام عرف بالنص بخلاف القياس فلا يجوز اقامة غيره مقامه بالرأى واما الحلق فليس بشرط للتحلل و يحل المحصر بالذبح بدون الحلق في قول أبي حنيفة ومحمد وان حلق فحسن وقال أبو يوسف أرى عليه أن يحلق فان لم يفعل فلا شئ عليه وروى عنه أنه قال هو واجب لا يسعه تركه وذكر الجصاص وقال انما لا يجب الحلق عندهما اذا أحصر في الحل لان الحلق يختص بالحرم فأما اذا أحصر في الحرم يجب الحلق عندهما احتج أبو يوسف بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وأمر أصحابه بالحلق فدل أن الحلق واجب ولهما قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدى معناه فان أحصرتم وأردتم أن تحلوا فاذبحوا ما استيسر من الهدى جعل ذبح الهدى في حق المحصر اذا أراد الحل كل موجب الاحصار فمن أوجب الحلق فقد جعله بعض الموجب وهذا خلاف النص ولأن الحلق للتحلل عن افعال الحج والمحصر لا يأتي بافعال الحج فلا حلق عليه وأما الحديث فعلى ماذكره الجصاص لا حجة فيه لان الحديبية بعضها في الحل و بعضها في الحرم فيحتمل انه أحصر في الحرم فامر بالحلق واما على جواب المذكور في الاصل فهو محمول على الندب والاستحباب واما زمان ذبح الهدى فمطلق الوقت لا يتوقت بيوم النحر سواء كان الاحصار عن الحج أو عن العمرة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان المحصر عن الحج لا يذبح عنه الا في أيام النحر لا يجوز في غيرها ولا خلاف في المحصر عن العمرة انه يذبح عنه في اى وقت كان وجه قولهما ان هذا الدم سبب التحلل من احرام الحج فيختص بزمان التحلل كالحلق بخلاف العمرة فان التحلل من احرامها بالحلق لا يختص بزمان فكذا

بالهدى

بالهدى ولأبي حنيفة ان التحلل من المحصر تحلل قبل أوان التحلل يباح لضرورة دفع الضرر ببقائه محرما رخصة وتيسيرا فلا يختص بيوم النحر كالطواف الذي يتحلل به فائت الحج اذا لم يحصر فائت الحج والله اعلم وأما حكم التحلل فصيرورته حلالا يباح له تناول جميع ما حظره الاحرام لارتفاع الحاظر فيعود حلالا كما كان قبل الاحرام وأما الذي يتحلل به بغير ذبح الهدى فكل محصر منع عن المضي في موجب الاحرام شرعا لحق العبد كالمرأة والعبد الممنوعين شرعا لحق الزوج والمولى بأن أحرمت المرأة بغير اذن زوجها أو احرم العبد بغير اذن مولاه فللزوج والمولى أن يحللهما في الحال من غير ذبح الهدى فيقع الكلام في هذا في موضعين أحدهما في جواز هذا النوع من التحلل والثاني في بيان ما يتحلل به اما الجواز فلأن منافع بضع المرأة حق الزوج وملكه عليها فيحتاج الى استيفاء حقه ولا يمكنه ذلك مع قيام الاحرام فيحتاج الى التحلل ولا سبيل الى توقيفه على ذبح الهدى في الحرم لما فيه من ابطال حقه للحال فكان له ان يحللها للحال وعلى المرأة ان تبعث الهدى أو ثمنه الى الحرم ليذبح عنها لانها تحللت بغير طواف وعليها حجة وعمرة كما على الرجل المحصر اذا تحلل بالهدى بخلاف ما اذا أحرمت بحجة الاسلام ولا زوج لها ولا محرم أو كان لها زوج أو محرم فمات انها لا تحلل الا بالهدى لان المنع هناك لحق الله تعالى لا لحق العبد فكان تحللها جائزا لا حقا مستحقا عليها الا حد ألا ترى ان لها ان تبقى على احرامها ما لم تجد محرما أو زوجا فكان تحللها بما هو الموضوع للتحلل في الاصل وهو ذبح الهدى فهو الفرق وكذا العبد منافعه ملك المولى فيحتاج الى تصريفه في وجوه مصالحه ولا يمكنه ذلك مع قيام الاحرام فيحتاج الى التحلل في الحال لما فيه من التوقيف على ذبح الهدى في الحرم من تعطيل مصالحه فيحلله المولى للحال وعلى العبد اذا عتق هدى الاحصار وقضاء حجة وعمرة لان الحج وجب عليه بالشروع لكونه مخاطبا أهلا الا أنه تعذر عليه المضي لحق المولى فاذا عتق زال حقه وتجب عليه العمرة لفوات الحج في عامه ذلك ولو كان احرم العبد باذن مولاه يكره للمولى أن يحلله بعد ذلك لانه رجوع عما وعد وخلف في الوعد فيكره ولو حلله جاز لان العبد بمنافعه ملك المولى وروى عن أبي يوسف وزفر ان المولى اذا أذن للعبد في الحج ليس له أن يحلله لانه لما أذن له فقد أسقط حقه بالاذن فأشبه الحر والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المحلل بعد الاذن قائم وهو الملك الا أنه يكره لما قلنا واذا حلله لا هدى عليه لان المولى لا يجب عليه لعبده شئ ولو أحصر العبد بعدما أحرم باذن المولى ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أنه لا يلزم المولى انفاذ هدى لانه لو لزمه للزمه لحق العبد ولا يجب للعبد على مولاه حق فان أعتقه وجب عليه أن يبعث الهدى لانه اذا أعتق صار ممن يثبت له عليه حق فصار كالحر اذا حج عن غيره فأحصر أنه يجب على المحجوج عنه أن يبعث الهدى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن على المولى أن يذبح عنه هديا في الحرم فيحل لان هذا الدم وجب لبلية ابتلى بها العبد باذن المولى فصار بمنزلة النفقة والنفقة على المولى وكذا دم الاحصار ولهذا كان دم الاحصار في مال الميت اذا أحصر الحاج عن الميت لا عليه كذا هذا ولو أحرم العبد أو الامة باذن المولى ثم باعهما يجوز البيع وللمشتري أن يمنعهما ويحللهما في قول أصحابنا الثلاثة وفي قول زفر ليس له ذلك وله أن يردهما بالعيب وعلى هذا الخلاف المرأة اذا أحرمت بحجة التطوع ثم تزوجت فللزوج أن يحللها وعند زفر ليس له ذلك كذا حكى القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي الخلاف بين أبي يوسف وزفر وجه قول زفر أن الذي انتقل الى المشتري هو ما كان للبائع ولم يكن للبائع أن يحلله عنده لما ذكرنا أنه أسقط حق نفسه بالاذن كذا المشتري ولنا أن الاحرام لم يقع باذن المشتري فصار كأنه أحرم في ملكه ابتداء بغير اذنه ولو كان كذلك كان له أن يحلله كذا هذا وقال محمد اذا أذن الرجل لعبده في الحج ثم باعه لا أكره للمشتري أن يحلله لان الكراهة في حق البائع لما فيه من خلف الوعد ولم يوجد ذلك من المشتري وروى ابن سماعة عن محمد في أمة لها زوج اذن لها مولاها في الحج فأحرمت ليس لزوجها أن يحللها لان التحلل انما ثبت للزوج بمنعها من السفر ليستوفي حقه منها ومنع الامة من السفر الى مولاها دون الزوج ألا ترى أن المولى

لوسافر بها لم يكن للزوج منعها فكذا اذا أذن لها فى السفر وأما بيان ما يتحلل به فالتحلل عن هذا النوع من الاحصار يقع بفعل الزوج والمولى أدنى محظورات الاحرام من قص ظفرهما أو تطييبهما أو بفعلهما ذلك بأمر الزوج والمولى أو بامتشاط الزوجة رأسها بأمر الزوج أو تقبيلها أو معانقتها فتحل بذلك والاصل فيه ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضى الله عنها حين حاضت فى العمرة امتشطى وارفضى عنك العمرة ولان التحلل صار حقا عليهما للزوج والمولى فجاز بمباشرتهما أدنى ما يحظره الاحرام ولا يكون التحلل بقوله حللتك لان هذا تحليل من الاحرام فلا يقع بالقول كالرجل الحر اذا أحصر فقال حللت نفسى وأما وجوب قضاء ما أحرم به بعد التحلل فجملة الكلام فيه أن المحصر لا يخلو اما ان كان أحرم بالحجة لا غير واما ان كان أحرم بالعمرة لا غير واما ان كان أحرم بهما بان كان قارنا فان كان أحرم بالحجة لا غير فان بقى وقت الحج عند زوال الاحصار وأراد أن يحج من عامه ذلك أحرم وحج وليس عليه نية القضاء ولا عمرة عليه كذا ذكره محمد فى الاصل وذكر ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وعليه دم لرفض الاحرام الاول وان تحولت السنة فعليه قضاء حجة وعمرة ولا تسقط عنه تلك الحجة الا بنية القضاء وروى الحسن عن أبى حنيفة أن عليه قضاء حجة وعمرة فى الوجهين جميعا وعليه نية القضاء فيهما وهو قول زفر ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وعلى هذا التفصيل والاختلاف ما اذا أحرمت المرأة بحجة التطوع بغير اذن زوجها فنعها زوجها فحللها ثم أذن لها بالاحرام فاحرمت فى عامها ذلك أو تحولت السنة فاحرمت وجه قول زفر ان ما يحجه فى هذا العام دخل فى حد القضاء لانه يؤدى باحرام جديد لانفساخ الاول بالتحلل فيكون قضاء فلا يتأدى الا بنية القضاء وعليه حجة وعمرة كما لو تحولت السنة ولنا أن القضاء اسم للفائت عن الوقت ووقت الحج باق فكان فعل الحج فيه اداء لا قضاء فلا يفتقر الى نية القضاء ولا تلزمه العمرة لان لزومها لفوات الحج فى عامه ذلك ولم يفت وقال الشافعى عليه قضاء حجة لا غير وان تحولت السنة واحتج بما روى عن ابن عباس انه قال حجة بحجة وعمرة بعمرة وهو المعنى له فى المسئلة ان القضاء يكون مثل الفائت والفائت هو الحجة لا غير فمثلها الحجة لا غير وروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كسر أو عرج حل وعليه الحج من قابل ولم يذكر العمرة ولو كانت واجبة لذكرها ولنا الاثر والنظر أما الاثر فما روى عن ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهما أنهما قالا فى المحصر بحجة يلزمه حجة وعمرة وأما النظر فلان الحج قد وجب عليه بالشروع ولم يمض فيه بل فاته فى عامه ذلك وفائت الحج يتحلل بافعال العمرة فان قيل فائت الحج يتحلل بالطواف لا بالدم والمحصر قد حل بالدم وقام الدم مقام الطواف من الذى يفوته الحج فكيف يلزمه طواف آخر فالجواب أن الدم الذى حل به المحصر ما وجب بدلا عن الطواف ليقال انه قام مقام الطواف فلا يجب عليه طواف آخر وانما وجب لتعجيل الاحلال لان المحصر لو لم يبعث هديا لبقى على احرامه مدة مديدة وفيه حرج وضرر فجعل له أن يتعجل الخروج من احرامه ويؤخر الطواف الذى لزمه بدم يهريقه فحل بالدم ولم يبطل الطواف واذا لم يبطل الدم عنه الطواف ولم يجعل بدلا عنه فعليه أن يأتى به باحرام جديد فيكون ذلك عمرة والدليل على أن دم الاحصار ما وجب بدلا عن الطواف الذى يتحلل به فائت الحج ان فائت الحج لو أراد أن يفسخ الطواف الذى لزمه بدم يريقه بدلا عنه ليس له ذلك بالاجماع فثبت أن دم الاحصار لتعجيل الاحلال به لا بدلا عن الطواف فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى ومنه وأما حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان ثبت فهو تمسك بالمسكوت لان قوله حجة بحجة وعمرة بعمرة يقتضى وجوب الحجة بالحجة والعمرة بالعمرة وهذا لا ينفى وجوب العمرة والحجة بالحجة ولا يقتضى أيضا فكان مسكوتا عنه فيقف على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ماذكرنا وهو كقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى أنه لا ينفى قتل الحر بالعبد والانثى بالذكر بالاجماع كذا هذا ويحمل على فائت الحج وهو الذى لم يدرك الوقوف بعرفة بدليل أنه يتحلل بافعال العمرة وعليه قضاء الحج من قابل ولا عمرة عليه وان كان احرامه بالعمرة لا غير قضاها لوجوبها بالشروع فى أى وقت شاء لانه ليس لها وقت

معين وان كان أحرم بالعمرة والحجة ان كان قارنا فعليه قضاء حجة وعمرتين أما قضاء حجة وعمرة فلوجوبهما بالشروع وأما عمرة أخرى فلفوات الحج في عامه ذلك وهذا على أصلنا فاما على أصل الشافعي فليس عليه الا حجة بناء على أصله أن القارن محرم باحرام واحد ويدخل احرام العمرة في الحجة فكان حكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بالحج اذا أحصر لا يجب عليه الا قضاء حجة عنده فكذا القارن والله أعلم وأما حكم زوال الاحصار فالاحصار اذا زال لا يخلو من أحد وجهين اما ان زال قبل بعث الهدى أو بعد ما بعث فان زال قبل أن يبعث الهدى مضى على موجب احرامه وان كان قد بعث الهدى ثم زال الاحصار فهذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان كان يقدر على ادراك الهدى والحج أو لا يقدر على ادراكهما جميعا أو يقدر على ادراك الهدى دون الحج أو يقدر على ادراك الحج دون الهدى فان كان يقدر على ادراك الهدى والحج لم يجز له التحلل ويجب عليه المضى فان اباحة التحلل لعذر الاحصار والعذر قد زال وان كان لا يقدر على ادراك واحد منهما لم يلزمه المضى وجاز له التحلل لانه لا فائدة في المضى فتقرر الاحصار فيتقرر حكمه وان كان يقدر على ادراك الهدى ولا يقدر على ادراك الحج لا يلزمه المضى أيضا لعدم الفائدة في ادراك الهدى دون ادراك الحج اذ الذهاب لاجل ادراك الحج فاذا كان لا يدرك الحج فلا فائدة في الذهاب فكانت قدرته على ادراك الهدى والعدم بمنزلة واحدة وان كان يقدر على ادراك الحج ولا يقدر على ادراك الهدى قيل ان هذا الوجه الرابع انما يتصور على مذهب أبي حنيفة لان دم الاحصار عنده لا يتوقف بايام النحر بل يجوز قبلها فيتصور ادراك الحج دون ادراك الهدى فاما على مذهب أبي يوسف ومحمد فلا يتصور هذا الوجه الا في المحصر عن العمرة لان دم الاحصار عندهما موقت بايام النحر فاذا أدرك الحج فقد أدرك الهدى ضرورة وانما يتصور عندهما في المحصر عن العمرة لان الاحصار عنها لا يتوقت بايام النحر بلا خلاف واذا عرف هذا فقياس مذهب أبي حنيفة في هذا الوجه أنه يلزمه المضى ولا يجوز له التحلل لانه اذا قدر على ادراك الحج لم يعجز عن المضى في الحج فلم يوجد عذر الاحصار فلا يجوز له التحلل ويلزمه المضى وفي الاستحسان لا يلزمه المضى ويجوز له التحلل الا أنه اذا كان لا يقدر على ادراك الهدى صار كان الاحصار زال عنه بالذبح فيحل بالذبح عنه ولان الهدى قد مضى في سبيله بدليل انه لا يجب الضمان بالذبح على من بعث على يده بدنة فصار كانه قدر على الذهاب بعد ما ذبح عنه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يحظره الاحرام وما لا يحظره وبيان ما يجب بفعل المحظور فجملة الكلام فيه أن محظورات الاحرام في الاصل نوعان نوع لا يوجب فساد الحج ونوع يوجب فساده أما الذي لا يوجب فساد الحج فانواع بعضها يرجع الى اللباس وبعضها يرجع الى الطيب وما يجرى مجراه من ازالة الشعث وقضاء التفث وبعضها يرجع الى توابع الجماع وبعضها يرجع الى الصيد أما الاول فالمحرم لا يلبس المخيط جملة ولا قميصا ولا قباء ولا جبة ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا يلبس خفين الا أن لا يجد نعلين فلا بأس أن يقطعهما أسفل الكعبين فيلبسهما والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم وقال ما يلبس المحرم من الثياب فقال لا يلبس القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا يلبس من الثياب شيأ مسه الزعفران ولا الورس ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين فان قيل في هذا الحديث ضرب اشكال لان فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عما يلبس المحرم فقال لا يلبس كذا وكذا من المخيط فسئل عن شئ فعدل عن محل السؤال وأجاب عن شئ آخر لم يسئل عنه وهذا محيد عن الجواب أو يوجب أن يكون اثبات الحكم في مذكور دليلا على أن الحكم في غيره بخلافه وهذا خلاف المذهب فالجواب عنه من وجوه أحدها أنه يحتمل أن يكون السؤال عما لا يلبسه المحرم وأضمر لا في محل السؤال لان لا تارة تزاد في الكلام وتارة تحذف عنه قال الله تعالى يبين الله لكم أن تضلوا أي لا تضلوا فكان معنى الكلام أنه سئل عما لا يلبسه المحرم فقال لا يلبس المحرم كذا وكذا فكان الجواب مطابقا للسؤال والثاني يحتمل أن النبي صلى

الله عليه وسلم علم غرض السائل ومراده انه طلب منه بيان ما لا يلبسه المحرم بعد احرامه اما بقرينة حاله أو بدليل آخر او بالوحى فأجاب عما فى ضميره من غرضه ومقصوده ونظيره قوله تعالى خبرا عن ابراهيم عليه الصلاة والسلام رب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات من آمن منهم بالله واليوم الآخر فاجابه الله عز وجل بقوله ومن كفر فأمتعه قليلا ثم أضطره وسأل ابراهيم عليه الصلاة والسلام ربه عز وجل أن يرزق من آمن من أهل مكة من الثمرات فاجابه تعالى أنه يرزق الكافر أيضا لما علم أن مراد ابراهيم عليه الصلاة والسلام من سؤاله أن يرزق ذلك المؤمن منهم دون الكافر فأجابه الله تعالى عما كان فى ضميره كذا هذا والثالث أنه لما خص المخيط أنه لا يلبسه المحرم بعد تقدم السؤال عما يلبسه دل أن الحكم فى غير المخيط بخلافه والتنصيص على حكم فى مذكور انما لا يدل على تخصيص ذلك الحكم به بشرائط ثلاثة أحدها ان لا يكون فيه حيد عن الجواب ممن لا يجوز عليه الحيد فاما اذا كان فانه يدل عليه صيانة لمنصب النبى صلى الله عليه وسلم عن الحيد عن الجواب عن السؤال والثانى من المحتمل أن يكون حكم غير المذكور خلاف حكم المذكور وههنا لا يحتمل لانه يقتضى أن لا يلبس المحرم أصلا وفيه تعريضه للهلاك بالحر أو البرد والعقل يمنع من ذلك فكان المنع من أحدا النوعين فى مثله اطلاقا للنوع الآخر ونظيره قوله تعالى الله الذى جعل لكم الليل لتسكنوا فيه أن جعل الليل للسكون يدل على جعل النهار للكسب وطلب المعاش اذ لا بد من القوت للبقاء وكان جعل الليل للسكون تعيينا للنهار لطلب المعاش والثالث أن يكون ذلك فى غير الامر والنهى فاما فى الامر والنهى فيدل عليه لما قد صح من مذهب أصحابنا أن الامر بالشئ نهى عن ضده والنهى عن الشئ أمر بضده والتنصيص ههنا فى محل النهى فكان ذلك دليلا على أن الحكم فى غير المخيط بخلافه والله عز وجل الموفق ولان لبس المخيط من باب الارتفاق بمرافق المقيمين والترفه فى اللبس وحال المحرم ينافيه ولان الحاج فى حال احرامه يريد أن يتوسل بسوء حاله الى مولاه يستعطف نظره ومرحمته بمنزلة العبد المسخوط عليه فى الشاهد أنه يتعرض بسوء حاله لعطف سيده ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم المحرم الاشعث الاغبر وانما يمنع المحرم من لبس المخيط اذا لبسه على الوجه المعتاد فاما اذا لبسه لا على الوجه المعتاد فلا يمنع منه بان اتشح بالقميص أو اتزر بالسراويل لان معنى الارتفاق بمرافق المقيمين والترفه فى اللبس لا يحصل به ولان لبس القميص والسراويل على هذا الوجه فى معنى الارتداء والاتزار لانه يحتاج فى حفظه الى تكلف كما يحتاج الى التكلف فى حفظ الرداء والازار وذا غير ممنوع عنه ولو أدخل منكبيه فى القباء ولم يدخل يديه فى كميه جاز له ذلك فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز وجه قوله ان هذا لبس المخيط اذ اللبس هو التغطية وفيه تغطية أعضاء كثيرة بالمخيط من المنكبين والظهر وغيرها فيمنع من ذلك كادخال اليدين فى الكمين ولنا أن الممنوع عنه هو اللبس المعتاد وذلك فى القباء الالقاء على المنكبين مع ادخال اليدين فى الكمين ولان الارتفاق بمرافق المقيمين والترفه فى اللبس لا يحصل الا به ولم يوجد فلا يمنع منه ولان القاء القباء على المنكبين دون ادخال اليدين فى الكمين يشبه الارتداء والاتزار لانه يحتاج الى حفظه عليه لئلا يسقط الى تكلف كما يحتاج الى ذلك فى الرداء والازار وهو لم يمنع من ذلك كذا هذا بخلاف ما اذا أدخل يديه فى كميه لان ذلك لبس معتاد يحصل به الارتفاق به والترفه فى اللبس ويقع به الامن عن السقوط ولو القاه على منكبيه وزره لا يجوز لانه اذا زره فقد ترفه فى لبس المخيط الا ترى انه لا يحتاج فى حفظه الى تكلف ولو لم يجد رداء وله قميص فلا بأس بان يشق قميصه ويرتدى به لانه لما شقه صار بمنزلة الرداء وكذا اذا لم يجد ازارا وله سراويل فلا بأس ان يفتق سراويله خلا موضع التكة ويأتزر به لانه لما فتقه صار بمنزلة الازار وكذا اذا لم يجد نعلين وله خفان فلا بأس ان يقطعهما اسفل الكعبين فيلبسهما لحديث ابن عمر رضى الله عنه ورخص بعض مشايخنا المتأخرون لبس الصندلة قياسا على الخف المقطوع لانه فى معناه وكذا لبس الميثم لما قلنا ولا يلبس الجوربين لانهما فى معنى الخفين ولا يغطى رأسه بالعمامة ولا غيرها مما يقصد به التغطية لان المحرم ممنوع عن تغطية رأسه بما يقصد به التغطية والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى

المحرم الذي وقصت به ناقته في أخافيق جرذان فمات لا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيبا فانه يبعث يوم القيامة ملبيا ولو حمل على رأسه شيأ فان كان مما يقصد به التغطية من لباس الناس لا يجوز له ذلك لانه كاللبس وان كان مما لا يقصد به التغطية كاجانة أو عدل بز وضعه على رأسه فلا بأس بذلك لانه لا يعد ذلك لبسا ولا تغطية وكذا لا يغطى الرجل وجهه عندنا وقال الشافعى يجوز له تغطية الوجه وأما المرأة فلا تغطى وجهها وكذا لا بأس أن تسدل على وجهها بثوب وتجافيه عن وجهها احتج الشافعى بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها جعل احرام كل واحد منهما فى محل خاص ولا خصوص مع الشركة ولهذا اختص الوجه فى المرأة بان احرامها فيه لم يكن فى رأسها فكذا فى الرجل ولان مبنى أحوال المحرم على خلاف العادة وذلك فيما قلنا لان العادة هو الكشف فى الرجال فكان الستر على خلاف العادة بخلاف النساء فان العادة فيهن الستر فكان الكشف خلاف العادة ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال احرام الرجل فى رأسه ووجهه ولا حجة له فيما روى لان فيه أن احرام الرجل فى رأسه وهذا لا ينفى أن يكون فى وجهه ولا يوجب أيضا فكان مسكوتا عنه فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل وهو ما روينا وهكذا نقول فى المرأة انا انما عرفنا ان احرامها ليس فى رأسها الا بقوله واحرام المرأة فى وجهها بل بدليل آخر نذكره ان شاء الله تعالى ولا يلبس ثوبا اصبغ بورس أو زعفران وان لم يكن مخيطا لخبر ابن عمر رضى الله عنه ولان الورس والزعفران طيب والمحرم ممنوع من استعمال الطيب فى بدنه ولا يلبس المعصفر وهو المصبوغ بالعصفر عندنا وقال الشافعى يجوز واحتج بما روى ان عائشة رضى الله عنها لبست الثياب المعصفرة وهى محرمة وروى أن عثمان رضى الله عنه أنكر على عبد الله بن جعفر لبس المعصفر فى الاحرام فقال على رضى الله عنه ما أرى أن أحدا يعلمنا السنة ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه انكر على طلحة لبس المعصفر فى الاحرام فقال طلحة رضى الله عنه انما هو ممشق بمغرة فقال عمر رضى الله عنه انكم أئمة يقتدى بكم فدل انكار عمر واعتذار طلحة رضى الله عنهما على أن المحرم ممنوع من ذلك وفيه اشارة الى أن الممشق مكروه أيضا لانه قال انكم أئمة يقتدى بكم أى من شاهد ذلك ربما يظن أنه مصبوغ بغير المغرة فيعتقد الجواز فكان سببا للوقوع فى الحرام عسى فيكره ولان المعصفر طيب لان له رائحة طيبة فكان كالورس والزعفران وأما حديث عائشة رضى الله عنها فقد روى عنها انها كرهت المعصفر فى الاحرام أو يحمل على المصبوغ بمثل المعصفر كالمغرة ونحوها وهو الجواب عن قول على عمر رضى الله عنه على أن قوله معارض بقول عثمان رضى الله عنه وهو انكاره فسقط الاحتجاج به للتعارض هذا اذا لم يكن مغسولا فاما اذا كان قد غسل حتى صار لا ينفض فلا بأس به لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا بأس أن يحرم الرجل فى ثوب مصبوغ بورس أو زعفران قد غسل وليس له نفض ولا ردغ وقوله صلى الله عليه وسلم لا ينفض له تفسيران منقولان عن محمد روى عنه لا يتناثر صبغه وروى لا يفوح ريحه والتعويل على زوال الرائحة حتى لو كان لا يتناثر صبغه ولكن يفوح ريحه يمنع منه لان ذلك دليل بقاء الطيب اذ الطيب ماله رائحة طيبة وكذا ما صبغ بلون الهروى لانه صبغ خفيف فيه أدنى صفرة لا توجد منه رائحة وقال أبو يوسف فى الاملاء لا ينبغى للمحرم أن يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا الورس ولا ينام عليه لانه يصير مستعملا للطيب فكان كاللبس ولا بأس بلبس الخز والصوف والقصب والبرد وان كان ملونا كالعدنى وغيره لانه ليس فيه أكثر من الزينة والمحرم غير ممنوع من ذلك ولا بأس أن يلبس الطيلسان لان الطيلسان ليس بمخيط ولا يزره كذا روى عن ابن عمر رضى الله عنه وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه لا بأس به والصحيح قول ابن عمر لان الزرة مخيط فى نفسها فاذا زره فقد اشتمل المخيط عليه فيمنع منه ولانه اذا زره لا يحتاج فى حفظه الى تكلف فاشبه لبس المخيط بخلاف الرداء والازار ويكره أن يخلل الازار بالخلال وان يعقد الازار لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى محرما قد عقد ثوبه بحبل فقال له انزع الحبل ويلك وروى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه كره أن

بعقد المحرم الثوب عليه ولانه يشبه المخيط فى عدم الحاجة فى حفظه الى تكلف ولو فعل لا شئ عليه لانه ليس بمخيط ولا بأس أن يتحزم بعمامة يشتمل بها ولا يعقدها لان اشتمال العمامة عليه اشتمال غير المخيط فاشبه الاتشاح بقميص فان عقدها كره ذلك لانه يشبه المخيط كعقد الازار ولا بأس بالهميان والمنطقة للمحرم سواء كان فى الهميان نفقته أو نفقة غيره وسواء كان شد المنطقة بالابزيم أو بالسيور وعن أبى يوسف فى المنطقة ان شده بالابزيم يكره وان شده بالسيور لا يكره وقال مالك فى الهميان ان كان فيه نفقته لا يكره وان كان فيه نفقة غيره يكره وجه قوله أن شد الهميان لمكان الضرورة وهى استيثاق النفقة ولا ضرورة فى نفقة غيره وجه رواية أبى يوسف أن الابزيم مخيط فالشد به يكون كزر الازار بخلاف السير ولنا ماروى عن عائشة رضى الله عنها انها سئلت عن الهميان فقالت أوثق عليك نفقتك أطلقت القضية ولم تستفسر وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الهميان يشده المحرم فى وسطه اذا كانت فيه نفقته وعليه جماعة من التابعين وروى عن سعيد بن المسيب رضى الله عنه أنه لا بأس بالهميان وهو قول سعيد بن جبير وعطاء وطاوس رضى الله تعالى عنهم ولان اشتمال الهميان والمنطقة عليه كاشتمال الازار فلا يمنع عنه ولا بأس أن يستظل المحرم بالفسطاط عند عامة العلماء وقال مالك يكره واحتج بما روى عن ابن عمر رضى الله عنه انه كره ذلك ولنا ماروى عن عمر رضى الله عنه انه كان يلقى على شجرة ثوبا أو نطعا فيستظل به وروى انه ضرب لعثمان رضى الله عنه فسطاط بمنى فكان يستظل به ولأن الاستظلال بما لا يماسه بمنزلة الاستظلال بالسقف وذا غير ممنوع عنه كذا هذا فان دخل تحت ستر الكعبة حتى غطاه فان كان الستر يصيب وجهه ورأسه يكره له ذلك لأنه يشبه ستر وجهه ورأسه بثوب وان كان متجافيا فلا يكره لأنه بمنزلة الدخول تحت ظلة ولا بأس أن تغطى المرأة سائر جسدها وهى محرمة بما شاءت من الثياب المخيطة وغيرها وان تلبس الخفين غير أنها لا تغطى وجهها اما ستر سائر بدنها فلان بدنها عورة وستر العورة بما ليس بمخيط متعذر فدعت الضرورة الى لبس المخيط وأما كشف وجهها فلما روينا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال احرام المرأة فى وجهها وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حاذونا اسدلت احدانا جلبابها من رأسها على وجهها فاذا جاوزونا رفعنا فدل الحديث على انه ليس للمرأة أن تغطى وجهها وانهم لو اسدلت على وجهها شيأ وجافته عنه لا بأس بذلك ولانها اذا جافته عن وجهها صار كالو جلست فى قبة أو استترت بفسطاط ولا بأس لها ان تلبس الحرير والذهب وتتحلى بأى حلية شاءت عند عامة العلماء وعن عطاء انه كره ذلك والصحيح قول العامة لما روى أن ابن عمر رضى الله عنه كان يلبس نساءه الذهب والحرير فى الاحرام ولان لبس هذه الاشياء من باب التزين والمحرم غير ممنوع من الزينة ولا يلبس ثوبا مصبوغا لان المانع ما فيه من الصبغ من الطيب لا من الزينة والمرأة تساوى الرجل فى الطيب وأما لبس القفازين فلا يكره عندنا وهو قول على وعائشة رضى الله عنهما وقال الشافعى لا يجوز واحتج بحديث ابن عمر رضى الله عنه فانه ذكر فى آخره ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين ولان العادة فى بدنها الستر فيجب مخالفتها بالكشف كوجهها ولنا ماروى ان سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه كان يلبس بناته وهن محرمات القفازين ولان لبس القفازين ليس الا تغطية يديها بالمخيط وانها غير ممنوعة عن ذلك فان لها ان تغطيهما بقميصها وان كان مخيطا فكذا بمخيط آخر بخلاف وجهها وقوله ولا تلبس القفازين نهى ندب حملناه عليه جمعا بين الدلائل بقدر الامكان وأما بيان ما يجب بفعل هذا المحظور وهو لبس المخيط فالواجب به يختلف فى بعض المواضع يجب الدم عينا وفى بعضها تجب الصدقة عينا وفى بعضها يجب أحد الاشياء الثلاثة غير عين الصيام أو الصدقة أو الدم وجهات التعيين الى من عليه كما فى كفارة اليمين والاصل ان الارتفاق الكامل باللبس يوجب فداء كاملا فيتعين فيه الدم لا يجوز غيره ان فعله من غير عذر وان فعله لعذر فعليه أحد الاشياء الثلاثة والارتفاق القاصر يوجب فداء قاصرا وهو الصدقة اثباتا للحكم على قدر العلة وبيان هذه الجملة اذا لبس المخيط من قميص أو جبة أو سراويل أو عمامة أو قلنسوة

أو خفين أو جوربين من غير عذر وضرورة يوما كاملا فعليه الدم لا يجوز غيره لان لبس أحد هذه الأشياء يوما كاملا ارتفاق كامل فيوجب كفارة كاملة وهي الدم لا يجوز غيره لأنه فعله من غير ضرورة وان لبس أقل من يوم لا دم عليه وعليه الصدقة وكان أبو حنيفة يقول أولا ان لبس أكثر اليوم فعليه دم وكذا روى عن أبي يوسف ثم رجع وقال لا دم عليه حتى يلبس يوما كاملا وروى عن محمد انه اذا لبس أقل من يوم يحكم عليه بمقدار ما لبس من قيمة الشاة ان لبس نصف يوم فعليه قيمة نصف شاة على هذا القياس وهكذا روى عنه في الحلق وقال الشافعي يجب عليه الدم وان لبس ساعة واحدة وجه قوله ان اللبس ولو ساعة ارتفاق كامل لوجود اشتمال المخيط على بدنه فيلزمه جزاء كامل وجه رواية محمد اعتبار البعض بالكل وجه قول أبي حنيفة الاول بان الارتفاق باللبس في أكثر اليوم بمنزلة الارتفاق في كله لانه ارتفاق كامل فان الانسان قد يلبس أكثر اليوم ثم يعود الى منزله قبل دخول الليل وجه قوله الآخر ان اللبس أقل من يوم ارتفاق ناقص لان المقصود منه دفع الحر والبرد وذلك باللبس في كل اليوم ولهذا اتخذ الناس في العادة للنهار لباسا وللليل لباسا ولا ينزعون لباس النهار الا في الليل فكان اللبس في بعض اليوم ارتفاقا قاصرا فيوجب كفارة قاصرة وهي الصدقة كقص ظفر واحد ومقدار الصدقة نصف صاع من بر كذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف انه يطعم مسكينا نصف صاع من بر وكل صدقة تجب بفعل ما يحظره الاحرام فهي مقدرة بنصف صاع الا ما يجب بقتل القملة والجرادة وروى ابن سماعة عن محمد ان من لبس ثوبا يوما الا ساعة فعليه من الدم بمقدار ما لبس أي من قيمة الدم لما قلنا والصحيح قول أبي يوسف لان الصدقة المقدرة للمسكين في الشرع لا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر وكفارة اليمين والفطر والظهار وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه لكنه زره عليه أو زر عليه طيلسانا يوما كاملا فعليه دم لوجود الارتفاق الكامل بلبس المخيط اذا المزرر مخيط وكذا لو غطى ربع رأسه يوما فصاعدا فعليه دم وان كان أقل من الربع فعليه صدقة كذا ذكر في الأصل وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد انه لا دم عليه حتى يغطي الأكثر من رأسه ولا أقول حتى يغطي رأسه كله وجه رواية ابن سماعة عن محمد ان تغطية الاقل ليس بارتفاق كامل فلا يجب به جزاء كامل وجه رواية الأصل ان ربع الرأس له حكم الكل في هذا الباب كحلق ربع الرأس وعلى هذا اذا غطت المرأة ربع وجهها وكذا لو غطى الرجل ربع وجهه عندنا وعند الشافعي لا شئ عليه لانه غير ممنوع عن ذلك عنده والمسئلة قد تقدمت ولو عصب على رأسه أو وجهه يوما أو أكثر فلا شئ عليه لانه لم يوجد ارتفاق كامل وعليه صدقة لانه ممنوع عن التغطية ولو عصب شيأ من جسده لعلة أو غير علة لا شئ عليه لانه غير ممنوع عن تغطية بدنه بغير المخيط ويكره ان يفعل ذلك بغير عذر لان الشد عليه يشبه لبس المخيط هذا اذا لبس المخيط يوما كاملا حالة الاختيار فاما اذا لبسه لعذر وضرورة فعليه أي الكفارات شاء الصيام أو الصدقة أو الدم والاصل فيه قوله تعالى في كفارة الحلق من مرض أو أذى في الرأس فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لكعب بن عجرة أيؤذيك هوام رأسك قال نعم فقال احلق واذبح شاة أو صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر والنص وان ورد بالتخيير في الحلق لكنه معلول بالتيسير والتسهيل للضرورة والعذر وقد وجد ههنا والنص الوارد هنالك يكون واردا ههنا دلالة وقيل ان عند الشافعي يتخير بين أحد الاشياء الثلاثة في حالة الاختيار أيضا وانه غير سديد لان التخيير في حال الضرورة للتيسير والتخفيف والجاني لا يستحق التخفيف ويجوز في الطعام التمليك والتمكين وهو طعام الاباحة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز فيه الا التمليك ونذكر المسئلة في كتاب الكفارات ان شاء الله تعالى ويجوز في الصيام التتابع والتفرق لاطلاق اسم الصوم في النص ولا يجوز الذبح الا في الحرم كذبح المتعة الا اذا ذبح في غير الحرم وتصدق بلحمه على ستة مساكين على كل واحد منهم قدر قيمة نصف صاع من حنطة فيجوز على طريق البدل عن الطعام ويجوز الصوم في الأماكن كلها بالاجماع وكذا الصدقة عندنا وعند الشافعي لا تجزيه

الا بمكة نظرا لاهل مكة لانهم ينتفعون به ولهذا لم يجز الدم الا بمكة ولنا ان نص الصدقة مطلق عن المكان فيجري على اطلاقه والقياس على الدم بمعنى الانتفاع فاسد لما ذكرنا في الاحصار وانما عرف اختصاص جواز الذبح بمكة بالنص وهو قوله تعالى حتى يبلغ الهدي محله ولم يوجد مثله في الصدقة وقد ذكرنا ان المحرم اذا لم يجد الازار وأمكنه فتق السراويل والتستر به فتقه فان لبسه يوما ولم يفتقه فعليه دم في قول أصحابنا وقال الشافعي يلبسه ولا شئ عليه وجه قوله ان الكفارة انما تجب بلبس محظور ولبس السراويل في هذه الحالة ليس بمحظور لانه لا يمكنه لبس غير المخيط الا بالفتق وفي الفتق تنقيص ماله ولنا ان حظر لبس المخيط ثبت بعقد الاحرام ويمكنه التستر بغير المخيط في هذه الحالة بالفتق فيجب عليه الفتق والستر بالمفتوق أولى فاذا لم يفعل فقد ارتكب محظور احرامه يوما كاملا فيلزمه الدم وقوله في الفتق تنقيص ماله مسلم لكن لاقامة حق الله تعالى وانه جائز كالزكاة وقطع الخفين أسفل من الكعبين اذا لم يجد النعلين ويستوي في وجوب الكفارة بلبس المخيط العمد والسهو والطوع والكره عندنا وقال الشافعي لا شئ على الناسي والمكره ويستوي أيضا ما اذا لبس بنفسه أو ألبسه غيره وهو لا يعلم به عندنا خلافا له وجه قوله ان الكفارة انما تجب بارتكاب محظور الاحرام لكونه جناية ولا حظر مع النسيان والاكراه فلا يوصف فعله بالجناية فلا تجب الكفارة ولهذا جعل النسيان عذرا في باب الصوم بالاجماع والاكراه عندي ولنا ان الكفارة انما تجب في حال الذكر والطوع لوجود ارتفاق كامل وهذا يوجد في حال الكره والسهو وقوله فعل الناسي والمكره لا يوصف بالحظر ممنوع بل الحظر قائم حالة النسيان والاكراه وفعل الناسي والمكره موصوف بكونه جناية وانما أثر النسيان والاكراه في ارتفاع المؤاخذة في الآخرة لان فعل الناسي والمكره جائز المؤاخذة عليه عقلا عندنا وانما رفعت المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقوله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه والاعتبار بالصوم غير سديد لان في الاحرام أحوالا مذكرة ينذر النسيان معها غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم ولا مذكر للصوم فجعل عذرا دفعا للحرج ولهذا لم يجعل عذرا في باب الصلاة لان أحوال الصلاة مذكرة كذا هذا ولو جمع المحرم اللباس كله القميص والعمامة والخفين لزمه دم واحد لانه لبس واحد وقع على جهة واحدة فيكفيه كفارة واحدة كالايلاجات في الجماع ولو اضطر المحرم الى لبس ثوب فلبس ثوبين فان لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة وهي كفارة الضرورة بان اضطر الى قميص واحد فلبس قميصين أو قميصا وجبة أو اضطر الى القلنسوة فلبس قلنسوة وعمامة لان اللبس حصل على وجه واحد فيوجب كفارة واحدة كما اذا اضطر الى لبس قميص فلبس جبة وان لبسهما على موضعين مختلفين موضع الضرورة وغير موضع الضرورة كما اذا اضطر الى لبس العمامة أو القلنسوة فلبسهما مع القميص أو غير ذلك فعليه كفارتان كفارة الضرورة للبسه ما يحتاج اليه وكفارة الاختيار للبسه ما لا يحتاج اليه ولو لبس ثوبا للضرورة ثم زالت الضرورة فدام على ذلك يوما أو يومين فما دام في شك من زوال الضرورة لا يجب عليه الا كفارة واحدة كفارة الضرورة وان تيقن بان الضرورة قد زالت فعليه كفارتان كفارة ضرورة وكفارة اختيار لان الضرورة كانت ثابتة بيقين فلا يحكم بزوالها بالشك على الاصل المعهود ان الثابت يقينا لا يزال بالشك واذا كان كذلك فاللبس الثاني وقع على الوجه الذي وقع عليه الاول فكان لبسا واحدا فيوجب كفارة واحدة واذا استيقن بزوال الضرورة فاللبس الثاني حصل على غير الوجه الذي حصل عليه الاول فيوجب عليه كفارة أخرى ونظير هذا ما اذا كان به قرح أو جرح اضطر الى مداواته بالطيب انه ما دام باقيا فعليه كفارة واحدة وان كان تكرر عليه الدواء لان الضرورة باقية فوقع الكل على وجه واحد ولو برأ ذلك القرح أو الجرح وحدث قرح آخر أو جراحة أخرى فداواها بالطيب يلزمه كفارة أخرى لان الضرورة قد زالت فوقع الثاني على غير الوجه الاول وكذا المحرم اذا مرض أو أصابته الحمى وهو يحتاج الى لبس الثوب في وقت ويستغني عنه في وقت الحمى فعليه كفارة واحدة ما لم تزل عنه تلك العلة لحصول اللبس على جهة واحدة ولو زالت عنه تلك

الحمى واصابته حمى أخرى عرف ذلك أو زال عنه ذلك المرض وجاءه مرض آخر فعليه كفارتان سواء كفر للاول أو لم يكفر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد عليه كفارة واحدة مالم يكفر للاول فان كفر للاول فعليه كفارة أخرى وسنذكر المسئلة ان شاء الله في بيان المحظور الذي يفسد الحج وهو الجماع بان جامع في مجلسين مختلفين ولو خرج له قرح أو أصابه جرح وهو يداويه بالطيب فخرجت قرحة أخرى أو أصابه جرح آخر والاول على حاله لم يبرأ فداوى الثاني فعليه كفارة واحدة لان الاول لم يبرأ فالضرورة باقية فالمداواة الثانية حصلت على الجهة التي حصلت عليها الاولى فيكفيه كفارة واحدة ولو حصره عدو فاحتاج الى لبس الثياب فلبس ثم ذهب فنزع ثم عاد فعاد أو كان العدو لم يبرح مكانه فكان يلبس السلاح فيقاتل بالنهار وينزع بالليل فعليه كفارة واحدة مالم يذهب هذا العدو ويجيء عدو آخر لان العذر واحد والعذر الواحد لا يتعلق باللبس له الا كفارة واحدة والاصل في جنس هذه المسائل انه ينظر الى اتحاد الجهة واختلافها لا الى صورة اللبس فان لبس المخيط أياما فان لم ينزع ليلا ولا نهارا يكفيه دم واحد بلا خلاف لان اللبس على وجه واحد وكذلك اذا كان يلبسه بالنهار وينزعه بالليل للنوم من غير ان يعزم على تركه لا يلزمه الا دم واحد بالاجماع لانه اذا لم يعزم على الترك كان اللبس على وجه واحد فان لبس يوما كاملا فأراق دما ثم دام على لبسه يوما كاملا فعليه دم آخر بلا خلاف لان الدوام على اللبس بمنزلة لبس مبتدإ بدليل انه لو أحرم وهو مشتمل على المخيط فدام عليه بعد الاحرام يوما كاملا يلزمه دم ولو لبسه يوما كاملا ثم نزعه وعزم على تركه ثم لبس بعد ذلك فان كان كفر للاول فعليه كفارة أخرى بالاجماع لانه لما كفر للاول فقد التحق اللبس الاول بالعدم فيعتبر الثاني لبسا آخر مبتدأ وان لم يكفر للاول فعليه كفارتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد عليه كفارة واحدة وجه قول محمد انه مالم يكفر للاول كان اللبس على حاله فاذا وجد الثاني فلا يتعلق به الا كفارة واحدة واذا كفر للاول بطل الاول فيعتبر الثاني لبسا ثانيا فيوجب كفارة أخرى كما اذا جامع في يومين من شهر رمضان ولهما انه لما نزع على عزم الترك فقد انقطع حكم اللبس الاول فيعتبر الثاني لبسا مبتدأ فيتعلق به كفارة أخرى والاصل عندهما أن النزع على عزم الترك يوجب اختلاف اللبستين في الحكم تخللهما التكفير أولا وعنده لا يختلف الا اذا تخللهما التكفير ولو لبس ثوبا مصبوغا بالورس أو الزعفران فعليه دم لان الورس والزعفران لهما رائحة طيبة فقد استعمل الطيب في بدنه فيلزمه الدم وكذا اذا لبس المعصفر عندنا لانه محظور الاحرام عندنا اذ المعصفر طيب لان له رائحة طيبة وعلى القارن في جميع ما يوجب الكفارة مثلا ما على المفرد من الدم والصدقة عندنا لانه محرم باحرامين فادخل النقص في كل واحد منهما فيلزمه كفارتان والله أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الطيب وما يجري مجراه من ازالة الشعث وقضاء التفث أما الطيب فنقول لا يتطيب المحرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم المحرم الاشعث الاغبر والطيب ينافي الشعث وروى أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه مقطعان مضمخان بالخلوق فقال ما أصنع في حجتي يارسول الله فسكت النبي صلى الله عليه وسلم حتى أوحى الله اليه فلما سرى عنه قال صلى الله عليه وسلم أين السائل فقال الرجل أنا فقال اغسل هذا الطيب عنك واصنع في حجتك ما كنت صانعا في عمرتك وروينا ان محرما وقصت به ناقته فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيبا فانه يبعث يوم القيامة ملبيا جعل كونه محرما علة حرمة تخمير الرأس والتطيب في حقه فان طيب عضوا كاملا كالرأس والفخذ والساق ونحو ذلك فعليه دم وان طيب أقل من عضو فعليه صدقة وقال محمد يقوم ما يجب فيه الدم فيتصدق بذلك القدر حتى لو طيب ربع عضو فعليه من الصدقة قدر قيمة ربع شاة وان طيب نصف عضو تصدق بقدر قيمة نصف شاة هكذا وذكر الحاكم في المنتقى في موضع اذا طيب مثل الشارب أو بقدره من اللحية فعليه صدقة وفي موضع اذا طيب مقدار ربع الرأس فعليه دم أعطى الربع حكم الكل كما في الحلق وقال الشافعي في قليل الطيب وكثيره دم لوجود الارتفاق ومحمد اعتبر البعض بالكل والصحيح ماذكر في الاصل لان تطييب عضو كامل ارتفاق كامل فكان

جناية كاملة فيوجب كفارة كاملة وتطييب مادونه ارتفاق قاصر فيوجب كفارة قاصرة اذ الحكم يثبت على
قدر السبب فان طيب مواضع متفرقة من كل عضو يجمع ذلك كله فاذا بلغ عضوا كاملا يجب عليه دم وان لم
يبلغ فعليه صدقة لما قلنا وان طيب الاعضاء كلها فان كان في مجلس واحد فعليه دم واحد لان جنس الجناية
واحد حظرها احرام واحد من جهة غير متقومة فيكفيه دم واحد وان كان في مجلسين مختلفين بان طيب كل عضو
في مجلس على حدة فعليه لكل واحد دم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ذبح للاول أو لم يذبح كفر للاول أو لم
يكفر وقال محمد ان ذبح للاول فكذلك وان لم يذبح فعليه دم واحد والاختلاف فيه كالاختلاف في الجماع بان
جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع انه ان كان ذلك في مجلس واحد يجب على كل واحد منهما دم واحد وان كان في
مجلسين مختلفين يجب على كل واحد منهما دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان ذبح للاول فعليه
دم آخر وان لم يذبح يكفي دم واحد قياسا على كفارة الافطار في شهر رمضان وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى
ولو ادهن بدهن فان كان الدهن مطيبا كدهن البنفسج والورد والزنبق والبان والخيري وسائر الادهان التي فيها
الطيب فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا وحكي عن الشافعي ان البنفسج ليس بطيب وانه غير سديد لانه دهن مطيب
فاشبه البان وغيره من الادهان المطيبة وان كان غير مطيب بان ادهن بزيت أو بشيرج فعليه دم في قول أبي
حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه صدقة وقال الشافعي ان استعمله في شعره فعليه دم وان استعمله في بدنه فلا
شئ عليه احتجا بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ادهن بزيت وهو محرم ولو كان ذلك موجبا للدم
لما فعل صلى الله عليه وسلم لانه ما كان يفعل ما يوجب الدم ولان غير المطيب من الادهان يستعمل استعمال
الغذاء فاشبه اللحم والشحم والسمن الا انه يوجب الصدقة لانه يقتل الهوام لا لكونه طيبا ولابي حنيفة ما روى
عن أم حبيبة رضي الله عنها انه لما نعي اليها وفاة أخيها قعدت ثلاثة أيام ثم استدعت بزيت وقالت مالي الى
الطيب من حاجة لكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم
الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا سمت الزيت طيبا ولانه أصل
الطيب بدليل انه يطيب بالقاء الطيب فيه فاذا استعمله على وجه الطيب كان كسائر الادهان المطيبة ولانه يزيل
الشعث الذي هو علم الاحرام وشعاره على ما نطق به الحديث فصار جارحا احرامه بازالة علمه فتكاملت جنايته
فيجب الدم والحديث محمول على حال الضرورة لانه صلى الله عليه وسلم كما كان لا يفعل ما يوجب الدم كان
لا يفعل ما يوجب الصدقة وعندهما تجب الصدقة فكان المراد منه حالة العذر والضرورة ثم انه ليس فيه انه
لم يكفر فيحتمل انه فعل وكفر فلا يكون حجة ولو داوى بالزيت جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس
بطيب بنفسه وان كان أصل الطيب لكنه ما استعمله على وجه الطيب فلا تجب به الكفارة بخلاف ما اذا تداوى
بالطيب لا للتطيب انه تجب به الكفارة لانه طيب في نفسه فيستوي فيه استعماله للتطيب أو لغيره وذكر محمد في
الاصل وان دهن شقاق رجليه طعن عليه في ذلك فقيل الصحيح شقوق رجليه وانما قال محمد ذلك اقتداء بعمر بن
الخطاب رضي الله عنه فانه قال هكذا في هذه المسئلة ومن سيرة أصحابنا الاقتداء بالفاظ الصحابة ومعاني كلامهم
رضي الله عنهم وان ادهن بشحم أو سمن فلا شئ عليه لانه ليس بطيب في نفسه ولا أصل للطيب بدليل انه لا يطيب
بالقاء الطيب فيه ولا يصير طيبا بوجه وقد قال أصحابنا ان الاشياء التي تستعمل في البدن على ثلاثة أنواع نوع
هو طيب محض معد للتطيب به كالمسك والكافور والعنبر وغير ذلك وتجب به الكفارة على أي وجه استعمل حتى
قالوا لو داوى عينه بطيب تجب عليه الكفارة لان العين عضو كامل استعمل فيه الطيب فتجب الكفارة ونوع
ليس بطيب بنفسه ولا فيه معنى الطيب ولا يصير طيبا بوجه كالشحم فسواء أكل أو ادهن به أو جعل في شقاق الرجل
لا تجب الكفارة ونوع ليس بطيب بنفسه لكنه أصل الطيب يستعمل على وجه الطيب ويستعمل على وجه
الادام كالزيت والشيرج فيعتبر فيه الاستعمال فان استعمل استعمال الادهان في البدن يعطى له حكم الطيب وان

استعمل فى مأكول أو شقاق رجل لا يعطى له حكم الطيب كالشحم ولو كان الطيب فى طعام طبخ وتغير فلا شئ على المحرم فى أكله سواء كان يوجد ريحه أولا لان الطيب صار مستهلكا فى الطعام بالطبخ وان كان لم يطبخ يكره اذا كان ريحه يوجد منه ولا شئ عليه لان الطعام غالب عليه فكان الطيب مغمورا مستهلكا فيه وان أكل عين الطيب غير مخلوط بالطعام فعليه الدم اذا كان كثيرا وقالوا فى الملح يجعل فيه الزعفران أنه ان كان الزعفران غالبا فعليه الكفارة لان الملح يصير تبعا له فلا يخرجه عن حكم الطيب وان كان الملح غالبا فلا كفارة عليه لانه ليس فيه معنى الطيب وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يأكل الخشكنانج الاصفر وهو محرم ويقول لا بأس بالخبيص الاصفر للمحرم فان تداوى المحرم بما لا يؤكل من الطيب لمرض أو علة أو اكتحل بطيب لعلة فعليه أى الكفارات شاء لما ذكرنا ان ما يحظره الاحرام اذا فعله المحرم لضرورة وعذر فعليه احدى الكفارات الثلاث ويكره للمحرم أن يشم الطيب والريحان كذا روى عن ابن عمر وجابر رضى الله عنهما انهما كرها شم الريحان للمحرم وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه لا بأس به ولو شمه لا شئ عليه عندنا وقال الشافعى تجب عليه الفدية وجه قوله أن الطيب ماله رائحة والريحان له رائحة طيبة فكان طيبا وانا نقول نعم انه طيب لكنه لم يلتزق ببدنه ولا بثيابه شئ منه وانما شم رائحته فقط وهذا لا يوجب الكفارة كما لو جلس عند العطارين فشم رائحة العطر الا أنه كره لما فيه من الارتفاق وكذا كل نبات له رائحة طيبة وكل ثمرة لها رائحة طيبة لانه ارتفاق بالرائحة ولو فعل لا شئ عليه لانه لم يلتزق ببدنه وثيابه شئ منه وحكى عن مالك أنه كان يأمر برفع العطارين بمكة فى أيام الحج وذلك غير سديد لان النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يفعلوا ذلك فان شم المحرم رائحة طيب تطيب به قبل الاحرام لا بأس به لان استعمال الطيب حصل فى وقت مباح فبقى شم نفس الرائحة فلا يمنع منه كما لو مر بالعطارين وروى ابن سماعة عن محمد أن رجلا لو دخل بيتا قد أجمر وطال مكثه بالبيت فعلق فى ثوبه شئ يسير فلا شئ عليه لان الرائحة لم تتعلق بعين وبمجرد الرائحة لا يمنع منها فان استجمر بثوب فعلق بثوبه شئ كثير فعليه دم لان الرائحة ههنا تعلقت بعين وقد استعملها فى بدنه فصار كما لو تطيب وذكر ابن رستم عن محمد فيمن اكتحل بكحل قد طيب مرة أو مرتين فعليه صدقة وان كان كثيرا فعليه دم لان الطيب اذا غلب الكحل فلا فرق بين استعماله على طريق التداوى أو التطيب فان مس طيبا فلزق بيده فهو بمنزلة التطيب لانه طيب به يده وان لم يقصد به التطيب لان القصد ليس بشرط لوجوب الكفارة وقالوا فيمن استلم الحجر فاصاب يده من طيبه أن عليه الكفارة لانه استعمل الطيب وان لم يقصد به التطيب ووجوب الكفارة لا يقف على القصد فان داوى جرحا أو تطيب لعلة ثم حدث جرح آخر قبل أن يبرأ الاول فعليه كفارة واحدة لان العذر الاول باق فكان جهة الاستعمال واحدة فتكفيه كفارة واحدة كما قلنا فى لبس المخيط ولا بأس بان يحتجم المحرم ويفتصد ويبط القرحة ويعصب عليه الخرقة ويجبر الكسر وينزع الضرس اذا اشتكى منه ويدخل الحمام ويغتسل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم بالقاحة والفصد وبط القرحة والجرح فى معنى الحجامة ولانه ليس فى هذه الاشياء الا شق الجلدة والمحرم غير ممنوع عن ذلك ولانها من باب التداوى والاحرام لا يمنع من التداوى وكذا جبر الكسر من باب العلاج والمحرم لا يمنع منه وكذا قلع الضرس وهو أيضا من باب ازالة الضرر فيشبه قطع اليد من الاكلة وذا لا يمنع منه المحرم كذا هذا وأما الاغتسال فلما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اغتسل وهو محرم وقال ما نفعل بأوساخنا فان غسل رأسه ولحيته بالخطمى فعليه دم فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد عليه صدقة لهما أن الخطمى ليس بطيب وانما يزيل الوسخ فاشبه الاشنان فلا يجب به الدم وتجب الصدقة لانه يقتل الهوام لا لانه طيب ولابى حنيفة أن الخطمى طيب لان له رائحة طيبة فيجب به الدم كسائر أنواع الطيب ولانه يزيل الشعث ويقتل الهوام فاشبه الحلق فان خضب رأسه ولحيته بالحناء فعليه دم لان الحناء طيب لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب

ولان الطيب ماله رائحة طيبة وللحناء رائحة طيبة فكان طيبا وان خضبت المحرمة يديها بالحناء فعليها دم وان كان قليلا فعليها صدقة لان الارتفاق الكامل لا يحصل الا بتطييب عضو كامل والقسط طيب لان له رائحة طيبة ولهذا يتبخر به ويلتذ برائحته والوسمة ليس بطيب لانه ليس لها رائحة طيبة بل كريهة وانما تغير الشعر وذلك ليس من باب الارتفاق بل من باب الزينة فان خاف ان يقتل دواب الرأس تصدق بشئ لانه يزيل التفث وروى عن أبي يوسف فيمن خضب رأسه بالوسمة ان عليه دما لا لاجل الخضاب بل لاجل تغطية الرأس والكحل ليس بطيب وللمحرم أن يكتحل بكحل ليس فيه طيب وقال ابن أبي ليلى هو طيب وليس للمحرم ان يكتحل به وهذا غير سديد لانه ليس له رائحة طيبة فلا يكون طيبا ويستوى في وجوب الجزاء بالتطيب الذكر والنسيان والطوع والكره عندنا كما في لبس المخيط خلافا للشافعي على ما مر والرجل والمرأة في الطيب سواء في الحظر ووجوب الجزاء لاستوائهما في الحاظر والموجب للجزاء وكذا القارن والمفرد الا أن على القارن مثلي ما على المفرد عندنا لانه محرم باحرامين فادخل نقصا في احرامين فيؤاخذ بجزاءين ولا يحل للقارن والمفرد التطيب مالم يحلقا أو يقصرا لبقاء الاحرام قبل الحلق أو التقصير فكان الحاظر باقيا فيبقى الحظر وكذا المعتمر لما قلنا وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما ما يجرى مجرى الطيب من ازالة الشعث وقضاء التفث فحلق الشعر وقلم الظفر أما الحلق فنقول لا يجوز للمحرم أن يحلق رأسه قبل يوم النحر لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقول النبي صلى الله عليه وسلم المحرم الاشعث الاغبر وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحاج فقال الشعث التفث وحلق الرأس يزيل الشعث والتفث ولانه من باب الارتفاق بمرافق المقيمين والمحرم ممنوع عن ذلك ولانه نوع نبات استفاد الامن بسبب الاحرام فيحرم التعرض له كالنبات الذى استفاد الامن بسبب الحرم وهو الشجر والخلى وكذا لا يطلى رأسه بنورة لانه في معنى الحلق وكذا لا يزيل شعرة من شعر رأسه ولا يطليها بالنورة لما قلنا فان حلق رأسه فان حلقه من غير عذر فعليه دم لا يجزيه غيره لانه ارتفاق كامل من غير ضرورة وان حلقه لعذر فعليه أحد الاشياء الثلاثة لقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ولما روينا من حديث كعب بن عجرة ولان الضرورة لها أثر في التخفيف فخير بين الاشياء الثلاثة تخفيفا وتيسيرا وان حلق ثلثه أو ربعه فعليه دم وان حلق دون الربع فعليه صدقة كذا ذكر في ظاهر الرواية ولم يذكر الاختلاف وحكى الطحاوى في مختصره الاختلاف فقال اذا حلق ربع رأسه يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يجب مالم يحلق أكثر رأسه وذكر القدوري في شرحه مختصر الحاكم اذا حلق ربع رأسه يجب عليه دم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف اذا حلق أكثره يجب وعند محمد اذا حلق شعره يجب وقال الشافعي اذا حلق ثلاث شعرات يجب وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل وعلى هذا اذا حلق لحيته أو ثلثها أو ربعها احتج مالك بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله والرأس اسم لكل هذا المحدود وجه قول الشافعي أن الثلاث جمع صحيح فيقوم مقام الكل ولهذا اقام مقام الكل في مسح الرأس ولان الشعر نبات استفاد الامن بسبب الاحرام فيستوى فيه قليله وكثيره كالنبات الذى استفاد الامن بسبب الحرم من الشجر والخلى واما الكلام بين اصحابنا فمبنى على ان حلق الكثير يوجب الدم والقليل يوجب الصدقة واختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير فجعل أبو حنيفة مادون الربع قليلا والربع وما فوقه كثيرا وهما على ما ذكر الطحاوى جعلا مادون النصف قليلا وما زاد على النصف كثيرا والوجه لهما ان القليل والكثير من أسماء المقابلة وانما يعرف ذلك بمقابله فان كان مقابله قليلا فهو كثير وان كان كثيرا فهو قليل فيلزم منه ان يكون الربع قليلا لان ما يقابله كثير فكان هو قليلا والوجه لابي حنيفة ان الربع في حلق الرأس بمنزلة الكل الا ترى ان من عادة كثير من الاجيال من العرب والترك والكرد الاقتصار على حلق ربع الرأس ولذا يقول القائل رأيت فلانا يكون صادقا في مقالته وان لم ير الا احد جوانبه الاربع ولهذا أقيم مقام الكل في المسح وفي الخروج من الاحرام بان حلق ربع رأسه للتحلل

والخروج من الاحرام انه يتحلل ويخرج من الاحرام فكان حلق ربع الرأس ارتفاقا كاملا فكانت جناية كاملة فيوجب كفارة كاملة وكذا حلق ربع اللحية لاهل بعض البلاد معتاد كالعراق ونحوها فكان حلق الربع منها كحلق الكل ولا حجة لمالك في الآية لان فيها نهيا عن حلق الكل وذا لا ينفي النهي عن حلق البعض فكان تمسكا بالمسكوت فلا يصح وما قاله الشافعي غير سديد لان آخذ ثلاث شعرات لا يسمى حالقا في العرف فلا يتناوله نص الحلق كما لا يسمى ماسح ثلاث شعرات ماسحا في العرف حتى لم يتناوله نص المسح على أن وجوب الدم متعلق بارتفاق كامل وحلق ثلاث شعرات ليس بارتفاق كامل فلا يوجب كفارة كاملة وقوله انه نبات استفاد الامن بسبب الاحرام مسلم لكن هذا يقتضي حرمة التعرض لقليله وكثيره ونحن به نقول ولا كلام فيه وانما الكلام في وجوب الدم وذا يقف على ارتفاق كامل ولم يوجد وقد خرج الجواب عن قولهما ان القليل والكثير يعرف بالمقابلة لما ذكرنا ان الربع كثير من غير مقابلة في بعض المواضع فيعمل عليه في موضع الاحتياط ولو أخذ شيأ من رأسه أو لحيته أو لمس شيأ من ذلك فانتثر منه شعرة فعليه صدقة لوجود الارتفاق بازالة التفث هذا اذا حلق رأس نفسه فأما اذا حلق رأس غيره فعلى الحالق صدقة عندنا وقال مالك والشافعي لا شئ على الحالق وجه قولهما ان وجوب الجزاء لوجود الارتفاق ولم يوجد من الحالق ولنا أن المحرم كما هو ممنوع من حلق رأس نفسه ممنوع من حلق رأس غيره لقوله عز وجل ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله والانسان لا يحلق رأس نفسه عادة الا أنه لما حرم عليه حلق رأس غيره يحرم عليه حلق رأس نفسه من طريق الاولى فتجب عليه الصدقة ولا يجب عليه الدم لعدم الارتفاق في حقه وسواء كان المحلوق حلالا أو حراما لما قلنا غير أنه ان كان حلالا لا شئ عليه وان كان حراما فعليه الدم لحصول الارتفاق الكامل له وسواء كان الحلق بامر المحلوق أو بغير أمره طائعا أو مكرها عندنا وقال الشافعي ان كان مكرها فلا شئ عليه وان لم يكن مكرها لكنه سكت ففيه وجهان والصحيح قولنا لان الاكراه لا يسلب الحظر وكمال الارتفاق موجود فيجب عليه كمال الجزاء وليس له ان يرجع به على الحالق وعن القاضي أبي حازم انه يرجع عليه بالكفارة لان الحالق هو الذي أدخله في عهدة الضمان فكان له ان يرجع عليه كالمكره على اتلاف المال ولنا ان الارتفاق الكامل حصل له فلا يرجع على أحد اذ لو رجع لسلم له العوض والمعوض وهذا لا يجوز كالمغرور اذا وطئ الجارية وغرم العقر انه لا يرجع به على الغار لما قلنا كذا هذا وان كان الحالق حلالا فلا شئ عليه وحكم المحلوق ما ذكرنا وان حلق شاربه فعليه صدقة لان الشارب تبع للحية الا ترى انه ينبت تبعا اللحية ويؤخذ تبعا اللحية أيضا ولانه قليل فلا يتكامل معنى الجناية وذكر في الجامع الصغير محرم أخذ من شاربه فعليه حكومة عدل وهي ان ينظر كم تكون مقادير أدنى ما يجب في اللحية من الدم وهو الربع فتجب الصدقة بقدره حتى لو كان مثل ربع اللحية يجب ربع قيمة الشاة لانه تبع للحية وقوله أخذ من شاربه اشارة الى القص وهو السنة في الشارب لا الحلق وذكر الطحاوي في شرح الآثار ان السنة فيه الحلق ونسب ذلك الى أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله والصحيح ان السنة فيه القص لما ذكرنا انه تبع اللحية والسنة في اللحية القص لا الحلق كذا في الشارب ولان الحلق يشينه ويصير بمعنى المثلة ولهذا لم يكن سنة في اللحية بل كان بدعة فكذا في الشارب ولو حلق الرقبة فعليه الدم لانه عضو كامل مقصود بالارتفاق بحلق شعره فتجب كفارة كاملة كما في حلق الرأس ولو نتف أحد الابطين فعليه دم لما قلنا ولو نتف الابطين جميعا تكفيه كفارة واحدة لان جنس الجناية واحد والحاظر واحد والجهة غير متقومة فتكفيها كفارة واحدة ولو نتف من أحد الابطين أكثره فعليه صدقة لان الاكثر فيما له نظير في البدن لا يقام مقام كله بخلاف الرأس واللحية والرقبة وما لا نظير له في البدن ثم ذكر في الابط النتف في الاصل وهو اشارة الى أن السنة فيه النتف وهو كذلك وذكر في الجامع الصغير الحلق وهو اشارة الى انه ليس بحرام ولو حلق موضع المحاجم فعليه دم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد فيه صدقة وجه قولهما ان موضع الحجامة غير مقصود بالحلق بل هو تابع فلا يتعلق بحلقه دم كحلق الشارب لانه اذا لم يكن مقصودا بالحلق لا تتكامل الجناية بحلقه فلا تجب به كفارة كاملة

ولانه انما يحلق للحجامة لا لنفسه والحجامة لا توجب الدم لانه ليس من محظورات الاحرام على ما بينا فكذا ما يفعل لها ولان ما عليه من الشعر قليل فاشبه الصدر والساعد والساق ولا يجب بحلقها دم بل صدقة كذا هذا ولابي حنيفة ان هذا عضو مقصود بالحلق لمن يحتاج الى حلقه لان الحجامة أمر مقصود لمن يحتاج اليها لاستفراغ المادة الدموية ولهذا لا يحلق تبعا للرأس ولا للرقبة فاشبه حلق الابط والعانة ويستوى فى وجوب الجزاء بالحلق العمد والسهو والطوع والكره عندنا والرجل والمرأة والمفرد والقارن غير ان القارن يلزمه جزا آن عندنا لكونه محرما باحرامين على ما بينا واما قلم الظفر فنقول لا يجوز للمحرم قلم اظفاره لقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وقلم الاظفار من قضاء التفث رتب الله تعالى قضاء التفث على الذبح لانه ذكره بكلمة موضوعة للترتيب مع التراخى بقوله عزوجل ليذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم فلا يجوز الذبح ولانه ارتفاق بمرافق المقيمين والمحرم ممنوع عن ذلك ولانه نوع نبات استفاد الامن بسبب الاحرام فيحرم التعرض له كالنوع الآخر وهو النبات الذى استفاد الامن بسبب الحرم فان قلم اظافير يد أو رجل من غير عذر وضرورة فعليه دم لانه ارتفاق كامل فتكاملت الجناية فتجب كفارة كاملة وان قلم أقل من يد أو رجل فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا قلم ثلاثة أظفار فعليه دم وجه قوله ان ثلاثة أظافير من اليد أكثرها والاكثر يقوم مقام الكل فى هذا الباب كما فى حلق الرأس ولاصحابنا الثلاثة ان قلم ما دون اليد ليس بارتفاق كامل فلا يوجب كفارة كاملة وأما قوله الاكثر يقوم مقام الكل فنقول ان اليد الواحدة قد أقيمت مقام كل الاطراف فى وجوب الدم وما أقيم مقام الكل لا يقوم أكثره مقامه كما فى الرأس أنه لما أقيم الربع فيه مقام الكل لا يقام أكثر الربع مقامه وهذا لانه لو أقيم أكثر ما أقيم مقام الكل مقامه لاقيم أكثر أكثره مقامه فيؤدى الى ابطال التقدير أصلا ورأسا وهذا لا يجوز فان قلم خمسة أظافير من الاعضاء الاربعة متفرقة اليدين والرجلين فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد عليه دم وكذلك لو قلم من كل عضو من الاعضاء الاربعة أربعة أظافير فعليه صدقة عندهما وان كان يبلغ جملتها ستة عشر ظفرا ويجب فى كل ظفر نصف صاع من بر الا اذا بلغت قيمة الطعام دما فينقص منه ما شاء وعند محمد عليه دم فمحمد اعتبر عدد الخمسة لا غير ولم يعتبر التفرق والاجتماع وأبو حنيفة وأبو يوسف اعتبرا مع عدد الخمسة صفة الاجتماع وهو ان يكون من محل واحد وجه قول محمد ان قلم أظافير يد واحدة أو رجل واحدة انما أوجب الدم لكونه ربع الاعضاء المتفرقة وهذا المعنى يستوى فيه المجتمع والمتفرق ألا ترى أنهما استويا فى الارش بان قطع خمسة أظافير متفرقة فكذا هذا ولهما أن الدم انما يجب بارتفاق كامل ولا يحصل ذلك بالقلم متفرقا لان ذلك شين ويصير مثلة فلا تجب به كفارة كاملة ويجب فى كل ظفر نصف صاع من حنطة الا أن تبلغ قيمة الطعام دما فينقص منه ما شاء لانا انما لم نوجب عليه الدم لعدم تناهى الجناية لعدم ارتفاق كامل فلا يجب ان يبلغ قيمة الدم فان اختار الدم فله ذلك وليس عليه غيره فان قلم خمسة أظافير من يد واحدة أو رجل واحدة ولم يكفر ثم قلم أظافير يده الاخرى أو رجله الاخرى فان كان فى مجلس واحد فعليه دم واحد استحسانا والقياس ان يجب لكل واحد دم لما نذكر ان شاء الله تعالى وان كان فى مجلسين فعليه دمان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد عليه دم واحد ما لم يكفر للاول واجمعوا على انه لو قلم خمسة أظافير من يد واحدة أو رجل واحدة وحلق ربع رأسه وطيب عضوا واحدا ان عليه لكل جنس دما على حدة سواء كان فى مجلس واحد أو فى مجالس مختلفة واجمعوا فى كفارة الفطر على انه اذا جامع فى اليوم الاول وأكل فى اليوم الثانى وشرب فى اليوم الثالث انه ان كفر للاول فعليه كفارة أخرى وان لم يكفر للاول فعليه كفارة واحدة فابو حنيفة وأبو يوسف جعلا اختلاف المجلس كاختلاف الجنس ومحمد جعل اختلاف المجلس كاتحاده عند اتفاق الجنس وعلى هذا اذا قطع أظافير اليدين والرجلين انسان كان فى مجلس واحد يكفيه دم واحد استحسانا والقياس ان يجب عليه بقلم أظافير كل عضو من يد

أو رجل دم وان كان فى مجلس واحد وجه القياس ان الدم انما يجب لحصول الارتفاق الكامل لان بذلك تتكامل الجناية فتتكامل الكفارة وقلم أظافير كل عضو ارتفاق على حدة فيستدعى كفارة على حدة وجه الاستحسان ان جنس الجناية واحد حظرها احرام واحد بجهة غير متقومة فلا يوجب الا دما واحدا كما فى حلق الرأس انه اذا حلق الربع يجب عليه دم ولو حلق الكل يجب عليه دم واحد لما قلنا كذا هذا وان كان فى مجالس مختلفة يجب لكل من ذلك كفارة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء كفر للاول أولا وعند محمد ان لم يكفر للاول فعليه كفارة واحدة وجه قوله ان الكفارة تجب بهتك حرمة الاحرام وقد انهتك حرمته بقلم أظافير العضو الاول وهتك المهتوك لا يتصور فلا يلزمه كفارة أخرى ولهذا لا يجب كفارة أخرى بالافطار فى يومين من رمضان لان وجوبها بهتك حرمة الشهر جبرا لها وقد انهتك بافساد الصوم فى اليوم الاول فلا يتصور هتكا بالافساد فى اليوم الثانى والثالث كذا هذا بخلاف ما اذا كفر للاول لانه انجبر الهتك بالكفارة وجعل كانه لم يكن فعادت حرمة الاحرام فاذا هتكها تجب كفارة أخرى جبرا لها كما فى كفارة رمضان ولهما أن كفارة الاحرام تجب بالجناية على الاحرام والاحرام قائم فكان كل فعل جناية على حدة على الاحرام فيستدعى كفارة على حدة الا أن عند اتحاد المجلس جعلت الجنايات المتعددة حقيقة متحدة حكما لان المجلس جعل فى الشرع جامعا للافعال المختلفة كما فى خيار المخيرة وسجدة التلاوة والايجاب والقبول فى البيع وغير ذلك فاذا اختلف المجلس اعطى لكل جناية حكم نفسها فيعتبر فى الحكم المتعلق بها بخلاف كفارة الافطار لانها ما وجبت بالجناية على الصوم بل جبرا لهتك حرمة الشهر وحرمة الشهر واحدة لا تتجزأ وقد انهتكت حرمته بالافطار الاول فلا يحتمل الهتك ثانيا ولو قلم أظافير يد لاذى فى كفه فعليه أى الكفارات شاء لما ذكرنا أن ما حظره الاحرام اذا فعله المحرم عن ضرورة وعذر فكفارته أحد الاشياء الثلاثة والله عز وجل أعلم ولو انكسر ظفر المحرم فانقطعت منه شظية فقلعها لم يكن عليه شئ اذا كان مما لا ينبت لانها كالزائدة ولانها خرجت عن احتمال النماء فاشبهت شجر الحرم اذا يبس فقطعه انسان أنه لا ضمان عليه كذا هذا وان قلم المحرم أظافير حلال أو محرم أو قلم الحلال أظافير محرم فحكمه حكم الحلق وقد ذكرنا ذلك كله والله أعلم والذكر والنسيان والطوع والكره فى وجوب الفدية بالقلم سواء عندنا خلافا للشافعى وكذا يستوى فيه الرجل والمرأة والمفرد والقارن الا أن على القارن ضعف ما على المفرد لما ذكرنا والله اعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى توابع الجماع فيجب على المحرم أن يجتنب الدواعى من التقبيل واللمس بشهوة والمباشرة والجماع فيما دون الفرج لقوله عز وجل فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج قيل فى بعض وجوه التأويل ان الرفث جميع حاجات الرجال الى النساء وسئلت عائشة رضى الله تعالى عنها عما يحل للمحرم من امرأته فقالت يحرم عليه كل شئ الا الكلام فان جامع فيما دون الفرج أنزل أو لم ينزل أو قبل أو لمس بشهوة أو باشر فعليه دم لكن لا يفسد حجه اما عدم فساد الحج فلان ذلك حكم متعلق بالجماع فى الفرج على طريق التغليظ واما وجوب الدم فلحصول ارتفاق كامل مقصود وقد روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال اذا باشر المحرم امرأته فعليه دم ولم يرو عن غيره خلافه وسواء فعل ذاكرا أو ناسيا عندنا خلافا للشافعى ولو نظر الى فرج امرأته عن شهوة فأمنى فلا شئ عليه بخلاف المس عن شهوة انه يوجب الدم أمنى أو لم يمن ووجه الفرق ان اللمس استمتاع بالمرأة وقضاء للشهوة فكان ارتفاقا كاملا فأما النظر فليس من باب الاستمتاع ولا قضاء الشهوة بل هو سبب لزرع الشهوة فى القلب والمحرم غير ممنوع عما يزرع الشهوة كالاكل وذكر فى الجامع الصغير اذا لمس بشهوة فامنى فعليه دم وقوله أمنى ليس على سبيل الشرط لانه ذكر فى الاصل ان عليه دما أنزل أو لم ينزل

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الصيد فنقول لا يجوز للمحرم أن يتعرض لصيد البر المأكول وغير المأكول عندنا الا المؤذى المبتدئ بالاذى غالبا والكلام فى هذا الفصل يقع فى مواضع فى تفسير الصيد انه ما هو وفى بيان

أنواعه وفى بيان مايحل اصطياده للمحرم ومايحرم عليه وفى بيان حكم مايحرم عليه اصطياده اذا اصطاده اما الاول فالصيد هو الممتنع المتوحش من الناس فى أصل الخلقة امابقوائمه أو بجناحه فلايحرم على المحرم ذبح الابل والبقر والغنم لانها ليست بصيد لعدم الامتناع والتوحش من الناس وكذا الدجاج والبط الذى يكون فى المنازل وهو المسمى بالبط الكسكرى لانعدام معنى الصيد فيهما وهو الامتناع والتوحش فاما البط الذى يكون عند الناس و يطير فهو صيد لوجود معنى الصيد فيه والحمام المسرول صيد وفيه الجزاء عند عامة العلماء وعند مالك ليس بصيد وجه قوله ان الصيد اسم للتوحش والحمام المسرول مستأنس فلا يكون صيدا كالدجاج والبط الذى يكون فى المنازل ولنا ان جنس الحمام متوحش فى أصل الخلقة وانما يستأنس البعض منه بالتولد والتأنيس مع بقائه صيدا كالظبية المستأنسة والنعامة المستأنسة والطوطى ونحو ذلك حتى يجب فيه الجزاء وكذا المستأنس فى الخلقة قد يصير مستوحشا كالابل اذا توحشت وليس له حكم الصيد حتى لايجب فيه الجزاء فعلم أن العبرة بالتوحش والاستئناس فى أصل الخلقة وجنس الحمام متوحش فى أصل الخلقة وانما يستأنس البعض منه لعارض فكان صيدا بخلاف البط الذى يكون عند الناس فى المنازل فان ذلك ليس من جنس المتوحش بل هو من جنس آخر والكلب ليس بصيد لانه ليس بمتوحش بل هو مستأنس سواء كان أهليا أو وحشيا لان الكلب أهلى فى الاصل لكن ربما يتوحش لعارض فاشبه الابل اذا توحشت وكذا السنور الاهلى ليس بصيد لانه مستأنس وأما البرى ففيه روايتان روى هشام عن أبى حنيفة ان فيه الجزاء وروى الحسن عنه انه لاشئ فيه كالاهلى وجه رواية هشام انه متوحش فاشبه الثعلب ونحوه وجه رواية الحسن ان جنس السنور مستأنس فى أصل الخلقة وانما يتوحش البعض منه لعارض فاشبه البعير اذا توحش ولا بأس بقتل البرغوث والبعوض والنملة والذباب والحلم والقراد والزنبور لانها ليست بصيد لانعدام التوحش والامتناع الاترى انها تطلب الانسان مع امتناعه منها وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه كان يقرد بعيره وهو محرم ولان هذه الاشياء من المؤذيات المبتدئة بالاذى غالبا فالتحقت بالمؤذيات المنصوص عليها من الحية والعقرب وغيرهما ولا يقتل القملة لا لانها صيد بل لما فيها من ازالة التفث لانه متولد من البدن كالشعر والمحرم منهى عن ازالة التفث من بدنه فان قتلها تصدق بشئ كما لو أزال شعرة ولم يذكر فى ظاهر الرواية مقدار الصدقة وروى الحسن عن أبى حنيفة انه قال اذا قتل المحرم قملة أو ألقاها أطعم كسرة وان كانتا اثنتين أو ثلاثا أطعم قبضة من الطعام وان كانت كثيرة أطعم نصف صاع وكذا لا يقتل الجرادة لانها صيد البر اما كونه صيدا فلانه متوحش فى أصل الخلقة واما كونه صيد البر فلان توالده فى البر ولهذا لا يعيش الا فى البر حتى لو وقع فى الماء يموت فان قتلها تصدق بشئ من الطعام وقد روى عن عمر انه قال تمرة خير من جرادة ولا بأس له بقتل هوام الارض من الفأرة والحية والعقرب والخنافس والجعلان وأم حنين وصياح الليل والصرصر ونحوها لانها ليست بصيد بل من حشرات الارض وكذا القنفذ وابن عرس لانهما من الهوام حتى قال أبو يوسف ابن عرس من سباع الهوام والهوام ليست بصيد لانها لا تتوحش من الناس وقال أبو يوسف فى القنفذ الجزاء لانه من جنس المتوحش ولا يبتدئ بالاذى

(فصل) وأما بيان أنواعه وبيان مايحل للمحرم اصطياده ومايحرم عليه من كل نوع فنقول وبالله التوفيق الصيد فى الاصل نوعان برى وبحرى فالبحرى هو الذى توالده فى البحر سواء كان لا يعيش الا فى البحر أو يعيش فى البحر والبر والبرى مايكون توالده فى البر سواء كان لا يعيش الا فى البر أو يعيش فى البر والبحر فالعبرة للتوالد اما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعا مأكولا كان أو غير مأكول لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة والمراد منه اصطياد ما فى البحر لان الصيد مصدر يقال صاد يصيد صيدا واستعماله فى المصيد مجاز والكلام بحقيقته اباحة اصطياد ما فى البحر عاما وأما صيد البر فنوعان مأكول وغير مأكول اما المأكول فلا يحل للمحرم اصطياده نحو الظبى والارنب وحمار الوحش وبقر الوحش والطيور التى

يؤكل لحومها برية كانت أو بحرية لان الطيور كلها برية لأن توالدها في البر وانما يدخل بعضها في البحر لطلب الرزق والاصل فيه قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما وقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ظاهر الآيتين يقتضي تحريم صيد البر للمحرم عاماً أو مطلقا الا ما خص أو قيد بدليل وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم والمراد منه الابتلاء بالنهي بقوله تعالى في سياق الآية فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم أي اعتدى بالاصطياد بعد تحريمه والمراد منه صيد البر لان صيد البحر مباح بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وكذا لا يحل له الدلالة عليه والاشارة اليه بقوله صلى الله عليه وسلم الدال على الخير كفاعله والدال على الشر كفاعله ولان الدلالة والاشارة سبب الى القتل وتحريم الشئ تحريم لاسبابه وكذا لا يحل له الاعانة على قتله لان الاعانة فوق الدلالة والاشارة وتحريم الادنى تحريم الاعلى من طريق الاولى كالتأفيف مع الضرب والشتم وأما غير المأكول فنوعان نوع يكون مؤذيا طبعا مبتدئا بالاذى غالبا ونوع لا يبتدئ بالاذى غالبا اما الذي يبتدئ بالاذى غالبا فللمحرم أن يقتله ولا شئ عليه وذلك نحو الاسد والذئب والنمر والفهد لان دفع الاذى من غير سبب موجب للاذى واجب فضلا عن الاباحة ولهذا اباح رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل الخمس الفواسق للمحرم في الحل والحرم بقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلهن المحرم في الحل والحرم الحية والعقرب والفارة والكلب العقور والغراب وروى والحدأة وروى عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خمس يقتلهن المحل والمحرم في الحل والحرم الحدأة والغراب والعقرب والفارة والكلب العقور وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل خمس فواسق في الحل والحرم الحدأة والفارة والغراب والعقرب والكلب العقور وعلة الاباحة فيها هي الابتداء بالاذى والعدو على الناس غالبا فان من عادة الحدأة ان تغير على اللحم والكرش والعقرب تقصد من تلدغه وتتبع حسه وكذا الحية والغراب يقع على دبر البعير وصاحبه قريب منه والفارة تسرق أموال الناس والكلب العقور من شأنه العدو على الناس وعقرهم ابتداء من حيث الغالب ولا يكاد يهرب من بني آدم وهذا المعنى موجود في الاسد والذئب والفهد والنمر فكان ورود النص في تلك الاشياء ورودا في هذه دلالة قال أبو يوسف الغراب المذكور في الحديث هو الغراب الذي يأكل الجيف أو يخلط مع الجيف اذ هذا النوع هو الذي يبتدئ بالاذى والعقعق ليس في معناه لانه لا يأكل الجيف ولا يبتدئ بالاذى وأما الذي لا يبتدئ بالاذى غالبا كالضبع والثعلب وغيرهما فله أن يقتله ان عدى عليه ولا شئ عليه اذا قتله وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يلزمه الجزاء وجه قوله ان المحرم للقتل قائم وهو الاحرام فلو سقطت الحرمة انما تسقط بفعله وفعل العجماء جبار فبقي محرم القتل كما كان كالجمل الصؤل اذا قتله انسان انه يضمن لما قلنا كذا هذا ولنا انه لما عدا عليه وابتدأه بالاذى التحق بالمؤذيات طبعا فسقطت عصمته وقد روى عن عمر رضي الله عنه انه ابتدأ قتل ضبع فادى جزاءها وقال انا ابتدأناها فتعليله بابتدائه قتلها اشارة الى أنها لو ابتدأت لا يلزمه الجزاء وقوله الاحرام قائم مسلم لكن أثره في أن لا يتعرض للصيد لا في وجوب تحمل الاذى بل يجب عليه دفع الاذى لانه من صيانة نفسه عن الهلاك وانه واجب فسقطت عصمته في حال الاذى فلم يجب الجزاء بخلاف الجمل الصائل لان عصمته ثبتت حقا لمالكه ولم يوجد منه ما يسقط العصمة فيضمن القاتل وان لم يعد عليه لا يباح له أن يبتدئه بالقتل وان قتله ابتداء فعليه الجزاء عندنا وعند الشافعي يباح له قتله ابتداء ولا جزاء عليه اذا قتله وجه قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح للمحرم قتل خمس من الدواب وهي لا يؤكل لحمها والضبع والثعلب مالا يؤكل لحمه فكان ورود النص هناك ورودا ههنا ولنا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم وقوله وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما وقوله يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم عاماً أو مطلقا من غير فصل بين المأكول وغيره واسم الصيد يقع على المأكول وغير المأكول لوجود حد الصيد فيهما جميعا والدليل عليه قول الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال

أطلق اسم الصيد على الثعلب الا انه خص منها الصيد العادي المبتدي بالاذى غالبا أو قيدت بدليل فمن ادعى تخصيص غيره أو التقييد فعليه الدليل وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الضبع صيد وفيه شاة اذا قتله المحرم وعن عمر وابن عباس رضي الله عنهما انهما أوجبا في قتل المحرم الضبع جزاء وعن علي رضي الله عنه انه قال في الضبع اذا عدا على المحرم فليقتله فان قتله قبل أن يعدو عليه فعليه شاة مسنة ولا حجة للشافعي في حديث الخمس الفواسق لانه ليس فيه أن اباحة قتلهن لاجل انه لا يؤكل لحمها بل فيه اشارة الى ان علة الاباحة فيها الابتداء بالاذى غالبا ولا يوجد ذلك في الضبع والثعلب بل من عادتهما الهرب من بني آدم ولا يؤذيان أحدا حتى يبتدئهما بالاذى فلم توجد علة الاباحة فيهما فلم تثبت الاباحة وعلى هذا الخلاف الضب واليربوع والسمور والدلق والقرد والفيل والخنزير لانها صيد لوجود معنى الصيد فيها وهو الامتناع والتوحش ولا تبتدي بالاذى غالبا فتدخل تحت ما تلونا من الآيات الكريمة وقال زفر في الخنزير انه لا يجب الجزاء فيه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعثت بكسر المعازف وقتل الخنازير ندبنا صلى الله عليه وسلم الى قتله والندب فوق الاباحة فلا يتعلق به الجزاء والحديث محمول على غير حال الاحرام او على حال العدو والابتداء بالاذى حملا لخبر الواحد على موافقة الكتاب العزيز وعلى هذا الاختلاف سباع الطير والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم اصطياده اذا اصطاده فالامر لا يخلو اما ان قتل الصيد واما ان جرحه واما ان أخذه فلم يقتله ولم يجرحه فان قتله فالقتل لا يخلو اما ان يكون مباشرة أو تسبيبا فان كان مباشرة فعليه قيمة الصيد المقتول يقومه ذوا عدل لهما بصارة بقيمة الصيود فيقومانه في المكان الذي أصابه ان كان موضعا تباع فيه الصيود وان كان في مفازة يقومانه في أقرب الاماكن من العمران اليه فان بلغت قيمته ثمن هدي فالقاتل بالخيار ان شاء أهدى وان شاء أطعم وان شاء صام وان لم يبلغ قيمته ثمن هدي فهو بالخيار بين الطعام والصيام سواء كان الصيد مماله نظير او كان مما لا نظير له وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وحكى الطحاوي قول محمد ان الخيار للحكمين ان شا آحكما عليه هديا وان شا آطعاما وان شا آصياما فان حكما عليه هديا نظر القاتل الى نظيره من النعم من حيث الخلقة والصورة ان كان الصيد مماله نظير سواء كان قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر الى القيمة بل الى الصورة والهيئة فيجب في الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي حمار الوحش بقرة وفي النعامة بعير وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وان لم يكن له نظير مما في ذبحه قربة كالحمام والعصفور وسائر الطيور تعتبر قيمته كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وحكى الكرخي قول محمد ان الخيار للقاتل عنده أيضا غير انه ان اختار الهدي لا يجوز له الا اخراج النظير فيما له نظير وعند الشافعي يجب عليه بقتل ماله نظير النظير ابتداء من غير اختيار أحد وله ان يطعم و يكون الاطعام بدلا عن النظير لا عن الصيد فيقع الكلام في موجب قتل صيد له نظير في مواضع منها انه يجب على القاتل قيمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب عند محمد والشافعي والاصل فيه قوله عز وجل ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم أي فعليه جزاء مثل ما قتل أوجب الله تعالى على القاتل جزاء مثل ما قتل واختلف الفقهاء في المراد من المثل المذكور في الآية الشريفة قال أبو حنيفة وأبو يوسف المراد منه المثل من حيث المعنى وهو القيمة وقال محمد والشافعي المراد منه المثل من حيث الصورة والهيئة وجه قولهما ان الله تعالى أوجب على القاتل جزاء من النعم وهو مثل ما قتل من النعم لانه ذكر المثل ثم فسره بالنعم بقوله عز وجل من النعم ومن ههنا لتمييز الجنس فصار تقدير الآية الشريفة ومن قتله منكم متعمدا فجزاء من النعم وهو مثل المقتول وهو ان يكون مثله في الخلقة والصورة وروى ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر رضي الله عنه أوجبوا في النعامة بدنة وفي الظبية شاة وفي الارنب عناقا وهم كانوا أعرف بمعاني كتاب الله تعالى ولابي حنيفة وأبي يوسف وجوه من الاستدلال بهذه الآية أولها ان الله عز وجل نهى المحرمين عن قتل الصيد عاما لانه تعالى

ذكر الصيد بالالف واللام بقوله عزوجل لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم والألف واللام لاستغراق الجنس خصوصا عند عدم المعهود ثم قال تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل والهاء كناية راجعة الى الصيد الموجد من اللفظ المعرف بلام التعريف فقد أوجب سبحانه وتعالى بقتل الصيد مثلا يعم ماله نظير ومالا نظير له وذلك هو المثل من حيث المعنى وهو القيمة لا المثل من حيث الخلقة والصورة لان ذلك لايجب فى صيد لا نظير له بل الواجب فيه المثل من حيث المعنى وهو القيمة بلا خلاف فكان صرف المثل المذكور بقتل الصيد على العموم اليه تخصيصا لبعض ماتناوله عموم الآية والعمل بعموم اللفظ واجب ما أمكن ولايجوز تخصيصه الا بدليل والثانى ان مطلق اسم المثل ينصرف الى ماعرف مثلا فى أصول الشرع والمثل المتعارف فى أصول الشرع هو المثل من حيث الصورة والمعنى أو من حيث المعنى وهو القيمة كما فى ضمان المتلفات فان من أتلف على آخر حنطة يلزمه حنطة ومن أتلف عليه عرضا تلزمه القيمة فاما المثل من حيث الصورة والهيئة فلا نظير له فى أصول الشرع فعند الاطلاق ينصرف الى المتعارف لا الى غيره والثالث انه سبحانه وتعالى ذكر المثل منكرا فى موضع الاثبات فيتناول واحدا وأنه اسم مشترك يقع على المثل من حيث المعنى ويقع على المثل من حيث الصورة فالمثل من حيث المعنى يراد من الآية فيما لا نظير له فلا يكون الآخر مرادا اذ المشترك فى موضع الاثبات لاعموم له والرابع ان الله تعالى ذكر عدالة الحكمين ومعلوم ان العدالة انما تشترط فيما يحتاج فيه الى النظر والتأمل وذلك فى المثل من حيث المعنى وهو القيمة لان بها تحقق الصيانة عن الغلو والتقصير وتقرير الامر على الوسط فاما الصورة فشابهة لا تفتقر الى العدالة واما قوله تعالى من النعم فلا نسلم ان قوله تعالى من النعم خرج تفسيرا للمثل وبيانه من وجهين أحدهما ان قوله فجزاء مثل ماقتل كلام تام بنفسه مفيد بذاته من غير صلة بغيره لكونه مبتدأ وخبرا وقوله من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة يمكن استعماله على غير وجه التفسير للمثل لانه كما يرجع الى الحكمين فى تقويم الصيد المتلف يرجع اليهما فى تقويم الهدى الذى يوجد بذلك القدر من القيمة فلا يجعل قوله مثل ماقتل مربوطا بقوله عزوجل من النعم مع استغناء الكلام عنه هذا هو الاصل الا اذا قام دليل زائد يوجب الربط بغيره والثانى أنه وصل قوله من النعم بقوله يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وقوله عزوجل أو كفارة طعام مساكين وقوله عزوجل أو عدل ذلك صياما جعل الجزاء أحد الاشياء الثلاثة لانه أدخل حرف التخيير بين الهدى والاطعام وبين الطعام والصيام فلو كان قوله من النعم تفسيرا للمثل لكان الطعام والصيام مثلا لدخول حرف أو بينهما وبين النعم اذ لا فرق بين التقديم والتأخير فى الذكر بأن قال تعالى فجزاء مثل ما قتل طعاما أو صياما أو من النعم هديا لان التقديم فى التلاوة لا يوجب التقديم فى المعنى ولما لم يكن الطعام والصيام مثلا للمقتول دل أن ذكر النعم لم يخرج مخرج التفسير للمثل بل هو كلام مبتدأ غير موصول المراد بالاول وقول جماعة الصحابة رضى الله عنهم محمول على الايجاب من حيث القيمة توفيقا بين الدلائل مع ما ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن ابن عباس مثل مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فلا يحتج بقول البعض على البعض وعلى هذا ينبنى اعتبار مكان الاصابة فى التقويم عندهما لان الواجب على القاتل القيمة وانها تختلف باختلاف المكان وعند محمد والشافعى الواجب هو النظير اما بحكم الحكمين أو ابتداء فلا يعتبر فيه المكان وقال الشافعى يقوم بمكة أو بمنى وانه غير سديد لأن العبرة فى قيم المستهلكات فى أصول الشرع مواضع الاستهلاك كما فى استهلاك سائر الاموال ومنها أن الطعام بدل عن الصيد عندنا فيقوم الصيد بالدراهم ويشترى بالدراهم طعاما وهو مذهب ابن عباس وجماعة من التابعين وعن ابن عباس رواية أخرى أن الطعام بدل عن الهدى فيقوم الهدى بالدراهم ثم يشترى بقيمة الهدى طعاما وهو قول الشافعى والصحيح قولنا لان الله تعالى جعل جميع ذلك جزاء الصيد بقوله عزوجل فجزاء مثل ماقتل من النعم الى قوله أو كفارة طعام مساكين فلما كان الهدى من حيث كونه جزاء معتبرا بالصيد اما فى قيمته أو نظيره على اختلاف القولين كان الطعام مثله ولان فيما لا مثل له من النعم اعتبار الطعام بقيمة الصيد

بلا خلاف فكذا فيما له مثل لان الآية عامة منتظمة للامرين جميعا ومنها ان كفارة جزاء الصيد على التخيير كذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما وهو مذهب جماعة من التابعين مثل عطاء والحسن وابراهيم وهو قول أصحابنا وعن ابن عباس رواية أخرى انه على ترتيب الهدى ثم الاطعام ثم الصيام حتى لو وجد الهدى لا يجوز الطعام ولو وجد الهدى أو الطعام لا يجوز الصيام كما فى كفارة الظهار والافطار انها على الترتيب دون التخيير واحتج من اعتبر الترتيب بما روى أن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم حكموا فى الضبع بشاة ولم يذكروا غيره فدل ان الواجب على الترتيب ولنا ان الله تعالى ذكر حرف أو فى ابتداء الايجاب وحرف أو اذا ذكر فى ابتداء الايجاب يراد به التخيير لا الترتيب كما فى قوله عز وجل فى كفارة اليمين فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وقوله تعالى فى كفارة الحلق ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وغير ذلك هذا هو الحقيقة الا فى موضع قام الدليل بخلافها كما فى آية المحاربين انه ذكر فيها أو على ارادة الواو ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا فعليه الدليل ثم اذا اختار الهدى فان بلغت قيمة الصيد بدنة نحرها وان لم تبلغ بدنة وبلغت بقرة ذبحها وان لم تبلغ بقرة وبلغت شاة ذبحها وان اشترى بقيمة الصيد اذا بلغت بدنة أو بقرة سبع شياه وذبحها أجزأه فان اختار شراء الهدى وفضل من قيمة الصيد فان بلغ هديين أو أكثر اشترى وان كان لا يبلغ هديا فهو بالخيار ان شاء صرف الفاضل الى الطعام وان شاء صام كما فى صيد الصغير الذى لا تبلغ قيمته هديا وقد اختلف فى السن الذى يجوز فى جزاء الصيد قال أبو حنيفة لا يجوز الا ما يجوز فى الاضحية وهدى المتعة والقران والاحصار وقال أبو يوسف ومحمد يجوز الجفرة والعناق على قدر الصيد واحتجا بما روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم أوجبوا فى اليربوع جفرة وفى الارنب عناقا ولابى حنيفة أن اطلاق الهدى ينصرف الى ما ينصرف اليه سائر الهدايا المطلقة فى القرآن فلا يجوز دون السن الذى يجزى فى سائر الهدايا وما روى عن جماعة من الصحابة حكاية حال لا عموم له فيحمل على انه كان على طريق القيمة على ان ابن عباس رضى الله عنهما يخالفهم فلا يقبل قول بعضهم على بعض الا عند قيام دليل الترجيح ثم اسم الهدى يقع على الابل والبقر والغنم على ما بينا فيما تقدم ولا يجوز ذبح الهدى الا فى الحرم لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ولو جاز ذبحه فى غير الحرم لم يكن لذكر بلوغه الكعبة معنى وليس المراد منه بلوغ عين الكعبة بل بلوغ قربها وهو الحرم ودلت الآية الكريمة على ان من حلف لا يمر على باب الكعبة أو المسجد الحرام فمر بقرب بابه حنث وهو كقوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والمراد منه الحرم لانهم منعوا بهذه الآية الكريمة عن دخول الحرم وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال الحرم كله مسجد ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان الهدايا أى ينقل اليها ومكان الهدايا الحرم لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق والمراد منه الحرم وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ولو ذبح فى الحل لا يسقط عنه الجزاء بالذبح الا أن يتصدق بلحمه على الفقراء على كل فقير قيمة نصف صاع من بر فيجزئه على طريق البدل عن الطعام واذا ذبح الهدى فى الحرم سقط الجزاء عنه بنفس الذبح حتى لو هلك أو سرق أو ضاع بوجه من الوجوه خرج عن العهدة لان الواجب هو اراقة الدم وان اختار الطعام اشترى بقيمة الصيد طعاما فاطعم كل مسكين نصف صاع من بر ولا يجزيه أقل من ذلك كما فى كفارة اليمين وفدية الاذى ويجوز الاطعام فى الاماكن كلها عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا فى الحرم كما لا يجوز الذبح الا فى الحرم توسعة على أهل الحرم ولنا أن قوله تعالى أو كفارة طعام مساكين مطلق عن المكان وقياس الطعام على الذبح بمعنى التوسعة على أهل الحرم قد أبطلناه فيما تقدم ولان الاراقة لم تعقل قربة بنفسها وانما عرفت قربة بالشرع والشرع ورد بها فى مكان مخصوص أو زمان مخصوص فيتبع مورد الشرع فيتقيد كونها قربة بالمكان الذى ورد الشرع بكونها قربة فيه وهو الحرم فاما الاطعام فيعقل قربة بنفسه لانه من باب الاحسان الى المحتاجين فلا يتقيد كونه قربة بمكان كما لا يتقيد بزمان ويجوز فيه الاباحة والتمليك لما نذكره فى كتاب الكفارات ولا

يجوز

يجوز للقاتل أن يأكل شيأ من لحم الهدى ولو أكل شيأ منه فعليه قيمة ما أكل ولا يجوز دفعه ودفع الطعام الى ولده وولد ولده وان سفلوا ولا الى والده ووالد والده وان علوا كما لا تجوز الزكاة ويجوز دفعه الى أهل الذمة في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز في قول أبي يوسف كما في صدقة الفطر والصدقة المنذور بها على ماذكرنا في كتاب الزكاة وان اختار الصيام اشترى بقيمة الصيد طعاما وصام لكل نصف صاع من بر يوما عندنا وهو قول ابن عباس وجماعة من التابعين مثل ابراهيم وعطاء ومجاهد وقال الشافعي يصوم لكل مد يوما والصحيح قولنا لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يصوم عن كل نصف صاع يوما ومثل هذا لا يعرف بالاجتهاد فتعين السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فان فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو بالخيار ان شاء تصدق به وان شاء صام عنه يوما لان صوم بعض يوم لا يجوز ويجوز الصوم في الايام كلها بلا خلاف ويجوز متتابعا ومتفرقا لقوله تعالى أو عدل ذلك صياما مطلقا عن المكان وصفة التتابع والتفرق وسواء كان الصيد مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل لحمه عندنا بعد ان كان محرما والاصطياد على المحرم كالضبع والثعلب وسباع الطير وينظر الى قيمته لو كان مأكول اللحم لعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم غير أنه لا يجاوز به دما في ظاهر الرواية وذكر الكرخي أنه لا يبلغ دما بل ينقص من ذلك بخلاف مأكول اللحم فانه تجب قيمته بالغة ما بلغت وان بلغت قيمته هديين أو أكثر وقال زفر تجب قيمته بالغة ما بلغت كما في مأكول اللحم وجه قوله أن هذا المصيد مضمون بالقيمة والمضمون بالقيمة يعتبر كمال قيمته كالمأكول ولنا أن هذا المضمون انما يجب بقتله من حيث انه صيد ومن حيث انه صيد لا تزيد قيمة لحمه على لحم الشاة بحال بل لحم الشاة يكون خيرا منه بكثير فلا يجاوز به دما بل ينقص منه كما ذكره الكرخي ولانه جزاء وجب باتلاف ما ليس بمال فلا يجاوز به دما كحلق الشعر وقص الاظفار وقد خرج الجواب عما ذكره زفر ويستوي في وجوب الجزاء بقتل الصيد المبتدئ والعائد وهو ان يقتل صيدا ثم يعود ويقتل آخر ثم وثم أنه يجب لكل صيد جزاء على حدة. وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس أنه لا جزاء على العائد وهو قول الحسن وشريح وابراهيم واحتجوا بقوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل جزاء العائد الانتقام في الآخرة فتنتفي الكفارة في الدنيا ولنا ان قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يتناول القتل في كل مرة فيقتضي وجوب الجزاء في كل مرة كما في قوله تعالي ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ونحو ذلك وأما قوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه ففيه ان الله تعالى ينتقم من العائد وليس فيه ان ينتقم منه بماذا فيحتمل انه ينتقم منه بالكفارة كذا قال بعض أهل التأويل فينتقم الله منه بالكفارة في الدنيا أو بالعذاب في الآخرة على ان الوعيد في الآخرة لا ينفي وجوب الجزاء في الدنيا كما أن الله تعالى جعل حد المحاربين لله ورسوله جزاءهم في الدنيا بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا الآية ثم قال عز وجل في آخرها ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ومنهم من صرف تأويل الآية الكريمة الى استحلال الصيد فقال الله عز وجل عفا الله عما سلف في الجاهلية من استحلالهم الصيد اذا تاب ورجع عما استحل من قتل الصيد ومن عاد الى الاستحلال فينتقم الله منه بالنار في الآخرة وبه نقول هذا اذا لم يكن قتل الثاني والثالث على وجه الرفض والاحلال فاما اذا كان على وجه الرفض والاحلال لاحرامه فعليه جزاء واحد استحسانا والقياس ان يلزمه لكل واحد منهما دم لان الموجود ليس الا نية الرفض ونية الرفض لا يتعلق بها حكم لانه لا يصير حلالا بذلك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة الا انهم استحسنوا وقالوا لا يجب الا جزاء واحد لان الكل وقع على وجه واحد فاشبه الايلاجات في الجماع ويستوي فيه العمد والخطأ والذكر والنسيان عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه لا كفارة على الخاطئ وقال الشافعي لا كفارة على الخاطئ والناسي والكلام في المسئلة بناء وابتداء أما البناء فما ذكرنا فيما تقدم ان الكفارة انما تجب

بارتكاب محظور الاحرام والجناية عليه ثم زعم الشافعي ان فعل الخاطئ والناسي لا يوصف بالجناية والحظر لان فعل
الخطأ والنسيان مما لا يمكن التحرز عنه فكان عذرا وقلنا نحن ان فعل الخاطئ والناسي جناية وحرام لان فعلهما
جائز المؤاخذة عليه عقلا وانما رفعت المؤاخذة عليه شرعا مع بقاء وصف الحظر والحرمة فامكن القول بوجوب
الكفارة وكذا التحرز عنهما ممكن في الجملة اذ لا يقع الانسان في الخطأ والسهو الا لنوع تقصير منه فلم يكن عذرا منه
ولهذا لم يعذر الناسي في باب الصلاة الا أنه جعل عذرا في باب الصوم لانه يغلب وجوده فكان في وجوب القضاء حرج
ولا يغلب في باب الحج لان أحوال الاحرام مذكرة فكان النسيان معها نادرا على أن العذر في هذا الباب لا يمنع
وجوب الجزاء كما في كفارة الحلق لمرض أو أذى بالرأس وكذا فوات الحج لا يختلف حكمه للعذر وعدم العذر وأما
الابتداء فاحتج بقوله عز وجل ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم خص المتعمد بايجاب الجزاء
عليه فلو شاركه الخاطئ والناسي في الوجوب لم يكن للتخصيص معنى ولنا وجوه من الاستدلال بالعمد أحدها أن
الكفارات وجبت رافعة للجناية ولهذا سماه الله تعالى كفارة بقوله عز وجل أو كفارة طعام مساكين وقد وجدت
الجناية على الاحرام في الخطأ الا ترى ان الله عز وجل سمى الكفارة في القتل الخطأ توبة بقوله تعالى في آخر الآية
توبة من الله ولا توبة الا من الجناية والحاجة الى رفع الجناية موجودة والكفارة صالحة لرفعها لانها ترفع أعلى
الجنايتين وهي العمد وما صلح رافعا لأعلى الذنبين يصلح رافعا لادناهما بخلاف قتل الآدمي عمدا أنه لا يوجب
الكفارة عندنا والخطأ يوجب لان النص هناك وجب ورد بايجاب الكفارة في الخطأ وذنب الخطأ دون ذنب العمد
وما يصلح لرفع الأدنى لا يصلح لرفع الاعلى فامتنع الوجوب من طريق الاستدلال لانعدام طريقه والثاني أن
المحرم بالاحرام أمن الصيد عن التعرض والتزم ترك التعرض له فصار الصيد كالامانة عنده وكل ذي أمانة اذا
أتلف الامانة يلزمه الغرم عمدا كان أو خطأ بخلاف قتل النفس عمدا لان النفس محفوظة بصاحبها وليست بامانة
عند القاتل حتى يستوي حكم العمد والخطأ في التعرض لها والثالث ان الله تعالى ذكر التخيير في حال العمد وموضوع
التخيير في حال الضرورة لأنه في التوسع وذا في حال الضرورة كالتخيير في الحلق لمن به مرض أو به أذى من رأسه
بقوله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ولا ضرورة في حال العمد فعلم
أن ذكر التخيير فيه لتقدير الحكم به في حال الضرورة لولا ه لما ذكر التخيير فكان ايجاب الجزاء في حال العمد ايجابا
في حال الخطأ ولهذا كان ذكر التخيير الموضوع للتخفيف والتوسع في كفارة اليمين بين الاشياء الثلاثة حالة
العمد ذكرا في حالة الخطا والنوم والجنون دلالة وأما تخصيص العامد فقد عرف من أصلنا أنه ليس في ذكر حكمه
وبيانه في حال دليل نفيه في حال أخرى فكان تمسكا بالمسكوت فلا يصح ويحتمل أن يكون تخصيص العامد
لعظم ذنبه تنبيها على الايجاب على من قصر ذنبه عنه من الخاطئ والناسي من طريق الاولى لان الواجب لما رفع
أعلى الذنبين فلان يرفع الادنى أولى وعلى هذا كانت الآية حجة عليه والله أعلم ويستوي في وجوب كمال الجزاء
بقتل الصيد حال الانفراد والاجتماع عندنا حتى لو اشترك جماعة من المحرمين في قتل صيد يجب على كل
واحد منهم جزاء كامل عند أصحابنا وعند الشافعي يجب عليهم جزاء واحد وجه قوله أن المقتول واحد فلا يضمن
الا بجزاء واحد كما اذا قتل جماعة رجلا واحدا خطأ أنه لا يجب عليهم الا دية واحدة وكذا جماعة من المحلين اذا قتلوا
صيدا واحدا في الحرم لا يجب عليهم الا قيمة واحدة كذا هذا ولنا قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل
ما قتل من النعم وكلمة من تتناول كل واحد من القاتلين على حياله كما في قوله عز وجل ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم وقوله تعالى ومن يظلم منكم نذقه عذابا كبيرا وقوله عز وجل ومن يكفر بالله وملائكته وكتبه
ورسله واليوم الآخر وأقرب المواضع قوله عز وجل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة حتى يجب على
كل واحد من القاتلين خطأ كفارة على حدة ولا تلزمه الدية انه لا يجب عليهم الا دية واحدة لأن ظاهر اللفظ وعمومه
يقتضي وجوب الدية على كل واحد منهم وانما صرفنا وجوب دية واحدة بالاجماع وقد ترك ظاهر اللفظ بدليل

والشافعي

والشافعي نظر الى المحل فقال المحل وهو المقتول متحد فلا يجب الا ضمان واحد وأصحابنا نظروا الى الفعل فقالوا الفعل متعدد فيتعدد الجزاء ونظرنا أقوى لان الواجب جزاء الفعل لان الله تعالى سماه جزاء بقوله فجزاء مثل ماقتل من النعم والجزاء يقابل الفعل لا المحل وكذا سمى الواجب كفارة بقوله عز وجل أو كفارة طعام مساكين والكفارة جزاء الجناية بخلاف الدية فانها بدل المحل فتتحد باتحاد المحل وتتعدد بتعدده وهو الجواب عن صيد الحرم لان ضمانه يشبه ضمان الاموال لأنها تجب بالجناية على الحرم والحرم واحد فلا تجب الا قيمة واحدة ولو قتل صيدا معلما كالبازي والشاهين والصقر والحمام الذي يجيء من مواضع بعيدة ونحو ذلك يجب عليه قيمتان قيمته معلما لصاحبه بالغة مابلغت وقيمته غير معلم حقا لله لانه جنى على حقين حق الله تعالى وحق العبد والتعليم وصف مرغوب فيه في حق العباد لانهم ينتفعون بذلك والله عز وجل يتعالى عن أن ينتفع بشيء ولان الضمان الذي هو حق الله تعالى يتعلق بكونه صيدا وكونه معلما وصف زائد على كونه صيدا فلا يعتبر ذلك في وجوب الجزاء وقد قالوا في الحمامة المصوتة انه يضمن قيمتها مصوتة في رواية وفي رواية غير مصوتة وجه الرواية الاولى ان كونها مصوتة من باب الحسن والملاحة والصيد مضمون بذلك كما لو قتل صيدا حسنا مليحا له زيادة قيمة تجب قيمته على تلك الصفة وكما لو قتل حمامة مطوقة أو فاختة مطوقة وجه الرواية الاخرى على نحو ماذكرنا ان كونها مصوتة لا يرجع الى كونه صيدا فلا يلزم المحرم ضمان ذلك وهذا يشكل بالمطوقة والصيد الحسن المليح ولو أخذ بيض صيد فشواه أو كسره فعليه قيمته يتصدق به لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم انهم حكموا في بيض النعامة بقيمته ولانه أصل الصيد اذ الصيد يتولد منه فيعطى له حكم الصيد احتياطا فان شوى بيضا أو جرادا فضمنه لا يحرم أكله ولو أكله أو غيره حلالا كان أو محرما لا يلزمه شيء بخلاف الصيد الذي قتله المحرم انه لا يحل أكله ولو أكل المحرم الصائد منه بعد ما أدى جزاءه يلزمه قيمة ما أكل في قول أبي حنيفة لان الحرمة هناك لكونه ميتة لعدم الذكاة لخروجه عن أهلية الذكاة والحرمة ههنا ليست لمكان كونه ميتة لانه لا يحتاج الى الذكاة فصار كالمجوسي اذا شوى بيضا أو جرادا انه يحل أكله كذا هذا فان كسر البيض فخرج منه فرخ ميت فعليه قيمته حيا يؤخذ فيه بالثقة وقال مالك عليه نصف عشر قيمته واعتبره بالجنين لان ضمانه ضمان الجنايات وفي الجنين نصف عشر قيمته كذا فيه ولنا ان الفرخ صيد لانه بفرض أن يصير صيدا فيعطى له حكم الصيد ويحتمل انه مات بكسره ويحتمل انه كان ميتا قبل ذلك وضمان الصيد يؤخذ فيه بالاحتياط لانه وجب حقا لله تعالى وحقوق الله تعالى يحتاط في ايجابها وكذلك اذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ثم ماتت الظبية فعليه قيمتهما يؤخذ في ذلك كله بالثقة أما قيمة الام فلانه قتلها وأما قيمة الجنين فلانه يحتمل انه مات بفعله ويحتمل انه كان ميتا فيحكم بالضمان احتياطا فان قتل ظبية حاملا فعليه قيمتها حاملا لان الحمل يجري مجرى صفاتها وحسنها وملاحتها وسمنها والصيد مضمون بأوصافه ولو حلب صيدا فعليه ما نقصه الحلب لان اللبن جزء من أجزاء الصيد فاذا نقصه الحلب يضمن كما لو أتلف جزأ من أجزائه كالصيد المملوك وأما اذا قتل الصيد تسببا فان كان متعديا في التسبب يضمن والا فلا بيان ذلك انه اذا نصب شبكة فتعقل به صيد ومات أو حفر حفيرة للصيد فوقع فيها فعطب يضمن لانه متعد في التسبب ولو ضرب فسطاطا لنفسه فتعقل به صيد فمات أو حفر حفيرة للماء أو للخبز فوقع فيها صيد فمات لاشيء عليه لان ذلك مباح له فلم يكن متعديا في التسبب وهذا كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان أو بهيمة ومات يضمن ولو كان الحفر في دار نفسه فوقع فيها انسان لا يضمن لانه في الاول متعد بالتسبب وفي الثاني لا كذا هذا ولو أعان محرم محرما أو حلالا على صيد ضمن لان الاعانة على الصيد تسبب الى قتله وهو متعد في هذا التسبب لانه تعاون على الاثم والعدوان وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولو دل عليه أو أشار اليه فان كان المدلول يرى الصيد أو يعلم به من غير دلالة أو اشارة فلا شيء على الدال لانه اذا كان يراه أو يعلم به من غير دلالته فلا أثر لدلالته في تفويت الامن على الصيد فلم تقع الدلالة تسببا الا انه يكره ذلك فقتله

بدلالته لانه نوع تحريض على اصطياده وان رآه المدلول بدلالته فقتله فعليه الجزاء عند أصحابنا وقال الشافعى لا جزاء عليه وجه قوله ان وجوب الجزاء متعلق بقتل الصيد ولم يوجد ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الدال على الشئ كفاعله وروى الدال على الخير كفاعله والدال على الشر كفاعله فظاهر الحديث يقتضى أن يكون للدلالة حكم الفعل الا ما خص بدليل وروى ان أبا قتادة رضى الله عنه شد على حمار وحش وهو حلال فقتله وأصحابه محرمون فمنهم من أكل ومنهم من أبى فسألوا النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم هل أشرتم هل أعنتم فقالوا لا فقال كلوا اذا فلولا ان الحكم يختلف بالاعانة والاشارة والا لم يكن للفحص عن ذلك معنى ودل ذلك على حرمة الاعانة والاشارة وذا يدل على وجوب الجزاء وروى ان رجلا سأل عمر رضى الله عنه فقال انى أشرت الى ظبية فقتلها صاحبى فسأل عمر عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنهما فقال ما ترى فقال أرى عليه شاة فقال عمر رضى الله تعالى عنه وانا أرى مثل ذلك وروى ان رجلا أشار الى بيضة نعامة فكسرها صاحبه فسأل عن ذلك عليا وابن عباس رضى الله عنهما فحكما عليه بالقيمة وكذا حكم عمر وعبد الرحمن رضى الله عنهما محمول على القيمة ولان المحرم قد أمن الصيد باحرامه والدلالة تزيل الامن لان أمن الصيد فى حال قدرته ويقظته يكون بتوحشه عن الناس وفى حال عجزه ونومه يكون باختفائه عن الناس والدلالة تزيل الاختفاء فيزول الامن فكانت الدلالة فى ازالة الامن كالاصطياد ولان الاعانة والدلالة والاشارة تسبب الى القتل وهو متعد فى هذا التسبب لكونه مزيلا للامن وانه محظور الاحرام فاشبه نصب الشبكة ونحو ذلك ولانه لما أمن الصيد عن التعرض بعقد الاحرام والتزم ذلك صار به الصيد كالامانة فى يده فاشبه المودع اذا دل سارقا على سرقة الوديعة ولو استعار محرم من محرم سكينا ليذبح به صيدا فاعاره اياه فذبح به الصيد فلا جزاء على صاحب السكين كذا ذكر محمد فى الاصل من المشايخ من فصل فى ذلك تفصيلا فقال ان كان المستعير يتوصل الى قتل الصيد بغيره لا يضمن وان كان لا يتوصل اليه الا بذلك السكين يضمن المعير لانه يصير كالدال ونظير هذا ما قالوا ان محرما رأى صيدا وله قوس أو سلاح يقتل به ولم يعرف ان ذلك فى أى موضع فدله محرم على سكينته أو على قوسه فأخذه فقتله به انه ان كان يجد غير ما دله عليه مما يقتله به لا يضمن الدال وان لم يجد غيره يضمن ولا يحل للمحرم أكل ما ذبحه من الصيد ولا لغيره من المحرم والحلال وهو بمنزلة الميتة لانه بالاحرام خرج من أن يكون أهلا للذكاة فلا تتصور منه الذكاة كالمجوسى اذا ذبح وكذا الصيد خرج من أن يكون محلا للذبح فى حقه لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والتحريم المضاف الى الاعيان يوجب خروجها عن محلية التصرف شرعا كتحريم الميتة وتحريم الامهات والتصرف الصادر من غير الاهل وفى غير محله يكون ملحقا بالعدم فان أكل المحرم الذابح منه فعليه الجزاء وهو قيمته فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالى ليس عليه الا التوبة والاستغفار ولا خلاف فى أنه لو أكله غيره لا يلزمه الا التوبة والاستغفار وجه قولهم انه أكل ميتة فلا يلزمه الا التوبة والاستغفار كما لو أكله غيره ولابى حنيفة رحمه الله تعالى انه تناول محظور احرامه فيلزمه الجزاء وبيان ذلك ان كونه ميتة لعدم الاهلية والمحلية وعدم الاهلية والمحلية بسبب الاحرام فكانت الحرمة بهذه الواسطة مضافة الى الاحرام فاذا أكله فقد ارتكب محظور احرامه فيلزمه الجزاء بخلاف ما اذا أكله محرم آخر انه لا يجب عليه جزاء ما أكل لان ما أكله ليس محظور احرامه بل محظور احرام غيره وكما لا يحل له لا يحل لغيره محرما كان أو حلالا عندنا وقال الشافعى يحل لغيره أكله وجه قوله ان الحرمة لمكان انه صيد لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وهو صيده لا صيد غيره فيحرم عليه لا على غيره ولنا ان حرمته لكونه ميتة لعدم أهلية الذكاة ومحليتها فيحرم عليه وعلى غيره كذبيحة المجوسى هذا اذا أدى الجزاء ثم أكل فأما اذا أكل قبل أداء الجزاء فقد ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان عليه جزاء واحدا ويدخل ضمان ما أكل فى الجزاء وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى انه لا رواية فى هذه المسئلة فيجوز ان يقال يلزمه جزاء آخر

و يجوز أن يقال يتـداخلان وسواء تولى صيده بنفسه أو بغيره من المحرمين بأمره أو رمى صيدا فقتله أو أرسل كلبه أو بازيه المعلم انه لايحل له لان صيد غيره بأمره صيده معنى وكذا صيد البازى والكلب والسهم لان فعل الاصطياد منه وانما ذلك آلة الاصطياد والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة و يحل للمحرم أكل صيد اصطاده الحلال لنفسه عند عامة العلماء وقال داود بن على الاصفهانى لايحل والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن طلحة وعبيد الله وقتادة وجابر وعثمان فى رواية انه يحل وعن على وابن عباس وعثمان فى رواية انه لايحل واحتج هؤلاء بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما اخبر أن صيد البر محرم على المحرم مطلقا من غير فصل بين أن يكون صيد المحرم أو الحلال وهكذا قال ابن عباس ان الآية مبهمة لايحل لك ان تصيده ولا أن تأكله وروى عن ابن عباس رضى الله عنه ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حمار وحش وهو بالابواء أو بودان فرده فرأى النبى صلى الله عليه وسلم فى وجهه كراهة فقال ليس بنا رد عليك ولكنا حرم وفى رواية قال لولا انا حرم لقبلناه منك وعن زيد بن أرقم ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى المحرم عن لحم الصيد مطلقا ولنا ماروى عن أبى قتادة رضى الله عنه انه كان حلالا وأصحابه محرمون فشد على حمار وحش فقتله فأكل منه بعض أصحابه وأبى البعض فسألوا عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هى طعمة أطعمكموها الله هل معكم من لحمه شئ وعن جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم صيد البر حلال لكم وأنتم حرم مالم تصيدوه أو يصاد لكم وهذا نص فى الباب ولا حجة لهم فى الآية لان فيها تحريم صيد البر لا تحريم لحم الصيد وهذا لحم الصيد وليس بصيد حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو الامتناع والتوحش على ان الصيد فى الحقيقة مصدر وانما يطلق على المصيد مجازا واما حديث الصعب بن جثامة فقد اختلفت الروايات فيه عن ابن عباس رضى الله عنه روى فى بعضها انه اهدى اليه حمارا وحشيا كذا روى مالك وسعيد بن جبير وغيرهما عن ابن عباس فلا يكون حجة وحديث زيد بن أرقم محمول على صيد صاده بنفسه أو غيره بأمره أو باعانته أو بدلالته أو باشارته لما بالدلائل كلها وسواء صاده الحلال لنفسه أو للمحرم بعد ان لا يكون بأمره عندنا وقال الشافعى اذا صاده له لايحل له أكله واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال صيد البر حلال لكم وانتم حرم مالم تصيدوه أو يصاد لكم ولا حجة له فيه لانه لا يصير صيدا له الا بأمره وبه نقول والله أعلم وأما حكم الصيد اذا جرحه المحرم فان جرحه جرحا يخرجه عن حد الصيد وهو الممتنع المتوحش بأن قطع رجل ظبى أو جناح طائر فعليه الجزاء لانه اتلفه حيث اخرجه عن حد الصيد فيضمن قيمته وان جرحه جرحا لم يخرجه عن حد الصيد يضمن ما نقصته الجراحة لوجود اتلاف ذلك القدر من الصيد فان اندملت الجراحة وبرئ الصيد لا يسقط الجزاء لان الجزاء يجب باتلاف جزء من الصيد وبالاندمال لا يتبين ان الاتلاف لم يكن بخلاف ما اذا جرح آدميا فاندملت جراحته ولم يبق لها أثر انه لا ضمان عليه لان الضمان هناك انما يجب لأجل الشين وقد ارتفع فان رمى صيدا فجرحه فكفر عنه ثم رآه بعد ذلك فقتله فعليه كفارة أخرى لانه لما كفر الجراحة ارتفع حكمها وجعلت كان لم تكن وقتله الآن ابتداء فيجب عليه الضمان لكن ضمان صيد مجروح لان تلك الجراحة قد أخرج ضمانها مرة فلا يجب مرة أخرى فان جرحه ولم يكفر ثم رآه بعد ذلك فقتله فعليه الكفارة وليس عليه فى الجراحة شئ لانه لما قتله قبل أن يكفر عن الجراحة صار كانه قتله دفعة واحدة وذكر الحاكم فى مختصره الا مانقصته الجراحة الأولى أى يلزمه ضمان صيد مجروح لان ذلك النقصان قد وجب عليه ضمانه مرة فلا يجب مرة أخرى ولو جرح صيدا فكفر عنه قبل أن يموت ثم مات اجزأته الكفارة التى أداها لانه ان أدى الكفارة قبل وجوبها لكن بعد وجود سبب الوجوب وانه جائز كالو جرح انسانا خطأ فكفر عنه ثم مات المجروح انه يجوز لما قلنا كذا هذا وان نتف ريش صيد او قلع سن ظبى فنبت وعاد الى ما كان أو ضرب على عين ظبى فابيضت ثم ارتفع بياضها قال أبو حنيفة فى سن الظبى انه لاشئ عليه اذا نبت ولم يحك عنه فى غيره شئ وقال أبو يوسف عليه صدقة وجه قوله ان وجوب

الجزاء بالجناية على الاحرام و بالنبات والعود الى ما كان لا يتبين ان الجناية لم تكن فلا يسقط الجزاء ولابي حنيفة ان وجوب الجزاء لمكان النقصان وقد زال فيزول الضمان كما لو قلع سن ظبي لم يثغر (وأما) حكم أخذ الصيد فالمحرم اذا أخذ الصيد يجب عليه ارساله سواء كان في يده أو في قفص معه أو في بيته لان الصيد استحق الامن باحرامه وقد فوت عليه الامن بالاخذ فيجب عليه اعادته الى حالة الامن وذلك بالارسال فان أرسله محرم من يده فلا شئ على المرسل لان الصائد ما ملك الصيد فلم يصر بالارسال متلفا ملكه وانما وجب عليه الارسال ليعود الى حالة الامن فاذا أرسل فقد فعل ما وجب عليه وان قتله فعلى كل واحد منهما جزاء اما القاتل فلانه محرم قتل صيدا واما الآخذ فلانه فوت الامن على الصيد بالاخذ وانه سبب لوجوب الضمان الا انه يسقط بالارسال فاذا تعذر الارسال لم يسقط وللآخذ ان يرجع بما ضمن على القاتل عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يرجع وجه قوله ان المحرم لم يملك الصيد بالاخذ فكيف يملك بدله عند الاتلاف (ولنا) ان الملك له وان لم يثبت فقد وجد سبب الثبوت في حقه وهو الاخذ قال النبي صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه الا انه تعذر جعله سببا الملك غير الصيد فيجعل سببا الملك بدله فيملك بدله عند الاتلاف ويجعل كان الاصل كان ملكه كمن غصب مدبرا فجاء انسان وقتله في يد الغاصب أو غصبه من يده فضمن المالك الغاصب فان للغاصب أن يرجع بالضمان على الغاصب والقاتل وكذا هذا في غصب أم الولد وان لم يملك المدبر وأم الولد لما قلنا كذا هذا ولو أصاب الحلال صيدا ثم أحرم فان كان ممسكا اياه بيده فعليه ارساله ليعود به الى الامن الذي استحقه بالاحرام فان لم يرسله حتى هلك في يده يضمن قيمته وان أرسله انسان من يده ضمن له قيمته في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما ان الارسال كان واجبا على المحرم حقا لله فاذا أرسله الأجنبي فقد احتسب بالارسال فلا يضمن كما لو أخذه وهو محرم فارسله انسان من يده ولابي حنيفة انه أتلف صيدا مملوكا له فيضمن كما لو أتلف قبل الاحرام والدليل على ان الصيد ملكه انه أخذه وهو حلال وأخذ الصيد من الحلال سبب لثبوت الملك لقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه واللام للملك والعارض وهو الاحرام أثره في حرمة التعرض لا في زوال الملك بعد ثبوته واما قولهما ان المرسل احتسب بالارسال لانه واجب فنقول الواجب هو الارسال على وجه يفوت يده عن الصيد أصلا ورأسا أو على وجه يزول يده الحقيقية عنه ان قالا على وجه يفوت يده أصلا ورأسا ممنوع وان قالا على وجه يزول يده الحقيقية عنه فسلم لكن ذلك يحصل بالارسال في بيته وان أرسله في بيته فلا شئ عليه بخلاف ما اذا اصطاده وهو محرم فارسله غيره من يده لان الواجب على الصائد هنالك ارسال الصيد على وجه يعود اليه به الامن الذي استحقه باحرامه وفي الامساك في القفص أو في البيت لا يعود الامن بخلاف المسئلة الاولى لان الصيد هنالك ما استحق الامن وقد أخذه وصار ملكا له وانما يحرم عليه التعرض في حال الاحرام فيجب ازالة التعرض وذلك يحصل بزوال يده الحقيقية فلا يحرم عليه الارسال في البيت أو في القفص والدليل على التفرقة بينهما في الفصل الاول لو أرسله ثم وجده بعد ما حل من احرامه في يد آخر له ان يسترده منه وفي الفصل الثاني ليس له ان يسترده وان كان الصيد في قفص معه أو في بيته لا يجب ارساله عندنا وعند الشافعي يجب حتى انه لو لم يرسله فمات لا يضمن عندنا وعنده يضمن والكلام فيه مبني على ان من احرم وفي ملكه صيد لا يزول ملكه عنه عندنا وعنده يزول والصحيح قولنا لما بينا انه كان ملكا له والعارض. وهو حرمة التعرض لا يوجب زوال الملك ويستوي فيما يوجب الجزاء الرجل والمرأة والمفرد والقارن غير ان القارن يلزمه جزآن عندنا لكونه محرما باحرامين فيصير جانيا عليهما فيلزمه كفارتان وعند الشافعي لا يلزمه الا جزاء واحد لكونه محرما باحرام واحد (وأما) الذي يوجب فساد الحج فالجماع لقوله عز وجل فلا رفث ولا فسوق عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انه الجماع وانه مفسد للحج لما نذكر في بيان ما يفسد الحج وبيان حكمه اذا فسد ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا بيان ما يخص المحرم من المحظورات وهي محظورات الاحرام والله أعلم

﴿ فصل ﴾

﴿ فصل ﴾ ويتصل بهذا بيان ما يعم المحرم والحلال جميعا وهو محظورات الحرم فنذكرها فنقول وبالله التوفيق محظورات الحرم نوعان نوع يرجع الى الصيد ونوع يرجع الى النبات اما الذى يرجع الى الصيد فهو انه لا يحل قتل صيد الحرم للمحرم والحلال جميعا الا المؤذيات المبتدئة بالاذى غالبا وقد بينا ذلك فى صيد الاحرام والاصل فيه قوله تعالى أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وهذا يتناول صيد الاحرام والحرم جميعا لانه يقال أحرم اذا دخل فى الاحرام وأحرم اذا دخل فى الحرم كما يقال انجد اذا دخل نجدا وأتهم اذا دخل تهامة وأعرق اذا دخل العراق وأحرم اذا دخل فى الشهر الحرام ومنه قول الشاعر فى عثمان رضى الله عنه

قتل ابن عفان الخليفة محرما * ودعا فلم أر مثله مخذولا

الخليفة محرما أى فى الشهر الحرام واللفظ وان كان مشتركا لكن المشترك فى محل النفى يعم لعدم التنافى الا ان الدخول فى الشهر الحرام ليس بمراد بالاجماع لان أخذ الصيد فى الاشهر الحرم لم يكن محظورا ثم قد نسخت الاشهر الحرم فبقى الدخول فى الحرم والاحرام مرادا بالآيتين الا ما خص بدليل وقول النبى صلى الله عليه وسلم الا ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار ثم عادت حراما الى يوم القيامة لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها والاستدلال به من وجوه أحدها قوله مكة حرام والثانى قوله حرمها الله تعالى والثالث قوله ولا تحل لاحد بعدى والرابع قوله ثم عادت حراما الى يوم القيامة والخامس قوله لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها فان قتل صيد الحرم فعليه الجزاء محرما كان القاتل أو حلالا لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل وجزاؤه ما هو جزاء قاتل صيد الاحرام وهو ان تجب عليه قيمته فان بلغت هديا له ان يشترى بها هديا أو طعاما الا انه لا يجوز الصوم هكذا ذكر فى الاصل وهكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان حكمه حكم صيد الاحرام الا انه لا يجوز فيه الصوم وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى ان الاطعام يجزئ فى صيد الحرم ولا يجزئ الصوم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجزئ وبه أخذ الشافعى وفى الهدى روايتان وجه قول زفر الاعتبار بصيد الاحرام لان كل واحد من الضمانين يجب حقا لله تعالى ثم يجزئ الصوم فى أحدهما كذا فى الآخر (ولنا) الفرق بين الصيدين والضمانين وهو ان ضمان صيد الاحرام وجب لمعنى يرجع الى الفاعل لانه وجب جزاء على جنايته على الاحرام فاما ضمان صيد الحرم فانما وجب لمعنى يرجع الى المحل وهو تفويت أمن الحرم رعاية لحرمة الحرم فكان بمنزلة ضمان سائر الاموال وضمان سائر الاموال لا يدخل فيه الصوم كذا هذا واما الهدى فوجه رواية عدم الجواز ما ذكرنا ان هذا الضمان يشبه ضمان سائر الاموال لان وجوبه لمعنى فى المحل فلا يجوز فيه الهدى كما لا يجوز فى سائر الاموال الا أن تكون قيمته مذبوحا مثل قيمة الصيد فيجزئ عن الطعام وجه رواية الجواز ان ضمان صيد الحرم له شبه بأصلين ضمان الاموال وضمان الافعال اما شبهه بضمان الاموال فلما ذكرنا واما شبهه بضمان الافعال وهو ضمان الاحرام فلانه يجب حقا لله تعالى فيعمل بالشبهين فنقول انه لا يدخل فيه الصوم اعتبارا لشبه الاموال ويدخل فيه الهدى اعتبارا لشبه الافعال وهو الاحرام عملا بالشبهين بالقدر الممكن اذ لا يمكن القول بالعكس ولان الهدى مال فكان بمنزلة الاطعام والصوم ليس بمال ولا فيه معنى المال فافترقا ولو قتل المحرم صيدا فى الحرم فعليه ما على المحرم اذا قتل صيدا فى الحل وليس عليه لاجل الحرم شئ وهذا استحسان والقياس ان يلزمه كفارتان لوجود الجناية على شيئين وهما الاحرام والحرم فاشبه القارن الا أنهم استحسنوا وأوجبوا كفارة الاحرام لا غير لان حرمة الاحرام أقوى من حرمة الحرم فاستتبع الاقوى الاضعف وبيان أن حرمة الاحرام أقوى من وجوه أحدها أن حرمة الاحرام ظهر أثرها فى الحرم والحل جميعا حتى حرم على المحرم الصيد فى الحرم والحل جميعا وحرمة الاحرام لا يظهر أثرها الا فى الحرم حتى يباح للحلال الاصطياد

لصيد الحرم اذا خرج الى الحل والثانى أن الاحرام يحرم الصيد وغيره مما ذكرنا من محظورات الاحرام والحرم لا يحرم الا الصيد وما يحتاج اليه الصيد من الخلى والشجر والثالث أن حرمة الاحرام تلازم حرمة الحرم وجودا لان المحرم يدخل الحرم لا محالة وحرمة الحرم لا تلازم حرمة الاحرام وجودا فثبت أن حرمة الاحرام أقوى فاستتبعت الادنى بخلاف القارن لان ثمة كل واحدة من الحرمتين اعنى حرمة احرام الحج وحرمة احرام العمرة أصل الا ترى أنه يحرم احرام العمرة ما يحرمه احرام الحج فكان كل واحدة منهما أصلا بنفسها فلا تستتبع احداهما صاحبتها ولو اشترك حلالان فى قتل صيد فى الحرم فعلى كل واحد منهما نصف قيمته فان كانوا أكثر من ذلك يقسم الضمان بين عددهم لان ضمان صيد الحرم يجب لمعنى فى المحل وهو حرمة الحرم فلا يتعدد بتعدد الفاعل كضمان سائر الاموال بخلاف ضمان صيد الاحرام فان اشترك محرم وحلال فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال النصف لان الواجب على المحرم ضمان الاحرام لما بينا وذلك لا يتجزأ والواجب على الحلال ضمان المحل وأنه متجزئ وسواء كان شريك الحلال ممن يجب عليه الجزاء أو لا يجب كالكافر والصبى أنه يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القيمة لان الواجب بفعله ضمان المحل فيستوى فى حقه الشريك الذى يكون من أهل وجوب الجزاء ومن لا يكون من أهله فان قتل حلال وقارن صيدا فى الحرم فعلى الحلال نصف الجزاء وعلى القارن جزاآن لان الواجب على الحلال ضمان المحل والواجب على المحرم جزاء الجناية والقارن جنى على احرامين فيلزمه جزاآن ولو اشترك حلال ومفرد وقارن فى قتل صيد فعلى الحلال ثلث الجزاء وعلى المفرد جزاء كامل وعلى القارن جزاآن لما قلنا وان صاد حلال صيدا فى الحرم فقتله فى يده حلال آخر فعلى الذى كان فى يده جزاء كامل وعلى القاتل جزاء كامل أما القاتل فلا شك فيه لانه أتلف صيدا فى الحرم حقيقة وأما الصائد فلان الضمان قد وجب عليه باصطياده وهو أخذه لتفويته الامن عليه بالأخذ وانه سبب لوجوب الضمان الا أنه يسقط بالارسال وقد تعذر الارسال بالقتل فتقرر تفويت الامن فصار كانه مات فى يده وهذا بخلاف المغصوب اذا أتلفه انسان فى يد الغاصب انه لا يجب الا ضمان واحد يطالب المالك أيهما شاء لان ضمان الغصب ضمان المحل وليس فيه معنى الجزاء لانه يجب حقا للمالك والمحل الواحد لا يقابله الا ضمان واحد وضمان صيد الحرم وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء لانه يجب حقا لله تعالى فجاز أن يجب على القاتل والآخذ وللآخذ أن يرجع على القاتل بالضمان أما على أصل أبى حنيفة فلا يشكل لانه يرجع عليه فى صيد الاحرام عنده فكذا فى صيد الحرم والجامع أن القاتل فوت على الآخذ ضمانا كان يقدر على اسقاطه بالارسال وأما على أصلهما فيحتاج الى الفرق بين صيد الحرم والاحرام لانهما قالا فى صيد الاحرام انه لا يرجع ووجه الفرق أن الواجب فى صيد الحرم ضمان يجب لمعنى يرجع الى المحل وضمان المحل يحتمل الرجوع كما فى الغصب والواجب فى صيد الاحرام جزاء فعله لا بدل المحل ألا ترى أنه لا يملك الصيد بالضمان واذا كان جزاء فعله لا يرجع به على غيره ولو دل حلال حلالا على صيد الحرم أو دل محرما فلا شئ على الدال فى قول أصحابنا الثلاثة وقد أساء وأثم وقال زفر على الدال الجزاء وروى عن أبى يوسف مثل قول زفر وعلى هذا الاختلاف الآمر والمشير وجه قول زفر اعتبار الحرم بالاحرام وهو اعتبار صحيح لان كل واحد منهما سبب لحرمة الاصطياد ثم الدلالة فى الاحرام توجب الجزاء كذا فى الحرم ولنا الفرق بينهما وهو أن ضمان صيد الحرم يجرى مجرى ضمان الاموال لانه يجب لمعنى يرجع الى المحل وهو حرمة الحرم لا لمعنى يرجع الى القاتل والاموال لا تضمن بالدلالة من غير عقد وانما صار مسيأ آثما لكون الدلالة والاشارة والامر حراما لانه من باب المعاونة على الاثم والعدوان وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولو أدخل صيدا من الحل الى الحرم وجب ارساله وان ذبحه فعليه الجزاء ولا يجوز بيعه وقال الشافعى يجوز بيعه وجه قوله أن الصيد كان ملكه فى الحل وادخاله فى الحرم لا يوجب زوال ملكه فكان ملكه قائما فكان محلا للبيع ولنا أنه لما حصل الصيد فى الحرم وجب ترك التعرض له رعاية لحرمة الحرم كما لو أحرم والصيد فى يده وذكر محمد فى الاصل وقال لا خير فيما

يترخص به أهل مكة من الحجل واليعاقيب ولا يدخل شيء منه في الحرم حيا لما ذكرنا أن الصيد اذا حصل في الحرم وجب اظهار حرمة الحرم بترك التعرض له بالارسال فان قيل ان أهل مكة يبيعون الحجل واليعاقيب وهي كل ذكر وانثى من القبج من غير نكير ولو كان حراما لظهر النكير عليهم فالجواب ان ترك النكير عليهم ليس لكونه حلالا بل لكونه محل الاجتهاد فان المسئلة مختلفة بين عثمان وعلي رضي الله عنهما والانكار لا يلزم في محل الاجتهاد اذا كان الاختلاف في الفروع وأما وجوب الجزاء بذبحه فلأنه ذبح صيدا مستحق الارسال وأما فساد البيع فلان ارساله واجب والبيع ترك الارسال ولو باعه يجب عليه فسخ البيع واسترداد المبيع لانه بيع فاسد والبيع الفاسد مستحق الفسخ حقا للشرع فان كان لا يقدر على فسخ البيع واسترداد المبيع فعليه الجزاء لانه وجب عليه ارساله فاذا باعه وتعذر عليه فسخ البيع واسترداد المبيع فكأنه أتلفه فيجب عليه الضمان وكذلك ان أدخل صقرا أو بازيا فعليه ارساله لما ذكرنا في سائر الصيود فان أرسله فجعل يقتل حمام الحرم لم يكن عليه في ذلك شيء لان الواجب عليه الارسال وقد أرسل فلا يلزمه شيء بعد ذلك كما لو أرسله في الحل ثم دخل الحرم فجعل يقتل صيد الحرم ولو أرسل كلبا في الحل على صيد في الحل فاتبعه الكلب فأخذه في الحرم فقتله فلا شيء على المرسل ولا يؤكل الصيد أما عدم وجوب الجزاء فلان العبرة في وجوب الضمان بحالة الارسال اذ الارسال هو السبب الموجب للضمان والارسال وقع مباحا لوجوده في الحل فلا يتعلق به الضمان وأما حرمة أكل الصيد فلان فعل الكلب ذبح للصيد وانه حصل في الحرم فلا يحل أكله كما لو ذبحه آدمي اذ فعل الكلب لا يكون أعلى من فعل الآدمي ولو رمى صيدا في الحل فنفر الصيد فوقع السهم به في الحرم فعليه الجزاء قال محمد في الاصل وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيما أعلم وكان القياس فيه أن لا يجب عليه الجزاء كما لا يجب عليه في ارسال الكلب لان كل واحد منهما مأذون فيه لحصوله في الحل والاخذ والاصابة كل واحد منهما يضاف الى المرسل والرامي وخاصة على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فانه يعتبر حال الرمي في المسائل حتى قال فيمن رمى الى مسلم فارتد المرمي اليه ثم أصابه السهم مثلا أنه تجب عليه الدية اعتبارا بحالة الرمي الا أنهم استحسنوا فاوجبوا الجزاء في الرمي ولم يوجبوا في الارسال لان الرمي هو المؤثر في الاصابة بمجرى العادة اذ لم يتخلل بين الرمي والاصابة فعل اختياري يقطع نسبة الاثر اليه شرعا فبقيت الاصابة مضافة اليه شرعا في الاحكام فصار كأنه ابتدأ الرمي بعدما حصل الصيد في الحرم وههنا قد تخلل بين الارسال والاخذ فعل فاعل مختار وهو الكلب فمنع اضافة الاخذ الى المرسل وصار كما لو ارسل بازيا في الحرم فاخذ حمام الحرم وقتله أنه لا يضمن لما قلنا كذا هذا ولو أرسل كلبا على ذئب في الحرم أو نصب له شركا فاصاب الكلب صيدا أو وقع في الشرك صيد فلا جزاء عليه لان الارسال على الذئب ونصب الشبكة له مباح لان قتل الذئب مباح في الحل والحرم للمحرم والحلال جميعا لكونه من المؤذيات المبتدئة بالاذى عادة فلم يكن متعديا في التسبب فيضمن ولو نصب شبكة أو حفر حفيرة في الحرم للصيد فاصاب صيدا فعليه جزاؤه لانه غير مأذون في نصب الشبكة والحفر لصيد الحرم فكان متعديا في التسبب فيضمن ولو نصب خيمة فتعقل به صيد أو حفر للماء فوقع فيه صيد الحرم لا ضمان عليه لانه غير متعد في التسبب وقالوا فيمن أخرج ظبية من الحرم فادى جزاءها ثم ولدت ثم ماتت ومات أولادها لا شيء عليه لانه متى أدى جزاءها ملكها فحدثت الاولاد على ملكه وروى ابن سماعة عن محمد في رجل أخرج صيدا من الحرم الى الحل ان ذبحه والانتفاع بلحمه ليس بحرام سواء كان أدى جزاءه أو لم يؤد غير اني أكره هذا الصنيع وأحب الي ان يتنزه عن أكله أما حل الذبح فلانه صيد حل في الحال فلا يكون ذبحه حراما وأما كراهة هذا الصنيع فلان الانتفاع به يؤدي الى استئصال صيد الحرم لان كل من احتاج الى شيء من ذلك أخذه وأخرجه من الحرم وذبحه وانتفع بلحمه وأدى قيمته فان انتفع به فلا شيء عليه لان الضمان سبب لملك المضمون على أصلنا فاذا ضمن قيمته فقد ملكه فلا يضمن بالانتفاع به وان باعه واستعان

بثمنه في جزائه كان له ذلك لان الكراهة في حق الاكل خاصة وكذا اذا قطع شجر الحرم حتى ضمن قيمته يكره له
الانتفاع به لان الانتفاع به يؤدي الى استئصال شجر الحرم على ما بينا في الصيد ولو اشتراه انسان من القاطع لا يكره
له الانتفاع به لانه تناوله بعد انقطاع النماء عنه والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى النبات فكل ما نبت بنفسه مما لا ينبته الناس عادة وهو رطب وجملة الكلام
فيه أن نبات الحرم لا يخلو اما ان يكون مما لا ينبته الناس عادة واما ان يكون مما ينبته الناس عادة فان كان مما
لا ينبته الناس عادة اذا نبت بنفسه وهو رطب فهو محظور القطع والقلع على المحرم والحلال جميعا نحو الحشيش
الرطب والشجر الرطب الا ما فيه ضرورة وهو الاذخر فان قلعه انسان أو قطعه فعليه قيمته لله تعالى سواء كان
محرما أو حلالا بعد ان كان مخاطبا بالشرائع والاصل فيه قوله تعالى أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا أخبر الله تعالى
أنه جعل الحرم آمنا مطلقا فيجب العمل باطلاقه الا ما قيد بدليل وقول النبي صلى الله عليه وسلم الا ان
مكة حرام حرمها الله تعالى الى قوله لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها نهى عن اختلاء كل خلى وعضد كل
شجر فيجرى على عمومه الا ما خص بدليل وهو الاذخر فانه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ساق الحديث
الى قوله لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها فقال العباس رضي الله عنه الا الاذخر يا رسول الله فانه متاع لاهل مكة
لحيهم وميتهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم الا الاذخر والمعنى فيه ما أشار اليه العباس رضي الله عنه وهو حاجة
أهل مكة الى ذلك في حياتهم ومماتهم فان قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اختلاء خلى مكة عاما فكيف
استثنى الاذخر باستثناء العباس وكان صلى الله عليه وسلم لا ينطق عن الهوى وقد قيل في الجواب عنه من وجهين
أحدهما يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في قلبه هذا الاستثناء الا أن العباس رضي الله عنه سبقه به
فاظهر النبي صلى الله عليه وسلم بلسانه ما كان في قلبه والثاني يحتمل ان الله تعالى أمره أن يخبر بتحريم كل خلى مكة
الا ما يستثنيه العباس وذلك غير ممنوع ويحتمل وجها ثالثا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم عم القضية بتحريم كل
خلى فسأله العباس الرخصة في الاذخر لحاجة أهل مكة ترفيها بهم فجاء جبريل عليه السلام بالرخصة في الاذخر فقال
النبي صلى الله عليه وسلم الا الاذخر فان قيل من شرط صحة الاستثناء والتحاقه بالكلام الاول أن يكون متصلا به
ذكرا وهذا منفصل لانه ذكر بعد انقطاع الكلام الاول وبعد سؤال العباس رضي الله عنه الاستثناء بقوله الا
الاذخر والاستثناء المنفصل لا يصح ولا يلحق المستثنى منه فالجواب ان هذا ليس باستثناء حقيقة وان كانت صيغته
صيغة الاستثناء بل هو اما تخصيص والتخصيص المتراخي عن العام جائز عند مشايخنا وهو النسخ والنسخ قبل
التمكن من الفعل بعد التمكن من الاعتقاد جائز عندنا والله الموفق وانما يستوي فيه المحرم والحلال لانه لا فصل
في النصوص المقتضية للامن ولان حرمة التعرض لاجل الحرم فيستوي فيه المحرم والحلال واذا وجب عليه قيمته
فسبيلها سبيل جزاء صيد الحرم انه ان شاء اشترى بها طعاما يتصدق به على الفقراء على كل فقير نصف صاع من بر
وان شاء اشترى بها هديا ان بلغت قيمته هديا على رواية الاصل والطحاوي فيذبح في الحرم ولا يجوز فيه الصوم
عندنا خلافا لزفر على ما مر في صيد الحرم واذا أدى قيمته يكره له الانتفاع بالمقلوع والمقطوع لانه وصل اليه بسبب
خبيث ولان الانتفاع به يؤدي الى استئصال نبات الحرم لانه اذا احتاج الى شيء من ذلك يقلع ويقطع ويؤدي قيمته
على ما ذكرنا في الصيد فان باعه يجوز ويتصدق بثمنه لانه ثمن مبيع حصل بسبب خبيث ولا بأس بقلع الشجر
اليابس والانتفاع به وكذا الحشيش اليابس لانه قد مات وخرج عن حد النمو ولا يجوز رعي حشيش الحرم في قول
أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالرعي وجه قوله ان الهدايا تحمل الى الحرم ولا يمكن حفظها من الرعي
فكان فيه ضرورة ولهما انه لما منع من التعرض لحشيش الحرم استوى فيه التعرض بنفسه وبارسال البهيمة عليه
لان فعل البهيمة مضاف اليه كما في الصيد فانه لما حرم عليه التعرض لصيده استوى فيه اصطياده بنفسه وبارسال
الكلب كذا هذا وان كان مما ينبته الناس عادة من الزروع والاشجار التي ينبتونها فلا بأس بقطعه وقلعه لاجماع

الامة على ذلك فان الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزرعون فى الحرم ويحصدونه من غير نكير من أحد وكذا ما لا ينبته الناس عادة اذا أنبته احد مثل شجر أم غيلان وشجر الأراك ونحوهما فلا بأس بقطعه واذا قطعه فلا ضمان عليه لاجل الحرم لانه ملكه بالانبات فلم يكن من شجر الحرم فصار كالذى ينبته الناس عادة شجرة أصلها فى الحرم وأغصانها فى الحل فهى من شجر الحرم وان كان أصلها فى الحل وأغصانها فى الحرم فهى من شجر الحل ينظر فى ذلك الى الاصل لا الى الاغصان لان الاغصان تابعة للاصل فيعتبر فيه موضع الاصل لا التابع وان كان بعض أصلها فى الحرم والبعض فى الحل فهى من شجر الحرم لانه اجتمع فيه الحظر والاباحة فيرجح الحاظر احتياطا وهذا بخلاف الصيد فان المعتبر فيه موضع قوائم الطير اذا كان مستقرا به فان كان الطير على غصن هو فى الحرم لا يجوز له أن يرميه وان كان أصل الشجر فى الحل وان كان على غصن هو فى الحل فلا بأس له أن يرميه وان كان أصل الشجر فى الحرم ينظر الى مكان قوائم الصيد لا الى أصل الشجر لان قوام الصيد بقوائمه حتى لو رمى صيدا قوائمه فى الحرم ورأسه فى الحل فهو من صيد الحرم لا يجوز للمحرم والحلال أن يقتله ولو رمى صيدا قوائمه فى الحل ورأسه فى الحرم فهو من صيد الحل ولا بأس للحلال أن يقتله وكذا اذا كان بعض قوائمه فى الحرم وبعضها فى الحل فهو صيد الحرم ترجيحا لجانب الحرمة احتياطا هذا اذا كان قائما فاما اذا نام فجعل قوائمه فى الحل ورأسه فى الحرم فهو من صيد الحرم لان القوائم انما تعتبر اذا كان مستقرا بها وهو غير مستقر بقوائمه بل هو كالملقى على الارض واذا بطل اعتبار القوائم فاجتمع فيه الحاظر والمبيح فيترجح جانب الحاظر احتياطا ولا بأس بأخذ كمأة الحرم لان الكمأة ليست من جنس النبات بل هى من ودائع الارض وقال أبو حنيفة لا بأس باخراج حجارة الحرم وترابه الى الحل لان الناس يخرجون القدور من مكة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ولانه يجوز استهلاكه باستعماله فى الحرم فيجوز اخراجه الى الحل وعن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما كراهة ذلك بقوله عز وجل أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا جعل الله تعالى نفس الحرم آمنا ولان الحرم لما أفاد الامن لغيره فلان يفيد لنفسه أولى ثم انما يجب على المحرم اجتناب محظورات الاحرام والحرم وتثبت أحكامها اذا فعل اذا كان مخاطبا بالشرائع فاما اذا لم يكن مخاطبا كالصبى العاقل لا يجب ولا يثبت حتى لو فعل شيأ من محظورات الاحرام والحرم فلا شئ عليه ولا على وليه لان الحرمة بسبب الاحرام والحرم يثبت حقا لله تعالى والصبى غير مؤاخذ بحقوق الله تعالى ولكن ينبغى للولى أن يجنبه ما يجتنبه المحرم تادبا وتعودا كما يأمره بالصلاة وأما العبد اذا أحرم باذن مولاه فانه يجب عليه الاجتناب لانه من أهل الخطاب فان فعل شيأ من المحظورات فان كان مما يجوز فيه الصوم يصوم وان كان مما لا يجوز فيه الا الفدية أو الاطعام لا يجب عليه ذلك فى الحال وانما يجب بعد العتق ولو فعل فى حال الرق لا يجوز لانه لا ملك له وكذا لو فعل عنه مولاه أو غيره لانه ليس من أهل الملك فلا يملك وان ملك واذا فرغنا من فصول الاحرام وما يتصل به فلنرجع الى ما كنا فيه وهو بيان شرائط الاركان وقد ذكرنا جملة منها فمنها الاسلام ومنها العقل ومنها النية ومنها الاحرام وقد ذكرناه بجميع فصوله وعلائقه وما اتصل به ومنها الوقت فلا يجوز الوقوف بعرفة قبل يوم عرفة ولا طواف الزيارة قبل يوم النحر ولا أداء شئ من أفعال الحج قبل وقته لان الحج عبادة مؤقتة قال الله تعالى الحج أشهر معلومات والعبادات المؤقتة لا يجوز أداؤها قبل أوقاتها كالصلاة والصوم وكذا اذا فات الوقوف بعرفة عن وقته الذى ذكرناه فيما تقدم لا يجوز الوقوف فى يوم آخر ويفوت الحج فى تلك السنة الا لضرورة الاشتباه استحسانا بان اشتبه عليهم هلال ذى الحجة فوقفوا ثم تبين انهم وقفوا يوم النحر على ما ذكرنا فيما تقدم وأما طواف الزيارة اذا فات عن أيام النحر فانه يجوز فى غيرها لكن يلزمه الدم فى قول أبى حنيفة بالتأخير على ما مر وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة كذا روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم وكذا روى عن جماعة من التابعين مثل الشعبى ومجاهد وابراهيم ويبنى أيضا على معرفة أشهر الحج الاحرام بالحج قبل أشهر الحج وقد ذكرنا

الاختلاف فيه فيما تقدم ومنها اذا أمن عليه بنفسه حال قدرته على الاداء بنفسه فلا يجوز استنابة غيره مع قدرته
على الحج بنفسه وجملة الكلام فيه ان العبادات فى الشرع أنواع ثلاثة مالية محضة كالزكاة والصدقات والكفارات
والعشور وبدنية محضة كالصلاة والصوم والجهاد ومشتملة على البدن والمال كالحج فالمالية المحضة تجوز فيها النيابة
على الاطلاق وسواء كان من عليه قادرا على الاداء بنفسه أولا لان الواجب فيها اخراج المال وانه يحصل بفعل
النائب والبدنية المحضة لا تجوز فيها النيابة على الاطلاق لقوله عز وجل وان ليس للانسان الا ماسعى الا ما خص
بدليل وقول النبى صلى الله عليه وسلم لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلى أحد عن أحد أى فى حق الخروج عن العهدة
لا فى حق الثواب فان من صام أو صلى أو تصدق وجعل ثوابه لغيره من الأموات أو الاحياء جاز ويصل ثوابها اليهم عند
أهل السنة والجماعة وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه
والآخر عن أمته ممن آمن بوحدانية الله تعالى وبرسالته صلى الله عليه وسلم وروى ان سعد بن أبى وقاص رضى
الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان أمى كانت تحب الصدقة أفأتصدق عنها فقال النبى
صلى الله عليه وسلم تصدق وعليه عمل المسلمين من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من زيارة القبور
وقراءة القرآن عليها والتكفين والصدقات والصوم والصلاة وجعل ثوابها للاموات ولا امتناع فى العقل أيضا لان
اعطاء الثواب من الله تعالى افضال منه لا استحقاق عليه فله أن يتفضل على من عمل لاجله بجعل الثواب له كما له
أن يتفضل باعطاء الثواب من غير عمل رأسا وأما المشتملة على البدن والمال وهى الحج فلا يجوز فيها النيابة عند
القدرة ويجوز عند العجز والكلام فيه يقع فى مواضع فى جواز النيابة فى الحج فى الجملة وفى بيان كيفية النيابة فيه
وفى بيان شرائط جواز النيابة وفى بيان ما يصير النائب به مخالفا وبيان حكمه اذا خالف اما الاول فالدليل على الجواز
حديث الخثعمية وهو ماروى ان امرأة جاءت من بنى خثعم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله
ان فريضة الحج أدركت أبى وانه شيخ كبير لا يثبت على الراحلة وفى رواية لا يستمسك على الراحلة أفيجزينى أن
أحج عنه فقال صلى الله عليه وسلم حجى عن أبيك واعتمرى وفى رواية قال لها أرأيت لو كان على أبيك
دين فقضيته اما كان يقبل منك قالت نعم فقال النبى صلى الله عليه وسلم فدين الله تعالى أحق ولانه عبادة
تؤدى بالبدن والمال فيجب اعتبارهما ولا يمكن اعتبارهما فى حالة واحدة لتنافى بين أحكامهما فنعتبرهما
فى حالين فنقول لا تجوز النيابة فيه عند القدرة اعتبارا للبدن وتجوز عند العجز اعتبار المال عملا بالمعنيين فى
الحالين وأما كيفية النيابة فيه فذكر فى الاصل ان الحج يقع عن المحجوج عنه وروى عن محمد ان نفس الحج
يقع عن الحاج وانما للمحجوج عنه ثواب النفقة وجه رواية محمد انه عبادة بدنية ومالية والبدن للحاج
والمال للمحجوج عنه فما كان من البدن لصاحب البدن وما كان بسبب المال يكون لصاحب المال
والدليل عليه انه لو ارتكب شيأ من محظورات الاحرام فكفارته فى ماله لا فى مال المحجوج عنه وكذا لو
أفسد الحج يجب عليه القضاء فدل ان نفس الحج يقع له الا ان الشرع أقام ثواب نفقة الحج فى حق العاجز عن الحج
بنفسه مقام الحج بنفسه نظرا له ومرحمة عليه وجه رواية الاصل مارويناه من حديث الخثعمية حيث قال لها النبى
صلى الله عليه وسلم حجى عن أبيك أمرها بالحج عن أبيها ولولا ان حجها يقع عن أبيها لما أمرها بالحج عنه ولان
النبى صلى الله عليه وسلم قاس دين الله تعالى بدين العباد بقوله أرأيت لو كان على أبيك دين وذلك تجزئ فيه
النيابة ويقوم فعل النائب مقام فعل المنوب عنه كذا هذا والدليل عليه ان الحاج يحتاج الى نية المحجوج عنه كذا
الاحرام ولو لم يقع نفس الحج عنه لكان لا يحتاج الى نيته والله أعلم وأما شرائط جواز النيابة فمنها أن يكون المحجوج
عنه عاجزا عن أداء الحج بنفسه وله مال فان كان قادرا على الاداء بنفسه بأن كان صحيح البدن وله مال لا يجوز
حج غيره عنه لانه اذا كان قادرا على الاداء ببدنه وله مال فالفرض يتعلق ببدنه لا بماله بل المال يكون شرطا واذا
تعلق الفرض ببدنه لا تجزئ فيه النيابة كالعبادات البدنية المحضة وكذا لو كان فقيرا صحيح البدن لا يجوز حج

غيره عنه لان المال من شرائط الوجوب فاذا لم يكن له مال لا يجب عليه أصلا فلا ينوب عنه غيره فى أداء الواجب ولا واجب ومنها العجز المستدام من وقت الاحجاج الى وقت الموت فان زال قبل الموت لم يجز حج غيره عنه لان جواز حج الغير عن الغير ثبت بخلاف القياس لضرورة العجز الذى لا يرجى زواله فيتقيد الجواز به وعلى هذا يخرج المريض أو المحبوس اذا أحج عنه ان جوازه موقوف ان مات وهو مريض أو محبوس جاز وان زال المرض أو الحبس قبل الموت لم يجز والاحجاج من الزمن والاعمى على أصل أبى حنيفة جائز لان الزمانة والعمى لا يرجى زوالهما عادة فوجد الشرط وهو العجز المستدام الى وقت الموت ومنها الامر بالحج فلا يجوز حج الغير عنه بغير أمره لان جوازه بطريق النيابة عنه والنيابة لا تثبت الا بالامر الا الوارث يحج عن مورثه بغير أمره فانه يجوز ان شاء الله تعالى بالنص ولوجود الامر هناك دلالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى ومنها نية المحجوج عنه عند الاحرام لان النائب يحج عنه لا عن نفسه فلا بد من نيته والافضل أن يقول بلسانه لبيك عن فلان كما اذا حج عن نفسه ومنها أن يكون حج المأمور بمال المحجوج عنه فان تطوع الحاج عنه بمال نفسه لم يجز عنه حتى يحج بماله وكذا اذا كان أوصى أن يحج عنه بماله ومات فتطوع عنه وارثه بمال نفسه لان الفرض تعلق بماله فاذا لم يحج بماله لم يسقط عنه الفرض ولان مذهب محمد ان نفس الحج يقع للحاج وانما للمحجوج عنه ثواب النفقة فاذا لم ينفق من ماله فلا شئ له رأسا ومنها الحج راكبا حتى لو أمره بالحج فحج ماشيا يضمن النفقة ويحج عنه راكبا لان المفروض عليه هو الحج راكبا فينصرف مطلق الامر بالحج اليه فاذا حج ماشيا فقد خالف فيضمن وسواء كان الحاج قد حج عن نفسه أو كان صرورة انه يجوز فى الحالين جميعا الا ان الافضل أن يكون قد حج عن نفسه وقال الشافعى لا يجوز حج الصرورة عن غيره ويقع حجه عن نفسه ويضمن النفقة واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يلبى عن شبرمة فقال له صلى الله عليه وسلم ومن شبرمة فقال أخ لى أو صديق لى فقال صلى الله عليه وسلم أحججت عن نفسك فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم حج عن نفسك ثم عن شبرمة فالاستدلال به من وجهين أحدهما انه سأله عن حجه عن نفسه ولولا ان الحكم يختلف لم يكن لسؤاله معنى والثانى انه أمره بالحج عن نفسه أولا ثم عن شبرمة فدل انه لا يجوز الحج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه ولان حجه عن نفسه فرض عليه وحجه عن غيره ليس بفرض فلا يجوز ترك الفرض بما ليس بفرض ولنا حديث الخثعمية ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لها حجى عن أبيك ولم يستفسر انها كانت حجت عن نفسها أو كانت صرورة ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان الاداء عن نفسه لم يجب فى وقت معين فالوقت كما يصلح لحجه عن نفسه يصلح لحجه عن غيره فاذا عينه لحجه عن غيره وقع عنه ولهذا قال أصحابنا ان الصرورة اذا حج بنية النفل انه يقع عن النفل لان الوقت لم يتعين للفرض بل يقبل الفرض والنفل فاذا عينه للنفل تعين له الا ان عند اطلاق النية يقع عن الفرض لوجود نية الفرض بدلالة حاله اذ الظاهر انه لا يقصد النفل وعليه الفرض فانصرف المطلق الى المقيد بدلالة حاله لكن الدلالة انما تعتبر عند عدم النص بخلافها فاذا نوى التطوع فقد وجد النص بخلافها فلا تعتبر الدلالة الا أن الافضل ان يكون قد حج عن نفسه لانه بالحج عن غيره يصير تاركا اسقاط الفرض عن نفسه فيتمكن فى هذا الاحجاج ضرب كراهة ولانه اذا كان حج مرة كان أعرف بالمناسك وكذا هو أبعد عن محل الخلاف فكان أفضل والحديث محمول على الافضلية توفيقا بين الدلائل وسواء كان رجلا أو امرأة الا انه يكره احجاج المرأة لكنه يجوز أما الجواز فلحديث الخثعمية وأما الكراهة فلانه يدخل فى حجها ضرب نقصان لان المرأة لا تستوفى سنن الحج فانها لا ترمل فى الطواف وفى السعى بين الصفا والمروة ولا تحلق وسواء كان حرا أو عبدا باذن المولى لكنه يكره احجاج العبد أما الجواز فلانه يعمل بالنيابة وما يجوز فيه النيابة يستوى فيه الحر والعبد كالزكاة ونحوها وأما الكراهة فلانه ليس من أهل أداء الفرض عن نفسه فيكره أداؤه عن غيره والله الموفق وأما بيان ما يصير به المأمور بالحج مخالفا وبيان حكمه اذا خالف فنقول اذا أمر بحجة مفردة أو بعمرة مفردة فقرن فهو مخالف ضامن فى قول

أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجزي ذلك عن الآمر نستحسن وندع القياس فيه ولا يضمن فيه دم القران على الحاج وجه قولهما انه فعل المأمور به وزاد خيرا فكان مأذونا في الزيادة دلالة فلم يكن مخالفا كمن قال لرجل اشتر لي هذا العبد بألف درهم فاشتراه بخمسمائة أو قال بع هذا العبد بألف درهم فباعه بألف وخمسمائة يجوز وينفذ على الآمر لما قلنا كذا هذا وعليه دم القران لان الحاج اذا قرن باذن المحجوج عنه كان الدم على الحاج لما نذكر ولابي حنيفة انه لم يأت بالمأمور به لانه أمر بسفر يصرفه الى الحج لا غير ولم يأت به فقد خالف أمر الآمر فضمن ولو أمره أن يحج عنه فاعتمر ضمن لانه خالف ولو اعتمر ثم حج من مكة يضمن النفقة في قولهم جميعا لامره له بالحج بسفر وقد أتى بالحج من غير سفر لانه صرف سفره الاول الى العمرة فكان مخالفا فيضمن النفقة ولو أمره بالحج عنه فجمع بين احرام الحج والعمرة فاحرم بالحج عنه وأحرم بالعمرة عن نفسه فحج عنه واعتمر عن نفسه صار مخالفا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وعن أبي يوسف انه يقسم النفقة على الحج والعمرة ويطرح عن الحج ما أصاب العمرة ويجوز ما أصاب الحج وجه رواية أبي يوسف ان المأمور فعل ما أمر به وهو الحج عن الآمر وزاده احسانا حيث أسقط عنه بعض النفقة وجه ظاهر الرواية انه أمره بصرف كل السفر الى الحج ولم يأت به لانه أدى بالسفر حجا عن الآمر وعمرة عن نفسه فكان مخالفا وبه تبين انه فعل ما أمر به وقوله انه أحسن اليه حيث أسقط عنه بعض النفقة غير سديد لان غرض الآمر في الحج عن الغير هو ثواب النفقة فاسقاطه لا يكون احسانا بل يكون اساءة ولو أمره أن يعتمر فاحرم بالعمرة واعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك وحج عن نفسه لم يكن مخالفا لانه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر وانما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها الا ان النفقة مقدار مقامه للحج من ماله لانه عمل لنفسه وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الرقيات اذا حج عن الميت وطاف لحجه وسعى ثم أضاف اليه عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لان هذه العمرة واجبة الرفض لوقوعها على مخالفة السنة على ما ذكرنا في فصل القران فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة ولو كان جمع بينهما ثم أحرم بهما ثم لم يطف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف لانه لما أحرم بهما جميعا فقد صار مخالفا في ظاهر الرواية على ما ذكرنا فوقعت الحجة عن نفسه فلا يحتمل التغيير بعد ذلك برفض العمرة ولو أمره رجل أن يحج عنه حجة وأمره رجل آخر أن يحج عنه فاحرم بحجة فهذا لا يخلو عن أحد وجهين اما ان أحرم بحجة عنهما جميعا واما ان أحرم بحجة عن أحدهما فان أحرم بحجة عنهما جميعا فهو مخالف ويقع الحج عنه ويضمن النفقة لهما ان كان أنفق من مالهما لان كل واحد منهما أمره بحج تام ولم يفعل فصار مخالفا لامرهما فلم يقع حجه عنهما فيضمن لهما لان كل واحد منهما لم يرض بانفاق ماله فيضمن وانما وقع الحج عن الحاج لان الاصل أن يقع كل فعل عن فاعله وانما يقع لغيره بجعله فاذا خالف لم يصر لغيره فبقي فعله له ولو أراد أن يجعله لاحدهما لم يملك ذلك بخلاف الابن اذا أحرم بحجة عن أبويه انه يجزئه ان يجعله عن أحدهما لان الابن غير مأمور بالحج عن الابوين فلا تتحقق مخالفة الآمر وانما جعل ثواب الحج الواقع عن نفسه في الحقيقة لابويه وكان من عزمه أن يجعل ثواب حجه لهما ثم نقض عزمه وجعله لاحدهما وههنا بخلافه لان الحاج متصرف بحكم الآمر وقد خالف أمرهما فلا يقع حجه لهما ولا لاحدهما وان أحرم بحجة عن أحدهما فان أحرم لاحدهما عينا وقع الحج عن الذي عينه ويضمن النفقة للآخر وهذا ظاهر وان أحرم بحجة عن أحدهما غير عين فله أن يجعلها عن أحدهما أيهما شاء ما لم يتصل بها الاداء في قول أبي حنيفة ومحمد استحسانا والقياس أن لا يجوز له ذلك ويقع الحج عن نفسه ويضمن النفقة لهما وجه القياس انه خالف الامر لانه أمر بالحج لمعين وقد حج لمبهم والمبهم غير المعين فصار مخالفا ويضمن النفقة ويقع الحج عن نفسه لما ذكرنا بخلاف ما اذا أحرم الابن بالحج عن أحد أبويه انه يصح وان لم يكن معينا لما ذكرنا ان الابن في حجه لابويه ليس متصرفا بحكم الآمر حتى يصير مخالفا للامر بل هو يحج عن نفسه ثم يجعل ثواب حجه لاحدهما وذلك جائز وههنا بخلافه وجه الاستحسان انه قد صح من أصل أصحابنا ان الاحرام ليس

من الاداء بل هو شرط جواز اداء أفعال الحج فيقتضى تصور الاداء والاداء متصور بواسطة التعيين فاذا جعله عن أحدهما قبل أن يتصل به شيء من أفعال الحج تعين له فيقع عنه فان لم يجعلها عن أحدهما حتى طاف شوطا ثم أراد أن يجعلها عن أحدهما لم يجز عن واحد منهما لانه اذا اتصل به الاداء تعذر تعيين القدر المؤدى لان المؤدى قد مضى وانقضى فلا يتصور تعيينه فيقع عن نفسه وصار احرامه وافعاله لاتصال الاداء به وان أمره أحدهما بحجة وأمره الآخر بعمرة فان أذناله بالجمع وهو القران فجمع جاز لانه أمر بسفر ينصرف بعضه الى الحج وبعضه الى العمرة وقد فعل ذلك فلم يصر مخالفا وان لم يأذناله بالجمع فجمع ذكر الكرخى انه يجوز وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى انه لا يجوز على قول أبى حنيفة لانه خالف لانه أمر بسفر ينصرف كله الى الحج وقد صرفه الى الحج والعمرة فصار مخالفا وانما يصح هذا على ما روى عن أبى يوسف ان من حج عن غيره واعتمر عن نفسه جاز ولو أمره أن يحج عنه فحج عنه ماشيا يضمن لانه خالف لان الامر بالحج ينصرف الى الحج المتعارف فى الشرع وهو الحج راكبا لان الله تعالى أمر بذلك فعند الاطلاق ينصرف اليه فاذا حج ماشيا فقد خالف فيضمن لما قلنا ولان الذى يحصل للآمر من الامر بالحج هو ثواب النفقة والنفقة فى الركوب أكثر فكان الثواب فيه أوفر ولهذا قال محمد ان حج على حمار كرهت له ذلك والجمل أفضل لان النفقة فى ركوب الجمل أكثر فكان حصول المقصود فيه أكمل فكان أولى واذا فعل المأمور بالحج ما يوجب الدم أو غيره فهو عليه ولو قرن عن الآمر بأمره فدم القران عليه والحاصل ان جميع الدماء المتعلقة بالاحرام فى مال الحاج الا دم الاحصار خاصة فانه فى مال المحجوج عنه كذا ذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى دم الاحصار ولم يذكر الاختلاف وكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولم يذكر الخلاف وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير انه على الحاج عند أبى يوسف اما ما يجب بالجناية فلانه هو الذى جنى فكان عليه الجزاء ولانه أمر بحج خال عن الجناية فاذا جنى فقد خالف فعليه ضمان الخلاف واما دم القران فلانه دم نسك لانه يجب شكرا وسائر أفعال النسك على الحاج فكذا هذا النسك واما دم الاحصار فلان المحجوج عنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فكان من جنس النفقة والمؤنة وذلك عليه كذا هذا فان جامع الحاج عن غيره قبل الوقوف بعرفة فسد حجه ويمضى فيه والنفقة فى ماله ويضمن ما أنفق من مال المحجوج عنه قبل ذلك وعليه القضاء من مال نفسه اما فساد الحج فلان الجماع قبل الوقوف بعرفة مفسد للحج لما نذكر ان شاء الله تعالى فى موضعه والحجة الفاسدة يجب المضى فيها ويضمن ما أنفق من مال المحجوج عنه قبل ذلك وعليه القضاء من مال نفسه ويضمن ما أنفق من مال الآمر قبل ذلك لانه خالف لانه أمره بحجة صحيحة وهى الخالية عن الجماع ولم يفعل ذلك فصار مخالفا فيضمن ما أنفق وما بقى ينفق فيه من ماله لان الحج وقع له ويقضى لان من أفسد حجه يلزمه قضاؤه فان فاته الحج يصنع ما يصنع فائت الحج بعد شروعه فيه وسنذكره فى موضعه ان شاء الله ولا يضمن النفقة لانه فاته بغير صنعه فلم يوجد منه الخلاف فلا يجب الضمان وعليه عن نفسه الحج من قابل لان الحجة قد وجبت عليه بالشروع فاذا فاتت لزمه قضاؤها وهذا على قول محمد ظاهر لان الحج عنده يقع عن الحاج وقالوا فيمن حج عن غيره فمرض فى الطريق لم يجز له أن يدفع النفقة الى من يحج عن الميت الا أن يكون اذن له فى ذلك لانه مأمور بالحج لا بالاحجاج كان لم يبلغ المال المدفوع اليه النفقة فانفق من مال نفسه ومال الآمر ينظر فان بلغ مال الآمر الكراء وعامة النفقة فالحج عن الميت لا يكون مخالفا والا فهو ضامن ويكون الحج عن نفسه ويرد المال والاصل فيه أن يعتبر الاكثر ويجعل الاقل تبعا للاكثر وقليل الانفاق من مال نفسه مما لا يمكن التحرز عنه من شربة ماء أو قليل زاد فلو اعتبر القليل مانعا من وقوع الحج عن الآمر يؤدى الى سد باب الاحجاج فلا يعتبر ويعتبر الكثير ولو أحج رجلا يؤدى الحج ويقيم بمكة جاز لان فرض الحج صار مؤديا بالفراغ عن أفعاله والافضل أن يحج ثم يعود اليه لان الحاصل للآمر ثواب النفقة فمهما كانت النفقة أكثر كان الثواب أكثر وأوفر واذا فرغ المأمور بالحج من الحج ونوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعدا أنفق من مال نفسه

لان نية الاقامة قد صحت فصار تاركا للسفر فلم يكن مأذونا بالانفاق من مال الآمر ولو أنفق ضمن لانه أنفق مال غيره بغير اذنه فان أقام بها أياما من غير نية الاقامة فقد قال أصحابنا انه ان أقام اقامة معتادة فالنفقة في مال المحجوج عنه وان زاد على المعتاد فالنفقة من ماله حتى قالوا اذا أقام بعد الفراغ من الحج ثلاثة أيام ينفق من مال الآمر وان زاد ينفق من مال نفسه وقالوا في الخراساني اذا جاء حاجا عن غيره فدخل بغداد فأقام بها اقامة معتادة مقدار ما يقيم الناس بها عادة فالنفقة في مال المحجوج عنه وان أقام أكثر من ذلك فالنفقة في ماله وهذا كان في زمانهم لانه كان زمان أمن يتمكن الحاج من الخروج من مكة وحده أومع نفر يسير فقدروا مدة الاقامة بها بعد الفراغ من الحج كما أذن النبي صلى الله عليه وسلم للمهاجر أن يقيم بمكة فأما في زماننا فلا يمكن الخروج للافراد والآحاد ولا لجماعة قليلة من مكة الامع القافلة فما دام منتظرا لخروج القافلة فنفقته في مال المحجوج عنه وكذا هذا في اقامته ببغداد انه ما دام منتظرا لخروج القافلة فالنفقة في مال الآمر لتعذر سبقه بالخروج لما فيه من تعريض المال والنفس للهلاك فالتعويل في الذهاب والاياب على ذهاب القافلة وايابها فان نوى اقامة خمسة عشر يوما فصاعدا حتى سقطت نفقته من مال الآمر ثم رجع بعد ذلك هل تعود نفقته في مال الآمر ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي انه تعود ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان على قول محمد تعود وهو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف لا تعود وهذا اذا لم يكن اتخذ مكة دارا فأما اذا اتخذها دارا ثم عاد لا تعود النفقة في مال الآمر بلا خلاف وجه قول أبي يوسف انه اذا نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعدا فقد انقطع حكم السفر فلا تعود بعد ذلك كما لو اتخذ مكة دارا وجه ظاهر الرواية ان الاقامة ترك السفر لا قطعها والمتروك يعود فأما اتخاذ مكة دارا والتوطن بها فهو قطع السفر والمنقطع لا يعود ولو تعجل المأمور بالحج ليكون شهر رمضان بمكة فدخل محرما في شهر رمضان أو في ذي القعدة فنفقته في مال نفسه الى عشر الاضحى فاذا جاء عشر الاضحى أنفق من مال الآمر كذا روى هشام عن محمد لان المقام بمكة قبل الوقت الذي يدخلها الناس لا يحتاج اليه لاداء المناسك غالبا فلا تكون هذه الاقامة مأذونا فيها كالاقامة بعد الفراغ من الحج أكثر من المعتاد ولا يكون بما عجل مخالفا لان الآمر ما عين له وقتا والتجارة والاجارة لا يمنعان جواز الحج ويجوز حج التاجر والاجير والمكارى لقوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم قيل الفضل التجارة وذلك ان أهل الجاهلية كانوا يتحرجون من التجارة في عشر ذي الحجة فلما كان الاسلام امتنع أهل الاسلام عن التجارة خوفا من أن يضر ذلك حجهم فرخص الله سبحانه وتعالى لهم طلب الفضل في الحج بهذه الآية وروى ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنه فقال انا قوم نكرى ونزعم ان ليس لنا حج فقال ألستم تحرمون قالوا بلى قال فأنتم حجاج جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عما سألتني عنه فقرأ هذه الآية ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ولان التجارة والاجارة لا يمنعان من أركان الحج وشرائطها فلا يمنعان من الجواز والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يفسد الحج وبيان حكمه اذا فسد أما الاول فالذي يفسد الحج الجماع لكن عند وجود شرطه فيقع الكلام فيه في موضعين في بيان ان الجماع يفسد الحج في الجملة وفي بيان شرط كونه مفسدا أما الاول فالدليل عليه ما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم قالوا فيمن جامع امرأته وهما محرمان مضيا في احرامهما وعليهما هدى ويقضيان من قابل ويفترقان ولان الجماع في نهاية الارتفاق بمرافق المقيمين فكان في نهاية الجناية على الاحرام فكان مفسدا للاحرام (وأما) شرط كونه مفسدا فشيآن أحدهما أن يكون الجماع في الفرج حتى لو جامع فيما دون الفرج أولمس بشهوة أوعانق أوقبل أو باشر لا يفسد حجه لانعدام الارتفاق البالغ لكن تلزمه الكفارة سواء أنزل أولم ينزل لوجود استمتاع مقصود على ما بينا فيما تقدم وفرقنا بين اللمس والنظر عن شهوة ولو وطئ بهيمة لا يفسد حجه لما قلنا ولا كفارة عليه الا اذا أنزل لانه ليس باستمتاع مقصود بخلاف الجماع فيما دون الفرج وأما الوطء في الموضع المكروه فأما على أصلهما يفسد الحج لانه في معنى الجماع

فى القبل عندهما حتى قالوا بوجوب الحد وعن أبى حنيفة فيه روايتان فى رواية يفسد لانه مثل الوطء فى القبل فى قضاء الشهوة ويوجب الاغتسال من غير انزال وفى رواية لا يفسد لعدم كمال الارتفاق لقصور قضاء الشهوة فيه لسوء المحل فاشبه الجماع فيما دون الفرج ولهذا قال محمد رحمه الله انه لا يجب الحد والثانى أن يكون قبل الوقوف بعرفة فان كان بعد الوقوف بها لا يفسد الحج عندنا وعند الشافعى هذا ليس بشرط ويفسد الحج قبل الوقوف وبعده (وجه) قوله ان الجماع انما عرف مفسدا للحج لكونه مفسدا للاحرام والاحرام بعد الوقوف باق لبقاء ركن الحج وهو طواف الزيارة ولا يتصور بقاء الركن بدون الاحرام فصار الحال بعد الوقوف كالحال قبل (ولنا) ان الركن الاصلى للحج هو الوقوف بعرفة لقول النبى صلى الله عليه وسلم الحج عرفة أى الوقوف بعرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه أخبر عن تمام الحج بالوقوف ومعلوم انه ليس المراد منه التمام الذى هو ضد النقصان لان ذا لا يثبت بنفس الوقوف فعلم أن المراد منه خروجه عن احتمال الفساد والفوات ولان الوقوف ركن مستقل بنفسه وجودا وصحة لا يقف وجوده وصحته على الركن الآخر وما وجد ومضى على الصحة لا يبطل الا بالردة ولم توجد واذا لم يفسد الماضى لا يفسد الباقى لان فساده بفساده ولكن يلزمه بدنة لما نذكره ويستوى فى فساد الحج بالجماع الرجل والمرأة لاستوائهما فى المعنى الموجب للفساد وهو ما بينا ولما ذكرنا أن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أفتوا بفساد حجهما حيث أوجبوا القضاء عليهما ويستوى فيه العامد والخاطئ والذاكر والناسى عند أصحابنا وقال الشافعى لا يفسده الخطأ والنسيان والكلام فيه بناء على أصل ذكرناه غير مرة وهو ان فساد الحج لا يثبت الا بفعل محظور فزعم الشافعى أن الحظر لا يثبت مع الخطأ والنسيان وقلنا نحن يثبت وانما المرفوع هو المؤاخذة عليهما على ما ذكرنا فيما تقدم ويستوى فيه الطوع والاكراه لان الاكراه لا يزيل الحظر ولو كانت المرأة مكرهة فانها لا ترجع بما لزمها على المكره لانه حصل لها استمتاع بالجماع فلا ترجع على أحد كالمغرور اذا وطئ الجارية ولزمه الغرم انه لا يرجع به على الغار كذا هذا ويستوى فيه كون المرأة المحرمة مستيقظة أو نائمة حتى يفسد حجها فى الحالين سواء كان المجامع لها محرما أو حلالا لان النائمة فى معنى الناسية والنسيان لا يمنع فساد الحج كذا النوم ويستوى فيه كون المجامع عاقلا بالغا أو مجنونا أو صبيا بعد ان كانت المرأة المحرمة عاقلة بالغة حتى يفسد حجها لان التمكين محظور عليها (وأما) بيان حكمه اذا فسد ففساد الحج يتعلق به أحكام منها وجوب الشاة عندنا وقال الشافعى وجوب بدنة (وجه) قوله ان الجماع بعد الوقوف انما أوجب البدنة لتغليظ الجناية والجناية قبل الوقوف أغلظ لوجودها حال قيام الاحرام المطلق لبقاء ركنى الحج وبعد الوقوف لم يبق الا أحدهما فلما وجبت البدنة بعد الوقوف فلان تجب قبله أولى ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال البدنة فى الحج فى موضعين أحدهما اذا طاف للزيارة جنبا ورجع الى أهله ولم يعد والثانى اذا جامع بعد الوقوف وروينا عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا وعليهما هدى واسم الهدى وان كان يقع على الغنم والابل والبقر لكن الشاة أدنى والادنى متيقن به فحمله على الغنم أولى على أنه روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الهدى فقال أدناه شاة ويجزى فيه شركة فى جزور أو بقرة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشرك بين أصحابه رضى الله عنهم فى البدن عام الحديبية فنحروا البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة واعتباره بما قبل الوقوف غير سديد لان الجناية قبل الوقوف أخف من الجناية بعده لان الجماع قبل الوقوف أوجب القضاء لانه أوجب فساد الحج والقضاء خلف عن الفائت فيجبر معنى الجناية فتخف الجناية فيوجب نقصان الموجب وبعد الوقوف لا يفسد الحج عندنا لما ذكرنا فلم يجب القضاء فلم يوجد ما يجبر به الجناية فبقيت متغلظة فتغلظ الموجب ولو جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع فان كان فى مجلس لا يجب عليه الا دم واحد استحسانا والقياس ان يجب عليه لكل واحد دم على حدة لان سبب الوجوب قد تكرر فيتكرر الواجب الا أنهم استحسنوا

فأوجبوا الادما واحدا لان أسباب الوجوب اجتمعت فى مجلس واحد من جنس واحد فيكتفى بكفارة واحدة لان المجلس الواحد يجمع الافعال المتفرقة كما يجمع الاقوال المتفرقة كالايلاجات فى جماع واحد انها لا توجب الا كفارة واحدة وان كان كل ايلاجة لو انفردت أوجبت الكفارة كذا هذا وان كان فى مجلسين مختلفين يجب دمان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجب دم واحد الا اذا كان كفر للاول كما فى كفارة الافطار فى شهر رمضان (وجه) قول محمد ان الكفارة انما وجبت بالجماع الاول جزاء لهتك حرمة الاحرام والحرمة حرمة واحدة اذا انهتكت مرة لا يتصور انهتاكها ثانيا كما فى صوم شهر رمضان وكما اذا جامع ثم جامع فى مجلس واحد واذا كفر فقد جبر الهتك فالتحق بالعدم وجعل كانه لم يوجد فلم يتحقق الهتك ثانيا ولهما ان الكفارة تجب بالجناية على الاحرام وقد تعددت الجناية فيتعدد الحكم وهو الاصل الا اذا قام دليل يوجب جعل الجنايات المتعددة حقيقة متحدة حكما وهو اتحاد المجلس ولم يوجد ههنا بخلاف الكفارة للصوم فانها لا تجب بالجناية على الصوم بل جبرا لهتك حرمة الشهر على ماذكرناه فيما تقدم ولا يجب عليه فى الجماع الثانى الا شاة واحدة لان الاول لم يوجب الا شاة واحدة فالثانى أولى لان الاول صادف احراما صحيحا والثانى صادف احراما مجروحا فلما لم يجب للاول الا شاة واحدة فالثانى أولى ولو جامع بعد الوقوف بعرفة ثم جامع ان كان فى مجلس واحد لا يجب عليه الا بدنة واحدة وان كان فى مجلسين يجب عليه بدنة للاول وللثانى شاة على قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعلى قول محمد ان كان ذبح للاول بدنة يجب للثانى شاة والا فلا يجب وهو على ماذكرنا من الاختلاف فيما قبل الوقوف هذا اذا لم يرد بالجماع بعد الجماع رفض الاحرام فاما اذا أراد به رفض الاحرام والاحلال فعليه كفارة واحدة فى قولهم جميعا سواء كان فى مجلس واحد او فى مجالس مختلفة لان الكل مفعول على وجه واحد فلا يجب بها الا كفارة واحدة كالايلاجات فى الجماع الواحد ومنها وجوب المضى فى الحجة الفاسدة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم يمضيان فى احرامهما ولان الاحرام عقد لازم لا يجوز التحلل عنه الا بأداء أفعال الحج أولضرورة الاحصار ولم يوجد أحدهما فيلزمه المضى فيه فيفعل جميع ما يفعله فى الحجة الصحيحة ويجتنب جميع ما يجتنبه فى الحجة الصحيحة ومنها وجوب القضاء لقول الصحابة رضى الله عنهم يقضيانه من قابل ولانه لم يأت بالمأمور به على الوجه الذى أمر به لانه أمر بحج خال عن الجماع ولم يأت به فبقى الواجب فى ذمته فيلزمه تفريغ ذمته عنه ولا يجب عليه العمرة لانه ليس بفائت الحج ألا ترى انه لم تسقط عنه أفعال الحج بخلاف المحصر اذا حل من احرامه بذبح الهدى انه يجب عليه قضاء الحجة والعمرة أما قضاء الحجة فظاهر وأما قضاء العمرة فلفوات الحج فى ذلك العام وهل يلزمهما الافتراق فى القضاء قال أصحابنا الثلاثة لا يلزمهما ذلك لكنهما ان خافا المعاودة يستحب لهما ان يفترقا وقال زفر ومالك والشافعى يفترقان واحتجوا بما روينا من قول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم يفترقان ولان الاجتماع فيه خوف الوقوع فى الجماع ثانيا فيجب التحرز عنه بالافتراق ثم اختلفوا فى مكان الافتراق قال مالك اذا خرجا من بلدهما يفترقان حسما للمادة وقال الشافعى اذا بلغا الموضع الذى جامعها فيه لانهما يتذكران ذلك فربما يقعان فيه وقال زفر يفترقان عند الاحرام لان الاحرام هو الذى حظر عليه الجماع فاما قبل ذلك فقد كان مباحا ولنا انهما زوجان والزوجية علة الاجتماع لا الافتراق وأما ماذكروا من خوف الوقوع يبطل بالابتداء فانه لم يجب الافتراق فى الابتداء مع خوف الوقوع وقول الشافعى يتذكران مافعلا فيه فاسد لانهما قد يتذكران وقد لا يتذكران اذ ليس كل من يفعل فعلا فى مكان يتذكر ذلك الفعل اذا وصل اليه ثم ان كانا يتذكران مافعلا فيه يتذكران مالزمهما من وبال فعلهما فيه أيضا فيمنعهما ذلك عن الفعل ثم يبطل هذا بلبس المخيط والتطيب فانه اذا لبس المخيط أو تطيب حتى لزمه الدم يباح له امساك الثوب المخيط والتطيب وان كان ذلك يذكره لبس المخيط والتطيب فدل ان الافتراق ليس بلازم لكنه

مندوب اليه ومستحب عند خوف الوقوع فيما وقع فيه وعلى هذا يحمل قول الصحابة رضي الله عنهم يفترقان والله الموفق هذا اذا كان مفردا بالحج فأما اذا كان قارنا فالقارن اذا جامع فان كان قبل الوقوف وقبل الطواف للعمرة أو قبل الأكثر فسدت عمرته وحجته وعليه دمان لكل واحد منهما شاة وعليه المضي فيهما واتمامهما على الفساد وعليه قضاؤهما ويسقط عنه دم القران أما فساد العمرة فلوجود الجماع قبل الطواف وانه مفسد للعمرة كما في حال الانفراد وأما فساد الحجة فلحصول الجماع قبل الوقوف بعرفة وانه مفسد للحج كما في حال الانفراد وأما وجوب الدمين فلان القارن محرم باحرامين عندنا فالجماع حصل جناية على احرامين فأوجب نقصا في العبادتين فيوجب كفارتين كالمقيم اذا جامع في رمضان وأما لزوم المضي فيهما فلما ذكرنا ان وجوب الاحرام عقد لازم وأما وجوب قضائهما فلا فسادهما فيقتضي عمرة مكان عمرة وحجة مكان حجة وأما سقوط دم القران عنه فلانه أفسدهما والاصل ان القارن اذا أفسد حجه وعمرته أو أفسد أحدهما يسقط عنه دم القران لان وجوبه ثبت شكرا لنعمة الجمع بين القربتين وبالفساد بطل معنى القربة فسقط الشكر ولو جامع بعد ما طاف لعمرته أو طاف أكثره وهو أربعة أشواط أو بعد ما طاف لها وسعى قبل الوقوف بعرفة فسدت حجته ولا تفسد عمرته أما فساد حجته فلما ذكرنا وهو حصول الجماع قبل الوقوف بعرفة وأما عدم فساد عمرته فلحصول الجماع بعد وقوع الفراغ من ركنها فلا يوجب فسادها كما في حال الانفراد وعليه دمان أحدهما لفساد الحجة بالجماع والآخر لوجود الجماع في احرام العمرة لان احرام العمرة باق عليه وعليه المضي فيهما واتمامهما لما ذكرنا وعليه قضاء الحج دون العمرة لان الحجة هي التي فسدت دون العمرة ويسقط عنه دم القران لانه فسد أحدهما وهو الحج ولو جامع بعد طواف العمرة وبعد الوقوف بعرفة فلا يفسد حجه ولا عمرته أما عدم فساد الحج فلان الجماع وجد بعد الوقوف بعرفة وانه لا يفسد الحج وأما عدم فساد العمرة فلانه جامع بعد الفراغ من ركن العمرة وعليه اتمامها لانه لما وجب اتمامها على الفساد فعلى الصحة والجواز أولى وعليه بدنة وشاة البدنة لاجل الجماع بعد الوقوف والشاة لان الاحرام للعمرة باق والجماع في احرام العمرة يوجب الشاة وههنا لا يسقط عنه دم القران لانه لم يوجد فساد الحج والعمرة ولا فساد أحدهما فأمكن ايجاب الدم شكرا فان جامع مرة بعد أخرى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في المفرد بالحج انه ان كان في مجلس واحد فلا يجب عليه غير ذلك وان كان في مجلس آخر فعليه دمان على الاختلاف الذي ذكرنا فان جامع أول مرة بعد الحلق قبل الطواف للزيارة فعليه بدنة وشاة لان القارن يتحلل من الاحرامين معا ولم يحل له النساء بعد احرام الحجة فكذا في احرام العمرة كما يقع له التحلل من غير النساء بالحلق فيهما جميعا ولو جامع بعد ما طاف طواف الزيارة كله أو أكثره فلا شيء عليه لانه قد حل له النساء فلم يبق له الاحرام رأسا الا اذا طاف طواف الزيارة قبل الحلق والتقصير فعليه شاتان لبقاء الاحرام لهما جميعا وروى ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف طواف الزيارة جنبا أو على غير وضوء وطاف أربعة أشواط طاهرا ثم جامع النساء قبل أن يعيده قال محمد اما في القياس فلا شيء ولكن أبا حنيفة استحسن فيما اذا طاف جنبا ثم جامع ثم أعاده طاهرا انه يوجب عليه دما وكذا قول أبي يوسف وقولنا (وجه) القياس انه قد صح من مذهب أصحابنا ان الطهارة ليست بشرط لجواز الطواف واذا لم تكن شرطا فقد وقع التحلل بطوافه والجماع بعد التحلل من الاحرام لا يوجب الكفارة (وجه) الاستحسان انه اذا أعاده وهو طاهر فقد انفسخ الطواف الاول على طريق بعض مشايخ العراق وصار طوافه المعتبر هو الثاني لان الجناية توجب نقصا فاحشا فتبين ان الجماع كان حاصلا قبل الطواف فيوجب الكفارة بخلاف ما اذا طاف على غير وضوء لان النقصان هناك يسير فلم ينفسخ الاول فبقي جماعه بعد التحلل فلا يوجب الكفارة وذكر ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة في جوف الحجر أو فعل ذلك في طواف العمرة ثم جامع انه تفسد العمرة وعليه

عمرة مكانها وعليه فى الحج بدنة لان الركن فى الطواف أكثر الاشواط وهو أربعة فاذا طاف فى جوف الحجر فلم يأت بأكثر الاشواط فصل الجماع قبل الطواف وروى ابن سماعة عن محمد فيمن فاته الحج فجامع أنه يمضى على احرامه وعليه دم للجماع والقضاء للفوات أما وجوب المضى فلبقاء الاحرام وأما وجوب الدم بالجماع فلوجود الجماع فى الاحرام وليس عليه قضاء العمرة لان هذا تحلل بمثل أفعال العمرة وليس بعمرة بل هو بقية أفعال حج قد وجب قضاؤه بخلاف العمرة المبتدأة والله أعلم وأما المتمتع اذا جامع فحكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة لانه يحرم بعمرة أولا ثم يحرم بحجة وقد ذكرنا حكم المفرد بالحجة وسنذكر ان شاء الله تعالى حكم المفرد بالعمرة فى موضعه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يفوت الحج بعد الشروع فيه بفواته وبيان حكمه اذا فات بعد الشروع فيه فالحج بعد الشروع فيه لا يفوت الا بفوات الوقوف بعرفة لقول النبى صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعل الحج الوقوف بعرفة فاذا وجد فقد وجد الحج والشئ الواحد فى زمان واحد لا يكون موجودا وفائتا والثانى انه جعل تمام الحج الوقوف بعرفة وليس المراد منه التمام الذى هو ضد النقصان لان ذلك لا يثبت بالوقوف وحده فيدل أن المراد منه خروجه عن احتمال الفوات وقول النبى صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج جعل مدرك الوقوف بعرفة مدركا للحج والمدرك لا يكون فائتا وأما حكم فواته بعد الشروع فيه فيتعلق بفواته بعد الشروع فيه أحكام منها انه يتحلل من احرامه بعمل العمرة وهو الطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة والحلق أو التقصير ان كان مفردا بالحج ويجب عليه ذلك لما روى الدارقطنى باسناده عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة من غير دم وعليه الحج من قابل وعن عمر وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا فيمن فاته الحج يحل بعمل العمرة من غير هدى وعليه الحج من قابل ثم اختلف أصحابنا فيما يتحلل به فائت الحج من الطواف انه يلزمه ذلك باحرام الحج أو باحرام العمرة قال أبو حنيفة ومحمد باحرام الحج وقال أبو يوسف باحرام العمرة وينقلب احرامه احرام عمرة واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث الدارقطنى فليحل بعمرة سماه عمرة ولا عمرة الا باحرام العمرة فدل ان احرامه ينقلب احرام عمرة ولان المؤدى أفعال العمرة فكانت عمرة ولهما قول الصحابة رضى الله عنهم يحل بعمل العمرة أضاف العمل الى العمرة والشئ لا يضاف الى نفسه هو الاصل ولانه أحرم بالحج لا بالعمرة حقيقة لانه مفرد بالحج واعتبار الحقيقة أصل فى الشرع فالقول بانقلاب احرام الحج احرام العمرة تغيير الحقيقة من غير دليل مع ان الاحرام عقد لازم لا يحتمل الانفساخ وفى الانقلاب انفساخ وهذا لا يجوز والدليل على صحة ما ذكرنا ان فائت الحج لو كان من أهل مكة يتحلل بالطواف كما يتحلل أهل الآفاق ولا يلزمه الخروج الى الحل ولو انقلب احرامه احرام عمرة وصار معتمرا للزمه الخروج الى الحل وهو التنعيم أو غيره وكذا فائت الحج اذا جامع ليس عليه قضاء العمرة ولو كان عمرة لوجب عليه قضاؤه كالعمرة المبتدأة فيثبت بما ذكرنا من الدلائل ان احرامه بالحج لم ينقلب احرام عمرة وبه تبين ان المؤدى ليس أفعال العمرة بل مثل أفعال العمرة تؤدى باحرام الحجة والحديث محمول على عمل العمرة توفيقا بين الدليلين ومنها ان عليه الحج من قابل لما روينا من الحديث وقول الصحابة رضى الله عنهم ولانه اذا فاته الحج من هذه السنة بعد الشروع فيه بقى الواجب عليه على حاله فيلزمه الاتيان به ولا دم على فائت الحج عندنا وقال الحسن بن زياد عليه دم وبه أخذ الشافعى (وجه) قول الحسن انه يتحلل قبل وقت التحلل فيلزمه دم كالمحصر ولنا ما روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم انهم قالوا فيمن فاته الحج يحل بعمرة من غير هدى وكذا فى حديث الدارقطنى جعل

النبى

النبي صلى الله عليه وسلم التحلل والحج من قابل كل الحكم في فائت الحج بقوله من فاته الوقوف بعرفة بليل فقد فاته الحج وليحل بعمرة وعليه الحج من قابل فمن ادعى زيادة الدم فقد جعل الكل بعضا وهو نسخ أو تغيير فلا بد له من دليل وقوله تحلل قبل الوقوف مسلم لكن بأفعال العمرة وهو فائت الحج والتحلل بأفعال العمرة من فائت الحج كالهدى في حق المحصر وليس على فائت الحج طواف الصدر لانه طواف عرف وجوبه في الشرع بعد الفراغ من الحج على ماقال النبي صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف وهذا لم يحج فلا يجب عليه وان كان فائت الحج قارنا فانه يطوف للعمرة ويسعى لها ثم يطوف طوافا آخر لفوات الحج ويسعى له ويحلق أو يقصر وقد بطل عنه دم القران أما الطواف للعمرة والسعى لها فلان القارن محرم بعمرة وحجة والعمرة لا تفوت لان جميع الاوقات وقتها فيأتي بها كما يأتي المدرك للحج وأما الطواف والسعى للحج فلان الحجة قد فاتته في هذه السنة بعد الشروع فيها وفائت الحج بعد الشروع فيه لا يتحلل بأفعال العمرة فيطوف ويسعى ويحلق أو يقصر وأما سقوط دم القران يجب للجمع بين العمرة والحج ولم يوجد فلا يجب ويقطع التلبية اذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به على ماذكرنا فيما تقدم وان كان متمتعا ساق الهدى بطل تمتعه ويصنع كما يصنع القارن لان دم المتعة يجب للجمع بين العمرة والحجة ولم يوجد الجمع لان الحجة فاتته

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم فوات الحج عن العمرة فنقول من عليه الحج اذا مات قبل ادائه فلا يخلو اما ان مات من غير وصية واما ان مات عن وصية فان مات من غير وصية يأثم بلا خلاف أما على قول من يقول بالوجوب على الفور فلا يشكل وأما على قول من يقول بالوجوب على التراخي فلان الوجوب يضيق عليه في آخر العمر في وقت يحتمل الحج وحرم عليه التأخير فيجب عليه أن يفعل بنفسه ان كان قادرا وان كان عاجزا عن الفعل بنفسه عجزا مقررا ويمكنه الاداء بماله بانابة غيره مناب نفسه بالوصية فيجب عليه أن يوصي به فان لم يوص به حتى مات أثم بتفويته الفرض عن وقته مع امكان الاداء في الجملة فيأثم لكن يسقط عنه في حق أحكام الدنيا عندنا حتى لا يلزم الوارث الحج عنه من تركته لانه عبادة والعبادات تسقط بموت من عليه سواء كانت بدنية أومالية في حق أحكام الدنيا عندنا وعند الشافعي لا تسقط ويؤخذ من تركته قدر ما يحج به ويعتبر ذلك من جميع المال وهذا على الاختلاف في الزكاة والصوم والعشر والنذور والكفارات ونحو ذلك وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الزكاة وان أحب الوارث أن يحج عنه حج وأرجو أن يجزيه ذلك ان شاء الله تعالى كذا ذكر أبو حنيفة أما الجواز فلما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يارسول الله ان أمي ماتت ولم تحج أفأحج عنها فقال نعم فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم حج الرجل عن أمه ولم يستفسر أنها ماتت عن وصية أولا عن وصية ولو كان الحكم يختلف لاستفسر وأما قران الاستثناء بالاجزاء فلان الحج كان واجبا على الميت قطعا والواجب على الانسان قطعا لا يسقط الا بدليل موجب للسقوط قطعا والموجب لسقوط الحج عن الميت بفعل الوارث بغير أمره من أخبار الآحاد وخبر الواحد يوجب علم العمل لا علم الشهادة لاحتمال عدم الثبوت وان كان احتمالا مرجوحا لكن الاحتمال المرجوح يعتبر في علم الشهادة وان كان لا يعتبر في علم العمل فعلق الاجزاء والسقوط بمشيئة الله تعالى احترازا عن الشهادة على الله تعالى من غير علم قطعي وهذا من كمال الورع والاحتياط في دين الله تعالى ولان الظاهر من حال من عليه الحج اذا عجز عن الاداء بنفسه حتى أدركه الموت وله مال انه يأمر وارثه بالحج عنه تفريغا لذمته عن عهدة الواجب فكانت الوصية موجودة دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا لكن الحق الاستثناء به لاحتمال العدم فان قيل لو كان الامر على ماذكرتم هلا الحق الاستثناء بكل ما يثبت بخبر الواحد فالجواب أنك أبعدت في القياس اذ لا كل خبر يرد بمثل هذا الحكم وهو سقوط الفرض ومحل سقوط الاستثناء هذا فان ثبت الاطلاق منه في مثله في موضع من غير تصريح بالاستثناء فذلك لوجود النية منه عليه في الحج فتقع

الغنية عن الافصاح به في كل موضع وان مات عن وصية لا يسقط الحج عنه ويجب أن يحج عنه لان الوصية بالحج قد صحت واذا حج عنه يجوز عند استجماع شرائط الجواز وهي نية الحج عنه وان يكون الحج بمال الموصى أو بأكثره الا تطوعا وان يكون راكبا الا ماشيا لما ذكرنا فيما تقدم ويحج عنه من ثلث ماله سواء قيد الوصية بالثلث بأن يحج عنه بثلث ماله أو أطلق بأن أوصى أن يحج عنه اما اذا قيد فظاهر وكذا اذا أطلق لان الوصية تنفذ من الثلث ويحج عنه من بلده الذي يسكنه لان الحج مفروض عليه من بلده فطلق الوصية ينصرف اليه ولهذا قال محمد رحمه الله روى ابن رستم عنه في خراساني أدركه الموت بمكة فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من خراسان وروى هشام عن أبي يوسف في مكي قدم الري فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة فان أوصى أن يقرن عنه قرن عنه من الري لانه لا قران لاهل مكة فتحمل الوصية على ما يصح وهو القران من حيث مات هذا اذا كان ثلث المال يبلغ أن يحج عنه من بلده حج عنه فان كان لا يبلغ يحج من حيث يبلغ استحسانا وكذا اذا أوصى أن يحج عنه بمال سمى مبلغه ان كان يبلغ أن يحج عنه من بلده حج عنه والا فيحج عنه من حيث يبلغ استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لانه تعذر تنفيذها على ما قصده الموصى وهذا يوجب بطلان الوصية كما اذا أوصى بعتق نسمة فلم يبلغ ثلث المال ثمن النسمة (وجه) الاستحسان ان غرض الموصى من الوصية بالحج تفريغ ذمته عن عهدة الواجب وذلك في التصحيح لا في الابطال ولو حمل ذلك على الوصية بالحج من بلده لبطلت ولو حمل على الوصية من حيث يبلغ لصحت فيحمل عليه تصحيحا لها وفي الوصية بعتق النسمة تعذر التصحيح أصلا ورأسا فبطلت فان خرج من بلده الى بلد أقرب من مكة فان كان خرج لغير الحج حج عنه من بلده في قولهم جميعا وان كان خرج للحج فمات في بعض الطريق وأوصى ان يحج عنه فكذلك في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ (وجه) قولهما ان قدر ما قطع من المسافة في سفره بنية الحج معتد به من الحج لم يبطل بالموت لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله فسقط عنه ذلك القدر من فرض الحج وبقي عليه اتمامه ولابي حنيفة ان القدر الموجود من السفر يعتبر لكن في حق أحكام الآخرة وهو الثواب لا في حق أحكام الدنيا لان ذلك يتعلق بأداء الحج ولم يتصل به الاداء فبطل بالموت في حق أحكام الدنيا ان لم يبطل به في حق أحكام الآخرة وكلامنا في حق أحكام الدنيا ولو خرج للحج فأقام في بعض البلاد حتى دارت السنة ثم مات وقد أوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده بلا خلاف أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان ذلك السفر لم يتصل به عمل الحجة التي سافر لها فلم يعتد به عن الحج وان كان ثلث ماله لا يبلغ أن يحج به عنه الا ماشيا فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشيا روى هشام عن محمد رحمه الله انه لا يجزيه ولكن يحج عنه من حيث يبلغ راكبا وروى الحسن عن أبي حنيفة ان أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز وان أحجوا من حيث يبلغ راكبا جاز وأصل هذه المسئلة أن الموصى بالحج اذا اتسعت نفقته للركوب فاحجوا عنه ماشيا لم يجز لان المفروض هو الحج راكبا فاطلاق الوصية ينصرف الى ذلك كانه أوصاه بذلك وقال أحجوا عني راكبا ولو كان كذلك لا يجوز ماشيا كذا هذا (وجه) رواية الحسن ان فرض الحج له تعلق بالركوب وله تعلق ببلده ولا يمكن مراعاتهما جميعا وفي كل واحد منهما كمال من وجه ونقصان من وجه فيجوز أيهما كان وان كان ثلث ماله لا يبلغ أن يحج عنه من بلده فحج عنه من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين انه كان يبلغ من موضع أبعد منه يضمنه الوصى ويحج عن الميت من حيث يبلغ لانه تبين أنه خالف الا اذا كان الفاضل شيأ يسيرا من زاد أو كسوة فلا يكون مخالفا ولا ضامنا ويرد الفضل الى الورثة لان ذلك ملكهم وان كان للموصى وطنان فأوصى أن يحج عنه من أقرب الوطنين لان الاقرب دخل في الوصية بيقين وفي دخول الابعد شك فيؤخذ باليقين وفيما ذكرنا من المسائل التي وجب الحج من بلده اذا أحج الوصى من غير بلده يكون ضامنا ويكون الحج له ويحج

عن الميت ثانيا الا انه خالف الا اذا كان المكان الذى أحج عنه قريبا الى وطنه بحيث يبلغ اليه و يرجع الى الوطن قبل الليل فحينئذ لا يكون مخالفا ولا ضامنا و يكون كاختلاف المحل ولو مات فى محلة فاحجوا عنه من محلة أخرى جاز كذا هذا فان قال الموصى أحجوا عنى بثلث مالى وثلث ماله يبلغ حججا حج عنه حججا كذا روى القدورى فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه اذا أوصى أن يحج عنه بثلث ماله وثلث ماله يبلغ حججا يحج عنه حجة واحدة من وطنه وهى حجة الاسلام الا اذا أوصى أن يحج عنه بجميع الثلث فيحج عنه حججا بجميع الثلث وماذكره القاضى أثبت لان الوصية بالثلث و بجميع الثلث واحد لان الثلث اسم لجميع هذا السهم ثم الوصى بالخيار ان شاء أحج عنه الحجج فى سنة واحدة وان شاء أحج عنه فى كل سنة واحدة والافضل أن يكون فى سنة واحدة لان فيه تعجيل تنفيذ الوصية والتعجيل فى هذا أفضل من التأخير وان أوصى أن يحج عنه من موضع كذا من غير بلده يحج عنه من ثلث ماله من ذلك الموضع الذى بين قرب من مكة أو بعد عنها الا ان الاحجاج لا يجوز الا بأمره فيتقدر بقدر أمره وما فضل فى يد الحاج عن الميت بعد النفقة فى ذهابه و رجوعه فانه يرده على الورثة لا يسعه ان يأخذ شيأ مما فضل لان النفقة لا تصير ملكا للحاج بالاحجاج وانما ينفق قدر ما يحتاج اليه فى ذهابه وايابه على حكم ملك الميت لانه لو ملك انما يملك بالاستئجار والاستئجار على الطاعات لا يجوز عندنا فكان الفاضل ملك الورثة فيجب عليه رده اليهم ولو قاسم الورثة وعزل قدر نفقة الحج ودفع بقية التركة الى الورثة فهلك المعزول فى يد الوصى أو فى يد الحاج قبل الحج بطلت القسمة فى قول أبى حنيفة وهلك ذلك القدر من الجملة ولا تبطل الوصية و يحج له من ثلث المال الباقى حتى يحصل الحج أو ينوى المال فى قول أبى حنيفة وجعل أبو حنيفة الحج بمنزلة الموصى له الغائب وقسمة الوصى مع الورثة على الموصى له الغائب لا يجوز حتى لو قاسم مع الورثة وعزل نصيب الموصى له ثم هلك فى يده قبل أن يصل الى الموصى له الغائب يهلك من الجملة و يأخذ الموصى له ثلث الباقى كذلك الحج وعند أبى يوسف ان بقى من ثلث ماله شئ يحج عنه مما بقى من ثلثه من حيث يبلغ وان لم يبق من ثلثه شئ بطلت الوصية وقال محمد قسمة الوصية جائزة وتبطل الوصية بهلاك المعزول سواء بقى من المعزول شئ أو لم يبق شئ فان لم يهلك ذلك المال ولكن مات المجهز فى بعض طريق مكة فما أنفق المجاهز الى وقت الموت نفقة مثله فلا ضمان عليه لانه لم ينفق على الخلاف بل على الوفاق وما بقى فى يد المجهز القياس أن يضم الى مال الموصى فيعزل ثلث ماله و يحج عنه من وطنه وهو قول أبى حنيفة وفى الاستحسان يحج بالباقى من حيث تبلغ وهو قولهما

❊ فصل ❊ ثم الحج كما هو واجب بايجاب الله تعالى ابتداء على من استجمع شرائط الوجوب وهو حجة الاسلام فقد يجب بايجاب الله تعالى لكن بناؤه على وجود سبب الوجوب من العبد وهو النذر بأن يقول لله على حجة لان النذر من أسباب الوجوب فى العبادات والقرب المقصودة قال النبى صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه وكذا لو قال على حجة فهذا وقوله لله على حجة سواء لان الحج لا يكون الا لله تعالى وسواء كان النذر مطلقا أو معلقا بشرط بأن قال ان فعلت كذا فلله على أن أحج حتى يلزمه الوفاء به اذا وجد الشرط ولا يخرج عنه بالكفارة فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وسنذكر ان شاء الله تعالى المسئلة فى كتاب النذر ولو قال لله على احرام أو قال على احرام صح وعليه حجة أو عمرة والتعيين اليه وكذا اذا ذكر لفظا يدل على التزام الاحرام بأن قال لله على المشى الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة جاز وعليه حجة أو عمرة ولو قال الى الحرم أو الى المسجد الحرام لم يصح ولا يلزمه شئ فى قول أبى حنيفة وعندهما يصح و يلزمه حجة أو عمرة ولو قال الى الصفا والمروة لا يصح فى قولهم جميعا ولو قال على الذهاب الى بيت الله أو الخروج أو السفر أو الاتيان لا يصح فى قولهم ودلائل هذه المسائل تذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب النذر فانه كتاب مفرد وانما نذكر ههنا بعض ما يختص بالحج فان

قال لله على هـدى أو على هـدى فله الخيار ان شاء ذبح شاة وان شاء نحر جزورا وان شاء ذبح بقرة لان اسم الهدى يقع على كل واحد من الاشياء الثلاثة لقوله فما استيسر من الهدى قيل فى التفسير ان المراد منـه الشاة واذا كانت الشاة ما استيسر من الهـدى فلا بدوان يكون من الهـدى ما لا يكون مستيسرا وهو الابل والبقر وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليـه وسـلم أنه قال لما سئل عن الهـدى أدناه شاة واذا كانت الشاة أدنى الهـدى كان أعـلاه الابل والبقر ضرورة وقد روى عن على رضى الله عنـه أنه قال الهدى من ثلاثة والبـدنة من اثنـين ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان الهدى اسم لما يهـدى أى ينقل ويحول وهـذا المعنى يوجد فى الغنم كما يوجد فى الابل والبقر ويجوز سبع البدنة عن الشاة لما روى عن النبى صـلى الله عليـه وسـلم انه قال البـدنة تجزى عن سـبعة والبقرة تجزى عن سـبعة ولو قال لله على بدنة فان شاء نحر جزورا وان شاء ذبح بقرة عنـدنا وقال الشافعى لا يجوز الا الجزور (وجه) قوله ان البدنة فى اللغة اسم للجمل والدليل عليه قوله تعالى والبدن جعلناها لـكم من شعائر الله ثم فسرها بالابل بقوله عز وجل فاذكروا اسم الله عليها صواف أى قائمـة مصطفة والابل هى التى تنحر كذلك فاما البقر فانها تذبح مضجعة وروينا عن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم انه قال البدنة تجزى عن سـبعة والبقرة تجزئ عن سبعة حتى قال جابر نحرنا على عهد رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ميز بين البدنة والبقرة فدل أنهما غيران (ولنا) ما روينا عن على رضى الله عنه أنه قال الهدى من ثلاثة والبدنة من اثنين وهذا نص وعن ابن عباس رضى الله عنـه أن رجلا سأله وقال ان رجـلا صاحبا لنا أوجب على نفسـه بدنة أفتجزيه البقرة فقـال له ابن عباس رضى الله عنـه مم صاحبكم قال من بنى رباح فقـال متى اقتنت بنو رباح البقر انمـا البقر للازد وانمـا وهم صاحبكم الابل ولو لم يقع اسم البدنة على البقر لم يكن لسؤاله معنى ولمـا سأله فقد أوقع الاسم على الابل والبقـر لـكن أوجب على النـاذر الابل لارادته ذلك ظاهرا ولان البـدنة مأخوذة من البـدانة وهى الضخامة وانهـا توجد فيهما ولهـذا استويا فى الجواز عن سـبعة ولا حجة له فى الآية لان فيها جواز اطلاق اسم البدنة على الابل ونحن لا ننكر ذلك وأما قوله انه وقع التمييز بين البدنة والبقرة فى الحديث فممنوع لان ذكر البقرة ما خرج على التمييز بل على التأكيد كما فى قوله عز وجـل واذ أخـذنا من النبيين ميثاقهم ومنـك ومن نوح وابراهـيم وموسى وعيسى بن مريم وكما فى قول القائل جاءنى أهـل قرية كذا فلان وفلان على أن ظاهر العطف ان أول على التغيير والتسوية بينهما فى جواز كل واحد منهـما عن سـبعة يدل على الاتحاد فى المعـنى ولا حجة مع التعارض ولو قال لله على جزور فعليه أن ينحر بعيرا لان اسم الجزور لا يقع الا على الابل ويجوز ايجاب الهدى مطلقا ومعلقا بشرط بأن يقول ان فعلت كذا فلله على هدى ولو قال هـذه الشاة هـدى الى بيت الله أو الى الـكعبة أو الى مكة أو الى الحرم أو الى المسجد الحرام أو الى الصـفا والمروة فالجواب فيـه كالجواب فى قوله على المشى الى بيت الله تعالى أو الى كذا وكذا على الاتفاق والاختلاف ولو أوجب على نفسه أن يهدى ما لا بعينه من الثياب وغيرهـا مما سوى النعم جاز وعليه أن يتصدق به أو بقيمته والافضـل أن يتصـدق على فقراء مكة ولو تصدق بالـكوفة جاز واما فى النعم من الابل والبقر والغنم فلا يجوز ذبحـه الا فى الحرم فيـذبح فى الحرم ويتصـدق بلحمه على فقراء مكة هو الافضل ولو تصدق على غـير فقراء مكة جاز كذا ذكر فى الاصـل وانما كان كذلك لان معنى القربة فى الثياب فى عينها وهو التصدق بهـا والصدقة لا تختص بمكان كسائر الصـدقات فاما معـنى القربة فى الهـدى من النعم فى الاراقة شرعا والاراقة لم تعرف قربة فى الشرع الا فى مكان مخصوص أو زمان مخصوص والشرع أوجب الاراقة ههنا فى الحرم بقوله تعالى هديا بالغ الـكعبة حتى اذا ذبح الهدى جاز له أن يتصـدق بلحمه على فقراء غير أهل مكة لانه لما صار لحما صار معنى القربة فيـه فى الصدقة كسائر الاموال ولو جعـل شاة هديا أجزأه أن يهدى قيمتها فى رواية أبى سليمان وفى رواية أبى حفص لا يجوز (وجه) رواية أبى سليمان اعتبار البدنة

بالامر

بالامر ثم فيها أمر الله تعالى من اخراج الزكاة من الغنم يجوز اخراج القيمة فيه كذا في النذور (وجه) رواية أبي حفص ان القربة تعلقت بشيئين اراقة الدم والتصدق باللحم ولا يوجد في القيمة الا أحدهما وهو التصدق ويجوز ذبح الهدايا في أي موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى ومن الناس من قال لا يجوز الا بمنى والصحيح قولنا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال الحرم كله منحر وقد ذكرنا أن المراد من قوله عز وجل ثم محلها الى البيت العتيق الحرم وأما البدنة اذا أوجبها بالنذر فانه ينحرها حيث شاء الا اذا نوى أن ينحر بمكة فلا يجوز نحرها الا بمكة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أرى أن ينحر البدن بمكة لقوله عز وجل ثم محلها الى البيت العتيق أي الحرم (ولهما) أنه ليس في لفظ البدنة ما يدل على امتياز المكان لانه مأخوذ من البدانة وهي الضخامة يقال بدن الرجل أي ضخم وقد قيل في بعض وجوه التأويل لقوله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله أن تعظيمها استسمانها ولو أوجب جزأ فهو من الابل خاصة ويجوز أن ينحر في الحرم وغيره ويتصدق بلحمه ويجوز ذبح الهدايا قبل أيام النحر والجملة فيه ان دم النذر والكفارة وهدي التطوع يجوز قبل أيام النحر ولا يجوز دم المتعة والقران والاضحية ويجوز دم الاحصار في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز وأدنى السن الذي يجوز في الهدايا ما يجوز في الضحايا وهو الثني من الابل والبقر والمعز والجذع من الضأن اذا كان عظيما وبيان ما يجوز في ذلك وما لا يجوز من بيان شرائط الجواز موضعه كتاب الاضحية ولا يحل الانتفاع بظهورها وصوفها ولبنها الا في حال الاضطرار لقوله تعالى لكم فيها منافع الى أجل مسمى ثم محلها الى البيت العتيق قيل في بعض وجوه التأويل لكم فيها منافع من ظهورها وألبانها وأصوافها الى أجل مسمى أي الى أن تقلد وتهدى ثم محلها الى البيت العتيق أي ثم محلها اذا قلدت واهديت الى البيت العتيق لانها ما لم تبلغ محلها فالقربة في التصدق بها فاذا بلغت محلها فحينئذ تتعين القربة فيها بالاراقة فان قيل روي أن رجلا كان يسوق بدنة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اركبها ويحك فقال انها بدنة يا رسول الله فقال اركبها ويحك وقيل ويحك كلمة ترحم وويلك كلمة تهدد فقد أباح رسول الله صلى الله عليه وسلم ركوب الهدي والجواب انه روي أن الرجل كان قد أجهده السير فرخص له النبي صلى الله عليه وسلم وعندنا يجوز الانتفاع بها في مثل تلك الحالة ببدل لانه يجوز الانتفاع بملك الغير في حالة الاضطرار ببدل وكذا في الهدايا اذا ركبها وحمل عليها للضرورة يضمن ما نقصها الحمل والركوب وينضح ضرعها لانه اذا لم يجز له الانتفاع بلبنها فلبنها يؤذيها فينضح بالماء حتى يتقلص ويرقى لبنها وما حلب قبل ذلك يتصدق به ان كان قائما وان كان مستهلكا يتصدق بقيمته لان اللبن جزء من أجزائها فيجب صرفه الى القربة كما لو ولدت ولدا انها تذبح ويذبح ولدها كذا هذا فان عطب الهدي في الطريق قبل أن يبلغ محله فان كان واجبا نحره وهو لصاحبه يصنع به ما شاء وعليه هدي مكانه وان كان تطوعا نحره وغمس نعله بدمه ثم ضرب صفحة سنامه وخلى بينه وبين الناس يأكلونه ولا يأكل هو بنفسه ولا يطعم أحدا من الاغنياء والفرق بين الواجب والتطوع انه اذا كان واجبا فالمقصود منه اسقاط الواجب فاذا انصرف من تلك الجهة كان له ان يفعل به ما شاء وعليه هدي آخر مكانه لان الاول لما لم يقع عن الواجب التحق بالعدم فبقي الواجب في ذمته بخلاف التطوع ولان القربة قد تعينت فيه وليس عليه غير ذلك وانما قلنا انه ينحره ويفعل به ما ذكرنا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه بعث هديا على يد ناجية بن جندب الاسلمي فقال يا رسول الله ان أزحف منها أي قامت من الاعياء وفي رواية قال ما أفعل بما يقوم علي فقال النبي صلى الله عليه وسلم انحرها واصبغ نعلها بدمها ثم اضرب به صفحة سنامها وخل بينها وبين الفقراء ولا تأكل منها أنت ولا أحد من رفقتك وانما لا يحل له أن يأكل منها وله أن يطعم الاغنياء لان القربة كانت في ذبحه اذا بلغ محله فاذا لم يبلغ كانت القربة في التصدق

ولا يجب عليه مكانه آخر لانه لم يكن واجبا عليه و يتصدق بجلالها وخطامها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط الجزار منها شيأ ولا يجوز له أن يأكل من دم النذر شيأ وجملة الكلام فيه ان الدماء نوعان نوع يجوز لصاحب الدم ان يأكل منه وهو دم المتعة والقران والاضحية وهدى التطوع اذا بلغ محله ونوع لا يجوز له ان يأكل منه وهو دم النذر والكفارات وهدى الاحصار وهدى التطوع اذا لم يبلغ محله لان الدم فى النوع الاول دم شكر فكان نسكا فكان له أن يأكل منه ودم النذر دم صدقة وكذا دم الكفارة فى معناه لانه وجب تكفير الذنب وكذا دم الاحصار لوجود التحلل والخروج من الاحرام قبل أوانه وهدى التطوع اذا لم يبلغ محله بمعنى القربة فى التصدق به فكان دم صدقة وكل دم يجوز له ان يأكل منه لا يجب عليه التصدق بلحمه بعد الذبح لانه لو وجب عليه التصدق به لما جاز أكله لما فيه من ابطال حق الفقراء وكل ما لا يجوز له ان يأكل منه يجب عليه التصدق به بعد الذبح لانه اذا لم يجز له أكله ولا يتصدق به يؤدى الى اضاعة المال وكذا لو هلك المذبوح بعد الذبح لا ضمان عليه فى النوعين لانه لا صنع له فى الهلاك وان استهلكه بعد الذبح فان كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته فيتصدق بها لانه تعلق به حق الفقراء فبالاستهلاك تعدى على حقهم فيضمن قيمته و يتصدق بها لانها بدل أصل مال واجب التصدق به وان كان مما لا يجب التصدق به لا يضمن شيأ لانه لم يوجد منه التعدى باتلاف حق الفقراء لعدم تعلق حقهم به ولو باع اللحم يجوز بيعه فى النوعين جميعا لان ملكه قائم الا أن فيما لا يجوز له أكله و يجب عليه التصدق به يتصدق بثمنه لان ثمنه مبيع واجب التصدق به لتعلق حق الفقراء به فيتمكن فى ثمنه حنث فكان سبيله التصدق به والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما العمرة فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان صفتها أنها واجبة أم لا وفى بيان شرائط وجوبها ان كانت واجبة وفى بيان ركنها وفى بيان شرائط الركن وفى بيان واجباتها وفى بيان سننها وفى بيان ما يفسدها وفى بيان حكمها اذا فسدت (أما) الاول فقد اختلف فيها قال أصحابنا انها واجبة كصدقة الفطر والاضحية والوتر ومنهم من أطلق اسم السنة وهذا الاطلاق لا ينافى الواجب وقال الشافعى انها فريضة وقال بعضهم هى تطوع واحتج هؤلاء بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الحج مكتوب والعمرة تطوع وهذا نص وعن جابر رضى الله عنه أن رجلا قال يا رسول الله العمرة أهى واجبة قال لا وان تعتمر خير لك واحتج الشافعى بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والامر للفرضية وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال العمرة هى الحجة الصغرى وقد ثبت فرضية الحج بنص الكتاب العزيز ولنا على الشافعى قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ولم يذكر العمرة لان مطلق اسم الحج لا يقع على العمرة فمن قال انها فريضة فقد زاد على النص فلا يجوز الا بدليل وكذا حديث الاعرابى الذى جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأله عن الايمان والشرائع فبين له الايمان و بين له الشرائع ولم يذكر فيها العمرة فقال الاعرابى هل على شئ غير هذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا الا أن تطوع فظاهره يقتضى انتفاء فريضة العمرة وأما الآية الكريمة فلا دلالة فيها على فرضية العمرة لانها قرئت برفع العمرة والعمرة لله وانه كلام تام بنفسه غير معطوف على الامر بالحج أخبر الله تعالى ان العمرة لله ردا لزعم الكفرة لانهم كانوا يجعلون العمرة للاصنام على ما كانت عبادتهم من الاشراك وأما على قراءة العامة فلا حجة له فيها أيضا لان فيها أمرا باتمام العمرة واتمام الشئ يكون بعد الشروع فيه و به نقول انها بالشروع تصير فريضة مع ما أنه روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا فى تأويل الآية اتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك على أن هذا ان كان أمرا بانشاء العمرة فما الدليل على أن مطلق الامر يفيد الفرضية بل الفرضية عندنا ثبتت بدليل زائد وراء نفس الامر وانما يحمل على الوجوب احتياطا و به نقول ان العمرة واجبة ولكنها ليست بفريضة وتسميتها حجة صغرى فى الحديث يحتمل أن يكون فى حكم الثواب لانها ليست بحجة حقيقة

ألا ترى أنها عطفت على الحجة فى الآية والشئ لا يعطف على نفسه فى الاصل و يقال حج فلان وما اعتمر على أن وصفها بالصغر دليل انحطاط رتبتها عن الحج فاذا كان الحج فرضا فيجب أن تكون هى واجبة ليظهر الانحطاط اذ الواجب دون الفرض واطلاق اسم التطوع عليها فى الحديث يصلح حجة على الشافعى لا علينا لانه يقول بفرضية العمرة والتطوع لا يحتمل أن يكون فرضا ونحن نقول بوجوب العمرة والواجب ما يحتمل أن يكون فرضا و يحتمل أن يكون تطوعا فكان اطلاق اسم التطوع صحيحا على أحد الاحتمالين وليس للفرض هذا الاحتمال فلا يصح الاطلاق وقول السائل فى الحديث السابق أهى واجبة محمول على الفرض اذ هو الواجب على الاطلاق عملا واعتقادا عينا فقول النبى صلى الله عليه وسلم لا نفى له و به نقول (وأما) شرائط وجوبها فهى شرائط وجوب الحج لان الواجب ملحق بالفرض فى حق الاحكام وقد ذكرنا ذلك فى فصل الحج (وأما) ركنها فالطواف لقوله عز وجل وليطوفوا بالبيت العتيق ولاجماع الامة عليه (وأما) شرائط الركن فما ذكرنا فى الحج الا الوقت فان السنة كلها وقت العمرة وتجوز فى غير أشهر الحج وفى أشهر الحج لكنه يكره فعلها فى يوم عرفة و يوم النحر وأيام التشريق أما الجواز فى الاوقات كلها فلقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله مطلقا عن الوقت وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة الا شهدتها وما اعتمر الا فى ذى القعدة وعن عمران بن حصين رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر مع طائفة من أهله فى عشر ذى الحجة فدل الحديثان على أن جوازها فى أشهر الحج وما روى عن عمر رضى الله عنه انه كان ينهى عنها فى أشهر الحج فهو محمول على نهى الشفقة على أهل الحرم لئلا يكون الموسم فى وقت واحد من السنة بل فى وقتين لتوسع المعيشة على أهل الحرم الا أنه يكره فى الايام الخمسة عندنا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا يكره يوم عرفة قبل الزوال وقال الشافعى لا يكره فى هذه الايام أيضا واحتج بما تلونا من هذه الآية وبما روينا من الحديثين لانه دخل يوم عرفة و يوم النحر فيها (وجه) رواية أبى يوسف ان ما قبل الزوال من يوم عرفة ليس وقت الوقوف فلا يشغله عن الوقوف فى وقته ولنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت وقت العمرة السنة كلها الا يوم عرفة و يوم النحر وأيام التشريق والظاهر أنها قالت سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه باب لا يدرك بالاجتهاد ولان هذه الايام أيام شغل الحاج بأداء الحج والعمرة فيها تشغلهم عن ذلك و ربما يقع الخلل فيه فيكره ولا حجة له فيما ذكر لان ذلك يدل على الجواز و به نقول وانما الكلام فى الكراهة والجواز لا ينفيها وقد قام دليل الكراهة وهو ما ذكرنا وكذا يختلفان فى الميقات فى حق أهل مكة فميقاتهم للحج من دويرة أهلهم وللعمرة من الحل التنعيم أو غيره ومحظورات العمرة ما هو محظورات الحج وحكم ارتكابها فى العمرة ما هو الحكم فى الحج وقد مضى بيان ذلك كله فى الحج (وأما) واجباتها فشيئان السعى بين الصفا والمروة والحلق أو التقصير فاما طواف الصدر فلا يجب على المعتمر وقال الحسن بن زياد يجب عليه كذا ذكر الكرخى وجه قوله ان طواف الصدر طواف الوداع والمعتمر يحتاج الى الوداع كالحاج ولنا أن الشرع علق طواف الصدر بالحج بقول النبى صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف (وأما) سننها فما ذكرنا فى الحج غير أنه اذا استلم الحجر يقطع التلبية عند أول شوط من الطواف عند عامة العلماء وقال مالك ان كان احرامه للعمرة من المدينة يقطع التلبية اذا دخل الحرم وان كان احرامه لها من مكة يقطع اذا وقع بصره على البيت والصحيح قول العامة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يلبى فى العمرة حتى يستلم الحجر وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر فى ذى القعدة وكان يلبى فى ذلك حتى يستلم الحجر ولان استلام الحجر نسك ودخول الحرم ووقوع البصر على البيت ليس بنسك فقطع التلبية عند ما هو نسك أولى ولهذا يقطع التلبية فى الحج عند الرمى لانه نسك كذا هذا والله أعلم

(وأما) بيان مايفسدها وبيان حكمها اذا فسدت فالذى يفسدها الجماع لكن عند وجود شرط كونه مفسدا وذلك شيآن أحدهما الجماع فى الفرج لما ذكرنا فى الحج والثانى أن يكون قبل الطواف كله أو أكثره وهو أربعة أشواط لان ركنها الطواف فالجماع حصل قبل أداء الركن فيفسدها كما لو حصل قبل الوقوف بعرفة فى الحج واذا فسدت يمضى فيها ويقضيها وعليه شاة لاجل الفساد عندنا وقال الشافعى بدنة كما فى الحج فان جامع بعد ماطاف أربعة أشواط أو بعد ماطاف الطواف كله قبل السعى أو بعد الطواف والسعى قبل الحلق لاتفسد عمرته لان الجماع حصل بعد أداء الركن وعليه دم لحصول الجماع فى الاحرام وان جامع بعد الحلق لاشئ عليه لخروجه عن الاحرام بالحلق فان جامع ثم جامع فهو على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الحج والله الموفق

﴿ كتاب النكاح ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى أربعة مواضع فى بيان صفة النكاح المشروع وفى بيان ركن النكاح وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم النكاح أما الاول فنقول لاخلاف أن النكاح فرض حالة التوقان حتى ان من تاقت نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم واختلف فيما اذا لم تتق نفسه الى النساء على التفسير الذى ذكرنا قال نفاة القياس مثل داود بن على الاصفهانى وغيره من أصحاب الظواهر انه فرض عين بمنزلة الصوم والصلاة وغيرهما من فروض الاعيان حتى ان من تركه مع القدرة على المهر والنفقة والوطء يأثم وقال الشافعى انه مباح كالبيع والشراء واختلف أصحابنا فيه قال بعضهم انه مندوب ومستحب واليه ذهب من أصحابنا الكرخى وقال بعضهم انه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلاة الجنازة وقال بعضهم انه واجب ثم القائلون بالوجوب اختلفوا فى كيفية الوجوب قال بعضهم انه واجب على سبيل الكفاية كرد السلام وقال بعضهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين كصدقة الفطر والاضحية والوتر احتج أصحاب الظواهر بظواهر النصوص من نحو قوله عز وجل فانكحوا ماطاب لكم من النساء وقوله عز وجل وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقول النبى صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الامم يوم القيامة أمر الله عز وجل بالنكاح مطلقا والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعا الا أن يقوم الدليل بخلافه ولان الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه الا بالنكاح ومالا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا واحتج الشافعى بقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أخبر عن احلال النكاح والمحلل والمباح من الاسماء المترادفة ولانه قال وأحل لكم ولفظ لكم يستعمل فى المباحات ولان النكاح سبب يتوصل به الى قضاء الشهوة فيكون مباحا كشراء الجارية للتسرى بها وهذا لان قضاء الشهوة ايصال النفع الى نفسه وليس يجب على الانسان ايصال النفع الى نفسه بل هو مباح فى الاصل كالاكل والشرب واذا كان مباحا لا يكون واجبا لما بينهما من التنافى والدليل على أن النكاح ليس بواجب قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين وهذا خرج مخرج المدح ليحيى عليه الصلاة والسلام بكونه حصورا والحصور الذى لا يأتى النساء مع القدرة ولو كان واجبا لما استحق المدح بتركه لان ترك الواجب لان يذم عليه أولى من أن يمدح واحتج من قال من أصحابنا انه مندوب اليه ومستحب بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء أقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل أن النكاح ليس بواجب أيضا لان غير الواجب لا يقوم مقام الواجب ولان فى الصحابة رضى الله عنهم من لم تكن له زوجة ورسول الله صلى الله عليه وسلم علم منه بذلك ولم ينكر عليه فدل أنه ليس بواجب ومن قال منهم انه

فرض أو واجب على سبيل الكفاية احتج بالاوامر الواردة فى باب النكاح والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعا والنكاح لا يحتمل ذلك على طريق التعيين لان كل واحد من آحاد الناس لو تركه لا يأثم فيحمل على الفرضية والوجوب على طريق الكفاية فاشبه الجهاد وصلاة الجنازة ورد السلام ومن قال منهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين يقول صيغة الامر المطلقة عن القرينة تحتمل الفرضية وتحتمل الندب لان الامر دعاء وطلب ومعنى الدعاء والطلب موجود فى كل واحد منهما فيؤتى بالفعل لا محالة وهو تفسير وجوب العمل و يعتقد على الابهام على أن ما أراد الله تعالى بالصيغة من الوجوب القطعى أو الندب فهو حق لانه ان كان واجبا عند الله نخرج عن العهدة بالفعل فيأمن الضرر وان كان مندوبا يحصل له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا الوجه أخذا بالثقة والاحتياط واحترازا عن الضرر بالقدر الممكن وانه واجب شرعا وعقلا وعلى هذا الاصل بنى أصحابنا من قال منهم ان النكاح فرض أو واجب لان الاشتغال به مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلى لنوافل العبادات مع ترك النكاح وهو قول أصحاب الظواهر لان الاشتغال بالفرض والواجب كيف ما كان أولى من الاشتغال بالتطوع ومن قال منهم انه مندوب ومستحب فانه يرجحه على النوافل من وجوه أحدها انه سنة قال النبى صلى الله عليه وسلم النكاح سنتى والسنن مقدمة على النوافل بالاجماع ولانه أوعد على ترك السنة بقوله فمن رغب عن سنتى فليس منى ولا وعيد على ترك النوافل والثانى انه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم و واظب عليه أى داوم وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه حتى تزوج عددا مما أبيح له من النساء ولو كان التخلى للنوافل أفضل لما فعل لان الظاهر أن الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا يتركون الافضل فيما له حد معلوم لان ترك الافضل فيما له حد معلوم عدزلة منهم واذا ثبت أفضلية النكاح فى حق النبى صلى الله عليه وسلم ثبت فى حق الامة لان الاصل فى الشرائع هو العموم والخصوص بدليل والثالث انه سبب يتوصل به الى مقصود هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة وسبب لصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس لعجزها عن الكسب وسبب لحصول الولد الموحد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل على النوافل فكذا السبب الموصل اليه كالجهاد والقضاء وعند الشافعى التخلى أولى وتخريج المسئلة على أصله ظاهر لان النوافل مندوب اليها فكانت مقدمة على المباح وما ذكره من دلائل الاباحة والحل فنحن نقول بموجبها ان النكاح مباح وحلال فى نفسه لكنه واجب لغيره أو مندوب ومستحب لغيره من حيث انه صيانة للنفس من الزنا ونحو ذلك على ما بينا ويجوز أن يكون الفعل الواحد حلالا بجهة واجبا أو مندوبا اليه بجهة اذ لا تنافى عند اختلاف الجهتين وأما قوله عز وجل وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين فاحتمل أن التخلى للنوافل كان أفضل من النكاح فى شريعته ثم نسخ ذلك فى شريعتنا بما ذكرنا من الدلائل والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن النكاح فهو الايجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ فيقع الكلام فى هذا الفصل فى أربعة مواضع أحدها فى بيان اللفظ الذى ينعقد النكاح بمعروفه والثانى فى بيان صيغة ذلك اللفظ والثالث فى بيان أن النكاح هل ينعقد بعاقد واحد أو لا ينعقد الا بعاقدين والرابع فى بيان صفة الايجاب والقبول أما بيان اللفظ الذى ينعقد به النكاح بحروفه فنقول وبالله التوفيق لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الانكاح والتزويج وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك قال أصحابنا رحمهم الله ينعقد وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ الانكاح والتزويج واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اتقوا الله فى النساء فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمته التى أحل بها الفروج فى كتابه الكريم لفظ الانكاح والتزويج فقط قال الله تعالى وأنكحوا الايامى منكم وقال سبحانه وتعالى

زوجناكها ولان الحكم الاصلى للنكاح هو الازدواج والملك يثبت وسيلة اليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ التزويج والانكاح لاغير ولنا أنه انعقد نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته ودلالة الوصف قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك معطوفا على قوله يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك أخبر الله تعالى ان المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه اياها حلال له وما كان مشروعا في حق النبي صلى الله عليه وسلم يكون مشروعا في حق أمته هو الاصل حتى يقوم دليل الخصوص فان قيل قد قام دليل الخصوص ههنا وهو قوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين فالجواب أن المراد منه خالصة لك من دون المؤمنين بغير أجر فالخلوص يرجع الى الاجر لا الى لفظ الهبة لوجوه أحدها ذكره عقيبه وهو قوله عز وجل قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم فدل أن خلوص تلك المرأة له كان بالنكاح بلا فرض منه والثاني أنه قال تعالى لئلا يكون عليك حرج ومعلوم أنه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة وانما الحرج في اعطاء البدل والثالث أن هذا خرج مخرج الامتنان عليه وعلى أمته في لفظ الهبة ليست تلك في لفظة التزويج فدل أن المنة فيما صارت له بلا مهر فانصرف الخلوص اليه ولان الانعقاد بلفظ النكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا لحكم أصل النكاح شرعا وهو الازدواج وانه لم يشرع بدون الملك فاذا أتى به يثبت الازدواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا ولفظ التمليك موضوع لحكم آخر أصلي للنكاح وهو الملك وانه غير مشروع في النكاح بدون الازدواج فاذا أتى به وجب أن يثبت به الملك ويثبت الازدواج الذي يلازمه شرعا استدلالا لا لاحد اللفظين بالآخر وهذا لانهما حكمان متلازمان شرعا ولم يشرع أحدهما بدون الآخر فاذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة ويكون الرضا بأحدهما رضا بالآخر وأما الحديث فنقول بموجبه لكن لم قلتم ان استحلال الفروج بهذه الالفاظ استحلال بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تفسير الكلمة المذكورة فنقول كلمة الله تعالى تحتمل حكم الله عز وجل كقوله تعالى ولولا كلمة سبقت من ربك فلم قلتم بأن جواز النكاح بهذه الالفاظ ليس حكم الله تعالى والدليل على أنه حكم الله تعالى ماذكرنا من الدلائل مع ما أن كل لفظ جعل علما على حكم شرعي فهو حكم الله تعالى واضافة الكلمة الى الله تعالى باعتبار أن الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل اللفظ سببا لثبوت الحكم شرعا فكان كلمة الله تعالى فن هذا الوجه على الاستحلال بكلمة الله لا ينفي الاستحلال لا بكلمة الله تعالى فكان مسكوتا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة عند عامة مشايخنا والاصل عندهم أن النكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك العين هكذا روى ابن رستم عن محمد أنه قال كل لفظ يكون في اللغة تمليكا للرقبة فهو في الحرة نكاح وحكى عن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الاجارة لقوله تعالى فآتوهن أجورهن سمى الله تعالى المهر أجرا ولا أجر الا بالاجارة فلولم تكن الاجارة نكاحا لم يكن المهر أجرا (وجه) قول العامة ان الاجارة عقد موقت بدليل أن التأبيد يبطلها والنكاح عقد مؤبد بدليل أن التوقيت يبطله وانعقاد العقد بلفظ يتضمن المنع من الانعقاد ممتنع ولان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع البضع في حكم الاجزاء والاعيان فكيف يثبت ملك العين بتمليك المنفعة ولا ينعقد بلفظ الاعارة لان الاعارة ان كانت اباحة المنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الاباحة لانعدام معنى التمليك أصلا وان كانت تمليك المتعة فالنكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد واختلف المشايخ في لفظ القرض قال بعضهم لا ينعقد لانه في معنى الاعارة وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به الملك في العين لان المستقرض يصير ملكا للمستقرض وكذا اختلفوا في لفظ السلم قال بعضهم لا ينعقد لان السلم في الحيوان لا يصح وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة والسلم في الحيوان ينعقد عندنا حتى لو اتصل به القبض يعد الملك ملكا فاسدا لكن ليس كل ما يفسد البيع يفسد النكاح واختلفوا أيضا في لفظ الصرف قال بعضهم لا ينعقد به لانه وضع لاثبات الملك في

الدراهم

الدراهم والدنانير التي لا تتعين بالتعيين والمعقود عليه ههنا يتعين بالتعيين وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك العين في الجملة وأما لفظ الوصية فلا ينعقد به عند عامة مشايخنا لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والنكاح المضاف الى زمان في المستقبل لا يصح وحكى عن الطحاوي انه ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة في الجملة وحكى أبو عبد الله البصري عن الكرخي ان قيد الوصية بالحال بأن قال أوصيت لك بابنتي هذه الآن ينعقد لانه اذا قيده بالحال صار مجازا عن التمليك ولا ينعقد بلفظ الاحلال والاباحة لانه لا يدل على الملك أصلا ألا ترى أن المباح له الطعام يتناوله على حكم ملك المبيح حتى كان له حق الحجر والمنع ولا ينعقد بلفظ المتعة لانه لم يوضع للتمليك ولان المتعة عقد مفسوخ لما نبين ان شاء الله في موضعه ولو أضاف الهبة الى الامة بأن قال رجل وهبت أمتي هذه منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا ونحو ذلك ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال دليلا على النكاح فان نوى النكاح فصدقه الموهوب له فكذلك وينصرف الى النكاح بقرينة النية وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة والله عز وجل اعلم ثم النكاح كما ينعقد بهذه الالفاظ بطريق الاصالة ينعقد بها بطريق النيابة بالوكالة والرسالة لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل والاصل في جواز الوكالة في باب النكاح ما روى أن النجاشي زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم حبيبة رضي الله عنها فلا يخلو ذلك اما ان فعله بأمر النبي صلى الله عليه وسلم أولا بأمره فان فعله بأمره فهو وكيله وان فعله بغير أمره فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم عقده والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وكما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت اشارته معلومة وينعقد بالكتابة لان الكتاب من الغائب خطاب والله تعالى أعلم وأما بيان صيغة اللفظ الذي ينعقد به النكاح فنقول لا خلاف في أن النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت وتزوجت وما يجري مجراه واما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك أو قال جئتك خاطبا بنتك أو قال جئتك لتزوجني بنتك فقال الاب قد زوجتك أو قال لامرأة أتزوجك على ألف درهم فقالت قد تزوجتك على ذلك أو قال لها زوجيني أو انكحيني نفسك فقالت زوجتك أو أنكحت ينعقد استحسانا والقياس أن لا ينعقد لان لفظ الاستقبال عدة والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد الايجاب الا أنهم تركوا القياس لما روى أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجوه فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم لما خطبت فقالوا له ملكت ولم ينقل ان بلالا أعاد القول ولو فعل لنقل ولان الظاهر انه أراد الايجاب لان المساومة لا تتحقق في النكاح عادة فكان محمولا على الايجاب بخلاف البيع فان السوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلا بد من لفظ آخر يتأدى به الايجاب والله الموفق وأما بيان ان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد أو لا ينعقد الا بعاقدين فقد اختلف في هذا الفصل قال أصحابنا ينعقد بعاقد واحد اذا كانت له ولاية من الجانبين سواء كانت ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة أو دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بأن كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى اذا زوج أمته من عبده أو كان وليا من الجانبين كالجد اذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة والاخ اذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير أو كان أصيلا ووليا كابن العم اذا زوج بنت عمه من نفسه أو كان وكيلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر او وكلت امرأة رجلا ليتزوجها من نفسه أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه وهذا مذهب أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد النكاح بعاقد واحد أصلا وقال الشافعي لا ينعقد الا اذا كان وليا من الجانبين ولقب المسئلة أن الواحد هل يجوز أن يقوم بالنكاح من الجانبين أم لا (وجه) قول زفر والشافعي أن ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الايجاب والقبول فلا يقومان الا بعاقدين كشطري البيع الا أن الشافعي يقول في

الولى ضرورة لان النكاح لا ينعقد بلا ولى فاذا كان الولى متعينا فلولم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها أصلا وهذا لا يجوز وهذه الضرورة منعدمة فى الوكيل ونحوه ولنا قوله تعالى ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن قيل نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها وهى ذات مال (ووجه) الاستدلال بالآية الكريمة ان قوله تعالى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن خرج مخرج العتاب فيدل على أن الولى يقوم بنكاح وليته وحده اذ لو لم يقم وحده به لم يكن للعتاب معنى لما فيه من الحاق العتاب بأمر لا يتحقق وقوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم أمر سبحانه وتعالى بالانكاح مطلقا من غير فصل بين الانكاح من غيره أو من نفسه ولان الوكيل فى باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه بدليل أن حقوق النكاح والعقد لا ترجع الى الوكيل واذا كان معبرا عنه وله ولاية على الزوجين فكانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه ككلام شخصين فيعتبر ايجابه كلاما للمرأة كأنها قالت زوجت نفسى من فلان وقبوله كلاما للزوج كأنه قال قبلت فيقوم العقد باثنين حكما والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة وأما البيع فالواحد فيه اذا كان وليا يقوم بطرفى العقد كالاب يشترى مال الصغير لنفسه أو يبيع مال نفسه من الصغير أو يبيع مال ابنه الصغير من ابنه الصغير أو يشترى الا أنه اذا كان وكيلا لا يقوم بهما لان حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين ولان حقوق البيع اذا كانت مقتصرة على العاقد وللبيع أحكام متضادة من التسليم والقبض والمطالبة فلو تولى طرفى العقد لصار الشخص الواحد مطالبا ومطلوبا ومسلما ومتسلما وهذا ممتنع والله عز وجل اعلم (وأما) صفة الايجاب والقبول فهى أن لا يكون أحدهما لازما قبل وجود الآخر حتى لو وجد الايجاب من أحد المتعاقدين كان له أن يرجع قبل قبول الآخر كما فى البيع لانهما جميعا ركن واحد فكان أحدهما بعض الركن والمركب من شيئين لا وجود له بأحدهما

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط الجواز والنفاذ وبعضها شرط اللزوم (أما) شرط الانعقاد فنوعان نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى مكان العقد بالفعل فلا ينعقد نكاح المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرف فأما البلوغ فشرط النفاذ عندنا لا شرط الانعقاد على ما نذكر ان شاء الله تعالى وأما تعذر العاقد فليس بشرط لانعقاد النكاح خلافا لزفر على ما مر (وأما) الذى يرجع الى مكان العقد فهو اتحاد المجلس اذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد لان انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر فكان القياس وجودهما فى مكان واحد الا ان اعتبار ذلك يؤدى الى سد باب العقود فجعل المجلس جامعا للشطرين حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس فاذا اختلف تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا ينتظم الركن (وأما) الفور فليس من شرائط الانعقاد عندنا وعند الشافعى هو شرط والمسئلة ستأتى فى كتاب البيوع ونذكر الفرق هناك وعلى هذا يخرج ما اذا تناكحا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة وهو على التفصيل الذى نذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب البيوع ونذكر الفرق هناك بين المشى والسير على الدابة وبين جريان السفينة هذا اذا كان العاقدان حاضرين فأما اذا كان أحدهما غائبا لم ينعقد حتى لو قالت امرأة بحضرة شاهدين زوجت نفسى من فلان وهو غائب فبلغه الخبر فقال قبلت أو قال رجل بحضرة شاهدين تزوجت فلانة وهى غائبة فبلغها الخبر فقالت زوجت نفسى منه لم يجز وان كان القبول بحضرة ذينك الشاهدين وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينعقد ويتوقف على اجازة الغائب (ووجه) قول أبى يوسف ان كلام الواحد يصلح أن يكون عقدا فى

باب النكاح لان الواحد فى هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين وكما لو كان مالكا من الجانبين أو وليا أو وكيلا فكان كلامه عقد الاشطرا فكان محتملا للتوقف كما فى الخلع والطلاق والاعتاق على مال (وجه) قولهما ان هذا شطر العقد حقيقة لا كله لانه لا يملك كله لانعدام الولاية وشطر العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع وهذا لان الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة لان التوقف فى الاصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاء على الجانبين فيصير كلامه بمنزلة كلامين وشخصه كشخصين حكما فاذا انعدمت الولاية ولا ضرورة الى تعيين الحقيقة فلا يقف بخلاف الخلع لانه من جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المرأة وانه يمين فكان عقدا تاما ومن جانب المرأة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبيع وكذلك الطلاق والاعتاق على مال ولو أرسل اليها رسولا وكتب اليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول كلام المرسل لانه ينقل عبارة المرسل وكذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب فكان سماع قول الرسول وقراءة الكتاب سماع قول المرسل وكلام الكاتب معنى وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما وعند أبى يوسف اذا قالت زوجت نفسى يجوز وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب بناء على ان قولها زوجت نفسى شطر العقد عندهما والشهادة فى شطرى العقد شرط لانه يصير عقدا بالشطرين فاذا لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب فلم توجد الشهادة على العقد وقول الزوج بانفراده عقد عنده وقد حضر الشاهدان وعلى هذا الخلاف الفضولى الواحد من الجانبين بأن قال الرجل زوجت فلانة من فلان وهما غائبان لم ينعقد عندهما حتى لو بلغهما الخبر فأجازا لم يجز وعنده ينعقد ويجوز بالاجازة ولو قال فضولى زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فقبل فضولى آخر عن الزوج ينعقد بلا خلاف بين أصحابنا حتى اذا بلغهما الخبر وأجازا جاز ولو فسخ الفضولى العقد قبل اجازة من وقف العقد على اجازته صح الفسخ فى قول أبى يوسف وعند محمد لا يصح (وجه) قوله انه بالفسخ متصرف فى حق غيره فلا يصح ودلالة ذلك ان العقد قد انعقد فى حق المتعاقدين وتعلق به حق من توقف على اجازته لان الحكم عند الاجازة ثبت بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا فى محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولى اذا باع ثم فسخ قبل اتصال الاجازة به انه يجوز لان الفسخ هناك تصرف دفع الحقوق عن نفسه لانه عند الاجازة تتعلق حقوق العقد بالوكيل فكان هو بالفسخ دافعا الحقوق عن نفسه فيصح كالمالك اذا أوجب النكاح أو البيع أنه يملك الرجوع قبل قبول الآخر لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان العقد قبل الاجازة غير منعقد فى حق الحكم وانما انعقد فى حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الاجازة تصرفا فى كلام نفسه بالنقض فجاز كما فى البيع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان شرائط الجواز والنفاذ فأنواع منها أن يكون العاقد بالغا فان نكاح الصبى العاقل وان كان منعقدا على أصل أصحابنا فهو غير نافذ بل نفاذه يتوقف على اجازة وليه لان نفاذ التصرف لاشتماله على وجه المصلحة والصبى لقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على اجازة وليه فلا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل أن يجيزه الولى لا ينفذ بالبلوغ لان العقد انعقد موقوفا على اجازة الولى ورضاه لسقوط اعتبار رضا الصبى شرعا وبالبلوغ زالت ولاية الولى فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الصبى أصلا بل هى باطلة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب المأذون ومنها أن يكون حرا فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل الا باذن سيده والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والكلام فى هذا الشرط يقع فى مواضع فى بيان ان اذن المولى شرط جواز نكاح المملوك لا يجوز من غير اذنه أو اجازته وفى بيان ما يكون اجازة له وفى بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن وفى بيان حكم المهر فى نكاح المملوك

أما الاول فلايجوز نكاح مملوك بغير اذن مولاه وان كان عاقلا بالغا سواء كان قنا أومدبرا أومدبرة أوأم ولد أومكاتبة أومكاتبا اما القن فان كان أمة فلايجوز نكاحها بغير اذن سيدها بلا خلاف لان منافع البضع مملوكة لسيدها ولايجوز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه وكذلك المدبرة وأم الولد لما قلنا وكذا المكاتبة لانها ملك المولى رقبة وملك المتعة يتبع ملك الرقبة الا أنه منع من الاستمتاع بها لزوال ملك اليد وفى الاستمتاع اثبات ملك اليد ولان من الجائز انها تعجز فترد الى الرق فتعود قنة كما كانت فتبين ان نكاحها صادف المولى فلا يصح وان كان عبدا فلايجوز نكاحه أيضا عند عامة العلماء وقال مالك يجوز (وجه) قوله ان منافع بضع العبد لا تدخل تحت ملك المولى فكان المولى فيها على أصل الحرية والمولى أجنبى عنها فيملك النكاح كالحر بخلاف الامة لان منافع بضعها ملك المولى فنعت من التصرف بغير اذنه ولنا أن العبد بجميع أجزائه ملك المولى لقوله تعالى ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء أخبر سبحانه وتعالى ان العبيد ليسوا شركاء فيما رزق السادات ولاهم بسواء فى ذلك ومعلوم أنه ما أراد به نفى الشركة فى المنافع لاشتراكهم فيها دل أنه أراد به حقيقة الملك ولقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لايقدر على شئ والعبد اسم لجميع أجزائه ولان سبب الملك أضيف الى كله فيثبت الملك فى كله الا أنه منع من الانتفاع ببعض أجزائه بنفسه وهذا لايمنع ثبوت الملك له كالامة المجوسية وغير ذلك وكذلك المأذون فى التجارة لانه عبد مملوك ولانه كان محجورا قبل الاذن بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه أن المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تنوى أن يكون العبد للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع فكان هو بالنكاح متصرفا فى ملك مولاه فلا يجوز كما لايجوز نكاح الامة والدليل عليه قوله تعالى لايقدر على شئ وصف العبد المملوك بأنه لا يقدر على شئ ومعلوم انه انما أراد به القدرة الحقيقية لانها ثابتة له فتعين القدرة الشرعية وهى اذن الشرع واطلاقه فكان نفى القدرة الشرعية نفيا للاذن والاطلاق ولايجوز اثبات التصرف الشرعى بغير اذن الشرع وكذلك المدبر لانه عبد مملوك وكذلك المكاتب لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه كان محجورا عن التزوج قبل الكتابة وعند الكتابة ما أفاده الا الاذن بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه ان المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تنوى ان العبد يكون للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع وأما معتق البعض فلايجوز نكاحه عند أبى حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وعند أبى يوسف ومحمد يجوز لانه بمنزلة حر عليه دين عندهما ولو تزوج بغير اذن المولى واحد ممن ذكرنا أنه لايجوز تزويجه الا باذن المولى ثم ان أجاز المولى النكاح جاز لان العقد صدر من الاهل فى المحل الا أنه امتنع النفاذ لحق المولى فاذا أجاز فقد زال المانع ولا يجوز للعبد أن يتسرى وان أذن له مولاه لان حل الوطء لا يثبت الا بأحد الملكين قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولم يوجد أحدهما وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيأ الا الطلاق وهذا نص وأما بيان ما يكون اجازة فالاجازة قد ثبتت بالنص وقد ثبتت بالدلالة وقد ثبتت بالضرورة أما النص فهو الصريح بالاجازة وما يجرى مجراها نحو أن يقول أجزت أو رضيت أو أذنت ونحو ذلك وأما الدلالة فهى قول أو فعل يدل على الاجازة مثل أن يقول المولى اذا أخبر بالنكاح حسن أو صواب أو لا بأس به ونحو ذلك أو يسوق الى المرأة المهر أو شيأ منه فى نكاح العبد ونحو ذلك مما يدل على الرضا ولو قال له المولى طلقها أو فارقها لم يكن اجازة لان قوله طلقها أو فارقها يحتمل حقيقة الطلاق والمفارقة ويحتمل المتاركة لان النكاح الفاسد والنكاح الموقوف يسمى طلاقا ومفارقة

فوقع الشك والاحتمال فى ثبوت الاجازة فلا يثبت بالشك والاحتمال ولو قال له طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لارتفاع التردد اذ لا رجعة فى المتاركة للنكاح الموقوف وفسخه وأما الضرورة فنحو ان يعتق المولى العبد أو الامة فيكون الاعتاق اجازة ولو أذن بالنكاح لم يكن الاذن بالنكاح اجازة ووجه الفرق بينهما من وجهين أحدهما انه لولم يجعل الاعتاق اجازة لكان لا يخلو اما أن يبطل بالنكاح الموقوف واما أن يبقى موقوفا على الاجازة ولا سبيل الى الاول لان النكاح صدر من الاهل فى المحل فلا يبطل الا بابطال من له ولاية الابطال ولا سبيل الى الثانى لانه لو بقى موقوفا على الاجازة فاما ان بقى موقوفا على اجازة المولى أو على اجازة العبد لا وجه للاول لان ولاية الاجازة لا تثبت الا بالملك وقد زال بالاعتاق ولا وجه للثانى لان العقد وجد من العبد فكيف يقف عقد الانسان على اجازته واذا بطلت هذه الاقسام وليس ههنا قسم آخر لزم أن يجعل الاعتاق اجازة ضرورة وهذه الضرورة لم توجد فى الاذن بالنكاح والثانى ان امتناع النفاذ مع صدور التصرف من الاهل فى المحل لقيام حق المولى وهو الملك نظرا له دفعا للضرر عنه وقد زال ملكه بالاعتاق فزال المانع من النفوذ والاذن بالتزوج لا يوجب زوال المانع وهو الملك لكنه بالاذن اقامه مقام نفسه فى النكاح كانه هو ثم ثبوت ولاية الاجازة له لم تكن اجازة مالم يجز فكذا العبد ثم اذا لم يكن نفس الاذن من المولى بالنكاح اجازة لذلك العقد فان أجازه العبد جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وان أجازه وجه القياس انه مأذون بالعقد والاجازة مع العقد متغايران اسما وصورة وشرطا أما الاسم والصورة فلا شك فى تغايرهما وأما الشرط فان محل العقد عليه ومحل الاجازة نفس العقد وكذا الشهادة شرط العقد لا شرط الاجازة والاذن بأحد المتغايرين لا يكون اذنا بالآخر وجه الاستحسان ان العبد أتى ببعض ماهو مأذون فيه فكان متصرفا عن اذن فيجوز تصرفه ودلالة ذلك ان المولى اذن له بعقد نافذ فكان مأذونا بتحصيل أصل العقد ووصفه وهو النفاذ وقد حصل النفاذ فيحصل ولهذا لو زوج فضولى هذا العبد امرأة بغير اذن المولى فأجاز العبد نفذ العقد دل ان تنفيذ العقد بالاجازة مأذون فيه من قبل المولى فينفذ باجازته ثم اذا نفذ النكاح بالاعتاق وهى أمة فلا خيار لها لان النكاح تفذ بعد العتق فالاعتاق لم يصادفها وهى منكوحة والمهر لها ان لم يكن الزوج دخل بها قبل الاعتاق وان كان قد دخل بها قبل الاعتاق فالمهر للمولى هذا اذا أعتقها وهى كبيرة فأما اذا كانت صغيرة فأعتقها فان الاعتاق لا يكون اجازة ويبطل العقد عند زفر وعندنا يبقى موقوفا على اجازة المولى اذا لم يكن لها عصبة فان كان لها عصبة يتوقف على اجازة العصبة ويجوز باجازة العصبة ثم ان كان المجيز غير الاب أو الجد فلها خيار الادراك لان العقد تفذ عليها فى حالة الصغر وهى حرة وان كان المجيز أبوها أو جدها فلا خيار لها ولو مات المولى قبل الاجازة فان ورثها من يحل له وطؤها بطل النكاح الموقوف لان الحل النافذ قد طرأ على الموقوف لوجود سبب الحل وهو الملك قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ومن ضرورة ثبوت الحل له ارتفاع الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطؤها بأن كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أبوه أو كانت الامة أخته من الرضاع أو ورثها جماعة فللوارث الاجازة لانه لم يوجد طريان الحل فبقى الموقوف على حاله وكذلك اذا باعها المولى قبل الاجازة فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الوارث وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير اذنه ووطئها ثم باعها المولى من رجل ان للمشترى الاجازة لان وطء الزوج يمنع حل الوطء للمشترى وأما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى فمات المولى أو باعه قبل الاجازة فللوارث والمشترى الاجازة لانه لا يتصور حل الوطء ههنا فلم يوجد طريان حل الوطء فبقى الموقوف بحاله وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز باجازة الوارث والمشترى بل يبطل والاصل فيه ان العقد الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من قبل غيره عندنا وعنده لا يحتمل وجه قوله ان الاجازة انما تلحق الموقوف لانها تنفيذ الموقوف فانما تلحقه على الوجه الذى وقف وانما وقف على الاول لا على الثانى فلا يملك الثانى تنفيذه

(ولنا) أنه انما وقف على اجازة الاول لان الملك له وقد صار الملك للثانى فتنتقل الاجازة الى الثانى وهذا لان المالك يملك انشاء النكاح بأصله و وصفه وهو النفاذ فلان يملك تنفيذ النكاح الموقوف وانه اثبات الوصف دون الاصل أولى ولو زوجت المكاتبة نفسها بغير اذن المولى حتى وقف على اجازته فأعتقها نفذ العقد والاخبار فيه كما ذكرنا فى الامة القنة وكذلك اذا أدت فعتقت وان عجزت فان كان بضعها يحل للمولى يبطل العقد وان كان لا يحل بأن كانت أخته من الرضاع أو كانت مجوسية توقف على اجازته ولو كان المولى هو الذى عقد عليها بغير رضاها حتى وقف على اجازتها فأجازت جاز العقد وان أدت فعتقت أو أعتقها المولى توقف العقد على اجازتها ان كانت كبيرة وان كانت صغيرة فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فى الامة وتتوقف على اجازة المولى عندنا اذا لم يكن لها عصبة غير المولى فان كان فاجاز واجاز واذا أدركت فلها خيار الادراك اذا كان المجبر غير الاب والجد على ماذكرنا وان لم يعتقها حتى عجزت بطل العقد وان كان بضعها يحل للمولى وان كان لا يحل له فلا يجوز الا باجازته وأما بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن فنقول اذا أذن المولى للعبد بالتزويج فلا يخلو اما ان خص الاذن بالتزوج أو عمه فان خص بأن قال له تزوج لم يجز له ان يتزوج الا امرأة واحدة لان الامر المطلق بالفعل لا يقتضى التكرار وكذا اذا قال له تزوج امرأة لان قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس وان عم بأن قال تزوج ماشئت من النساء جاز له ان يتزوج ثنتين ولا يجوز له ان يتزوج أكثر من ذلك لانه اذن له بنكاح ماشاء من النساء بلفظ الجمع فينصرف الى جميع ما يملكه العبيد من النساء وهو التزوج باثنتين قال النبى صلى الله عليه وسلم لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم وروى عن الحكم أنه قال اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا يجمع من النساء فوق اثنتين ولان مالكية النكاح تشعر بكمال الحال لانها من باب الولاية والعبد أنقص حالا من الحر فيظهر أثر النقصان فى عدد المملوك له فى النكاح كما ظهر أثره فى القسم والطلاق والعدة والحدود وغير ذلك وهل يدخل تحت الاذن بالتزوج النكاح الفاسد قال أبو حنيفة يدخل حتى لو تزوج العبد امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها لزمه المهر فى الحال وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل ويتبع بالمهر بعد العتق (وجه) قولهما ان غرض المولى من الاذن بالنكاح وهو حل الاستمتاع ليحصل به عفة العبد عن الزنا وهذا لا يحصل بالنكاح الفاسد لانه لا يفيد الحل فلا يكون مرادا من الاذن بالتزوج ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى النكاح الصحيح حتى لو نكح نكاحا فاسدا لا يحنث كذا هذا ولابى حنيفة ان الاذن بالتزوج مطلق فينصرف الى الصحيح والفاسد كالاذن بالبيع مطلقا وفى مسئلة اليمين انما لم ينصرف لفظ النكاح الى الفاسد لقرينة عرفية لان الايمان محمولة على العرف والعادة والمتعارف والمعتاد مما يقصد باليمين الامتناع عن الصحيح لا الفاسد لان فساد المحلوف عليه يكفى مانعا من الاقدام عليه فلا حاجة الى الامتناع باليمين والدليل على صحة هذا التخريج أن يمين الحالف لو كانت على الفعل الماضى ينصرف الى الصحيح والفاسد جميعا ويتفرع على هذا أنه اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم أراد أن يتزوج أخرى نكاحا صحيحا ليس له ذلك عند أبى حنيفة لان الاذن انتهى بالنكاح وعندهما له ذلك لان الاذن قد بقى ولو أذن له بنكاح فاسد نصا ودخل بها يلزمه المهر فى الحال فى قولهم جميعا اما على أصل أبى حنيفة فظاهر واما على أصلهما فلان الصرف الى الصحيح لضرب دلالة أوجبت اليه فاذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة والله عز وجل الموفق وأما بيان حكم المهر فى نكاح المملوك فنقول اذا كانت الاجازة قبل الدخول بالامة لم يكن على الزوج الا مهر واحد وان كان بعد الدخول بها فالقياس ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل الاجازة ومهر بالاجازة (وجه) القياس انه وجد سبب وجوب مهرين أحدهما الدخول لان الدخول فى النكاح الموقوف دخول فى نكاح فاسد وهو بمنزلة الدخول فى نكاح فاسد وذا يوجب المهر كذا هذا والثانى النكاح الصحيح لان النكاح قد صح بالاجازة وللاستحسان وجهان

أحدهما أن النكاح كان موقوفا على اذن المالك كنكاح الفضولى والعقد الموقوف اذا اتصلت به الاجازة تستند الاجازة الى وقت العقد واذا استندت الاجازة اليه صار كانه عقده باذنه اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق فلا يجب الا مهر واحد والثانى ان مهر المثل لو وجب لكان لوجوده تعلقا بالعقد لانه لولاه لكان الفعل زنا ولكان الواجب هو الحد لا المهر وقد وجب المسمى بالعقد فلو وجب به مهر المثل أيضا لوجب بعقد واحد مهران وانه ممتنع ثم كل ما وجب من مهر الامة فهو للمولى سواء وجب بالعقد أو بالدخول وسواء كان المهر مسمى أو مهر المثل وسواء كانت الامة قنة أو مدبرة أو أم ولد الا المكاتبة والمعتق بعضها فان المهر لهما لان المهر وجب عوضا عن المتعة وهى منافع البضع ثم ان كانت منافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فعوضها يكون للمولى كالارش وان كانت مبقاة على حقيقة المنفعة فبدلها يكون للمولى أيضا كالاجرة بخلاف المكاتبة لان هناك الارش والاجرة لها فكان المهر لها أيضا وكل مهر لزم العبد فان كان قنا والنكاح باذن المولى يتعلق بكسبه ورقبته تباع فيه ان لم يكن له كسب عندنا لانه دين ثابت فى حق العبد ظاهر فى حق المولى ومثل هذا الدين يتعلق برقبة العبد على أصل أصحابنا والمسئلة ستأتى فى كتاب المأذون وان كان مدبرا أو مكاتبا فانهما يسعيان فى المهر فيستوفى من كسبهما لتعذر الاستيفاء من رقبتهما بخروجهما عن احتمال البيع بالتدبير والكتابة وما لزم العبيد من ذلك بغير اذن المولى اتبعوا به بعد العتق لانه دين تعلق بسبب لم يظهر فى حق المولى فأشبه الدين الثابت باقرار العبد المحجور انه لا يلزمه للحال ويتبع به بعد العتاق لما قلنا كذا هذا والله أعلم ومنها الولاية فى النكاح فلا ينعقد انكاح من لا ولاية له والكلام فى هذا الشرط يقع فى مواضع فى بيان أنواع الولاية وفى بيان سبب ثبوت كل نوع وفى بيان شرط ثبوت كل نوع وما يتصل به أما الاول فالولاية فى باب النكاح أنواع أربعة ولاية الملك وولاية القرابة وولاية الولاء وولاية الامامة أما ولاية الملك فسبب ثبوتها الملك لان ولاية الانكاح ولاية نظر والملك داعى الى الشفقة والنظر فى حق المملوك فكان سببا لثبوت الولاية ولا ولاية للمملوك لعدم الملك له اذ هو مملوك فى نفسه فلا يكون مالكا وأما شرائط ثبوت هذه الولاية فمنها عقل المالك ومنها بلوغه فلا يجوز الانكاح من المجنون والصبى الذى لا يعقل ولا من الصبى العاقل لان هؤلاء ليسوا من أهل الولاية لان أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر فى حق المولى عليه وذلك بكمال الرأى والعقل ولم يوجد ألا ترى انه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون على غيرهم ومنها الملك المطلق وهو أن يكون المولى عليه مملوكا للمالك رقبة ويدا وعلى هذا يخرج انكاح الرجل أمته أو مدبرته أو أم ولده أو عبده أو مدبره انه جائز سواء رضى به المملوك أو لا ولا يجوز انكاح المكاتب والمكاتبة الا برضاهما أما انكاح الامة والمدبرة وأم الولد فلا خلاف فى جوازه صغيرة كانت أو كبيرة وأما انكاح العبد فان كان صغيرا يجوز وان كان كبيرا فقد ذكر فى ظاهر الرواية انه يجوز من غير رضاه وروى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز الا برضاه وبه أخذ الشافعى (وجه) هذه الرواية ان منافع بضع العبد لم تدخل تحت ملك المولى بل هو أجنبى عنها والانسان لا يملك التصرف فى ملك غيره من غير رضاه ولهذا لا يملك انكاح المكاتب والمكاتبة بخلاف الامة لان منافع بضعها مملوكة للمولى ولان نكاح المكره لا ينفذ ما وضع له من المقاصد المطلوبة منه لان حصولها بالدوام على النكاح والقرار عليه ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فائدة (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم أمر الله سبحانه وتعالى الموالى بانكاح العبيد والاماء مطلقا عن شرط الرضا فمن شرطه يحتاج الى الدليل ولان انكاح المملوك من المولى تصرف لنفسه لان مقاصد النكاح ترجع اليه فان الولد فى انكاح الامة له وكذا فى انكاح أمته من عبده ومنفعة العقد عن الزنا الذى يوجب نقصان مالية مملوكه حصل له أيضا فكان هذا الانكاح تصرفا لنفسه ومن تصرف فى ملك نفسه لنفسه ينفذ

ولا يشترط فيه رضا المتصرف فيه كما فى البيع والاجارة وسائر التصرفات ولان العبد ملكه بجميع أجزائه
مطلقا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ولكل مالك ولاية التصرف فى ملكه اذا كان التصرف مصلحة وانكاح
العبد مصلحة فى حقه لما فيه من صيانة ملكه عن النقصان بواسطة الصيانة عن الزنا وقوله منافع البضع غير مملوكة
لسيده ممنوع بل هى مملوكة الا أن مولاها اذا كانت أمة منعت من استيفائها لما فيه من الفساد وهذا لا يمنع
ثبوت الملك كالجارية المجوسية والاخت من الرضاعة انه يمنع المولى من الاستمتاع بهما مع قيام الملك كذا
هذا والملك المطلق لم يوجد فى المكاتب لزوال ملك اليد بالكتابة حتى كان أحق بالكتابة ولهذا لم يدخل تحت
مطلق اسم المملوك فى قوله كل مملوك لى فهو حر الا بالنية فقيام ملك الرقبة ان اقتضى ثبوت الولاية فانعدام ملك
اليد يمنع من الثبوت فلا تثبت الولاية بالشك ولان فى التزويج من غير رضا المكاتب ضررا لان المولى بعقد
الكتابة جعله أحق بمكاسبه ليتوصل بها الى شرف الحرية فالتزويج من غير رضاه يوجب تعلق المهر والنفقة
بكسبه فلا يصل الى الحرية فيتضرر به بشرط رضاه دفعا للضرر عنه وقوله لا فائدة فى هذا النكاح ممنوع فان
فى طبع كل فحل التوقان الى النساء فالظاهر هو قضاء الشهوة خصوصا عند عدم المانع وهو الحرمة وكذا
الظاهر من حال العبد الامتناع من بعض تصرف المولى احتراما له فيبقى النكاح فيفيد فائدة تامة والله الموفق
وأما ولاية القرابة فسبب ثبوتها هو أصل القرابة وذاتها لا كمال القرابة وانما الكمال شرط التقدم على ما نذكر
وهذا عند أصحابنا وعند الشافعى السبب هو القرابة القريبة وهى قرابة الولاد وعلى هذا ينبنى أن لغير الاب والجد
كالاخ والعم ولاية الانكاح عندنا خلافا له واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر وحقيقة اسم اليتيمة الصغيرة لغة قال النبى صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم نهى
صلى الله عليه وسلم عن انكاح اليتيمة ومده الى غاية الاستئمار ولا تصير أهلا للاستئمار الا بعد البلوغ فيتضمن
البلوغ كانه قال صلى الله عليه وسلم حتى تبلغ وتستأمر ولان النكاح عقد اضرارا فى جانب النساء لما نذكر
ان شاء الله تعالى فى مثله أنكاح البنت البالغة ومثل هذا التصرف لا يدخل تحت ولاية المولى كالطلاق
والعتاق والهبة وغيرها الا انه تثبت الولاية للاب والجد بالنص والاجماع لكمال شفقتهما وشفقة غير الاب
والجد قاصرة وقد ظهر أثر القصور فى سلب ولاية التصرف فى المال بالاجماع وسلب ولاية اللزوم عندكم فتعذر
الالحاق ولنا قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم هذا خطاب لعامة المؤمنين لانه بنى على قوله تعالى وتوبوا
الى الله جميعا أيها المؤمنون لعلكم تفلحون ثم خص منه الاجانب فبقيت الاقارب تحته الا من خص بدليل
ولان سبب ولاية التنفيذ فى الاب والجد هو مطلق القرابة لا القرابة القريبة وانما قرب القرابة سبب زيادة
الولاية وهى ولاية الالزام لان مطلق القرابة حاصل على أصل الشفقة أعنى به شفقة زائدة على شفقة الجنس
وشفقة الاسلام وهى داعية الى تحصيل النظر فى حق المولى عليه وشرطها عجز المولى عليه عن تحصيل النظر بنفسه
مع حاجته الى التحصيل لان مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والكفء عزيز الوجود فيحتاج الى احرازه
للحال لاستيفاء مصالح النكاح بعد البلوغ وفائدتها وقوعها وسيلة الى ما وضع النكاح له وكل ذلك موجود
فى انكاح الاخ والعم فينفذ الا أنه لم يلزم تصرفه لانعدام شرط اللزوم وهو قرب القرابة ولم تثبت له ولاية التصرف
فى المال لعدم الفائدة لانه لا سبيل الى القول باللزوم لان قرابة غير الاب والجد ليست بملزمة ولا سبيل الى
التولى بالنفاذ بدون اللزوم لانه لا يفيد اذ المقصود من التصرف فى المال وهو الربح لا يحصل الا بتكرار
التجارة ولا يحصل ذلك مع عدم اللزوم ولانه اذا اشترى شيأ يحتاج الى أن يمسكه الى وقت البلوغ فلا يحصل
المقصود فسقطت ولاية التصرف فى المال بطريق الضرورة وهذه الضرورة منعدمة فى ولاية الانكاح فثبتت
ولاية الانكاح وأما الحديث فالمراد منه اليتيمة البالغة بدلالة الاستئمار وهذا وان كان مجازا لكن فيما ذكره

أيضا اضمار فوقعت المعارضة فسقط الاحتجاج به أو نحمله على ماقلنا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ثم اذا زوج الصغير أو الصغيرة فلهما الخيار اذا بلغا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لاخيار لهما ونذكر المسئلة ان شاء الله تعالى في شرائط اللزوم واما شرائط ثبوت هذه الولاية فنوعان في الاصل نوع هو شرط ثبوت أصل الولاية ونوع هو شرط التقدم أما شرط ثبوت أصل الولاية فأنواع بعضها يرجع الى الولي وبعضها يرجع الى المولى عليه وبعضها يرجع الى نفس التصرف أما الذي يرجع الى الولي فأنواع منها عقل الولي ومنها بلوغه فلا تثبت الولاية للمجنون والصبي لانهما ليسا من أهل الولاية لما ذكرنا في ولاية الملك ولهذا لم تثبت لهما الولاية على أنفسهما مع أنهما أقرب اليهما فلان لا تثبت على غيرهما أولى ومنها أن يكون ممن يرث الحرلان سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة وكل من يرثه يلي عليه ومن لا يرثه لا يلي عليه وهذا يطرد على أصل أبي حنيفة خاصة وينعكس عند الكل فيخرج عليه مسائل فنقول لا ولاية للملوك على أحد لانه لا يرث أحدا ولان المملوك ليس من أهل الولاية ألا ترى أنه لا ولاية له على نفسه ولان الولاية تنبئ عن المالكية والشخص الواحد كيف يكون مالكا ومملوكا في زمان واحد لان هذه ولاية نظر ومصلحة ومصالح النكاح لا يتوقف عليها الا بالتأمل والتدبر والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ للتأمل والتدبر فلا يعرف كون انكاحه مصلحة والله عز وجل الموفق ولا ولاية للمرتد على أحد لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله لانه لا يرث أحدا ولانه لا ولاية له على نفسه حتى لا يجوز نكاحه أحدا مسلما ولا كافرا ولا مرتدا مثله فلا يكون له ولاية على غيره ولا ولاية للكافر على المسلم لانه لا ميراث بينهما قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين شيأ ولان الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم لان الشرع قطع ولاية الكافر على المسلمين قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وقال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى ولان اثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر باذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر وكذلك ان كان الولي مسلما والمولى عليه كافرا فلا ولاية له عليه لان المسلم لا يرث الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن الا أن ولد المرتد اذا كان مؤمنا صار مخصوصا عن النص وأما اسلام الولي فليس بشرط لثبوت الولاية في الجملة فيلي الكافر على الكافر لان الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة عن تحصيل النظر في حق المولى عليه ولا في الوراثة فان الكافر يرث الكافر ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه فكذا على غيره وقال عز وجل الذين كفروا بعضهم أولياء بعض وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا وللفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين وعند الشافعي شرط وليس للفاسق ولاية التزويج واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا نكاح الا بولي مرشد والمرشد بمعنى الرشيد كالمصباح بمعنى الصالح والفاسق ليس برشيد ولان الولاية من باب الكرامة والفسق سبب الاهانة ولهذا لم أقبل شهادته ولنا عموم قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم وقوله صلى الله عليه وسلم زوجوا بناتكم الاكفاء من غير فصل ولنا اجماع الامة أيضا فان الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد خصوصا الاعراب والاكراد والاتراك ولان هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي اليه وهو الشفقة وكذا لا يقدح في الوراثة فلا يقدح في الولاية كالعدل ولان الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته ولانه من أهل أحد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر وأما الحديث فقد قيل انه لم يثبت بدون هذه الزيادة فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت فنقول بموجبه والفاسق مرشد لانه يرشد غيره لوجود آلة الارشاد وهو العقل فكان هذا نفي

الولاية للمجنون وبه نقول ان المجنون لا يصلح وليا والمحدود فى القذف اذا تاب فله ولاية الانكاح بلا خلاف لانه اذا تاب فقد صار عدلا وان لم يتب فهو على الاختلاف لانه فاسق والله الموفق واما كون المولى من العصبات فهل هو شرط ثبوت الولاية أم لا فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه انه لا خلاف فى أن للاب والجد ولاية الانكاح الاشى يحكى عن عثمان البتى وابن شبرمة انهما قالا ليس لهما ولاية التزويج (وجه) قولهما ان حكم النكاح اذا ثبت لا يقتصر على حال الصغر بل يدوم ويبقى الى ما بعد البلوغ الى أن يوجد ما يبطله وفى هذا ثبوت الولاية على البالغة ولانه استبداد أو كانه انشاء الانكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز ولنا قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والايم اسم لانثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام كبيرة كانت أو صغيرة لا زوج لها وكلمة من ان كانت للتبعيض يكون هذا خطابا بالاولياء وان كانت للتجنيس يكون خطابا بالجنس المؤمنين وعموم الخطاب يتناول الاب والجد وأنكح الصديق رضى الله عنه عائشة رضى الله عنها وهى بنت ست سنين من رسول الله صلى الله عليه وسلم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة من عمر بن الخطاب رضى الله عنه وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهى صغيرة عروة بن الزبير رضى الله عنهم وبه تبين أن قولهما خارج مخالفا لاجماع الصحابة وكان مردودا وأما قولهما ان حكم النكاح يبقى بعد البلوغ فنعم ولكن بالانكاح السابق لا بانكاح مبتدأ بعد البلوغ وهذا جائز كما فى البيع فان لهما ولاية بيع مال الصغير وان كان حكم البيع وهو الملك يبقى بعد البلوغ لما قلنا كذا هذا وللاب قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة ويبرأ الزوج بقبضه أما الصغيرة فلا شك فيه لان له ولاية التصرف فى مالها وأما البالغة فلانها تستحى من المطالبة به بنفسها كما تستحى عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضا بقبض الاب كما جعل رضا بالنكاح ولان الظاهر أنها ترضى بقبض الاب لانه يقبض مهرها فيضم اليه أمثاله فيجهزها به هذا هو الظاهر فكان مأذونا بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يملك القبض ولا يبرأ الزوج وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه وان كانت ابنته عاقلة وهى ثيب فالقبض اليها لا الى الاب ويبرأ الزوج بدفعه اليها ولا يبرأ بالدفع الى الاب وما سوى الاب والجد من الاولياء ليس لهم ولاية القبض سواء كانت صغيرة أو كبيرة الا اذا كان الولى وهو الوصى فله حق القبض اذا كانت صغيرة كما يقبض سائر ديونها وليس للوصى حق القبض الا اذا كانت صغيرة واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه لان حقوق العقد لا تتعلق به فصار كالاجنبى بخلاف الوكيل بالبيع اذا ضمن عن المشترى الثمن وللمرأة الخيار فى مطالبة زوجها أو وليها لوجود ثبوت سبب حق المطالبة من كل واحد منهما وهو العقد من الزوج والضمان من الولى ولا خلاف بين أصحابنا فى أن لغير الاب والجد من العصبات ولاية الانكاح والاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات فى الميراث واختلفوا فى غير العصبات قال أبو يوسف ومحمد لا يجوز انكاحه حتى لم يتوارثا بذلك النكاح ويقف على اجازة العصبة وعن أبى حنيفة فيه روايتان وهذا يرجع الى ما ذكرنا ان عصوبة الولى هل هى شرط لثبوت الولاية مع اتفاقهم على أنها شرط التقديم فعندهما هى شرط ثبوت أصل الولاية وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة فانه روى عنه انه قال لا يزوج الصغيرة الا العصبة وروى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة أنها ليست بشرط لثبوت أصل الولاية وانما هى شرط التقدم على قرابة الرحم حتى انه اذا كان هناك عصبة لا تثبت لغير العصبة ولاية الانكاح وان لم يكن ثمة عصبة فلغير العصبة من القرابات من الرجال والنساء نحو الام والاخت والخالة ولاية التزويج الاقرب فالاقرب اذا كان المزوج ممن يرث المزوج وهو الرواية المشهورة عن أبى حنيفة (وجه) قولهما ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال النكاح الى العصبات فوض كل نكاح الى كل عصبة لانه قابل الجنس بالجنس أو بالجمع فيقتضى مقابلة الفرد بالفرد ولان الاصل فى

الولاية هم العصبات فان كان الرأى وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين اليهم فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل فى أمر النكاح فكانوا هم المحقين بالولاية ولهذا كانت قرابة التعصيب مقدمة على قرابة الرحم بالاجماع ولابى حنيفة عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من غير فصل بين العصبات وغيرهم فتثبت ولاية الانكاح على العموم الا من خص بدليل ولان سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها لما بينا أن القرابة حاملة على الشفقة فى حق القريب داعية اليها وقد وجد ههنا فوجد السبب ووجد شرط الثبوت أيضا وهو عجز المولى عليه عن المباشرة بنفسه وانما العصوبة وقرب القرابة شرط التقدم لا شرط ثبوت أصل الولاية فلا جرم العصبة تتقدم على ذى الرحم والاقرب من غير العصبة يتقدم على الابعد ولان ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة فكل من استحق من الميراث استحق الولاية ألا ترى أن الاب اذا كان عبدا او لا ولاية له لان العبد لا يرث أحدا وكذا اذا كان كافرا والمولى عليه مسلم لا ولاية له لانه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما والمولى عليه كافر لا ولاية له لانه لا ميراث له منه فثبت أن الولاية تدور مع استحقاق الميراث فثبت لكل قريب يرث يزوج ولا يلزم على هذه القاعدة المولى انه يزوج ولا يرث وكذا الامام يزوج ولا يرث لان هذا عكس العلة لان طرد ما قلنا ان كل من يرث يزوج وهذا مطرد على أصل أبى حنيفة وعكسه ان كل من لا يرث لا يزوج والشرط فى العلل الشرعية الاطراد دون الانعكاس لجواز اثبات الحكم الشرعى بعلل ثم نقول ما قلناه منعكس أيضا ألا ترى أن للمولى الولاء فى مملوكه وهو نوع ارث وأما الامام فهو نائب عن جماعة المسلمين وهم يرثون من لا ولى له من جهة الملك والقرابة والولاء ألا ترى أن ميراثه لبيت المال وبيت المال مالهم فكانت الولاية فى الحقيقة لهم وانما الامام نائب عنهم فيزوجون ويرثون أيضا فاطرد هذا الاصل وانعكس بحمد الله تعالى وأما قول على رضى الله عنه النكاح الى العصبات فالمراد منه حال وجود العصبة لاستحالة تفويض النكاح الى العصبة ولا عصبة ونحن به نقول ان النكاح الى العصبات حال وجود العصبه ولا كلام فيه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المولى عليه فنقول الولاية بالنسبة الى المولى عليه نوعان ولاية حتم وايجاب و ولاية ندب واستحباب وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وأما على أصل محمد فهى نوعان أيضا ولاية استبداد و ولاية شركة وهى قول أبى يوسف الآخر وكذا قول الشافعى الا أن بينهما اختلافا فى كيفية الشركة على ما نذكر ان شاء الله وأما ولاية الحتم والايجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة أو مجنونا كبيرا أو مجنونة كبيرة سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة وعلى أصل الشافعى شرط ثبوت ولاية الاستبداد فى الغلام هو الصغر وفى الجارية البكارة سواء كانت صغيرة أو بالغة فلا تثبت هذه الولاية عنده على الثيب سواء كانت بالغة أو صغيرة والاصل ان هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعدما فى الصغير والصغيرة وعنده فى الصغير كذلك اما فى الصغيرة فانها تدور مع البكارة وجودا وعدما وفى الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنونا أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ عندنا وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز للمولى التزويج وعلى هذا يبتنى أن الاب والجد لا يملكان انكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا وقال الشافعى يملكانه ولا خلاف فى أنهما لا يملكان انكاح الثيب البالغة بغير رضاها (وجه) قوله ان البكر وان كانت عاقلة بالغة فلا تعلم بمصالح النكاح لان العلم بها يقف على التجربة

والممارسة وذلك بالثيابة ولم توجد فألتحقت بالبكر الصغيرة فبقيت ولاية الاستبداد عليها ولهذا ملك الاب قبض صداقها من غير رضاها بخلاف الثيب البالغة لانها علمت بمصالح النكاح و بالممارسة ومصاحبة الرجال فانقطعت ولاية الاستبداد عنها ولنا أن الثيب البالغة لا تزوج الا برضاها فكذا البكر البالغة والجامع بينهما وجهان أحدهما طريق أبي حنيفة وأبي يوسف الاول والثاني طريق محمد وأبي يوسف الآخر أما طريق أبي حنيفة فهو ان ولاية الحتم والايجاب في حالة الصغر انما ثبت بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها و بالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع الا انها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز ندب واستحباب لانها تحتاج الى الخروج الى محافل الرجال والمرأة مخدرة مستورة والخروج الى محفل الرجال من النساء عيب في العادة فكان عجزها عجز ندب واستحباب لا حقيقة فثبتت الولاية عليها على حسب العجز وهي ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وايجاب اثباتا للحكم على قدر العلة وأما طريق محمد فهو أن الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد فلا بد من الرضا كما في الثيب البالغة على ما نذكره ان شاء الله تعالى في مسئلة النكاح بغير ولي وانما ملك الاب قبض صداقها لوجود الرضا بذلك منها دلالة لان العادة أن الاب يضم الى الصداق من خالص ماله و يجهز بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك بخلاف الثيب فان العادة ما جرت بتكرار الجهاز واذا كان الرضا في نكاح البالغة شرط الجواز فاذا زوجت بغير اذنها توقف التزويج على رضاها فان رضيت جاز وان ردت بطل ثم ان كانت ثيبا فرضاها يعرف بالقول تارة و بالفعل أخرى أما القول فهو التنصيص على الرضا وما يجري مجراه نحو أن تقول رضيت أو أجزت ونحو ذلك والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وقوله صلى الله عليه وسلم الثيب يعرب عنها لسانها وقوله صلى الله عليه وسلم تستأمر النساء في ابضاعهن وقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر والمراد منه البالغة وأما الفعل فنحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لان ذلك دليل الرضا والرضا يثبت بالنص مرة و بالدليل أخرى والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك وان كانت بكرا فان رضاها يعرف بهذين الطريقين و بثالث وهو السكوت وهذا استحسان والقياس أن لا يكون سكوتها رضا (وجه) القياس أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا اذا كان المزوج أجنبيا أو وليا غيره أولى منه (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تستأمر النساء في ابضاعهن فقالت عائشة رضي الله عنها ان البكر تستحي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها و روي سكوتها رضاها و روي سكوتها اقرارها وكل ذلك نص في الباب و روي البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت وهذا أيضا نص ولان البكر تستحي عن النطق بالاذن في النكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال فتنسب الى الوقاحة فلو لم يجعل سكوتها اذنا و رضا بالنكاح دلالة وشرط استنطاقها وانها لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها الى ذلك وهذا لا يجوز وقوله السكوت يحتمل مسلم لكن ترجح جانب الرضا على جانب السخط لانها لو لم تكن راضية لردت لانها ان كانت تستحي عن الاذن فلا تستحي عن الرد فلما سكتت ولم ترد دل انها راضية بخلاف ما اذا زوجها أجنبي أو ولي غيره أولى منه لان هناك ازداد احتمال السخط لانها يحتمل انها سكتت عن جوابه مع انها قادرة على الرد تحقيرا له وعدم المبالاة بكلامه وهذا أمر معلوم بالعادة فبطل رجحان دليل الرضا ولانها انما تستحي من الاولياء لا من الاجانب والابعد عند قيام الاقرب وحضوره أجنبي فكانت في حق الاجانب كالثيب فلا بد من فعل أو قول يدل عليه ولان المزوج اذا كان أجنبيا واذا كان

الولي

الولى الابعد كان جواز النكاح من طريق الوكالة لامن طريق الولاية لانعدامها والوكالة لاتثبت الا بالقول واذا كان وليا فالجواز بطريق الولاية فلا يفتقر الى القول ولو بلغها النكاح فضحكت كان اجازة لان الانسان انما يضحك مما يسره فكان دليل الرضا ولو بكت روى عن أبي يوسف انه يكون اجازة وروى عنه رواية أخرى انه لا يكون اجازة بل يكون ردا وهو قول محمد (وجه) الرواية الاولى ان البكاء قد يكون للحزن وقد يكون لشدة الفرح فلا يجعل ردا ولا اجازة للتعارض فصار كانها سكتت فكان رضا (وجه) الرواية الاخرى وهو قول محمد ان البكاء لا يكون الامن حزن عادة فكان دليل السخط والكراهة لادليل الاذن والاجازة ولو زوجها وليان كل منهما رجلا فبلغها ذلك فان أجازت أحد العقدين جاز الذى أجازته وبطل الآخر وان أجازتهما بطلا لان الاجازة منها بمنزلة الانشاء كانها تزوجت بزوجين وذلك باطل كذا هذا وان سكتت روى عن محمد ان ذلك لا يكون ردا ولا اجازة حتى تجيز أحدهما بالقول أو بفعل يدل على الاجازة وروى عنه رواية أخرى انها اذا سكتت بطل العقدان جميعا (وجه) هذه الرواية ان السكوت من البكر كالاجازة فكانها أجازت العقدين جميعا (وجه) الرواية الاخرى ان هذا السكوت لا يمكن أن يجعل اجازة لانه لو جعل اجازة فاما أن يجعل اجازة للعقدين جميعا واما أن يجعل اجازة لاحدهما لا سبيل الى الاول لان انشاء العقدين جميعا ممتنع فامتنعت اجازتهما ولا سبيل الى الثانى لانه ليس أحد العقدين بأولى بالاجازة من الآخر فالتحق السكوت بالعدم ووقف الامر على الاجازة بقول أو بفعل يدل على الاجازة لاحدهما وكذلك اذا استؤمرت البكر فسكتت فى الابتداء فهو اذن اذا كان المستأذن وليا لما ذكرنا ولما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا خطب احدى بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يذكر فلانة ثم يزوجها فدل ان السكوت عند استئمار الولى اذن دلالة وقالوا فى الولى اذا قال للبكر انى أريد أن أزوجك فلانا فقالت غيره أولى منه لم يكن ذلك اذنا ولو زوجها ثم أخبرها فقالت قد كان غيره أولى منه كان اجازة لان قولها فى الفصل الاول اظهار عدم الرضا بالتزويج من فلان وقولها فى الفصل الثانى قبول أو سكوت عن الرد وسكوت البكر عن الرد يكون رضا ولو قال الولى أريد أن أزوجك من رجل ولم يسمه فسكتت لم يكن رضا كذا روى عن محمد لان الرضا بالشئ بدون العلم به لا يتحقق ولو قال أزوجك فلانا أو فلانا حتى عد جماعة فسكتت فمن أيهم زوجها جاز ولو سمى لها الجماعة مجملا بأن قال أريد أن أزوجك من جيرانى أو من بنى عمى فسكتت فان كانوا يحصون فهو رضا وان كانوا لا يحصون لم يكن رضا لانهم اذا كانوا يحصون يعلمون فيتعلق الرضا بهم واذا لم يحصوا لم يعلموا فلا يتصور الرضا لان الرضا بغير المعلوم محال والله تعالى الموفق وذكر فى الفتاوى أن الولى اذا سمى الزوج ولم يسم المهر انه كم هو فسكتت فسكوتها لا يكون رضا لان تمام الرضا لا يثبت الا بذكر الزوج والمهر ثم الاجازة من طريق الدلالة لا تثبت الا بعد العلم بالنكاح لان الرضا بالنكاح قبل العلم به لا يتصور واذا زوج الثيب البالغة ولى فقالت لم أرض ولم آذن وقال الزوج قد أذنت فالقول قول المرأة لان الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن وهو الاذن والرضا وهى تنكر فكان القول قولها (وأما) البكر اذا تزوجت فقال الزوج بلغك العقد فسكت فقالت رددت فالقول قولها عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر القول قول الزوج (وجهه) قوله ان المرأة تدعى أمرا حادثا وهو الرد والزوج ينكر فكان القول قول المنكر (ولنا) ان المرأة وان كانت مدعية ظاهرا فهى منكرة فى الحقيقة لان الزوج يدعى عليها جواز العقد بالسكوت وهى تنكر فكان القول قولها كالمودع اذا قال رددت الوديعة كان القول قوله وان كان مدعيا للرد ظاهرا لكونه منكرا للضمان حقيقة كذا هذا ثم فى هذين الفصلين لا يمين عليها فى قول أبى حنيفة وفى قولهما عليها اليمين وهو الخلاف المعروف ان الاستحسان المعروف لا يجرى فى الاشياء

السنة عنده وعندهما يجري والمسئلة تذكر ان شاء الله تعالى في كتاب الدعوى ثم اذا اختلف الحكم في البكر البالغة والثيب البالغة في الجملة حتى جعل السكوت رضا من البكر دون الثيب وللاب ولاية قبض صداق البكر بغير اذنها الا اذا نهته نصا وليس له ولاية قبض مهر الثيب الا باذنها فلابد من معرفة البكارة والثيابة في الحكم لا في الحقيقة لان حقيقة البكارة بقاء العذرة وحقيقة الثيابة زوال العذرة وأما الحكم غير مبني على ذلك بالاجماع فنقول لا خلاف في أن كل من زالت عذرتها بوثبة أو طفرة أو حيضة أو طول التعنيس أنها في حكم الابكار تزوج كما تزوج الابكار ولا خلاف أيضا ان من زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب وهو الوطء بعقد جائز أو فاسد أو شبهة عقد وجب لها مهر بذلك الوطء انها تزوج كما تزوج الثيب (وأما) اذا زالت عذرتها بالزنا فانها تزوج كما تزوج الابكار في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي تزوج كما تزوج الثيب احتجوا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال البكر تستأمر في نفسها والثيب تشاور وقال صلى الله عليه وسلم والثيب يعرب عنها لسانها وهذه ثيب حقيقة لان الثيب حقيقة من زالت عذرتها وهذه كذلك فيجري عليها أحكام الثيب ومن أحكامها أنه لا يجوز نكاحها بغير اذنها نصا فلا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة ان علة وضع النطق شرعا واقامة السكوت مقامه في البكر هو الحياء وقد وجد ودلالة ان العلة ما قلنا اشارة النص والمعقول أما الاول فلما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال تستأمر النساء في أبضاعهن فقالت عائشة رضي الله عنها لان البكر تستحيي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها فالاستدلال به أن قوله صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها خرج جوابا لقول عائشة رضي الله عنها ان البكر تستحيي أي عن الاذن بالنكاح نطقا والجواب يقتضي اعادة السؤال لان الجواب لا يتم بدون السؤال كانه قال صلى الله عليه وسلم اذا كانت البكر تستحيي عن الاذن بالنكاح نطقا فاذنها صماتها فهذا اشارة الى أن الحياء علة وضع النطق وقيام الصمات مقام الاذن علة منصوصة وعلة النص لا تتقيد بمحل النص كالطواف في الهرة ونحو ذلك وأما المعقول فهو أن الحياء في البكر مانع من النطق بصريح الاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال لان النكاح سبب الوطء والناس يستقبحون ذلك منها ويذمونها وينسبونها الى الوقاحة وذلك مانع لها من النطق بالاذن الصريح وهي محتاجة الى النكاح فلو شرط استنطاقها وهي لا تنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه وهذا لا يجوز والحياء موجود في حق هذه وان كانت ثيبا حقيقة لان زوال بكارتها لم تظهر للناس فيستقبحون منها الاذن بالنكاح صريحا ويعدونه من باب الوقاحة ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح ويشتهر الزنا فحينئذ لا يستقبح الاظهار بالاذن ولا يعد عيبا بل الامتناع عن الاذن عند استئمار الولي يعد رعونة منها لحصول العلم للناس بظهور رغبتها في الرجال (وأما الحديث) فالمراد منه الثيب التي تعارفها الناس ثيبا لان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف بين الناس ولهذا لم تدخل البكر التي زالت عذرتها بالطفرة والوثبة والحيضة ونحو ذلك في هذا الحديث وان كانت ثيبا حقيقة والله أعلم وعلى هذا يخرج انكاح الاب والجد والثيب الصغيرة انه جائز عند أصحابنا وعند الشافعي أنه لا يجوز انكاحها للحال ويتأخر الى ما بعد البلوغ فيزوجها الولي بعد البلوغ باذنها صريحا لا بالسكوت واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة اسم للصغيرة في اللغة ولان الثيابة دليل العلم بمصالح النكاح ولان حدوثها يكون بعد العقل والتمييز عادة وقد حصل لها بالتجربة والممارسة وهذا ان لم يصلح لاثبات الولاية لها يصلح دافعا ولاية الولي عنها للحال والتأخير الى ما بعد البلوغ بخلاف البكر البالغة لان البكارة دليل الجهل بمنافع النكاح ومضاره فالتحق عقلها بالعدم على ما مر ولان النكاح في جانب النساء ضرر قطعا لما نذكر ان شاء الله تعالى فلا مصلحة الا عند الحاجة الى قضاء الشهوة لان مصالح النكاح

يقف عليه ولم يوجد فى الثيب الصغيرة والجواز فى البكر ثبت بفعل النبى صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضى الله عنهم على ماذكرنا فيما تقدم (ولنا) قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والايم اسم لانثى لازوج لها كبيرة أو صغيرة فيقتضى ثبوت الولاية عاما الا من خص بدليل ولان الولاية كانت ثابتة قبل زوال البكارة لوجود سبب ثبوت الولاية وهو القرابة الكاملة والشفقة الوافرة ووجود شرط الثبوت وهى حاجة الصغيرة الى النكاح لاستيفاء المصالح بعد البلوغ وعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولى عليه والعارض ليس الا الثيابة وأثرها فى زيادة الحاجة الى الانكاح لانها مارست الرجال وصحبتهم وللصحبة أثر فى الميل الى من تعاشره معاشرة جميلة فلما ثبتت الولاية على البكر الصغيرة فلان تبقى على الثيب الصغيرة أولى والمراد من الحديث البالغة لما مر والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة تزويج كتزويج الصغير والصغيرة عند أصحابنا الثلاثة أصليا كان الجنون أو طارئا بعد البلوغ وقال زفر ليس للولى ان يزوج المجنون جنونا طارئا (وجه) قوله ان ولاية الولى قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا تعود بعد ذلك بطريان الجنون كما لو بلغ مغمى عليه ثم زال الاغماء (ولنا) انه وجد سبب ثبوت الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولى عليه وهو حاجته وفى ثبوت الولاية فائدة فتثبت ولهذا تثبت فى الجنون الاصلى كذا فى الطارئ وتثبت ولاية التصرف فى ماله كذا فى نفسه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس التصرف فهو أن يكون التصرف نافعا فى حق المولى عليه لا ضارا فى حقه فليس للاب والوصى والجد أن يزوج عبد الصغير والصغيرة حرة ولا أمة لغيرهما لان هذا التصرف ضار فى حق المولى عليه لان المهر والنفقة يتعلقان برقبة العبد من غير أن يحصل للصغير مال فى مقابلته والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولى كالطلاق والعتاق والتبرعات وكذا كل من يتصرف على غيره بالاذن لا يملك انكاح العبد كالمكاتب والشريك والمضارب والمأذون لان اطلاق التصرف لهؤلاء مقيد بالنظر وأما تزويج الامة حرا أو عبدا لغيرها فيملكه الاب والجد والوصى والمكاتب والمفاوض والقاضى وأمين القاضى لانه نفع محض لكونه تحصيل مال من غير أن يقابله مال فيملكه هؤلاء ألا ترى انهم يملكون البيع مع أنه مقابلة المال بالمال فهذا أولى فأما شريك العنان والمضارب والمأذون فلا يملكون تزويج الامة فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يملكون (وجه) قول أبى يوسف أن هذا تصرف نافع لانه تحصيل مال لا يقابله مال فيملكونه كشريك المفاوضة (وجه) قولهما ان تصرف هؤلاء يختص بالتجارة والنكاح ليس من التجارة بدليل ان المأذونة لا تزوج نفسها ولو كان النكاح تجارة لملكت لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال فلم يكن تجارة فلا يدخل تحت ولايتهم بخلاف المفاوض لان تصرفه يختص بالنفع لا بالتجارة وهذا نافع ولو زوج امته من عبد ابنه قال أبو يوسف يجوز وقال زفر لا يجوز (وجه) قول زفر ان تزويج عبده الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب فكان الاب فيه كالاجنبى واحتمال الضرر ثابت لجواز أن يبيع الامة فيتعلق المهر والنفقة برقبة العبد فيتضرر به الصغير فيصير كانه زوجه أمة الغير (ولنا) ان ثبوت الولاية موجود فلا يمتنع الثبوت الا لمكان الضرر وهذا نفع لا مضرة فيه لان الاولاد له ولا يتعلق المهر والنفقة برقبة العبد فكان نفعا محضا فيملكه قوله يحتمل ان يبيعه قلنا ويحتمل أن لا يبيعه فلا يجوز تعطيل الولاية المحققة للحال لامر يحتمل الوجود والعدم وعلى هذا يخرج ما اذا زوج الاب أو الجد الصغيرة من كفء بدون مهر المثل أو زوج ابنه الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها انه ان كان ذلك مما يتغابن الناس فى مثله لا يجوز بالاجماع وان كان مما لا يتغابن الناس فى مثله يجوز فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد لا يجوز وذكر هشام عنهما ان النكاح باطل ولو زوج ابنته الصغيرة بمهر مثلها من غير كفء فهو على هذا الخلاف ولو فعل غير الاب والجد شيأ مما ذكرنا لا يجوز فى قولهم جميعا (وجه) قولهما أن ولاية الانكاح تثبت نظرا فى حق المولى عليه

ولا نظر فى الحط على مهر المثل فى انكاح الصغيرة ولا فى الزيادة على مهر المثل فى انكاح الصغير بل فيه ضرر بهما والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولى ولهذا لا يملك غير الاب والجد كذا هذا ولابى حنيفة ما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه زوج عائشة رضى الله عنها وهى صغيرة من رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسمائة درهم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك ومعلوم ان مهر مثلها كان أضعاف ذلك ولان الاب وافر الشفقة على ولده ينظر له مالا ينظر لنفسه والظاهر أنه لا يفعل ذلك الا لتوفير مقصود من مقاصد النكاح هو أنفع وأجدى من كثير من المال من موافقة الاخلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ونحو ذلك من المعانى المقصودة بالنكاح فكان تصرفه والحالة هذه نظرا للصغير والصغيرة لا ضررا بهما بخلاف غير الاب والجد لان وجه الضرر فى تصرفهما ظاهر وليس ثمة دليل يدل على اشتماله على المصلحة الباطنة الخفية التى تزيد على الضرر الظاهر لان ذلك انما يعرف بوفور الشفقة ولم يوجد بخلاف ما اذا باع الاب أمة لهما بأقل من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه أنه لا يجوز لان البيع معاوضة المال بالمال والمقصود من المعاوضات المالية هو الوصول الى العوض المالى ولم يوجد وبخلاف ما اذا زوج أمتهما بأقل من مهر مثلها أنه لا يجوز لانه أنفع لهما فيما يحصل للامة من حظ الزوج وانما منفعتهما فى حصول عوض بضع الامة لهما وهو مهر المثل ولم يحصل وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس فى مثله أو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها من رجل فزوجها من رجل بدون صداق مثلها أو من غير كفء فهو على اختلاف الوكيل بالبيع المطلق ونذكر المسئلة ان شاء الله تعالى فى كتاب الوكالة وعلى هذا الوكيل بالتزويج من جانب الرجل أو المرأة اذا زوج الموكل من لا تقبل شهادة الوكيل له فهو على الاختلاف فى البيع ونذكر ذلك كله ان شاء الله تعالى فى كتاب الوكالة وعلى هذا الخلاف الوكيل من جانب الرجل بالتزويج اذا زوجه أمة لغيره أنه يجوز عند أبى حنيفة لاطلاق اللفظ ولسقوط اعتبار الكفاءة من جانب النساء وعندهما لا يجوز لان المطلق ينصرف الى المتعارف وتعتبر الكفاءة من جانبين عندهما فى مثل هذا الموضع لمكان العرف استحسانا على ما نذكر ان شاء الله تعالى فى موضعه ولو أقر الاب على ابنته الصغيرة بالنكاح أو على ابنه الصغير لا يصدق فى اقراره حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يصدق من غير شهود وصورة المسئلة فى موضعين أحدهما ان تدعى امرأة نكاح الصغير أو يدعى رجل نكاح الصغيرة والاب ينكر ذلك فيقيم المدعى بينة على اقرار الاب بالنكاح فعند أبى حنيفة لا تقبل هذه الشهادة حتى يشهد شاهدان على نفس العقد وعندهما تقبل ويظهر النكاح والثانى أن يدعى رجل نكاح الصغيرة أو امرأة نكاح الصغير بعد بلوغهما وهما منكران ذلك فأقام المدعى البينة على اقرار الاب بالنكاح فى حال الصغر وعلى هذا الخلاف الوكيل بالنكاح اذا أقر على موكله أو على موكلته بالنكاح والمولى اذا أقر على عبده بالنكاح أنه لا يقبل عند أبى حنيفة وعندهما يقبل وأجمعوا على أن المولى اذا أقر على أمته بالنكاح أنه يصدق من غير شهادة (وجه) قولهما أنه ان أقر بعقد يملك انشاءه فيصدق فيه من غير شهود كما لو أقر بتزويج أمته ولا شك أنه أقر بعقد يملك انشاءه لانه يملك انشاء النكاح على الصغير والصغيرة والعبد ونحو ذلك واذا ملك انشاءه لم يكن متهما فى الاقرار فيصدق كالمولى اذا أقر بالفىء فى مدة الايلاء وزوج المعتدة اذا قال فى العدة راجعتك لما قلنا كذا هذا ولابى حنيفة قول النبى صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود نفى النكاح بغير شهود من غير فصل بين الانعقاد والظهور بل الحمل على الظهور أولى لان فيه عملا بحقيقة اسم الشاهد اذ هو اسم لفاعل الشهادة وهو المؤدى لها والحاجة الى الاداء عند الظهور لا عند الانعقاد ولانه أقر على الغير فيما لا يملكه بعقد لا يتم به وحده وانما يتم به وبشهادة الآخرين فلا يصدق الا بمساعدة آخرين قياسا على الوكلاء الثلاثة فى النكاح والبيع

ودلالة

ودلالة الوصف أنه أقر بالنكاح والاقرار بالنكاح اقرار بمنافع البضع وانها غير مملوكة ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها لا للاب بخلاف الامة فان منافع بضعها مملوكة فكان ذلك اقرارا بما ملك فأبو حنيفة اعتبر ولاية العقد وملك المعقود عليه وهما اعتبرا ولاية العقد فقط والله عز وجل اعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ولاية الندب والاستحباب فهي الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا في قول أبي حنيفة وزفر وقول أبي يوسف الاول وفي قول محمد وأبي يوسف الآخر الولاية عليها ولاية مشتركة وعند الشافعي هي ولاية مشتركة أيضا الا في العبادة فانها للولي خاصة وشرط ثبوت هذه الولاية على أصل أصحابنا هو رضا المولى عليه لا غير وعند الشافعي هذا وعبارة الولي أيضا وعلى هذا ينبني الحرة البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من رجل أو وكلت رجلا بالتزويج فتزوجها أو زوجها فضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف الاول سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء بمهر وافر أو قاصر غير أنها اذا زوجت نفسها من غير كفء فللاولياء حق الاعتراض وكذا اذا زوجت بمهر قاصر عند أبي حنيفة خلافا لهما وستأتي المسئلة ان شاء الله في موضعها وفي قول محمد لا يجوز حتى يجيزه الولي والحاكم فلا يحل للزوج وطؤها قبل الاجازة ولو وطئها يكون وطأ حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وايلاؤه ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء وهو قول أبي يوسف الآخر روى الحسن بن زياد عنه وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انها اذا زوجت نفسها من كفء ينفذ وتثبت سائر الاحكام وروى عن محمد انه اذا كان للمرأة ولي لا يجوز نكاحها الا باذنه وان لم يكن لها ولي جاز انكاحها على نفسها وروى عن محمد انه رجع الى قول أبي حنيفة وقول الشافعي مثل قول محمد في ظاهر الرواية انه لا يجوز نكاحها بدون الولي الا انهما اختلفا فقال محمد ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ باذن الولي واجازته وينعقد بعبارة الولي وينفذ باذنها واجازتها فعند الشافعي لا عبارة للنساء في باب النكاح أصلا حتى لو توكلت امرأة بنكاح امرأة من وليها فتزوجت لم يجز عنده وكذا اذا زوجت بنتها باذن القاضي لم يجز احتج الشافعي بقوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم هذا خطاب للاولياء والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ومتى ثبتت الولاية عليها كانت هي مولياً عليها ضرورة فلا تكون والية وقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي لان النكاح من جانب النساء عقد اضرار بنفسه وحكمه وثمرته أما نفسه فانه رق وأسر قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته وقال عليه الصلاة والسلام اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان أي أسيرات والارقاق اضرار وأما حكمه فانه ملك فالزوج يملك التصرف في منافع بضعها استيفاء بالوطء واسقاطا بالطلاق ويملك حجرها عن الخروج والبروز وعن التزوج بزوج وأما ثمرته فالاستفراش كرها وجبرا ولا شك ان هذا اضرار الا أنه قد ينقلب مصلحة وينجبر ما فيه من الضرر اذا وقع وسيلة الى المصالح الظاهرة والباطنة ولا يستدرك ذلك الا بالرأي الكامل ورأيها ناقص لنقصان عقلها فبقي النكاح مضرة فلا تملكه واحتج محمد رحمه الله بما روي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل والباطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولان للاولياء حقا في النكاح بدليل أن لهم حق الاعتراض والفسخ ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه والتصرف في حق الانسان يقف جوازه على جواز صاحب الحق كالامة اذا زوجت نفسها بغير اذن وليها (وجه) ما روي عن أبي يوسف انها اذا زوجت نفسها من كفء ينفذ لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب لحوق العار والشين بهم بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية اليهم وقد بطل هذا المعنى بالتزويج من كفء بحققه انها لو وجدت كفأ وطلبت من المولى الانكاح منه لا يحل له الامتناع ولو امتنع يصير عاضلا

فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه (وجه) ما روى عن محمد من الفرق بين ما اذا كان لها ولى و بين ما اذا لم يكن لها ولى أن وقوف العقد على اذن الولى كان لحق الولى لا لحقها فاذا لم يكن لها ولى فلا حق للولى فكان الحق لها خاصة فاذا عقدت فقد تصرفت فى خالص حقها فنفذ وأما اذا زوجت نفسها من كفء و بلغ الولى فامتنع من الاجازة فرفعت أمرها الى الحاكم فانه يجيزه فى قول أبى يوسف وقال محمد يستأنف العقد (وجه) قوله ان العقد كان موقوفا على اجازة الولى فاذا امتنع من الاجازة فقد رده فيرتد و يبطل من الاصل فلا بد من الاستئناف (وجه) قول أبى يوسف انه بالامتناع صار عاضلا اذ لا يحل له الامتناع من الاجازة اذا زوجت نفسها من كفء فاذا امتنع فقد عضلها فخرج من أن يكون وليا وانقلبت الولاية الى الحاكم ولابى حنيفة الكتاب العزيز والسنة والاستدلال أما الكتاب فقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقاده بلفظ الهبة فكانت حجة على المخالف فى المسئلتين وقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أضاف النكاح اليها فيقتضى تصور النكاح منها والثانى انه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضى انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهى وقوله عز وجل فلا جناح عليهما أن يتراجعا أى يتناكحا أضاف النكاح اليهما من غير ذكر الولى وقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن الآية والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أضاف النكاح اليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولى والثانى أنه نهى الاولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن اذا تراضى الزوجان والنهى يقتضى تصوير المنهى عنه وأما السنة فما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للولى مع الثيب أمر وهذا قطع ولاية الولى عنها و روى عنه أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها وأما الاستدلال فهو انها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها فى النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبى العاقل اذا بلغ والجامع ان ولاية الانكاح انما ثبتت للاب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها اليه حالا ومآلا وكونها عاجزة عن احراز ذلك بنفسها وكون الاب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف فى نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها لان النيابة الشرعية انما تثبت بطريق الضرورة نظرا فتزول بزوال الضرورة مع ان الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر وثبوت الشئ مع المنافى لا يكون الا بطريق الضرورة ولهذا المعنى زالت الولاية عن انكاح الصغير العاقل اذا بلغ وتثبت الولاية له وهذا المعنى موجود فى الفرع ولهذا زالت ولاية الاب عن التصرف فى مالها وتثبت الولاية لها كذا هذا واذا صارت ولى نفسها فى النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة وأما الآية فالخطاب للاولياء بالانكاح ليس يدل على أن الولى شرط جواز الانكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس فان النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة الى الخروج الى محافل الرجال وفيه نسبتهن الى الوقاحة بل الاولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن فخرج الخطاب بالامر بالانكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب والدليل عليه ما ذكر سبحانه وتعالى عقيبه وهو قوله تعالى والصالحين من عبادكم وامائكم ثم لم يكن الصلاح شرط الجواز ونظيره قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا أو تحمل الآية الكريمة على انكاح الصغار عملا بالدلائل كلها وعلى هذا يحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء ان ذلك على الندب والاستحباب وكذا قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى مع ما حكى عن

بعض

بعض النقلة ان ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جملتها هذا ولهذا لم يخرج في الصحيحين على انا نقول بموجب الاحاديث لكن لما قلتم ان هذا انكاح بغير ولي بل المرأة ولية نفسها لما ذكرنا من الدلائل والله أعلم وأما قوله صلى الله عليه وسلم النكاح عقد ضرر فممنوع بل هو عقد منفعة لاشتماله على مصالح الدين والدنيا من السكن والالف والمودة والتناسل والعفة عن الزنا واستيفاء المرأة بالنفقة الا أن هذه المصالح لا تحصل الا بضرب ملك عليها اذ لو لم تكن لا تصير ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر وفي الخروج والبروز فساد السكن لان قلب الرجل لا يطمئن اليها وفي التزوج بزوج آخر فساد الفراش لانها اذا جاءت بولد يشتبه النسب ويضيع الولد فالشرع ضرب عليها نوع ملك ضرورة حصول المصالح فكان الملك وسيلة الى المصالح والوسيلة الى المصلحة مصلحة وتسمية النكاح رقا بطريق التمثيل لا بطريق التحقيق لانعدام حقيقة الرق وقوله عقلها ناقص قلنا هذا النوع من النقصان لا يمنع العلم بمصالح النكاح فلا يسلب أهلية النكاح ولهذا لا يسلب أهلية سائر التصرفات من المعاملات والديانات حتى يصح منها التصرف في المال على طريق الاستبداد وان كانت تجري في التصرفات المالية خيانات خفية لا تدرك الا بالتأمل ويصح منها الاقرار بالحدود والقصاص ويؤخذ عليها الخطاب بالايمان وسائر الشرائع فدل ان مالها من العقل كاف والدليل عليه انه اعتبر عقلها في اختيار الازواج حتى لو طلبت من الولي أن يزوجها من كفء يفترض عليه التزويج حتى لو امتنع يصير عاضلا وينوب القاضي منابه في التزويج وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل ان مداره على الزهري فعرض عليه فأنكره وهذا يوجب ضعفا في الثبوت يحقق الضعف ان راوي الحديث عائشة رضي الله عنها ومن مذهبها جواز النكاح بغير ولي والدليل عليه ما روي انها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير واذا كان مذهبها في هذا الباب هذا فكيف تروي حديثا لا تعمل به ولئن ثبت فنحمله على الامة لانه روي في بعض الروايات أيما امرأة نكحت بغير اذن مواليها دل ذكر الموالي على ان المراد من المرأة الامة فيكون عملا بالدلائل أجمع وأما قول محمد ان للولي حقا في النكاح فنقول الحق في النكاح لها على الولي لا للولي عليها بدليل انها تزوج على الولي اذا غاب غيبة منقطعة واذا كان حاضرا يجبر على التزويج اذا أبى وعضل تزوج عليه والمرأة لا تجبر على النكاح اذا أبت وأراد الولي فدل أن الحق لها عليه ومن ترك حق نفسه في عقد له قبل غيره لم يوجب ذلك فساده على انه ان كان للولي فيه ضرب حق لكن أثره في المنع من اللزوم اذا زوجت نفسها من غير كفء لا في المنع من النفاذ والجواز لان في حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يلحقهم من الشين والعار بنسبة غير الكفء اليهم بالصهرية فان زوجت نفسها من كفء فقد حصلت الصيانة فزال المانع من اللزوم فيلزم وان تزوجت من غير كفء ففي النفاذ ان كان ضرر بالاولياء وفي عدم النفاذ ضرر بها بابطال أهليتها والاصل في الضررين اذا اجتمعا أن يدفعا ما أمكن وههنا أمكن دفعهما بأن نقول بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنها وبعدم اللزوم وثبوت ولاية الاعتراض للاولياء دفعا للضرر عنهم ولهذا نظير في الشريعة فان العبد المشترك بين اثنين اذا كاتب أحدهما نصيبه فقد دفع الضرر عنه حتى لو ادى بدل الكتابة يعتق ولكنه لم يلزمه حتى كان للشريك الآخر حق فسخ الكتابة قبل أداء البدل دفعا للضرر وكذا العبد اذا أحرم بحجة أو بعمرة صح احرامه حتى لو أعتق يمضي في احرامه لكنه لم يلزمه حتى ان للمولى أن يحلله دفعا للضرر عنه وكذا للشفيع حق تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه ثم لو وهب المشتري الدار نفذت هبته دفعا للضرر عنه لكنها لا تلزم حتى للشفيع حق قبض الهبة والاخذ بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما شرط التقدم فشيئان أحدهما العصوبة عند أبي حنيفة فتقدم العصبة على ذوي الرحم

سواء كانت العصبة أقرب أو أبعد وعندهما هي شرط ثبوت أصل الولاية على ما مر والثاني قرب القرابة يتقدم الاقرب على الابعد سواء كان في العصبات أو في غيرها على أصل أبي حنيفة وعلى أصلهما هذا شرط التقدم لكن في العصبات خاصة بناء على أن العصبات شرط ثبوت أصل الولاية عندهما وعنده هي شرط التقدم على غيرهم من القرابات فما دام ثمة عصبة فالولاية لهم يتقدم الاقرب منهم على الابعد وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم الاقرب منهم يتقدم على الابعد وانما اعتبر الاقرب فالاقرب في الولاية لان هذه ولاية نظر وتصرف الاقرب انظر في حق المولى عليه لانه أشفق فكان هو أولى من الابعد ولان القرابة ان كانت استحقاقها بالتعصيب كما قالا فالابعد لا يكون عصبة مع الاقرب فلا يلي معه ولئن كان استحقاقها بالوراثة كما قال أبو حنيفة فالابعد لا يرث مع الاقرب فلا يكون وليا معه واذا عرف هذا فنقول اذا اجتمع الاب والجد في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة فالاب أولى من الجد أب الاب لوجود العصوبة والقرب والجد أب الاب وان علا أولى من الاخ لاب وأم والاخ أولى من العم هكذا وعند أبي يوسف ومحمد الجد والاخ سواء كما في الميراث فان الاخ لا يرث مع الجد عنده فكان بمنزلة الاجنبي وعندهما يشتركان في الميراث فكانا كالاخوين وان اجتمع الاب والابن في المجنونة فالابن أولى عند أبي يوسف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف وروى المعلى عن أبي يوسف أنه قال أيهما زوج جاز وان اجتمعا قلت للاب زوج وقال محمد الاب أولى به (وجه) قوله ان هذه الولاية تثبت نظرا للمولى عليه وتصرف الاب انظر لها لانه أشفق عليها من الابن ولهذا كان هو أولى بالتصرف في مالها ولان الاب من قومها والابن ليس منهم ألا ترى أنه ينسب الى أبيه فكان اثبات الولاية عليها لقرابتها أولى (وجه) قول أبي يوسف ان ولاية التزويج مبنية على العصوبة والاب مع الابن اذا اجتمعا فالابن هو العصبة والاب صاحب فرض فكان كالاخ لام مع الاخ لاب وأم (وجه) رواية المعلى انه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب التقدم أما الاب فلانه من قومها وهو أشفق عليها وأما الابن فلانه يرثها بالتعصيب وكل واحد من هذين سبب التقدم فايهما زوج جاز وعند الاجتماع يقدم الاب تعظيما واحتراما له وكذلك اذا اجتمع الاب وابن الابن وان سفل فهو على هذا الخلاف والافضل في المسئلتين ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما للاب واحترازا عن موضع الخلاف وعلى هذا الخلاف اذا اجتمع الجد والابن قال أبو يوسف الابن أولى وقال محمد الجد أولى والوجه من الجانبين على نحو ما ذكرنا فاما الاخ والجد فهو على الخلاف الذي ذكرنا بين أبي حنيفة وصاحبيه وأما من غير العصبات فكل من يرث يزوج عند أبي حنيفة ومن لا فلا وبيان من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في كتاب الفرائض ثم انما يتقدم الاقرب على الابعد اذا كان الاقرب حاضرا أو غائبا غيبة غير منقطعة فاما اذا كان غائبا غيبة منقطعة فللابعد أن يزوج في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ولاية للابعد مع قيام الاقرب بحال وقال الشافعي يزوجها السلطان واختلف مشايخنا في ولاية الاقرب أنها تزول بالغيبة أو تبقى قال بعضهم انها باقية الا ان حدثت للابعد ولاية لغيبة الاقرب فيصير كان لها وليين مستويين في الدرجة كالاخوين والعمين وقال بعضهم تزول ولايته وتنتقل الى الابعد وهو الاصح (وجه) قول زفر ان ولاية الاقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا لو زوجها حيث هو يجوز فقيام ولايته تمنع الانتقال الى غيره والشافعي يقول ان ولاية الاقرب باقية كما قال زفر الا أنه امتنع دفع حاجتها من قبل الاقرب مع قيام ولايته عليها بسبب الغيبة فتثبت الولاية للسلطان كما اذا خطبها كفء وامتنع الولي من تزويجها منه ان للقاضي ان يزوجها والجامع بينهما دفع الضرر عن الصغيرة (ولنا) ان ثبوت الولاية للابعد زيادة نظر في حق العاجز فتثبت له الولاية كما في الاب مع الجد اذا كانا حاضرين ودلالة ما قلنا ان الابعد أقدر على تحصيل النظر للعاجز

لان

لان مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والمهر ولا شك ان الابعد متمكن من احراز الكفء الحاضر بحيث لا يفوته غالبا والاقرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على احرازه غالبا لان الكفء الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالبا وكذا الكفء المطلق لان المرأة تخطب حيث هي عادة فكان الابعد أقدر على احراز الكفء من الاقرب فكان أقدر على احراز النظر فكان أولى بثبوت الولاية له اذ المرجوح فى مقابلة الراجح ملحق بالعدم فى الاحكام كما فى الاب مع الجد وأما قوله ان ولاية الاقرب قائمة فممنوع ولا نسلم أنه يجوز انكاحه بل لا يجوز فولايته منقطعة بواحدة وقد روى عن أصحابنا مايدل على هذا فانهم قالوا ان الاقرب اذا كتب كتابا الى الابعد ليقدم رجلا فى الصلاة على جنازة الصغير فان للابعد ان يمتنع عن ذلك ولو كانت ولاية الاقرب قائمة لما كان له الامتناع كما اذا كان الاقرب حاضرا فقدم رجلا ليس للابعد ولاية المنع والمعقول يدل عليه وهو أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه ولا مدفع لحاجته برأى الاقرب لخر وجه من أن يكون منتفعا به بالغيبة فكان ملحقا بالعدم فصار كانه جن أومات اذ الموجود الذى لا ينتفع به والعدم الاصلى سواء ولان القول بثبوت الولاية للابعد مع ولاية الاقرب يؤدى الى الفساد لان الاقرب ربما يز وجها من انسان حيث هو ولا يعلم الابعد بذلك فيز وجها من غيره فيطؤها الز وج الثانى و يجىء بالاولاد ثم يظهر أنها ز وجة الاول وفيه من الفساد مالا يخفى ثم ان سلمنا على قول بعض المشايخ فلا تنافى بين الولايتين فايهما ز وج جاز كما اذا كان لها اخوان أو عمان فى درجة واحدة وفيه كمال النظر فى حق العاجز لان الكفء ان اتفق حيث الابعد ز وجها منه وان اتفق حيث الاقرب ز وجها منه فيكمل النظر الآن فى حال الحضرة يرجح الاقرب باعتبار زيادة الشفقة لزيادة القرابة و به تبين ان نقل الولاية الى السلطان باطل لان السلطان ولى من لا ولى له وههنا لها ولى أو وليان فلا تثبت الولاية للسلطان الا عند العضل من الولى ولم يوجد والله الموفق واختلفت الاقاويل فى تحديد الغيبة المنقطعة وعن أبى يوسف روايتان فى رواية قال ما بين بغداد والرى وفى رواية مسيرة شهر فصاعدا وما دونه ليس بغيبة منقطعة وعن محمد روايتان أيضا روى عنه ما بين الكوفة الى الرى و روى عنه من الرقة الى البصرة وذكر ابن شجاع اذا كان غائبا فى موضع لا تصل اليه القوافل والرسل فى السنة الا مرة واحدة فهو غيبة منقطعة واذا كانت القوافل تصل اليه فى السنة غير مرة فليست بمنقطعة وعن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل البخارى انه قال ان كان الاقرب فى موضع يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه فهو غيبة منقطعة وان كان لا يفوت فليست بمنقطعة وهذا أقرب الى الفقه لان التعويل فى الولاية على تحصيل النظر للمولى عليه. ودفع الضرر عنه وذلك فيما قاله هذا اذا اجتمع فى الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان أحدهما أقرب والآخر أبعد فاما اذا كانا فى الدرجة سواء كالاخوين والعمين ونحو ذلك فلكل واحد منهما على حياله ان يزوج رضى الآخر أوسخط بعد ان كان التزويج من كفء بمهر وافر وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ليس لاحد الاولياء ولاية الانكاح مالم يجتمعوا بناء على أن هذه الولاية ولاية شركة عنده وعندنا وعند العامة ولاية استبداد (وجه) قوله ان سبب هذه الولاية هو القرابة وانها مشتركة بينهم فكانت الولاية مشتركة لان الحكم يثبت على وفق العلة وصار كولاية الملك فان الجارية بين اثنين اذا زوجها أحدهما لا يجوز من غير رضا الآخر لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان الولاية لا تتجزأ لانها ثبتت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة وما لا يتجزأ اذا ثبت بجماعة سبب لا يتجزأ يثبت لكل واحد منهم على الكمال كانه ليس معه غيره كولاية الامان بخلاف ولاية الملك لان سببها الملك وأنه متجزئ فيتقدر بقدر الملك فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا على حدة فان وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس أحدهما أولى من الآخر وان وقعا مرتبا فان كان لا يدرى السابق فكذلك لما قلنا ولانه لو جاز لجاز بالتجزئ ولا يجوز العمل بالتجزئ فى الفروج

وان علم السابق منهما من اللاحق جاز الاول ولم يجز الآخر وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا نكح الوليان فالاول أحق وأما اذا زوج أحد الاولياء الحرة البالغة العاقلة برضاها من غير كفء بغير رضا الباقين فحكمه يذكر ان شاء الله تعالى فى شرائط اللزوم

﴿ فصل ﴾ وأما ولاية الولاء فسبب ثبوتها الولاء قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب سبب لثبوت الولاية كذا الولاء والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة أما ولاء العتاقة فولاية ولاء العتاقة نوعان ولاية حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب عند أبى حنيفة وعند محمد ولاية استبداد وولاية شركة على ما بينا فى ولاية القرابة وشرط ثبوت هذه الولاية ماهو شرط ثبوت تلك الولاية الا أن هذه الولاية اختصت بشرط وهو أن لا يكون للمعتق عصبة من جهة القرابة فان كان فلا ولاية للمعتق لانه لا ولاء له لان مولى العتاقة آخر العصبات وان لم يكن ثمة عصبة من جهة القرابة فله أن يزوج سواء كان المعتق ذكرا أو أنثى واما مولى الموالاة فله ولاية التزويج فى قول أبى حنيفة عند استجماع سائر الشرائط وانعدام سائر الورثة لانه آخر الورثة وعند أبى يوسف ومحمد ليس له ولاية التزويج أصلا ورأسا لان العصوبة شرط عندهما ولم توجد

﴿ فصل ﴾ وأما ولاية الامامة فسببها الامامة وولاية الامامة نوعان أيضا كولاية القرابة وشرطها ماهو شرط تلك الولاية فى النوعين جميعا ولها شرطان آخران أحدهما يعم النوعين جميعا وهو أن لا يكون هناك ولى أصلا لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لا ولى له والثانى يخص أحدهما وهو ولاية الندب والاستحباب أو ولاية الشركة على اختلاف الاصل وهو لعضل من الولى لان الحرة البالغة العاقلة اذا طلبت الانكاح من كفء وجب عليه التزويج منه لانه منهى عن العضل والنهى عن الشئ أمر بضده فاذا امتنع فقد أضر بها والامام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية اليه وليس للوصى ولاية الانكاح لانه يتصرف بالامر فلا يعدو موضع الامر كالوكيل وان كان الميت أوصى اليه لا يملك أيضا لانه أراد بالوصاية اليه نقل ولاية الانكاح وأنها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت وكذا الفضولى لانعدام سبب ثبوت الولاية فى حقه أصلا ولو أنكح ينعقد موقوفا على الاجازة عندنا وعند الشافعى لا ينعقد أصلا والمسئلة ستأتى فى كتاب البيوع

﴿ فصل ﴾ ومنها الشهادة وهى حضور الشهود والكلام فى هذا الشرط فى ثلاث مواضع أحدها فى بيان أن أصل الشهادة شرط جواز النكاح أم لا والثانى فى بيان صفات الشاهد الذى ينعقد النكاح بحضوره والثالث فى بيان وقت الشهادة أما الاول فقد اختلف أهل العلم فيه قال عامة العلماء ان الشهادة شرط جواز النكاح وقال مالك ليست بشرط وانما الشرط هو الاعلان حتى لو عقد النكاح وشرط الاعلان جاز وان لم يحضره شهود ولو حضرته شهود وشرط عليهم الكتمان لم يجز ولا خلاف فى أن الاشهاد فى سائر العقود ليس بشرط ولكنه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى فى باب المداينة يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه والكتابة لا تكون لنفسها بل للاشهاد ونص عليه فى قوله واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال عز وجل فى باب الرجعة وأشهدوا ذوى عدل منكم (وجه) قول مالك ان النكاح انما يمتاز عن السفاح بالاعلان فان الزنا يكون سرا فيجب أن يكون النكاح علانية وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن نكاح السر والنهى عن السر يكون أمرا بالاعلان لان النهى عن الشئ أمر بضده وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أعلنوا النكاح ولو بالدف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا نكاح الا بشهود وروى لا نكاح الا بشاهدين وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الزانية التى تنكح نفسها بغير بينة ولو لم تكن الشهادة شرطا لم

تكن

تكن زانية بدونها ولان الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع الا بالشهود لانها لا تندفع الا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر الا بقول الشهود وبه تبين ان الشهادة فى النكاح ما شرطت الا فى النكاح للحاجة الى دفع الجحود والانكار لان ذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين و بالتسامع وبهذا فارق سائر العقود فان الحاجة الى الشهادة هناك لدفع احتمال الشهود النسيان أو الجحود والانكار فى الثانى اذ ليس بعدها ما يشهرها ليندفع به الجحود فتقع الحاجة الى الدفع بالشهادة فندب اليها وما روى أنه نهى عن نكاح السر فنقول بموجبه لكن نكاح السر مالم يحضره شاهدان فاما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر اذ السر اذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرا قال الشاعر

وسرك ما كان عند امرئ * وسر الثلاثة غير الخفى

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح لانهما اذا أحضراه شاهدين فقد أعلناه وقوله صلى الله عليه وسلم ولو بالدف ندب الى زيادة علانه وهو مندوب اليه والله عز و جل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما صفات الشاهد الذى ينعقد به النكاح وهى شرائط تحمل الشهادة للنكاح فمنها العقل ومنها البلوغ ومنها الحرية فلا ينعقد النكاح بحضرة المجانين والصبيان والمماليك قنا كان المملوك أو مدبرا أو مكاتبا من مشايخنا من أصل فى هذا أصلا فقال كل من صلح أن يكون وليا فى النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا فيه والا فلا وهذا الاعتبار صحيح لان الشهادة من باب الولاية لانها تنفيذ القول على الغير والولاية هى نفاذ المشيئة وهؤلاء ليس لهم ولاية الانكاح لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون لهم ولاية على غيرهم الا المكاتب فانه يزوج أمته لكن لا بولاية نفسه بل بولاية مولاه بتسليطه على ذلك بعقد الكتابة وكان لتزويج من المولى من حيث المعنى فلا يصلح شاهدا ومنهم من قال كل من يملك قبول عقد بنفسه ينعقد ذلك العقد بحضوره ومن لا فلا وهذا الاعتبار صحيح أيضا لان الشهادة من شرائط ركن العقد وركنه وهو الايجاب والقبول ولا وجود للركن بدون القبول فكما لا وجود للركن بدون القبول حقيقة لا وجود له شرعا بدون الشهادة وهؤلاء لا يملكون قبول العقد بأنفسهم فلا ينعقد النكاح بحضورهم والدليل على أنهم ليسوا من أهل الشهادة ان قاضيا لو قضى بشهادتهم ينفسخ قضاؤه عليه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه أصل فيه أصلا وقال كل من جاز الحكم بشهادته فى قول بعض الفقهاء ينعقد النكاح بحضوره ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا يجوز بحضوره وهذا الاعتبار صحيح أيضا لان الحضور لفائدة الحكم بها عند الاداء فاذا جاز الحكم بها فى الجملة كان الحضور مفيدا ولا يجوز الحكم بشهادة هؤلاء عند البعض من الفقهاء ألا ترى ان قاضيا لو قضى بشهادتهم ينفسخ عليه قضاؤه

﴿ فصل ﴾ ومنها الاسلام فى نكاح المسلم المسلمة فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمة بشهادة الكفار لان الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وكذا لا يملك الكافر قبول نكاح المسلم ولو قضى قاض بشهادته على المسلم ينقض قضاؤه وأما المسلم اذا تزوج ذمية بشهادة ذميين فانه يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء كانا موافقين لها فى الملة أو مخالفين وقال محمد و زفر والشافعى لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين أما الكلام مع الشافعى فهو مبنى على أن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة على أصلنا وعلى أصله غير مقبولة وأما الكلام مع محمد و زفر فانهما احتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل والمراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطى لاجماعنا على أن فسق التعاطى لا يمنع انعقاد النكاح ولان الاشهاد شرط جواز العقد والعقد يتعلق وجوده بالطرفين طرف الزوج وطرف المرأة ولم يوجد الاشهاد على الطرفين لان شهادة الكافر حجة فى حق

الكافر ليست بحجة في حق المسلم فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الاشهاد في جانب الزوج فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل ولو كان كذلك لم يكن النكاح كذا هذا ولهما عمومات النكاح من الكتاب والسنة نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا وغير ذلك مطلقا عن غير شرط الا أن أهل الشهادة واسلام الشاهد صار شرطا في نكاح الزوجين المسلمين بالاجماع فمن ادعى كونه شرطا في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروى لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من النفي اثبات ظاهر وهذا نكاح بشهود لان الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام والبيان والكافر من أهل الاعلام والبيان لان ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالمشهود به وقد وجد الا أن شهادته على المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخلة تحته ولان الشهادة من باب الولاية لما بينا والكافر الشاهد يصلح ولياً في هذا العقد بولاية نفسه ويصلح قابلا لهذا العقد بنفسه فيه صلح شاهدا وكذا يجوز للقاضي الحكم بشهادته هذه للمسلم لانه محل الاجتهاد على ما نذكر ولو قضى لا ينفذ قضاؤه فينفذ النكاح بحضوره وأما الحديث فقد قيل انه ضعيف ولئن ثبت فنحمله على نفي الندب والاستحباب توفيقا بين الدلائل وأما قوله العقد خلا عن الاشهاد في جانب الزوج لان شهادة الكافر ليست بحجة في حق المسلم فنقول شهادة الكافر ان لم تصلح حجة للكافر على المسلم فتصلح حجة للمسلم على الكافر لانها انما لا تصلح حجة على المسلم لانها من باب الولاية وفي جعلها حجة على المسلم اثبات الولاية للكافر على المسلم وهذا لا يجوز وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانا اذا جعلناها حجة للمسلم ما كان فيه اثبات الولاية للكافر وهذا جائز على انا ان سلمنا قوله ليس بحجة في حق المسلم لكن حضوره على ان قوله حجة ليس بشرط لانعقاد النكاح فانه ينعقد بحضور من لا تقبل شهادته عليه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهل يظهر نكاح المسلم الذمية بشهادة ذميين عند الدعوى ينظر في ذلك ان كانت المرأة هي المدعية للنكاح على المسلم والمسلم منكر لا يظهر بالاجماع لان هذه شهادة الكافر على المسلم وانها غير مقبولة وان كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة فعلى أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يظهر سواء قال الشاهدان كان معنا عند العقد رجلان مسلمان أو لم يقولا ذلك واختلف المشايخ على أصل محمد قال بعضهم يظهر كما قالا وقال بعضهم لا يظهر سواء قالا كان معنا رجلان مسلمان أو لم يقولا ذلك وهو الصحيح من مذهبه ووجهه أن هذه شهادة قامت على نكاح فاسد وعلى اثبات فعل المسلم لانهما ان شهدا على نكاح حضراه فقط لا تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على نكاح فاسد عنده وان شهدا على انهما حضراه ومعهما رجلان مسلمان لا تقبل أيضا لان هذه ان كانت شهادة الكافر على الكافر لكن فيها اثبات فعل المسلم فيكون شهادة على مسلم فلا تقبل كمسلم ادعى عبدا في يد ذمي فجحد الذمي دعوى المسلم وزعم أن العبد عبده فأقام المسلم شاهدين ذميين على ان العبد عبده وقضى له به على هذا الذمي قاض فلا تقبل شهادتهما وان كان هذا شهادة الكافر على الكافر لكن لما كان فيها اثبات فعل المسلم بشهادة الكافر وهو قضاء القاضي لم تقبل كذا هذا (وجه) الكلام لابي حنيفة وابي يوسف على نحو ما ذكرنا في جانب الاعتقاد أن الشهادة من باب الولاية وللكافر ولاية على الكافر ولو كان الشاهدان وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين فشهدا للزوج فعلى أصلهما لا يشكل انه تقبل شهادتهما لانهما لو كانا في الوقتين جميعا كافرين تقبل فههنا أولى واختلف المشايخ على أصل محمد قال بعضهم تقبل وقال بعضهم لا تقبل فمن قال تقبل نظر الى وقت الاداء ومن قال لا تقبل نظر الى وقت التحمل

(فصل)

﴿ فصل ﴾ ومنها سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر أو سمع أحدهما كلام أحدهما والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح لان الشهادة أعنى حضور الشهود شرط ركن العقد وركن العقد هو الايجاب والقبول فيما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها العدد فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين وأما عدالة الشاهد فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا فينعقد بحضور الفاسقين وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور من ظاهره العدالة واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولان الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان انما يثبت بالعدالة ولنا أن عمومات النكاح مطلقة عن شرط ثم اشتراط أصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها ثبت بالدليل فمن ادعى شرط العدالة فعليه البيان ولان الفسق لا يقدح فى ولاية الانكاح بنفسه لما ذكرنا فى شرائط الولاية وكذا يجوز للحاكم الحكم بشهادته فى الجملة ولو حكم لا ينقض حكمه لانه محل الاجتهاد فكان من أهل تحمل الشهادة والفسق لا يقدح فى أهلية التحمل وانما يقدح فى الاداء فيظهر أثره فى الاداء لا فى الانعقاد وقد ظهر حتى لا يجب على القاضى القضاء بشهادته ولا يجوز أيضا الا اذا تحرى القاضى الصدق فى شهادته وكذا كون الشاهد غير محدود فى القذف ليس بشرط لانعقاد النكاح فينعقد بحضور المحدود فى القذف غير انه ان كان قد تاب بعد ما حد ينعقد النكاح بالاجماع وان كان لم يتب لا تقبل شهادته عندنا على التأبيد خلافا للشافعى لان كونه مردود الشهادة على التأبيد يقدح فى الاداء لا فى التحمل ولانه يصلح وليا فى انكاح بولاية نفسه ويصح القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته فى الجملة فينعقد النكاح بحضوره وان حد ولم يتب أو لم يتب ولم يحد ينعقد عندنا خلافا للشافعى وهى مسئلة شهادة الفاسق وكذا بصر الشاهد ليس بشرط فينعقد النكاح بحضور الاعمى لما ذكرنا ولان العمى لا يقدح الا فى الاداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له ألا ترى انه لا يقدح فى ولاية الانكاح ولا فى قبول النكاح بنفسه ولا فى المنع من جواز القضاء بشهادته فى الجملة فكان من أهل أن ينعقد النكاح بحضوره وكذا ذكورة الشاهدين ليست بشرط عندنا وينعقد النكاح بحضور رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعى شرط ولا ينعقد الا بحضور رجلين ونذكر المسئلة فى كتاب الشهادات وكذا اسلام الشاهدين ليس بشرط فى نكاح الكافرين فينعقد نكاح الزوجين الكافرين بشهادة كافرين وكذا تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت وهذا عندنا وعند الشافعى اسلام الشاهد شرط لانه ينعقد نكاح الكافر بشهادة الكافر ولا تقبل شهادتهم أيضا والكلام فى القبول نذكره فى كتاب الشهادات ونتكلم ههنا فى انعقاد النكاح بشهادته واحتج الشافعى بالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولا عدالة مع الكفر لان الكفر أعظم الظلم وأفحشه فلا يكون الكافر عدلا فلا ينعقد النكاح بحضوره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من النفى اثبات من حيث الظاهر والكفر لا يمنع كونه شاهدا لما ذكرنا وكذا لا يمنع أن يكون وليا فى النكاح بولاية نفسه ولا قابلا للعقد بنفسه ولا جواز للقضاء بشهادته فى الجملة وكذا كون شاهد النكاح مقبول الشهادة عليه ليس بشرط لانعقاد النكاح بحضوره وينعقد النكاح بحضور من لا تقبل شهادته عليه أصلا كما اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه منها وهذا عندنا وعند الشافعى لا ينعقد (وجه) قوله ان الشهادة فى باب النكاح للحاجة الى صيانته عن الجحود والانكار والصيانة لا تحصل الا بالقبول فاذا لم يكن مقبول الشهادة لا تحصل الصيانة ولنا أن

الاشتهار في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والانكار والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول على ان معنى الصيانة يحصل بسبب حضورهما وان كان لا تقبل شهادتهما لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما فاذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة وكذا اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه لا منها او ابنيها لا منه يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الحجر والانكار ينظران وقعت شهادتهما الواحد من الابوين لا تقبل وان وقعت عليه تقبل لان شهادة الابن لابويه غير مقبولة وشهادتهما عليه مقبولة ولو زوج الاب ابنته من رجل بشهادة ابنيه وهما أخوا المرأة فلا يشك انه يجوز النكاح واذا وقع الجحود بين الزوجين فان كان الاب مع الجاحد منهما أيهما كان تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على الاب فتقبل وان كان الاب مع المدعى منهما أيهما كان لا تقبل شهادتهما عند أبي يوسف وعند محمد تقبل فأبو يوسف نظر الى الدعوى والانكار فقال اذا كان الاب مع المنكر فشهادتهما تقع على الاب فتقبل واذا كان مع المدعى فشهادتهما تقع للاب لان التزويج كان من الاب فلا تقبل ومحمد نظر الى المنفعة وعدم المنفعة فقال ان كان للاب منفعة لا تقبل سواء كان مدعيا أو منكرا وان لم يكن له منفعة تقبل وههنا لا منفعة للاب فتقبل والصحيح نظر محمد لان المانع من القبول هو التهمة وانها تنشأ عن النفع وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا قال رجل لعبده ان كلمك زيد فأنت حر ثم قال العبد كلمني زيد وأنكر المولى فشهد للعبد ابنا زيد ان أباهما قد كلمه والمولى ينكر تقبل شهادتهما في قول محمد سواء كان زيد يدعى الكلام أو لا يدعى لانه لا منفعة لزيد في الكلام وعند أبي يوسف ان كان زيد يدعى الكلام لا تقبل وان كان لا يدعى تقبل وكذلك هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فان كان حقوق العقد لا ترجع الى العاقد تقبل شهادتهما عند محمد سواء ادعى الوكيل أو لم يدع لانه ليس فيه منفعة وعند أبي يوسف ان كان يدعى لا تقبل وان كان منكرا تقبل

﴿ فصل ﴾ وأما بيان وقت هذه الشهادة وهى حضور الشهود فوقتها وقت وجود ركن العقد وهو الايجاب والقبول لا وقت وجود الاجازة حتى لو كان العقد موقوفا على الاجازة فحضروا عقد الاجازة ولم يحضروا عند العقد لم تجز لان الشهادة شرط ركن العقد فيشترط وجودها عند الركن والاجازة ليست بركن بل هى شرط النفاذ في العقد الموقوف وعند وجود الاجازة يثبت الحكم بالعقد من حين وجوده فتعتبر الشهادة في ذلك الوقت والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ ومنها أن تكون المرأة محللة وهى أن لا تكون محرمة على التأبيد فان كانت محرمة على التأبيد فلا يجوز نكاحها لان الانكاح احلال واحلال المحرم على التأبيد محال والمحرمات على التأبيد ثلاثة أنواع محرمات بالقرابة ومحرمات بالمصاهرة ومحرمات بالرضاع أما النوع الاول فالمحرمات بالقرابة سبع فرق الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الآية أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فاما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال بحرمة الاعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة وهى منع الله تعالى الاعيان عن تصرفنا فيها باخراجهما من أن تكون محلا لذلك شرعا وهو التصرف الذى يعتاد ايقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح واما أن يضمر فيه الفعل وهو الاستمتاع والنكاح في تحريم كل واحد منهما تحريم الآخر لانه اذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيدا لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريما للنكاح واذا حرم النكاح وانه شرع وسيلة الى الاستمتاع والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريما للمقصود بالطريق الاولى واذا عرف هذا فنقول يحرم على الرجل أمه بنص الكتاب وهو قوله تعالى حرمت عليكم

أمهاتكم

أمهاتكم وتحرم عليه جداته من قبل أبيه وأمه وان علون بدلالة النص لان الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الاجداد والجدات فكانت الجدات أقرب منهن فكان تحريمهن تحريما للجدات من طريق الاولى كتحريم التأفيف نصا يكون تحريما للشتم والضرب دلالة وعليه اجماع الامة أيضا وتحرم عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى و بناتكم سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعموم النص وقال الشافعي لا تحرم عليه البنت من السفاح لان نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة اليه شرعا فلا تدخل تحت نص الارث والنفقة في قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم وفي قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن كذا ههنا ولنا نقول بنت الانسان اسم لانثى مخلوقة من مائه حقيقة والكلام فيه فكانت بنته حقيقة الا أنه لا تجوز الاضافة شرعا اليه لما فيه من اشاعة الفاحشة وهذا لا ينفي النسبة الحقيقية لان الحقائق لا مرد لها وهكذا نقول في الارث والنفقة ان النسبة الحقيقية ثابتة الا أن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعا لجريان الارث والنفقة لمعنى ومن ادعى ذلك ههنا فعليه البيان وتحرم بنات بناته و بنات أبنائه وان سفلن بدلالة النص لانهن أقرب من بنات الاخ و بنات الاخت ومن الاخوات أيضا لان الاخوات أولاد ابيه وهن أولاد أولاده فكان ذكر الحرمة هناك ذكرا للحرمة ههنا دلالة وعليه اجماع الامة أيضا وتحرم عليه أخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله عز وجل وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم سواء كن لاب وأم أولاب أولام لاطلاق اسم الاخت والعمة والخالة ويحرم عليه عمة أبيه وخالته لاب وأم أولاب أولام وعمة أمه وخالته لاب وأم أولاب أولام بالاجماع وكذا عمة جده وخالته وعمة خالته وخالتها لاب وأم أولاب أولام تحرم بالاجماع وتحرم عليه بنات الاخ و بنات الاخت بالنص وهو قوله تعالى و بنات الاخ و بنات الاخت و بنات بنات الاخ والاخت وان سفلن بالاجماع ومنهم من قال ان حرمة الجدات و بنات البنات ونحوهن ممن ذكرنا يثبت بالنص أيضا لانطلاق الاسم عليهن فان جدة الانسان تسمى اماله و بنت بنته تسمى بنتاله فكانت حرمتهن ثابتة بعين النص لكن هذا لا يصح الاعلى قول من يقول يجوز أن يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد اذا لم يكن بين حكميهما منافاة لان اطلاق اسم الام على الجدة واطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز الاترى أن من نفى اسم الام والبنت عنهما كان صادقا في النفي وهذا من العلامات التي يفرق بها بين الحقيقة والمجاز وقد ظهر أمر هذه التفرقة في الشرع أيضا حتى ان من قال لرجل لست أنت بابن فلان لجده لا يصير قاذفا له حتى لا يؤخذ بالحد ولان نكاح هؤلاء يفضي الى قطع الرحم لان النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة و بسببها تجري الخشونة بينهما وذلك يفضي الى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا اليه وقطع الرحم حرام والمفضي الى الحرام حرام وهذا المعنى يعم الفرق السبع لان قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل ويختص الامهات بمعنى آخر وهو ان احترام الام وتعظيمها واجب ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ونهى عن التأفيف لهما فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج وطاعته وخدمته مستحقة عليها للزمها ذلك وانه ينفي الاحترام فيؤدي الى التناقض وتحل له بنت العمة والخالة و بنت العم والخال لان الله تعالى ذكر المحرمات في آية التحريم ثم أخبر سبحانه وتعالى أنه أحل ماوراء ذلك بقوله وأحل لكم ماوراء ذلكم و بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات لم يذكرن في المحرمات فكن مما وراء ذلك فكن محللات وكذا عمومات النكاح لا توجب الفصل ثم خص عنها المحرمات المذكورات في آية التحريم فبقي غيرهن تحت العموم وقد ورد نص خاص في الباب وهو قوله تعالى يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك الى قوله عز وجل و بنات عمك و بنات عماتك و بنات خالك و بنات خالاتك اللاتي هاجرن معك الآية والاصل فيما يثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ان يثبت لامته والخصوص بدليل والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما النوع الثاني فالمحرمات بالمصاهرة أربع فرق الفرقة الاولى أم الزوجة وجداتها من قبل أبيها وأمها وان علون فيحرم على الرجل أم زوجته بنص الكتاب العزيز وهو قوله عز وجل وأمهات نسائكم معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم سواء كان دخل بزوجته أو كان لم يدخل بها عند عامة العلماء وقال مالك وداود الاصفهاني ومحمد بن شجاع البلخي وبشر المريسي أن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد ما لم يدخل بينتها حتى ان من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها أو ماتت لا يجوز له ان يتزوج أمها عند عامة العلماء وعندهم يجوز والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعلي وابن عباس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين رضي الله عنهم مثل قول العامة وروي عن عبد الله بن مسعود وجابر رضي الله عنهما مثل قولهم وهو احدى الروايتين عن علي وزيد بن ثابت وعن زيد بن ثابت انه فصل بين الطلاق والموت قال في الطلاق مثل قولهما وفي الموت مثل قول العامة وجعل الموت كالدخول لانه بمنزلة الدخول في حق المهر وكذا في حق التحريم احتجوا بقوله تعالى وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ذكر أمهات النساء وعطف ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف العطف ثم عقب الجملتين بشرط الدخول والاصل ان الشرط المذكور والاستثناء بمشيئة الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف الى الكل لا الى ما يليه خاصة كمن قال عبده حر وامرأته طالق وعليه حج بيت الله تعالى ان فعل كذا أو قال ان شاء الله تعالى فهذا كذلك فينصرف شرط الدخول الى الجملتين جميعا فلا تثبت الحرمة بدونه ولنا قوله تعالى وأمهات نسائكم كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده لانه مبتدأ وخبره اذ هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الى قوله عز وجل وأمهات نسائكم والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره ويكون خبر الاول خبرا للثاني كقوله جاءني زيد وعمرو ومعناه جاءني عمرو فكان معنى قوله تعالى وأمهات نسائكم أي وحرمت عليكم أمهات نسائكم وانه مطلق عن شرط الدخول فمن ادعى أن الدخول المذكور في آخر الكلمات منصرف الى الكل فعليه الدليل وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا نكح الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ابنتها وليس له أن يتزوج الام وهذا نص في المسئلتين وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا بأس أن يتزوج بنتها وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا يحل له أن يتزوج أمها وهذا نص في المسئلتين وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال في هذه الآية الكريمة أبهموا ما أبهم الله تعالى أي أطلقوا ما أطلق الله تعالى وكذا روي عن عمران ابن حصين أنه قال الآية مبهمة أي مطلقة لا يفصل بين الدخول وعدمه وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه فقد روي الرجوع عنه فانه روي انه أفتى بذلك في الكوفة فلما أتى المدينة ولقي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فذاكرهم رجع الى القول بالحرمة حتى روي أنه لما أتى الكوفة نهى من كان أفتاه بذلك فقيل انها ولدت أولادا فقال انها وان ولدت ولان هذا النكاح يفضي الى قطع الرحم لانه اذا طلق بنتها وتزوج بأمها حملها ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما وقطع الرحم حرام فما أفضى اليه يكون حراما ولهذا المعنى حرم الجمع بين المرأة وبنتها وبين المرأة وأمها وبين عمتها وخالتها على ما نذكر ان شاء الله تعالى بخلاف جانب الام حيث لا تحرم بنتها بنفس العقد على الام لان اباحة النكاح هناك لا تؤدي الى القطع لان الام في ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها في الحظوظ والحقوق والبنت لا تؤثر أمها على نفسها معلوم ذلك بالعادة واذا جاء الدخول تثبت الحرمة لانه تأكدت مودتها لاستيفائها حظها فتلحقها الغضاضة فيؤدي الى القطع ولان الحرمة

تثبت بالدخول بالاجماع والعقد على البنت سبب الدخول بها والسبب يقوم مقام المسبب فى موضع الاحتياط ولهذا تثبت الحرمة بنفس العقد فى منكوحة الاب وحليلة الابن كان ينبغى ان تحرم الربيبة بنفس العقد على الام الا أن شرط الدخول هناك عرفناه بالنص فبقى الحكم فى الآية على أصل القياس (وأما) قولهم ان الشرط المذكور فى آخر كلمات معطوف بعضها على بعض والاستثناء بمشيئة الله تعالى ملحق بالكل فنقول هذا الاصل مسلم فى الاستثناء بمشيئة الله تعالى والشرط المصرح به فأما فى الصفة الداخلة على المذكور فى آخر الكلام فممنوع بل يقتصر على ما يليه فانك تقول جاءنى زيد ومحمد العالم فتقتصر صفة العلم على الذى يليه دون زيد وقوله عز وجل اللاتى دخلتم بهن وصف اياهن بالدخول بهن لا شرط من ادعى الحاق الوصف بالشرط فعليه الدليل على أنه يحتمل أن يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ويحتمل أن لا يكون فيقتصر على ما يليه فلا يلحق بالشك والاحتمال واذا وقع الشك والشبهة فيه فالقول بما فيه الحرمة أولى احتياطا على أن هذه الصفة ان كانت فى معنى الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط أو صفة لاثبات حكم يقتضى وجوده عند وجوده اما لا يقتضى عدمه عند عدمه بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفا على قيام الدليل وفى نفس هذه الآية الكريمة ما يدل عليه فانه قال عز وجل وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان التقييد بالوصف نافيا الحكم فى غير الموصوف لكان ذلك القدر كافيا ونحن نقول بحرمة الام عند الدخول بالربيبة وبحرمة الربيبة عند الدخول بالام بظاهر الآية الكريمة وليس فيها نفى الحرمة عند عدم الدخول ولا اثباتها فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل على حرمة الام بدون الدخول بينتها وهو ما ذكرنا فتثبت الحرمة ولم يقم الدليل على حرمة الربيبة قبل الدخول بالام فلا تثبت الحرمة والله عز وجل أعلم وأما جدات الزوجة من قبل أبيها وأمها فانها عرفت حرمتهن بالاجماع ولما ذكرنا من المعنى فى الامهات لا بعين النص الا على قول من يجيز اشتمال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز عند عدم التنافى بين حكميهما على ما ذكرنا ثم انما تحرم الزوجة وجداتها بنفس العقد اذا كان صحيحا فأما اذا كان فاسدا فلا تثبت الحرمة بالعقد بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة على ما نذكر لان الله تعالى حرم على الزوج أم زوجته مضافا اليه والاضافة لا تنعقد الا بالعقد الصحيح فلا تثبت الحرمة الا به والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الفرقة الثانية فبنت الزوجة وبناتها وبنات بناتها وبنيها وان سفلن اما بنت زوجته فتحرم عليه بنص الكتاب العزيز اذا كان دخل بزوجته فان لم يكن دخل بها فلا تحرم لقوله وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وسواء كانت بنت زوجته فى حجره أو لا عند عامة العلماء وقال بعض الناس لا تحرم عليه الا أن تكون فى حجره وروى ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه نصا لظاهر الآية قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم حرم الله عز وجل بنت الزوجة بوصف كونها فى حجر زوج فيتقيد التحريم بهذا الوصف ألا ترى أنه لما أضافها الى الزوجة يقيد التحريم بها حتى لا يحرم على ربيبته غير الزوجة كذا هذا ولنا أن التنصيص على حكم الموصوف لا يدل على أن الحكم فى غير الموصوف بخلافه اذا لتنصيص لا يدل على التخصيص فتثبت حرمة بنت زوجة الرجل التى دخل بأمها وهى فى حجره بهذه الآية واذا لم تكن فى حجره تثبت حرمتها بدليل آخر وهو كون نكاحها مفضيا الى قطيعة الرحم سواء كانت فى حجره أو لم تكن على ما بينا فيما تقدم الا أن الله تعالى ذكر الحجر بناء على أن عرف الناس وعادتهم ان الربيبة تكون فى حجر زوج أمها عادة فأخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله عز وجل ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق وقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ونحو ذلك وأما بنات بنات الربيبة

و بنات أبنائها وان سفلن فتثبت حرمتهن بالاجماع و بما ذكرنا من المعنى المعقول لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد عند امكان العمل بهما

﴿ فصل ﴾ وأما الفرقة الثالثة فحليلة الابن من الصلب وابن الابن وابن البنت وان سفل فتحرم على الرجل حليلة ابنه من صلبه بالنص وهو قوله عز وجل وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الصلب جاز أن يكون لبيان الخاصية وان لم يكن الابن الا من الصلب لقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه وان كان الطائر لا يطير الا بجناحيه وجاز أن يكون لبيان القسمة والتنويع لان الابن قد يكون من الصلب وقد يكون من الرضاع وقد يكون بالتبنى أيضا على ماذكر فى سبب نزول الآية لان النبى صلى الله عليه وسلم لما تزوج امرأة زيد ابن حارثة بعد ما طلقها زيد وكان ابنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبنى فعابه المنافقون على ذلك وقالوا انه تزوج بحليلة ابنه فنزل قوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وكذلك قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكيلا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطرا ولان حليلة الابن لو لم تحرم على الاب فاذا طلقها الابن ربما يندم على ذلك ويريد العود اليها فاذا تزوجها أبوه أورث ذلك الضغينة بينهما والضغينة تورث القطيعة وقطع الرحم حرام فيجب أن يحرم حتى لا يؤدى الى الحرام ولهذا حرمت منكوحة الاب على الابن كذا هذا سواء كان دخل بها الابن أو لم يدخل بها لان النص مطلق عن شرط الدخول والمعنى لا يوجب الفصل أيضا على ماذكرنا ولان العقد سبب الى الدخول والسبب يقام مقام المسبب فى موضع الاحتياط على ما مر وحليلة ابن الابن وابن البنت وان سفل تحرم بالاجماع أو بما ذكرنا من المعنى لا بعين النص لان ابن الابن يسمى ابنا مجازا لا حقيقة فاذا صارت الحقيقة مرادة لم يبق المجاز مرادا لنا الا على قول من يقول انه يجوز أن يرادا من لفظ واحد والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الفرقة الرابعة فمنكوحة الاب وأجداده من قبل أبيه وان علوا أما منكوحة الاب فتحرم بالنص وهو قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء والنكاح يذكر ويراد به العقد وسواء كان الاب دخل بها أو لا لان اسم النكاح يقع على العقد والوطء فتحرم بكل واحد منهما على ما نذكر ولان نكاح منكوحة الاب يفضى الى قطيعة الرحم لانه اذا فارقها أبوه لعله يندم فيريد أن يعيدها فاذا نكحها الابن أوحشه ذلك وأورث الضغينة وذلك سبب التباعد بينهما وهو تفسير قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام فكان النكاح سبب الحرام وانه تناقض فيحرم دفعا للتناقض الذى هو أثر السفه والجهل جل الله تعالى عنهما وأما منكوحة أجداده فتحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد عند عدم التنافى ثم حرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح وتثبت بالوطء الحلال بملك اليمين حتى ان من وطئ جاريته تحرم عليه أمها وابنتها وجداتها وان علون و بنات بناتها وان سفلن وتحرم هى على أب الواطئ وابنه وعلى أجداد أجداد الواطئ وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا وكذا تثبت بالوطء فى النكاح الفاسد وكذا بالوطء عن شبهة بالاجماع وتثبت باللمس فيهما عن شهوة و بالنظر الى فرجها عن شهوة عندنا ولا تثبت بالنظر الى سائر الاعضاء بشهوة ولا بمس سائر الاعضاء الا عن شهوة بلا خلاف وتفسير الشهوة هى أن يشتهى بقلبه ويعرف ذلك باقراره لانه باطن لا وقوف عليه لغيره وتحرك الآلة وانتشارها هل هو شرط تحقيق الشهوة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم شرط وقال بعضهم ليس بشرط هو الصحيح لان المس والنظر عن شهوة يتحقق بدون ذلك كالعنين والمجبوب ونحو ذلك وقال الشافعى لا تثبت حرمة المصاهرة بالنظر وله فى المس قولان وتثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته وعند الشافعى لا تثبت الحرمة بالزنا فأولى أن لا تثبت بالمس والنظر بدون الملك احتج الشافعى بقوله تعالى وربائبكم

اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن حرم الربائب المضافة الى نسائنا المدخولات وانما تكون المرأة مضافة الينا بالنكاح فكان الدخول بالنكاح شرط ثبوت الحرمة وهذا دخول بلا نكاح فلا تثبت به الحرمة ولا تثبت بالنظر أيضا لانه ليس بمعنى الدخول ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم ولا يجب به شئ فى الاحرام وكذلك اللمس فى قول وفى قول يثبت لانه استمتاع بها من وجه فكان بمعنى الوطء ولهذا حرم بسبب الاحرام كما حرم الوطء وروى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراما أينكح ابنتها أو يتبع البنت حراما أينكح أمها فقال لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان نكاحا حلالا والتحريم بالزنا تحريم الحرام الحلال ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء والنكاح يستعمل فى العقد والوطء فلا يخلو اما أن يكون حقيقة لهما على الاشتراك واما أن يكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر وكيف ما كان يجب القول بتحريمهما جميعا اذ لا تنافى بينهما كانه قال عز وجل ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء عقدا ووطأ وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها وروى حرمت عليه أمها وابنتها وهذا نص فى الباب لانه ليس فيه ذكر النكاح وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها ولو لم يكن النظر الاول محرما الثانى وهو النظر الى فرج ابنتها لم يلحقه اللعن لان النظر الى فرج المرأة المنكوحة نكاحا صحيحا مباح فكيف يستحق اللعن فاذا ثبتت الحرمة بالنظر فبالدخول أولى وكذا باللمس لان النظر دون اللمس فى تعلق الاحكام بهما ألا ترى انه يفسد الصوم بالانزال عن المس ولا يفسد بالانزال عن النظر الى الفرج وفى الحج يلزمه بالمس عن شهوة الدم أنزل أو لم ينزل ولا يلزمه شئ بالنظر الى الفرج عن شهوة أنزل أو لم ينزل فلما ثبتت الحرمة بالنظر فبالمس أولى ولان الحرمة انما تثبت بالنكاح لكونه سببا داعيا الى الجماع اقامة للسبب مقام المسبب فى موضع الاحتياط كما أقيم النوم المفضى الى الحدث مقام الحدث فى انتقاض الطهارة احتياطا لامر الصلاة والقبلة والمباشرة فى التسبب والدعوة أبلغ من النكاح فكان أولى باثبات الحرمة ولان الوطء الحلال انما كان محرما للبنت بمعنى هو موجود هنا وهو انه يصير جامعا بين المرأة وبنتها فى الوطء من حيث المعنى لان وطء احداهما يذكره وطء الاخرى فيصير كانه قاض وطره منهما جميعا ويجوز أن يكون هذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وهذا المعنى موجود فى الوطء الحرام وأما الآية الكريمة فلا حجة له فيها بل هى حجة عليه لانها تقتضى حرمة ربيبته التى هى بنت امرأته التى دخل بها مطلقا سواء دخل بها بعد النكاح أو قبله بالزنا واسم الدخول يقع على الحلال والحرام أو يحتمل أن يكون المراد الدخول بعد النكاح ويحتمل أن يكون قبله فكان الاحتياط هو القول بالحرمة واذا احتمل هذا واحتمل هذا فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال على أن فى هذه الآية اثبات الحرمة بالدخول فى النكاح وهذا ينفى الحرمة بالدخول بلا نكاح فكان هذا احتجاجا بالمسكوت عنه وانه لا يصح على أن فى هذه الآية حجتنا على اثبات الحرمة بالمس لانه ذكر الدخول بهن وحقيقة الدخول بالشئ عبارة عن ادخاله فى العورة الى الحصن فكان الدخول بها هو ادخالها فى الحصن وذلك بأخذ يدها أو شئ منها ليكون هو الداخل بها فأما بدون ذلك فالمرأة هى الداخلة بنفسها فدل أن المس موجب للحرمة أو يحتمل الوطء ويحتمل المس فيجب القول بالحرمة احتياطا وأما الحديث فقد قيل انه ضعيف ثم هو خبر واحد مخالف للكتاب ولئن ثبت فنقول بموجبه لان المذكور فيه هو الاتباع لا الوطء واتباعها أن يراودها عن نفسها وذا لا يحرم عندنا اذ المحرم هو الوطء ولا ذكر له فى الحديث والله عز وجل الموفق (وأما) النوع الثالث وهو المحرمات بالرضاعة فموضع بيانها كتاب الرضاع فكل من حرم لقرابة من الفرق السبع الذين وصفهم الله تعالى يحرم بالرضاعة الا أن الله تعالى بين

المحرمات بالقرابة بيانا بلاغا وبين المحرمات بالرضاعة بيان كفاية حيث لم يذكر على التصريح والتنصيص الا الامهات والاخوات بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ليعلم حكم غير المذكور بطريق الاجتهاد بالاستدلال ووجه الاستدلال نذكره فى كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعليه الاجماع أيضا وكذا كل من يحرم ممن ذكرنا من الفرق الاربع بالمصاهرة يحرم بالرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من الرضاع الا أن الام تحرم بنفس العقد اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالاحرام وكذا جدات الزوجة لابيها وأمها وان علون وبنات بناتها وبنات أبنائها وان سفلن من الرضاع وكذا يحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أبى الرضاع وابى أبيه وتحرم منكوحة ابى الرضاع وابى أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل وكذا يحرم بالوطء أم الموطوأة وبنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها وتحرم الموطوءة على أبى الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا سواء كان الوطء حلالا بأن كان بملك اليمين أو كان الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان زنا والاصل انه يحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب وسبب المصاهرة الا فى مسئلتين يختلف فيهما حكم المصاهرة والرضاع نذكرهما فى كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يقع نكاح المرأة التى يتزوجها جمعا بين ذوات الارحام ولا بين أكثر من أربع نسوة فى الاجنبيات وجملة الكلام فى الجمع ان الجمع فى الاصل نوعان جمع بين ذوات الارحام وجمع بين الاجنبيات أما الجمع بين ذوات الارحام فنوعان أيضا جمع فى النكاح وجمع فى الوطء ودواعيه بملك اليمين أما الجمع بين ذوات الارحام فى النكاح فنقول لا خلاف فى أن الجمع بين الاختين فى النكاح حرام لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم ولان الجمع بينهما يفضى الى قطيعة الرحم لان العداوة بين الضرتين ظاهرة وأنها تفضى الى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم حرام فكذا المفضى وكذا الجمع بين المرأة وبنتها لما قلنا بل أولى لان قرابة الولاد مفترضة الوصل بلا خلاف واختلف فى الجمع بين ذواتى رحم محرم سوى هذين الجمعين بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لا يجوز له نكاح الاخرى من الجانبين جميعا أيتهما كانت غير عين كالجمع بين امرأة وعمتها والجمع بين امرأة وخالتها ونحو ذلك قال عامة العلماء لا يجوز وقال عثمان البتى الجمع فيما سوى الاختين وسوى المرأة وبنتها ليس بحرام واحتج بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ذكر المحرمات وذكر فيما حرم الجمع بين الاختين وأحل ما وراء ذلك والجمع فيما سوى الاختين لم يدخل فى التحريم فكان داخلا فى الاحلال الا أن الجمع بين المرأة وبنتها حرم بدلالة النص لان قرابة الولاد أقوى فالنص الوارد ثمة يكون واردا ههنا من طريق الاولى ولنا الحديث المشهور وهو ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وزاد فى بعض الروايات لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى الحديث أخبر أن من تزوج عمة ثم بنت أخيها أو خالة ثم بنت أختها لا يجوز ثم أخبر أنه اذا تزوج بنت الاخ أولا ثم العمة أو بنت الاخت أولا ثم الخالة لا يجوز أيضا لئلا يشكل ان حرمة الجمع يجوز أن تكون مختصة بأحد الطرفين دون الآخر كنكاح الامة على الحرة أنه لا يجوز ويجوز نكاح الحرة على الامة ولان الجمع بين ذواتى محرم فى النكاح سبب لقطيعة الرحم لان الضرتين يتنازعان ويختلفان ولا يأتلفان هذا أمر معلوم بالعرف والعادة وذلك يفضى الى قطع الرحم وانه حرام والنكاح سبب فيحرم حتى لا يؤدى اليه والى هذا المعنى أشار النبى صلى الله عليه وسلم فى آخر الحديث فيما روى أنه قال انكم لو فعلتم ذلك لقطعتم أرحامهن وروى فى بعض الروايات

فانهن

فانهن يتقاطعن وفى بعضها أنه يوجب القطيعة وروى عن أنس رضى الله عنه أنه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون الجمع بين القرابة فى النكاح وقالوا انه يورث الضغائن وروى عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه أنه كره الجمع بين بنتى عمين وقال لا أحرم ذلك لكن أكرهه أما الكراهة فلمكان القطيعة وأما عدم الحرمة فلان القرابة بينهما ليست بمفترضة الوصل أما الآية فيحتمل أن يكون معنى قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أى ما وراء ما حرمه الله تعالى والجمع بين المرأة وعمتها وبنتها وبين خالتها مما قد حرمه الله تعالى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى هو وحى غير متلو على أن حرمة الجمع بين الاختين معلولة بقطع الرحم والجمع ههنا يفضى الى قطع الرحم فكانت حرمة ثابتة بدلالة النص فلم يكن ما وراء ما حرم فى آية التحريم ويجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل أو بين امرأة وزوجة كانت لابيها وهما واحد لانه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذواتى رحم وقال زفر وابن أبى ليلى لا يجوز لان البنت لو كانت رجلا لكان لا يجوز له أن يتزوج الاخرى لانها منكوحة أبيه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين الاختين وانا نقول الشرط أن تكون الحرمة ثابتة من الجانبين جميعا وهو أن يكون كل واحدة منهما ايتهما كانت بحيث لو قدرت رجلا لكان لا يجوز له نكاح الاخرى ولم يوجد هذا الشرط لان الزوجة منهما لو كانت رجلا لكان يجوز له أن يتزوج الاخرى لان الاخرى لا تكون بنت الزوج فلم تكن الحرمة ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما كالجمع بين الاختين ولو تزوج الاختين معا فسد نكاحهما لان نكاحهما حصل جمعا بينهما فى النكاح وليست احداهما بفساد النكاح بأولى من الاخرى فيفرق بينه وبينهما ثم ان كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول وان كان قد دخل بهما فلكل واحدة منهما العقر وعليهما العدة لان هذا حكم الدخول فى النكاح الفاسد على ما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه وان تزوج احداهما بعد الاخرى جاز نكاح الاولى وفسد نكاح الثانية ولا يفسد نكاح الاولى لفساد نكاح الثانية لان الجمع حصل بنكاح الثانية فاقتصر الفساد عليه ويفرق بينه وبين الثانية فان كان لم يدخل بها فلا مهر ولا عدة وان كان دخل بها فلها المهر وعليها العدة لما بينا ولا يجوز له أن يطأ الاولى ما لم تنقض عدة الثانية لما نذكر ان شاء الله تعالى وان تزوج أختين فى عقدتين لا يدرى أيتهما أولى لا يجوز له التحرى بل يفرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما فاسد بيقين وهى مجهولة ولا يتصور حصول مقاصد النكاح من المجهولة فلا بد من التفريق ثم ان ادعت كل واحدة منهما أنها هى الاولى ولا بينة لها يقضى لهما بنصف المهر لان النكاح الصحيح أحدهما وقد حصلت الفرقة قبل الدخول لا بصنع المرأة فكان الواجب نصف المهر ويكون بينهما لعدم الترجيح اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى وروى عن أبى يوسف أنه لا يلزم الزوج شئ وروى عن محمد أنه يجب عليه المهر كاملا وان قالتا لا ندرى أيتنا الاولى لا يقضى لهما بشئ لكون المدعية منهما مجهولة الا اذا اصطلحتا على شئ فحينئذ يقضى لهما وكذلك المرأة وعمتها وخالتها فى جميع ما وصفنا وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امرأة فى نكاح أختها لا يجوز له ان يتزوجها فى عدة أختها وكذلك التزوج بامرأة هى ذات رحم محرم من امرأة بعد قدمنه والاصل ان ما يمنع صلب النكاح من الجمع بين ذواتى المحارم فالعدة تمنع منه وكذا لا يجوز له ان يتزوج أربعا من الاجنبيات والخامسة تعتد منه سواء كانت العدة من طلاق رجعى أو بائن أو ثلاث أو بالمحرمية الطارئة بعد الدخول أو بالدخول فى نكاح فاسد أو بالوطء فى شبهة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز الا فى عدة من طلاق رجعى وروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل قولنا نحو

علي وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم (وجه) قوله ان المحرم هو الجمع بين الاختين في النكاح والنكاح قد زال من كل وجه لوجود المزيل له وهو الطلاق الثلاث أو البائن ولهذا لو وطئها بعد الطلاق الثلاث مع العلم بالحرمة لزمه الحد فلم يتحقق الجمع في النكاح فلا تثبت الحرمة ولنا ان ملك الحبس للعبد قائم فان الزوج يملك منعها من الخروج والبروز وحرمة التزوج بزوج آخر ثابتة والفراش قائم حتى لو جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق وقد كان قد دخل بها يثبت النسب فلو جاز النكاح لكان النكاح جمعا بين الاختين في هذه الاحكام فيدخل تحت النص ولان هذه أحكام النكاح لانها شرعت وسيلة الى أحكام النكاح فكان النكاح قائما من وجه ببقاء بعض أحكامه والثابت من وجه ملحق بالثابت من وجه في باب الحرمة احتياطا الا ترى انه ألحقت الام والبنت من وجه بالرضاعة بالام والبنت من كل وجه بالقرابة وألحقت المنكوحة من وجه وهي المعتدة بالمنكوحة من كل وجه في حرمة النكاح كذا هذا ولان الجمع قبل الطلاق انما حرم لكونه مفضيا الى قطيعة الرحم لانه يورث الضغينة وانها تفضي الى القطيعة والضغينة ههنا أشد لان معظم النعمة وهو ملك الحل الذي هو سبب اقتضاء الشهوة قد زال في حق المعتدة وبنكاح الثانية يصير جميع ذلك لها وتقوم مقامها وتبقى هي محرومة الحظ الحال من الازواج فكانت الضغينة أشد فكانت أدعى الى القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة لان هناك لم يبق شئ من علائق الزوج الاول فكان لها سبيل الوصول الى زوج آخر فتستوفي حظها من الثاني فتسلى به فلا تلحقها الضغينة أو كانت أقل منه في حال قيام العدة فلا يستقيم الاستدلال ولو خلا بامرأته ثم طلقها لم يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها لانه وجبت عليها العدة بالخلوة فيمنع نكاح الاخت كما لو وجبت بالدخول حقيقة

﴿فصل﴾ وأما الجمع في الوطء بملك اليمين فلا يجوز عند عامة الصحابة مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وروى عن عثمان رضي الله عنه انه قال كل شئ حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه الله تعالى من الاماء الا الجمع أي الجمع في الوطء بملك اليمين وروى ان رجلا سأل عثمان رضي الله عنه عن ذلك فقال ما أحب ان أحله ولكن أحلتهما آية وحرمتهما آية وأما أنا فلا أفعله فخرج الرجل من عنده فلقي عليا فذكر له ذلك فقال لو أن لي من الامر شيئا لجعلت من فعل ذلك نكالا وقول عثمان رضي الله عنه أحلتهما آية وحرمتهما آية عنى بآية التحليل قوله عز وجل الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وبآية التحريم قوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف وذلك منه اشارة الى تعارض دليلي الحل والحرمة فلا تثبت الحرمة مع التعارض ولعامة الصحابة رضي الله عنهم الكتاب العزيز والسنة اما الكتاب فقوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين والجمع بينهما في الوطء جمع فيكون حراما وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين واما قول عثمان رضي الله عنه أحلتهما آية وحرمتهما آية فالاخذ بالمحرم أولى عند التعارض احتياطا للحرمة لانه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا مأثم في ترك المباح ولان الاصل في الابضاع هو الحرمة والاباحة بدليل فاذا تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا فيجب العمل بالاصل وكما لا يجوز الجمع بينهما في الوطء لا يجوز في الدواعي من اللمس والتقبيل والنظر الى الفرج عن شهوة لان الدواعي الى الحرام حرام اذا عرف هذا فنقول اذا ملك أختين فله أن يطأ احداهما لان الامة لا تصير فراشا بالملك واذا وطئ احداهما ليس له ان يطأ الاخرى بعد ذلك لانه لو وطئ لصار جامعا بينهما في الوطء حقيقة وكذا اذا ملك جارية فوطئها ثم ملك أختها كان له ان يطأ الاولى لما قلنا وليس له أن يطأ الاخرى بعد ذلك ما لم يحرم فرج الاولى على نفسه اما بالتزويج أو بالاخراج عن ملكه بالاعتاق أو بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة لانه لو وطئ الاخرى لصار جامعا بينهما

فى الوطء حقيقة وهذا لا يجوز ولو كانتا يحل له وطء الاخرى فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال لا يحل لانه بالكتابة لم يملك وطأها غيره وقال فى هذه الرواية أيضا انه لو ملك فرج الاولى غيره لم يكن له ان يطأ الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطئها لجواز أن تكون حاملا فيكون جامعا ماءه فى رحم أختين فيستبرئها بحيضة حتى يعلم انها ليست بحامل (وجه) ظاهر الرواية انه حرم فرجها على المولى بالكتابة الا ترى انه لو وطئها لزمه العقر ولو وطئت بشبهة أو نكاح كان المهر لها لا للمولى فلا يصير بوطء الاخرى جامعا بينهما فى الوطء ولو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك أختها فليس له أن يطأ المشتراة لانه الفراش يثبت بنفس النكاح ولان ملك النكاح يقصد به الوطء والولد فصارت المنكوحة موطوءة حكما فلو وطئ المشتراة لصار جامعا بينهما فى الوطء ولو كانت فى ملكه جارية قد وطئها ثم تزوج أختها او تزوج أخت أم ولده جاز النكاح عند عامة العلماء ولكن لا يطأ الزوجة ما لم يحرم فرج الامة التى فى ملكه أو أم ولده وقال مالك لا يجوز النكاح (وجه) قوله ان النكاح بمنزلة الوطء بدليل انه به النسب كالوطء وبدليل أنه لا يجوز له أن يطأ المملوكة ههنا بعد نكاح أختها فلو لم يكن بمنزلة الوطء لجاز واذا كان النكاح بمنزلة الوطء يصير بالنكاح جامعا بينهما فى الوطء وانه لا يجوز ولنا أن النكاح ليس بوطء حقيقة وليس بمنزلة الوطء أيضا لان النكاح يلاقى الاجنبية ولا يجوز وطء الاجنبية فلا يكون نكاحها جامعا بينهما فى الوطء الا ان النكاح اذا انعقد يجعل الوطء موجودا حكما بعد الانعقاد لما أن الحكم المختص بالنكاح هو الوطء وثمرته المطلوبة منه الولد ولا حصول له عادة بدون الوطء فجعله الشارع حكما واطئا بعد انعقاد النكاح والحق الولد بالفراش فلو وطئ المملوكة لصار جامعا بينهما وطأ ولان الامة لا تصير فراشا بنفس الوطء عندنا حتى لا يثبت النسب بدون الدعوة فلا يكون نكاح أختها جمعا بينهما فى الفراش فلا يمنع منه وأم الولد فراشها ضعيف حتى ينتفى نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفى من غير لعان وكذا يحتمل النقل الى غيره فلا يتحقق النكاح جمعا بينهما فى الفراش مطلقا فلا يمنع نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفى من غير لعان والله عز وجل أعلم ولا يجوز أن يتزوج أخت أم ولده التى تعتد منه بأنه أعتقها ووجبت عليها العدة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ويجوز أن يتزوج أربعا فى عدتها وقال أبو يوسف ومحمد يجوز كلاهما وقال زفر لا يجوز كلاهما (وجه) قوله ان هذه معتدة فلا يجوز التزوج بأختها وأربع سواها كالحرة المعتدة (وجه) قولهما ان الحرمة فى الحرة لمكان الجمع بينهما فى النكاح من وجه ولم يوجد فى أم الولد لانعدام النكاح أصلا ولان العدة فى أم الولد أثر فراش الملك وحقيقة الفراش فيها لا يمنع النكاح حتى لو تزوج أخت ام ولده وأربع نسوة قبل أن يعتقها جاز فاذا لم يكن فراش الملك حقيقة مانعا فاثره أولى ان لا يمنع ولابى حنيفة انه انما جاز نكاح أخت أم الولد قبل الاعتاق لضعف فراشها على ما بينا فاذا أعتقها قوى فراشها فكان نكاح أختها جمعا بينهما فى الفراش وهو استلحاق نسب ولديهما ولا يجوز استلحاق نسب ولد أختين فى زمان واحد ولهذا لو تزوج أخت أم ولده لا يحل له وطء المنكوحة حتى يزيل فراش أم الولد ونكاح الاربع وان كان جمعا بينهن وبينها فى الفراش لكن الجمع ههنا فى الفراش جائز الا ترى انه جاز قبل الاعتاق فانه اذا تزوج أربعا قبل الاعتاق يحل له وطؤهن ووطء أم الولد فكذا بعد الاعتاق والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ واما الجمع بين الاجنبيات فنوعان أيضا جمع فى النكاح وجمع فى الوطء ودواعيه بملك اليمين اما الجمع فى النكاح فنقول لا يجوز للحر ان يتزوج أكثر من أربع زوجات من الحرائر والاماء عند عامة العلماء وقال بعضهم يباح له الجمع بين التسع وقال بعضهم يباح له الجمع بين ثمانية عشر واحتجوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فالاولون قالوا ان الله تعالى ذكر هذه الاعداد بحرف الواو وانه للجمع وجملتها تسعة فيقتضى اباحة نكاح تسع واستدلوا أيضا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج

تسع نسوة وهو قدوة الامة والآخرون قالوا المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاثة والرباع ضعف الاربعة فجملتها ثمانية عشر ولنا ماروى ان رجلا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلمن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعا وفارق البواقي أمره صلى الله عليه وسلم بمفارقة البواقي ولو كانت الزيادة على الاربع حلالا لما أمره فدل انه منتهى العدد المشروع وهو الاربع ولان في الزيادة على الاربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن لان الظاهر انه لا يقدر على الوفاء بحقوقهن واليه وقعت الاشارة بقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أي لا تعدلوا في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة بخلاف نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم لان خوف الجور منه غير موهوم لكونه مؤيدا على القيام بحقوقهن بالتأييد الالهي فكان ذلك من الآيات الدالة على نبوته لانه آثر الفقر على الغنى والضيق على السعة وتحمل الشدائد والمشاق على الهوينا من العبادات والامور الثقيلة وهذه الاشياء أسباب قطع الشهوات والحاجة الى النساء ومع ذلك كان يقوم بحقوقهن دل انه صلى الله عليه وسلم انما قدر على ذلك بالله تعالى واما الآية فلا يمكن العمل بظاهرها لان المثنى ليس عبارة عن الاثنين ولا الثلاث عن الثلاث والرباع عن الاربع بل أدنى مايراد بالمثنى مرتان من هذا العدد وأدنى مايراد بالثلاث ثلاث مرات من العدد وكذا الرباع وذلك يزيد على التسعة وثمانية عشر ولا قائل به دل ان العمل بظاهر الآية متعذر فلابد لها من تأويل ولها تأويلان أحدهما أن يكون على التخيير بين نكاح الاثنين والثلاث والاربع كانه قال عز وجل مثنى أو ثلاث أو رباع واستعمال الواو مكان أو جائز والثاني أن يكون ذكر هذه الاعداد على التداخل وهو أن قوله وثلاث تدخل فيه المثنى وقوله عز وجل ورباع يدخل فيه الثلاث كما في قوله أئنكم لتكفرون بالذي خلق الارض في يومين ثم قال عز وجل وجعل فيها رواسي من فوقها وبارك فيها وقدر فيها أقواتها في أربعة أيام واليومان الاولان داخلان في الاربع لانه لولم يكن كذلك لكان خلق هذه الجملة في ستة أيام ثم أخبر عز وجل أنه خلق السموات في يومين بقوله عز وجل فقضاهن سبع سموات في يومين فيكون خلق الجميع في ثمانية أيام وقد أخبر الله تعالى انه خلق السموات والارض في ستة أيام فيؤدي الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف فكان على التداخل فكذا ههنا جاز أن يكون العدد الاول داخلا في الثاني والثاني في الثالث فكان في الآية اباحة نكاح الاربع ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين لما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وأما الجمع في الوطء ودواعيه بملك اليمين فجائز وان كثرت الجواري لقوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم أي ان خفتم أن لا تعدلوا في نكاح المثنى والثلاث والرباع بايفاء حقوقهن فانكحوا واحدة وان خفتم أن لا تعدلوا في واحدة فما ملكت أيمانكم كانه قال سبحانه وتعالى هذا أو هذا أي الزيادة على الواحدة الى الاربع عند القدرة على المعادلة وعند خوف الجور في ذلك الواحدة من الحرائر وعند خوف الجور في نكاح الواحدة هو شراء الجواري والتسري بهن وذلك قوله عز وجل أو ماملكت أيمانكم ذكره مطلقا عن شرط العدد وقال تعالى الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين من غير شرط العدد وقال عز وجل والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم مطلقا ولان حرمة الزيادة على الاربع في الزوجات لخوف الجور عليهن في القسم والجماع ولم يوجد هذا المعنى في الاماء لانه لا حق لهن قبل المولى في القسم والجماع

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يكون تحته حرة هو شرط جواز نكاح الامة فلا يجوز نكاح الامة على الحرة والاصل فيه ماروي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الامة على الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولان الحرية

تنبئ عن الشرف والعزة وكمال الحال فنكاح الامة على الحرة ادخال على الحرة من لا يساويها فى القسم وذلك يشعر بالاستهانة والحاق الشين ونقصان الحال وهذا لا يجوز وسواء كان المتزوج حرا أو عبدا عندنا لان ما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل وعند الشافعى يجوز للعبد أن يتزوج أمة على حرة بناء على أن عدم الجواز للحر عنده لعدم شرط الجواز وهو عدم طول الحرة وهذا شرط جواز نكاح الامة عنده فى حق الحر لا فى حق العبد لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا خلو الحرة عن العدة شرط جواز نكاح الامة عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ان يتزوج أمة على حرة تعتد من طلاق بائن أو ثلاث (وجه) قولهما ان المحرم ليس هو الجمع بين الحرة والامة بدليل أنه لو تزوج أمة ثم تزوج حرة جاز وقد حصل الجمع وانما المحرم هو نكاح الامة على الحرة وقال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة ولا يتحقق النكاح عليها بعد البينونة ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج بعد ما أبانها فى عدتها لا يحنث ولابى حنيفة ان نكاح الامة فى عدة الحرة نكاح عليها من وجه لان بعض آثار النكاح قائم فكان النكاح قائما من وجه فكان نكاحها عليها من وجه والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه فى باب المحرمات احتياطا فيحرم كنكاح الاخت فى عدة الاخت ونحو ذلك مما بينا فيما تقدم وأما عدم طول الحرة وهو القدرة على مهر الحرة وخشية العنت فليس من شرط جواز نكاح الامة عند أصحابنا والحاصل ان من شرائط جواز نكاح الامة عند أبى حنيفة أن لا يكون فى نكاح المتزوج حرة ولا فى عدة حرة وعندهما خلو الحرة عن عدة البينونة ليس بشرط لجواز نكاح الامة وعند الشافعى من شرائط جواز نكاح الامة أن لا يكون فى نكاحه حرة وأن لا يكون قادرا على مهر الحرة وأن يخشى العنت حتى اذا كان فى ملكه أمة يطؤها بملك اليمين جاز له أن يتزوج أمة عندنا وعنده لا يجوز لعدم خشية العنت وكذلك الحر يجوز له أن يتزوج أكثر من أمة واحدة عندنا وعنده اذا تزوج أمة واحدة لا يجوز له أن يتزوج أمة أخرى لزوال خشية العنت بالواحدة ولا خلاف فى أن طول الحرة لا يمنع العبد من نكاح الامة احتج الشافعى بقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ومن كلمة شرط فقد جعل الله عز وجل العجز عن طول الحرة شرطا لجواز نكاح الامة فيتعلق الجواز به كما فى قوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ونحو ذلك وقال تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم وهو الزنا شرط سبحانه وتعالى خشية العنت لجواز نكاح الامة فيتقيد الجواز بهذا الشرط أيضا ولان جواز نكاح الاماء فى الاصل ثبت بطريق الضرورة لما يتضمن نكاحهن من ارقاق الحر لان ماء الحر حر تبعا له وكان فى نكاح الحر الامة ارقاق حر جزأ والى هذا أشار عمر رضى الله عنه فيما روى عنه أنه قال أيما حر تزوج أمة فقد أرق نصفه وأيما عبد تزوج حرة فقد أعتق نصفه ولا يجوز ارقاق الجزء من غير ضرورة ولهذا اذا كان تحته حرة لا يجوز نكاح الامة وهذا لان الارقاق اهلاك لانه يخرج به من أن يكون منتفعا به فى حق نفسه ويصير ملحقا بالبهائم وهلاك الجزء من غير ضرورة لا يجوز كقطع اليد ونحو ذلك ولا ضرورة حالة القدرة على طول الحرة فبقى الحكم فيها على هذا الاصل ولهذا لم يجز اذا كانت حرة لارتفاع الضرورة بالحرة بخلاف ما اذا كان المتزوج عبدا لان نكاحه ليس ارقاق الحر لان ماءه رقيق تبعا له وارقاق الرقيق لا يتصور ولنا عمومات النكاح نحو قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم من غير فصل بين حال القدرة على مهر الحرة وعدمها ولان النكاح عقد مصلحة فى الاصل لاشتماله على المصالح الدينية والدنيوية فكان الاصل فيه هو الجواز اذا صدر من الاهل فى المحل وقد وجدوا الآية فيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرة وهذا لا ينفى الاباحة عند وجود

لطول فالتعليق بالشرط عندنا يقتضى الوجود عند وجود الشرط امالا يقتضى العدم عند عدمه قال الله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ثم اذا تزوج واحدة جاز وان كان لا يخاف الجور فى نكاح المثنى والثلاث والرباع وقال تعالى فى الاماء فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وهذا لا يدل على نفى الحد عنهن عند عدم الاحصان وهو التزوج وهو الجواب عن قوله عز وجل ذلك لمن خشى العنت منكم على أن العنت يذكر ويراد به الضيق كقوله عز وجل ولوشاء الله لاعنتكم أى لضيق عليكم أى من يضيق عليه النفقة والاسكان لترك الحرة بالطلاق وتزوج الامة فالطول المذكور يحتمل أن يراد به القدرة على المهر ويحتمل أن يراد به القدرة على الوطء لان النكاح يذكر ويراد به الوطء بل حقيقة الوطء على ما عرف فكان معناه فمن لم يقدر منكم على وطء المحصنات وهى الحرائر والقدرة على وطء الحرة انما يكون فى النكاح ونحن نقول به ان من لم يقدر على وطء الحرة بأن لم يكن فى نكاحه حرة يجوز له نكاح الامة ومن قدر على ذلك بأن كان فى نكاحه حرة لا يجوز له نكاح الامة ونقل هذا التأويل عن على رضى الله عنه فلا يكون حجة مع الاحتمال على أن فيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرة وهذا تقديم وتأخير فى الجواب عن التعليق بالآية وأما قوله نكاح الامة يتضمن ارقاق الحر لان ماء الحر حر فنقول ان عنى به اثبات حقيقة الرق فهذا لا يتصور لان الماء جماد لا يوصف بالرق والحرية وان عنى به التسبب الى حدوث رق الولد فهذا مسلم لكن أثر هذا فى الكراهة لا فى الحرية فان نكاح الامة فى حال طول الحرة فى حق العبد جائز بالاجماع وان كان نكاحها مباشرة سبب حدوث الرق عندنا فكره نكاح الامة مع طول الحرة ولو تزوج أمة وحرة فى عقدة واحدة جاز نكاح الحرة وبطل نكاح الامة لان كل واحدة منهما على صاحبتها مدخولة عليها فيعتبر حالة الاجتماع بحال الانفراد فيجوز نكاح الحرة لان نكاحها على الامة حالة الانفراد جائز فكذا حالة الاجتماع ويبطل نكاح الامة لان نكاحها على الحرة وادخالها عليها لا يجوز حالة الانفراد فكذا عند الاجتماع بخلاف ما اذا تزوج أختين فى عقدة واحدة لان المحرم هناك هو الجمع بين الاختين والجمع حصل بهما فبطل نكاحهما وههنا المحرم هو ادخال الامة على الحرة لا الجمع ألا ترى أنه لو كان نكاح الامة متقدما على نكاح الحرة جاز نكاح الحرة وان وجد الجمع فكذلك اذا اقترن الامران والله عز وجل اعلم وكذلك اذا جمع بين أجنبية وذات محارمه جاز نكاح الاجنبية وبطل نكاح المحرم ويعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد وهل ينقسم المهر عليهما فى قول أبى حنيفة لا ينقسم ويكون كله للاجنبية وعندهما ينقسم المسمى على قدر مهر مثلها .

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا تكون منكوحة الغير لقوله تعالى والمحصنات من النساء معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله والمحصنات من النساء وهن ذوات الازواج وسواء كان زوجها مسلما أو كافرا الا المسبية التى هى ذات زوج سبيت وحدها لان قوله عز وجل والمحصنات من النساء عام فى جميع ذوات الازواج ثم استثنى تعالى منها المملوكات بقوله تعالى الا ما ملكت أيمانكم والمراد منها المسبيات اللاتى سبين وهن ذوات الازواج ليكون المستثنى من جنس المستثنى منه فيقتضى حرمة نكاح كل ذات زوج الا التى سبيت كذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال فى هذه الآية كل ذات زوج اتيانها زنا الا ما سبيت والمراد منه التى سبيت وحدها وأخرجت الى دار الاسلام لان الفرقة ثبتت بتباين الدارين عندنا لا بنفس السبى على ما نذكر ان شاء الله تعالى وصارت هى فى حكم الذمية ولان اجتماع رجلين على امرأة واحدة يفسد الفراش لانه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد وفوات السكن والالفة والمودة فيفوت ما وضع النكاح له

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا تكون معتدة الغير لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله أى ما كتب عليها من التربص ولان بعض أحكام النكاح حالة العدم قائم فكان النكاح قائما من وجه والثابت

من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات ولانه لا يجوز التصريح بالخطبة فى حال قيام العدة ومعلوم ان خطبتها بالنكاح دون حقيقة النكاح فلما لم تجز الخطبة فلان لا يجوز العقد أولى وسواء كانت العدة عن طلاق أوعن وفاة أودخول فى نكاح فاسد أوشبهة نكاح لما ذكرنا من الدلائل ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها اذا لم يكن هناك مانع آخر غير العدة لان العدة حقه قال الله سبحانه وتعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها أضاف العدة الى الازواج فدل أنها حق الزوج وحق الانسان لا يجوز أن يمنعه من التصرف وانما يظهر أثره فى حق الغير ويجوز نكاح المسبية بغير السابى اذا سبيت وحدها دون زوجها وأخرجت الى دار الاسلام بالاجماع لانه وقعت الفرقة بينهما ولا عدة عليها لقوله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم والمراد منه المسبيات اللاتى هن ذوات الازواج فقد أحل الله تعالى المسبية للمولى السابى اذ الاستثناء من التحريم اباحة من حيث الظاهر وقد أحلها عز وجل مطلقا من غير شرط انقضاء العدة فدل أنه لا عدة عليها وكذلك المهاجرة وهى المرأة خرجت الينا من دار الحرب مسلمة مراغمة لزوجها يجوز نكاحها ولا عدة عليها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليها العدة ولا يجوز نكاحها (وجه) قولهما ان الفرقة وقعت بتباين الدار فتقع بعد دخولها دار الاسلام وهى بعد الدخول مسلمة وفى دار الاسلام فتجب عليها العدة كسائر المسلمات ولابى حنيفة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله عز وجل ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن أباح تعالى نكاح المهاجرة مطلقا من غير ذكر العدة وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر نهى الله تعالى المسلمين عن الامساك والامتناع عن نكاح المهاجرة لاجل عصمة الزوج الكافر وحرمته فالامتناع عن نكاحها للعدة والعدة فى حق الزوج يكون امساكا وتمسكا بعصمة زوجها الكافر وهذا منهى عنه ولان العدة حق من حقوق الزوج ولا يجوز أن يبقى للحربى على المسلمة الخارجة الى دار الاسلام حق والدليل عليه أن لا عدة على المسبية وان كانت كافرة على الحقيقة لكنها ليست فى حكم الذمية تجرى عليها أحكام الاسلام ومع ذلك ينقطع عنها حق الزوج الكافر فالمهاجرة المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج الكافر أولى هذا اذا هاجرت الينا وهى حائل فاما اذا كانت حاملا ففيه اختلاف الرواية عن أبى حنيفة وسنذكرها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يكون بها حمل ثابت النسب من الغير فان كان لا يجوز نكاحها وان لم تكن معتدة كمن تزوج أم ولد انسان وهى حامل من مولاها لا يجوز وان لم تكن معتدة لوجود حمل ثابت النسب وهذا لان الحمل اذا كان ثابت النسب من الغير وماؤه محرم لزم حفظ حرمة مائه بالمنع من النكاح وعلى هذا يخرج ما اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا انه يجوز فى قول أبى حنيفة ومحمد ولكن لا يطؤها حتى تضع وقال أبو يوسف لا يجوز وهو قول زفر (وجه) قول أبى يوسف ان هذا الحمل يمنع الوطء فيمنع العقد أيضا كالحمل الثابت النسب وهذا لان المقصود من النكاح هو حل الوطء فاذا لم يحل له وطؤها لم يكن النكاح مفيدا فلا يجوز ولهذا لم يجز اذا كان الحمل ثابت النسب كذا هذا (ولهما) أن المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب لحرمة ماء الوطء ولا حرمة لماء الزنا بدليل أنه لا يثبت به النسب قال النبى صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فاذا لم يكن له حرمة لا يمنع جواز النكاح الا أنها لا توطأ حتى تضع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر ان يجتمعا على امرأة فى طهر واحد وحرمة الوطء بعارض طارئ على المحل لا ينافى النكاح لا بقاء ولا ابتداء كالحيض والنفاس وأما المهاجرة اذا كانت حاملا فعن أبى حنيفة روايتان روى محمد عنه أنه لا يجوز نكاحها وهو احدى روايتى أبى يوسف عنه وعن أبى يوسف

رواية أخرى عن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولكنها لا توطأ حتى تضع (وجه) هذه الرواية ان ماء الحربي لا حرمة له فكان بمنزلة ماء الزاني وذا لا يمنع جواز النكاح كذا هذا الا أنها لا توطأ حتى تضع لما روينا (وجه) الرواية الاخرى ان هذا حمل ثابت النسب لان انساب أهل الحرب ثابتة فيمنع جواز النكاح كسائر الاحمال الثابتة النسب والطحاوي اعتمد رواية أبي يوسف والكرخي رواية محمد وهي المعتمد عليها لان حرمة نكاح الحامل ليست لمكان العدة لا محالة فانها قد تثبت عند عدم العدة كام الولد اذا كانت حاملا من مولاها بل لثبوت نسب الحمل كما في أم الولد والحمل ههنا ثابت النسب فيمنع النكاح وعلى هذا نكاح المسبية دون الزوج اذا كانت حاملا وأخرجت الى دار الاسلام يجب أن يكون على اختلاف الرواية ولا خلاف في أنه لا يحل وطؤها قبل الوضع ولا قبل الاستبراء بحيضة اذا كانت حاملا والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة

❊ فصل ❊ ومنها أن يكون للزوجين ملة يقران عليها فان لم يكن بأن كان أحدهما مرتدا لا يجوز نكاحه أصلا لا بمسلم ولا بكافر غير مرتد والمرتد مثله لانه ترك ملة الاسلام ولا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام اما بالقتل ان كان رجلا بالاجماع واما بالحبس والضرب ان كانت امرأة عندنا الى أن تموت أو تسلم فكانت الردة في معنى الموت لكونها سببا مفضيا اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولان ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة مع المرتدة ولان نكاح المرتد لا يقع وسيلة الى المقاصد المطلوبة منه لانه يجبر على الاسلام على ما بينا فلا يفيد فائدته فلا يجوز والدليل عليه أن الردة لو اعترضت على النكاح رفعته فاذا قارنته تمنعه من الوجود من طريق الاولى كالرضاع لان المنع أسهل من الرفع

❊ فصل ❊ ومنها أن لا تكون المرأة مشركة اذا كان الرجل مسلما فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز أن ينكح الكتابية لقوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم والفرق ان الاصل أن لا يجوز للمسلم أن ينكح الكافرة لان ازدواج الكافرة والمخالطة معها مع قيام العداوة الدينية لا يحصل السكن والمودة الذي هو قوام مقاصد النكاح الا أنه جوز نكاح الكتابية لرجاء اسلامها لانها آمنت بكتب الانبياء والرسل في الجملة وانما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على أنها أخبرت عن الامر على خلاف حقيقته فالظاهر أنها متى نبهت على حقيقة الامر تنبهت وتأتي بالايمان على التفصيل على حسب ما كانت أتت به على الجملة هذا هو الظاهر من حال التي بني أمرها على الدليل دون الهوى والطبع والزوج يدعوها الى الاسلام وينبهها على حقيقة الامر فكان في نكاح المسلم اياها رجاء اسلامها فجوز نكاحها لهذه العاقبة الحميدة بخلاف المشركة فانها في اختيارها الشرك ما ثبت أمرها على الحجة بل على التقليد بوجود الاباء عن ذلك من غير أن ينتهي ذلك الخبر ممن يجب قبول قوله واتباعه وهو الرسول فالظاهر أنها لا تنظر في الحجة ولا تلتفت اليها عند الدعوة فيبقى ازدواج الكافر مع قيام العداوة الدينية المانعة عن السكن والازدواج والمودة خاليا عن العاقبة الحميدة فلم يجز انكاحها وسواء كانت الكتابية حرة أو أمة عندنا وقال الشافعي لا يجوز نكاح الامة الكتابية ويحل وطؤها بملك اليمين واحتج بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والكتابية مشركة على الحقيقة لان المشرك من يشرك بالله تعالى في الالوهية وأهل الكتاب كذلك قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله وقالت النصارى ان الله ثالث ثلاثة سبحانه وتعالى عما يقولون فعموم النص يقتضي حرمة نكاح جميع المشركات الا أنه خص منه الحرائر من الكتابيات بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهن الحرائر فبقيت الاماء منهن على ظاهر العموم ولان جواز نكاح الاماء في الاصل ثبت بطريق الضرورة لما ذكرنا فيما تقدم والضرورة تندفع بنكاح الامة المؤمنة

ولنا عمومات النكاح نحو قوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم وقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وقوله عز وجل فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغير ذلك من غير فصل بين الامة المؤمنة والامة الكافرة الكتابية الا ما خص بدليل وأما الآية فهي في غير الكتابيات من المشركات لان أهل الكتاب وان كانوا مشركين على الحقيقة لكن هذا الاسم في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير أهل الكتاب قال الله تعالى ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين وقال تعالى ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم فصل بين الفريقين في الاسم على أن الكتابيات وان دخلن تحت عموم اسم المشركات بحكم ظاهر اللفظ لكنهن خصصن عن العموم بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وأما الكتابيات اذا كن عفائف يستحققن هذا الاسم لان الاحصان في كلام العرب عبارة عن المنع ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والاسلام والنكاح لان ذلك مانع المرأة عن ارتكاب الفاحشة فيتناولهن عموم اسم المحصنات وقوله الاصل في نكاح الاماء الفساد ممنوع بل الاصل في النكاح هو الجواز حرة كانت المنكوحة أو أمة مسلمة أو كتابية لما مر أن النكاح عقد مصلحة والاصل في المصالح اطلاق الاستيفاء والمنع عنه لمعنى في غيره على ما عرف ولا يجوز للمسلم نكاح المجوسية لان المجوس ليسوا من أهل الكتاب قال الله تبارك وتعالى وهذا كتاب أنزلناه مبارك الى قوله أن يقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا معناه والله أعلم أي أنزلت عليكم لئلا تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ولو كان المجوس من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف فيؤدي الى الخلف في خبره عز وجل وذلك محال على أن هذا لو كان حكاية عن قول المشركين لكان دليلا على ما قلنا لانه حكى عنهم القول ولم يعقبه بالانكار عليهم والتكذيب اياهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير أنكم ليسوا ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ودل قوله سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب على انهم ليسوا من أهل الكتاب ولا يحل وطؤها بملك اليمين أيضا والاصل أن لا يحل وطء كافرة بنكاح ولا بملك يمين الا الكتابية خاصة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن واسم النكاح يقع على العقد والوطء جميعا فيحرمان جميعا ومن كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا كان حكمه حكم أهل الكتاب لانه لو كان أحد أبويه مسلما يعطى له حكم الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى فكذا اذا كان كتابيا يعطى له حكم أهل الكتاب ولان الكتابي له بعض أحكام أهل الاسلام وهو المناكحة وجواز الذبيحة والاسلام يعلو بنفسه وبأحكامه ولان رجاء الاسلام من الكتابي أكثر فكان أولى بالاستتباع وأما الصابئات فقد قال أبو حنيفة انه يجوز للمسلم نكاحهن وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز وقيل ليس هذا باختلاف في الحقيقة وانما الاختلاف لاشتباه مذهبهم فعند أبي حنيفة هم قوم يؤمنون بكتاب فانهم يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب ولكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة في الاستقبال اليها الا انهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم وذا لا يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى وعند أبي يوسف ومحمد انهم قوم يعبدون الكواكب وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز للمسلمين مناكحتهم

﴿فصل﴾ ومنها اسلام الرجل اذا كانت المرأة مسلمة فلا يجوز انكاح المؤمنة الكافر لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولان في انكاح المؤمنة الكافر خوف وقوع المؤمنة في الكفر لان الزوج يدعوها الى دينه والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يؤثروا من الافعال ويقلدونهم في الدين اليه وقعت الاشارة في آخر الآية بقوله عز وجل أولئك يدعون الى النار لانهم يدعون المؤمنات الى الكفر والدعاء الى الكفر دعاء الى النار لان الكفر يوجب النار فكان نكاح الكافر المسلمة سببا داعيا الى الحرام فكان حراما والنص وان ورد

فى المشركين لكن العلة وهى الدعاء الى النار يعم الكفرة أجمع فيتعمم الحكم بعموم العلة فلا يجوز انكاح المسلمة الكتابى كما لا يجوز انكاحها الوثنى والمجوسى لان الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلو جاز انكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل وهذا لا يجوز وأما أنكحة الكفار غير المرتدين بعضهم لبعض فجائز فى الجملة عند عامة العلماء وقال مالك أنكحتهم فاسدة لان للنكاح فى الاسلام شرائط لا يراعونها فلا يحكم بصحة أنكحتهم وهذا غير سديد لقوله عز وجل وامرأته حمالة الحطب سماها الله تعالى امرأته ولو كانت أنكحتهم فاسدة لم تكن امرأته حقيقة ولان النكاح سنة آدم عليه الصلاة والسلام فهم على شريعته فى ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح وان كان أبواه كافرين ولان القول بفساد أنكحتهم يؤدى الى أمر قبيح وهو الطعن فى نسب كثير من الانبياء عليهم الصلاة والسلام لان كثيرا منهم ولدوا من أبوين كافرين والمذاهب تمتحن بعبادها فاسد أفضى الى قبيح عرف فسادها ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض وان اختلفت شرائعهم لان الكفر كله كاملة واحدة اذ هو تكذيب الرب سبحانه وتعالى عما يقولون علوا كبيرا فيما أنزل على رسله صلوات الله وسلامه عليهم وقال الله عز وجل لكم دينكم ولى دين واختلافهم فى شرائعهم بمنزلة اختلاف كل فريق منهم فيما بينهم فى بعض شرائعهم وذا لا يمنع جواز نكاح بعضهم لبعض كذا هذا

﴿فصل﴾ ومنها أن لا يكون أحد الزوجين ملك صاحبه ولا ينتقص منه ملكه فلا يجوز للرجل أن يتزوج بجاريته ولا بجارية مشتركة بينه وبين غيره وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم الآية ثم أباح الله عز وجل الوطء الا بأحد أمرين لان كلمة تتناول أحد المذكورين فلا تجوز الاستباحة بهما جميعا ولان للنكاح حقوقا تثبت على الشركة بين الزوجين منها مطالبة المرأة الزوج بالوطء ومطالبة الزوج الزوجة بالتمكين وقيام ملك الرقبة يمنع من الشركة واذا لم تثبت الشركة فى ثمرات النكاح لا يفيد النكاح فلا يجوز ولان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يجوز ان تثبت على المولى لامته ولا على الحرة لعبدها لان ملك الرقبة يقتضى أن تكون الولاية للمالك وكون المملوك يولى عليه وملك النكاح يقتضى ثبوت الولاية للمملوك على المالك فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد واليا ومولياعليه فى شئ واحد وهذا محال ولان النكاح لا يجوز من غير مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه وكذا لا يجوز أن يتزوج مدبرته ومكاتبته لان كل واحد منهما ملكه فكذا اذا اعترض ملك اليمين على نكاح يبطل النكاح بأن ملك أحد الزوجين صاحبه أو شقصا منه لما نذكر ان شاء الله تعالى فى موضعه

﴿فصل﴾ ومنها التأبيد فلا يجوز النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة وانه نوعان أحدهما أن يكون بلفظ التمتع والثانى أن يكون بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم مقامهما أما الاول فهو أن يقول أعطيك كذا على أن أتمتع منك يوما أو شهرا أو سنة ونحو ذلك وانه باطل عند عامة العلماء وقال بعض الناس هو جائز واحتجوا بظاهر قوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة والاستدلال بها من ثلاثة أوجه أحدها انه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد والثانى انه تعالى أمر بايتاء الاجر وحقيقة الاجارة والمتعة عقد الاجارة على منفعة البضع والثالث انه تعالى أمر بايتاء الاجر بعد الاستمتاع وذلك يكون فى عقد الاجارة والمتعة فأما المهر فانما يجب فى النكاح بنفس العقد ويؤخذ الزوج بالمهر أولا ثم يمكن من الاستمتاع فدلت الآية الكريمة على جواز عقد المتعة ولنا الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم حرم تعالى الجماع الا بأحد شيئين والمتعة

ليست بنكاح ولا بملك يمين فيبقى التحريم والدليل على أنها ليست بنكاح أنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري التوارث بينهما فدل أنها ليست بنكاح فلم تكن هي زوجة له وقوله تعالى في آخر الآية فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون سمى مبتغي ما وراء ذلك عاديا فدل على حرمة الوطء بدون هذين الشيئين وقوله عز وجل ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء وكان ذلك منهم اجارة الاماء نهى الله عز وجل عن ذلك وسماه بغاء فدل على الحرمة وأما السنة فما روي عن علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الانسية وعن سمرة الجهني رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم فتح مكة وعن عبد الله بن عمر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الاهلية وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قائما بين الركن والمقام وهو يقول انى كنت أذنت لكم في المتعة فمن كان عنده شيء فليفارقه ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيأ فان الله قد حرمها الى يوم القيامة وأما الاجماع فان الامة بأسرهم امتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم الى ذلك وأما المعقول فهو أن النكاح ما شرع لاقتضاء الشهوة بل لاغراض ومقاصد يتوسل به اليها واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة الى المقاصد فلا يشرع وأما الآية الكريمة فمعنى قوله فما استمتعتم به منهن أي في النكاح لان المذكور في أول الآية وآخرها هو النكاح فان الله تعالى ذكر أجناسا من المحرمات في أول الآية في النكاح وأباح ما وراءها بالنكاح بقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أي بالنكاح وقوله تعالى محصنين غير مسافحين أي غير متناكحين غير زانين وقال تعالى في سياق الآية الكريمة ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات ذكر النكاح لا الاجارة والمتعة فيصرف قوله تعالى فما استمتعتم به الى الاستمتاع بالنكاح وأما قوله سمى الواجب أجرا فنعم المهر في النكاح يسمى أجرا قال الله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن أي مهورهن وقال سبحانه وتعالى يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وقوله أمر تعالى بايتاء الاجر بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع قلنا قد قيل في الآية الكريمة تقديم وتأخير كأنه تعالى قال فآتوهن أجورهن اذا استمتعتم به منهن أي اذا أردتم الاستمتاع بهن كقوله تعالى يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن أي اذا أردتم تطليق النساء على أنه ان كان المراد من الآية الاجارة والمتعة فقد صارت منسوخة بما تلونا من الآيات وروينا من الاحاديث وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن قوله فما استمتعتم به منهن نسخه قوله عز وجل يا أيها النبي اذا طلقتم النساء وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال المتعة بالنساء منسوخة نسختها آية الطلاق والصداق والعدة والمواريث والحقوق التي يجب فيها النكاح أي النكاح هو الذي تثبت به هذه الاشياء ولا يثبت شيء منها بالمتعة والله أعلم وأما الثاني فهو أن يقول أتزوجك عشرة أيام ونحو ذلك وانه فاسد عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد والشرط باطل وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال اذا ذكرا من المدة مقدار ما يعيشان الى تلك المدة فالنكاح باطل وان ذكرا من المدة مقدار ما لا يعيشان الى تلك المدة في الغالب يجوز النكاح كأنهما ذكرا الابد (وجه) قوله انه ذكر النكاح وشرط فيه شرطا فاسدا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا كما اذا قال تزوجتك الى أن أطلقك الى عشرة أيام (ولنا) أنه لو جاز هذا العقد لكان لا يخلو اما ان يجوز مؤقتا بالمدة المذكورة واما ان يجوز مؤبدا لا سبيل الى الاول لان هذا معنى المتعة الا أنه عبر عنها بلفظ النكاح والتزوج والمعتبر في العقود معانيها لا الالفاظ كالكفالة بشرط براءة الاصيل انها حوالة معنى لوجود الحوالة وان لم يوجد لفظها والمتعة منسوخة ولا وجه للثاني لان فيه استحقاق البضع عليها من غير رضاها وهذا لا يجوز وأما قوله أتى بالنكاح ثم أدخل عليه شرطا فاسدا

فممنوع بل أتى بنكاح مؤقت والنكاح المؤقت نكاح متعة والمتعة منسوخة وصار هذا كالنكاح المضاف أنه لا يصح ولا يقال يصح النكاح وتبطل الاضافة لان المأتى به نكاح مضاف وأنه لا يصح كذا هذا بخلاف ما اذا قال تزوجتك على أن أطلقك الى عشرة أيام لان هناك أبد النكاح ثم شرط قطع التأبيد بذكر الطلاق فى النكاح المؤبد لانه على ان كلمة شرط والنكاح المؤبد لا تبطله الشروط والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها المهر فلا جواز للنكاح بدون المهر عندنا والكلام فى هذا الشرط فى مواضع فى بيان أن المهر هل هو شرط جواز النكاح أم لا وفى بيان أدنى المقدار الذى يصلح مهرا وفى بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح و بيان حكم صحة التسمية وفسادها وفى بيان ما يجب به المهر و بيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام وفى بيان ما يتأكد به كل المهر وفى بيان ما يسقط به الكل وفى بيان ما يسقط به النصف وفى بيان حكم اختلاف الزوجين فى المهر أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا ان المهر شرط جواز نكاح المسلم وقال الشافعى ليس بشرط و يجوز النكاح بدون المهر حتى ان من تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا بأن سكت عن ذكر المهر أو تزوجها على أن لا مهر لها و رضيت المرأة بذلك يجب مهر المثل بنفس العقد عندنا حتى يثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم ولو ماتت المرأة قبل الدخول يؤخذ مهر المثل من الزوج ولو مات الزوج قبل الدخول تستحق مهر المثل من تركته وعنده لا يجب مهر المثل بنفس العقد وانما يجب بالفرض على الزوج أو بالدخول حتى لو دخل بها قبل الفرض يجب مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول بها وقبل الفرض لا يجب مهر المثل بلا خلاف وانما تجب المتعة ولو مات الزوجان لا يقضى بشئ فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد يقضى لورثتها بمهر مثلها ويستوفى من تركة الزوج ولا خلاف فى أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة رفع سبحانه الجناح عمن طلق فى نكاح لا تسمية فيه والطلاق لا يكون الا بعد النكاح فدل على جواز النكاح بلا تسمية وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن والمراد منه الطلاق فى نكاح لا تسمية فيه بدليل أنه أوجب المتعة بقوله فمتعوهن والمتعة انما تجب فى نكاح لا تسمية فيه فدل على جواز النكاح من غير تسمية ولانه متى قام الدليل على أنه لا جواز للنكاح بدون المهر كان ذكره ذكرا للمهر ضرورة احتج الشافعى بقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة سمى الصداق نحلة والنحلة هى العطية والعطية هى الصلة فدل أن المهر صلة زائدة فى باب النكاح فلا يجب بنفس العقد ولان النكاح عقد ازدواج لان اللفظ لا ينبئ الا عنه فيقتضى ثبوت الزوجية بينهما وحل الاستمتاع لكل واحد منهما بصاحبه تحقيقا لمقاصد النكاح الا أنه ثبت عليها نوع ملك فى منافع البضع ضرورة تحقق المقاصد ولا ضرورة فى اثبات ملك المهر لها عليه فكان المهر عهدة زائدة فى حق الزوج صلة لها فلا يصير عوضا الا بالتسمية والدليل على جواز النكاح من غير مهر ان المولى اذا زوج أمته من عبده يصح النكاح ولا يجب المهر لانه لو وجب عليه لوجب للمولى ولا يجب للمولى على عبده دين وكذا الذمى اذا تزوج ذمية بغير مهر جاز النكاح ولا يجب المهر وكذا اذا ماتا فى هذه المسئلة قبل الفرض لا يجب شئ عند أبى حنيفة (ولنا) قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أخبر سبحانه وتعالى انه أحل ما وراء ذلك بشرط الابتغاء بالمال دل انه لا جواز للنكاح بدون المال فان قيل الاحلال بشرط ابتغاء المال لا ينفى الاحلال بدون هذا الشرط خصوصا على أصلكم ان تعليق الحكم بشرط لا ينفى وجوده عند عدم الشرط فالجواب أن الاصل فى الابضاع والنفوس هو الحرمة والاباحة تثبت بهذا الشرط فعند عدم الشرط تبقى الحرمة على الاصل لا حكما للتعليق بالشرط فلم يناقض أصلنا بحمد الله تعالى و روى عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن رجلا كان يختلف اليه شهرا يسأله عن

امرأة

امرأة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيأ وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال للسائل لم أجد ذلك في كتاب الله ولا فيما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اجتهد برأيي فان أصبت فمن الله وان أخطأت فمن أم عبد وفي رواية فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال اني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا ثم قام أناس من أشجع وقالوا انا نشهد بمثل شهادته ففرح عبد الله رضي الله عنه فرحا لم يفرح مثله في الاسلام لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد لا حصول لها الا بالدوام على النكاح والقرار عليه ولا يدوم الا بوجوب المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الاسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج عن ازالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما لانه لا يشق عليه ازالته لما لم يخف لزوم المهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ولان مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل الا بالموافقة ولا تحصل الموافقة الا اذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة الا بانسداد طريق الوصول اليها الا بمال له خطر عنده لان ماضاق طريق اصابته يعز في الاعين فيعز به امساكه وما يتيسر طريق اصابته يهون في الاعين فيهون امساكه ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح ولان الملك ثابت في جانبها اما في نفسها واما في المتعة وأحكام الملك في الحرة تشعر بالذل والهوان فلا بد وان يقابله مال له خطر لينجبر الذل من حيث المعنى والدليل على صحة ماقلنا وفساد ماقال انها اذا طلبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض حتى لو امتنع فالقاضي يجبره على ذلك ولو لم يفعل ناب القاضي منابه في الفرض وهذا دليل الوجوب قبل الفرض لان الفرض تقدير ومن المحال وجوب تقدير ماليس بواجب وكذا لها ان تحبس نفسها حتى يفرض لها المهر ويسلم اليها بعد الفرض وذلك كله دليل الوجوب بنفس العقد وأما الآية فالنحلة كما تذكر بمعنى العطية تذكر بمعنى الدين يقال ما نحلتك أي ما دينك فكان معنى قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أي دينا أي انتحلوا ذلك وعلى هذا كانت الآية حجة عليه لانها تقتضي أن يكون وجوب المهر في النكاح دينا فيقع الاحتمال في المراد بالآية فلا تكون حجة مع الاحتمال وأما قوله النكاح ينبئ عن الازدواج فقط فنعم لكنه شرع لمصالح لا تصلح الا بالمهر فيجب المهر ألا ترى أنه لا ينبئ عن الملك أيضا لكن لما كان مصالح النكاح لا تحصل بدونه ثبت تحصيلا للمصالح كذا المهر وأما المولى اذا زوج أمته من عبده فقد قيل ان المهر يجب ثم يسقط وفائدة الوجوب هو جواز النكاح وأما الذمي اذا تزوج ذمية من غير مهر فعلى قولهما يجب المهر وأما على قول أبي حنيفة فيجب أيضا الا انا لا نتعرض لهم لانهم يدينون ذلك وقد أمرنا بتركهم وما يدينون حتى انهما لو ترافعا الى القاضي فرض القاضي لها المهر وكذا اذا مات الزوجان يقضي بمهر المثل لورثة المرأة عندهما وعند أبي حنيفة انما لا يقضي لوجود الاستيفاء دلالة لان موتهما معا في زمان واحد نادر وانما الغالب موتهما على التعاقب فاذا لم تجز المطالبة بالمهر دل ذلك على الاستيفاء أو على استيفاء البعض والابراء عن البعض مع ما أنه قد قيل ان قول أبي حنيفة محمول على ما اذا تقادم العهد حتى لم يبق من نسائها من يعتبر به مهر مثلها كذا ذكره أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي وعند ذلك يتعذر القضاء بمهر المثل والى هذا أشار محمد لابي حنيفة أرأيت لو أن ورثة علي ادعوا على ورثة عمر مهر أم كلثوم رضي الله عنهم أكنت أقضي به وهذا المعنى لم يوجد في موت أحدهما فيجب مهر المثل

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أدنى المقدار الذي يصلح مهرا فأدناه عشرة دراهم أو ماقيمته عشرة دراهم وهذا

عنـد ناوعنـد الشافعي المهرغـيرمقدر يستوي فيـه القليـل والـكثير وتصلح الدانق والحبـة مهرا واحتج بما روى عن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم أنه قال من أعطى في نـكاح ملء كفيه طعاما أودقيقا أوسويقا فقـد استحل وروى عن أنس رضي الله عنـه أنه قال تزوج عبد الرحمن بن عوف امرأة على وزن نواة من ذهب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهـم فدل أن التقدير في المهر ليس بلازم ولان المهر ثبت حقا للعبـد وهو حق المرأة بدليـل أنهـا تملك التصرف فيـه استيفاء واسقاطا فـكان التقدير فيـه الى العاقدين (ولنا) قوله تعالى وأحل لـكم ماوراء ذلـكم ان تبتغوا بأموالـكم شرط سبحانه وتعالى أن يكون المهر مالا والحبة والدانق ونحوهما لا يعـدان مالا فلا يصلح مهرا وروى عن جابر رضي الله عنـه عن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم أنه قال لا مهر دون عشرة دراهم وعن عمر وعلي وعبـد الله بن عمر رضي الله عنهـم انهـم قالوا لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم والظاهر أنهـم قالوا ذلك توقيفا لانه باب لا يوصـل اليـه بالاجتهاد والقياس ولانه لما وقع الاختـلاف في المقدار يجب الاخذ بالمتيقن وهو العشرة وأما الحديث ففيه اثبات الاسـتحلال اذا ذكر فيـه مال قليل لا تبلغ قيمته عشرة وعنـدنا الاسـتحلال صحيح ثابت لان النـكاح صحيح ثابت ألا ترى أنه يصح من غـير تسمية شيء أصلا فعند تسمية مال قليـل أولى الا أن المسمى اذا كان دون العشرة تـكمل عشرة وليس في الحـديث نفي الزيادة على القدر وعنـدنا قام دليـل الزيادة الى العشرة لما نذكر فيـكمل عشرة ولا حجة له فيما روى من الاثر لان فيـه وزن نواة من ذهب وقد تـكون مثل وزن دينار بل تـكون أكثر في العادة فان قيـل روى ان قيمة النواة كانت ثلاثة دراهم فالجواب أن المقوم غير معلوم انه من كان فلا يصلح أن يجعل قول ذلك حجة على الغـير حتى يعلم أنه من هو مع ما أنه قد قال قوم ان النواة كان يبلغ وزنهـا قيمة عشرة دراهم وبه قال ابراهيم النخعي على أن القدر المذكور في الخبر والاثر كان يحتمل أن يكون معجلا في المهر لا أصـل المهر على ماجرت العادة بتعجيل شيء من المهر قبـل الدخول ويحتمل أن يكون ذلك كله في حال جواز النـكاح بغير مهر على ماقيـل ان النـكاح كان جائزا بغـير مهر الى أن نهـى النبي صـلى الله عليـه وسـلم عن الشغار وأما قوله ان المهر حق العبد فـكان التقدير فيـه الى العبـد فنقول نعم هو في حالة البقاء حقها على الخـلوص فأما في حالة الثبوت فحق الشرع متعلق به بابانة لخطر البضع صيانة له عن شبهة الابتذال بايجاب مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة فان كان المسـمى أقل من عشرة يكمل عشرة عنـد أصحابنا الثـلاثة وقال زفر لهـا مهر المثل (وجـه) قوله ان مادون العشرة لا يصلح مهرا ففسدت التسمية كما لو سمى خمرا أو خنزيرا فيجب مهر المثل (ولنـا) أنه لمـا كان أدنى المقـدار الذي يصلح مهرا في الشرع هـو العشرة كان ذكر بعض العشرة ذكرا للـكل لان العشرة في كونهـا مهـرا لا تتجزأ وذكر البعض فيما لا يتبعض يكون ذكرا لـكله كما في الطلاق والعـفو عن القصاص وأما قوله ان مادون العشرة لا يصلح مهرا فتفسد التسمية فنقول التسمية انما تفسـد اذا لم يكن المسمى مالا أو كان مجهولا وههنا المسـمى مال وان قل فهو معلوم الا أنه لا يصلح مهرا بنفسه الا بغيره فـكان ذكره ذكرا لما هو الادنى من المصلح بنفسه وفيـه تصحيح تصرفه بالقـدر الممكن فـكان أولى من الحـاقه بالعدم وفيـه أخذ باليقين أيضا فـكان أحق بخـلاف ما اذا ذكر خمرا أو خنزيرا لان المسمى ليس بمال فلم يصلح مهرا بنفسه ولا بغيره ففسدت التسمية فوجب الموجب الاصـلي وهو مهر المثـل ولو تزوجها على ثوب معـين أو على موصوف أو على مكيل أو موزون معـين فذلك مهرها اذا بلغت قيمته عشرة وتعتبر قيمته يوم العقد لا يوم التسليم حتى لو كانت قيمته يوم العقد عشرة فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته ثمانية فليس لهـا الا ذلك ولو كانت قيمته يوم العـقد ثمانية فلم يسلمه اليهـا حتى صارت قيمته عشرة فلها ذلك ودرهمان وذكر الحسين عن أبي حنيفة أنه فرق بين الثوب وبين المـكيل والموزون فقال في الثوب تعتبر قيمته يوم التسليم وفي المـكيل والموزون يوم العقد وهـذا الفرق لا يعقل له وجه في المعين لان الزوج يجبر على تسليم

المعين فيهما جميعا ووجه الفرق بينهما في الموصوف أن المكيل والموزون اذا كان موصوفا في الذمة فالزوج مجبور على دفعه ولا يجوز دفع غيره من غير رضاها فكان مستقرا مهرا بنفسه في ذمته فتعتبر قيمته يوم الاستقرار وهو يوم العقد فاما الثوب وان وصف فلم يتقرر مهرا في الذمة بنفسه بل الزوج مخير في تسليمه وتسليم قيمته في احدى الروايتين على ما نذكر ان شاء الله تعالى وانما يتقرر مهرا بالتسليم فتعتبر قيمته يوم التسليم (وجه) ظاهر الرواية ان ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه وانما التغير في رغبات الناس بحدوث فتور فيها ولهذا لو غصب شيأ قيمته عشرة فيعتبر بسعره وصار يساوي خمسة فرده على المالك لا يضمن شيأ ولانه لما سمى ما هو أدنى مالية من العشرة كان ذلك تسمية للعشرة لان ذكر البعض فيما لا يتجزأ ذكر لكله فصار كانه سمى ذلك درهمين ثم ازدادت قيمته والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيان حكم صحة التسمية وفسادها فنقول لصحة التسمية شرائط منها أن يكون المسمى مالا متقوما وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويصح التسمية سواء كان المسمى مالا أو لم يكن بعد أن يكون مما يجوز أخذ العوض عنه واحتج بما روى أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله انى وهبت نفسى لك فقال عليه الصلاة والسلام ما بي في النساء من حاجة فقام رجل وقال زوجنيها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عندك فقال ما عندي شئ أعطيها فقال أعطها ولو خاتما من حديد فقال ما عندي فقال هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما معك من القرآن ومعلوم أن المسمى وهو السورة من القرآن لا يوصف بالمالية فدل أن كون التسمية مالا ليس بشرط لصحة التسمية ولنا قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم شرط أن يكون المهر مالا فما لا يكون مالا لا يكون مهرا فلا تصح تسميته مهرا وقوله تعالى فنصف ما فرضتم أمر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصيف وهو المال وأما الحديث فهو في حد الآحاد ولا يترك نص الكتاب بخبر الواحد مع ما ان ظاهره متروك لان السورة من القرآن لا تكون مهرا بالاجماع وليس فيه ذكر تعليم القرآن ولا ما يدل عليه ثم تأويلها زوجتكها بسبب ما معك من القرآن وبحرمته وبركته لانه كان ذلك النكاح بغير تسمية مال وعلى هذا الاصل مسائل اذا تزوج على تعليم القرآن أو على تعليم الحلال والحرام من الاحكام أو على الحج والعمرة ونحوها من الطاعات لا تصح التسمية عندنا لان المسمى ليس بمال فلا يصير شئ من ذلك مهرا ثم الاصل في التسمية انها اذا صحت وتقررت يجب المسمى ثم ينظر ان كان المسمى عشرة فصاعدا فليس لها الا ذلك وان كان دون العشرة تكمل العشرة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والمسئلة قد مرت واذا فسدت التسمية أو تزلزلت يجب مهر المثل لان العوض الاصلى في هذا الباب هو مهر المثل لانه قيمة البضع وانما يعدل عنه الى المسمى اذا صحت التسمية وكانت التسمية تقديرا لتلك القيمة فاذا لم تصح التسمية أو تزلزلت لم يصح التقدير فاذا لم يصح التقدير فوجب المصير الى الفرض الاصلي ولهذا كان المبيع بيعا فاسدا مضمونا بالقيمة في ذوات القيم لا بالثمن كذا هذا والنكاح جائز لان جوازه لا يقف على التسمية أصلا فانه جائز عند عدم التسمية رأسا فعدم التسمية اذا لم يمنع جواز النكاح ففسادها أولى أن لا يمنع ولان التسمية اذا فسدت التحقت بالعدم فصار كانه تزوجها ولم يسم شيأ وهناك النكاح صحيح كذا هذا ولان تسمية ما ليس بمال بشرط فاسد والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة بخلاف البيع والفرق أن الفساد في باب البيع لمكان الربا والربا لا يتحقق في النكاح فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا وعنده تصح التسمية ويصير المذكور مهرا لانه يجوز أخذ العوض عنه بالاستئجار عليه عنده فتصح تسميته مهرا وكذلك اذا تزوج امرأة على طلاق امرأة أخرى أو على العفو عن القصاص عندنا لان الطلاق ليس بمال

وكذا القصاص وعنده تصح التسمية لانه يجوز أخذ العوض عن الطلاق والقصاص وكذلك اذا تزوجها على أن لا يخرجها من بلدها أو على أن لا يتزوج عليها فان المذكور ليس بمال وكذا لو تزوج المسلم المسلمة على ميتة أو دم أو خمر أو خنزير لم تصح التسمية لان الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا تصح تسمية شيء من ذلك مهرا وعلى هذا يخرج نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته أو يزوجه ابنته أو يزوجه أمته وهذه التسمية فاسدة لان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى والبضع ليس بمال ففسدت التسمية ولكل واحدة منهما مهر المثل لما قلنا والنكاح صحيح عندنا وعند الشافعي فاسد واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح الشغار والنهي يوجب فساد المنهي عنه ولان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة من المرأتين نكاحا وصداقا وهذا لا يصح ولنا أن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرطا فاسدا حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى والبضع لا يصلح مهرا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة كما اذا تزوجها على أن يطلقها وعلى أن ينقلها من منزلها ونحو ذلك وبه تبين أنه لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لان جعل البضع صداقا لم يصح فأما النهي عن نكاح الشغار فنكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض مأخوذ من قولهم شغر البلد اذا خلا عن السلطان وشغر الكلب اذا رفع احدى رجليه وعندنا هو نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا يكون شغارا على أن النهي ليس عن عين النكاح لانه تصرف مشروع مشتمل على مصالح الدين والدنيا فلا يحتمل النهي عن اخلاء النكاح عن تسمية المهر والدليل عليه ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر وهو اشارة الى أن النهي لمكان تسمية المهر لا لعين النكاح فبقي النكاح صحيحا ولو تزوج حر امرأة على أن يخدمها سنة فالتسمية فاسدة ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد التسمية صحيحة ولها قيمة خدمة سنة وعند الشافعي التسمية صحيحة ولها خدمة سنة وذكر ابن سماعة في نوادره انه اذا تزوجها على أن يرعى غنمها سنة أن التسمية صحيحة ولها رعى غنمها سنة ولفظ رواية الاصل يدل على انها لا تصح في رعي الغنم كما لا تصح في الخدمة لان رعى غنمها خدمتها من مشايخنا من جعل في رعي غنمها روايتين ومنهم من قال يصح في رعي الغنم بالاجماع وانما الخلاف في خدمته لها ولا خلاف في أن العبد اذا تزوج باذن المولى امرأة على أن يخدمها سنة أن تصح التسمية ولها المسمى أما الشافعي فقد مر على أصله أن كل ما يجوز أخذ العوض عنه يصح تسميته مهرا ومنافع الحر يجوز أخذ العوض عنها لان اجارة الحر جائزة بلا خلاف فتصح تسميتها كما تصح تسمية منافع العبد وأما الكلام مع أصحابنا فوجه قول محمد أن منافع الحر مال لانها مال في سائر العقود حتى يجوز أخذ العوض عنها فكذا في النكاح واذا كانت مالا صحت التسمية الا انه تعذر التسليم لما في التسليم من استخدام الحر زوجها وانه حرام لما نذكر فيجب الرجوع الى قيمة الخدمة كما لو تزوجها على عبد فاستحق العبد انه يجب عليه قيمة العبد لان تسمية العبد قد صحت لكونه مالا لكن تعذر تسليمه بالاستحقاق فوجبت عليه قيمته لا مهر المثل لما قلنا كذا هذا ووجه قولهما أن المنافع ليست بأموال متقومة على أصل أصحابنا ولهذا لم تكن مضمونة بالغصب والاتلاف وانما يثبت لها حكم التقوم في سائر العقود شرعا ضرورة دفعا للحاجة بها ولا يمكن دفع الحاجة بها ههنا لان الحاجة لا تندفع الا بالتسليم وانه ممنوع عنه شرعا لان استخدام الحرة زوجها الحر حرام لكونه استهانة واذلالا وهذا لا يجوز ولهذا لا يجوز للابن أن يستأجر أباه للخدمة فلا تسلم خدمته لها شرعا فلا يمكن دفع الحاجة بها فلم يثبت لها التقوم فبقيت على الاصل فصار كما لو سمى مالا قيمة له كالخمر والخنزير وهناك لا تصح التسمية ويجب مهر المثل كذا ههنا حتى لو كان المسمى فعلا لا استهانة فيه

ولا مذلة على الرجل كرعي دوابها و زراعة أرضها والاعمال التي خارج البيت تصح بالتسمية لان ذلك من باب القيام بأمرها الا من باب الخدمة بخلاف العبد لان استخدام زوجته اياه ليس بحرام لانه عرضة للاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم ولان مبنى النكاح على الاشتراك في القيام بمصالح المعاش فكان لها في خدمته حق فاذا جعل خدمته لها مهرها فكانه جعل ماهو لها مهرها فلم يجز كالاب اذا استأجر ابنه بخدمته أنه لايجوز لان خدمة الاب مستحقة عليه كذا هذا بخلاف العبد لان خدمته خالص ملك المولى فصحت التسمية ولو تزوجها على منافع سائر الاعيان من سكنى داره وخدمة عبيده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع أموال أو التحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فجعلت أموالا والتحقت بالاعيان فصحت تسميتها وعلى هذا يخرج ما اذا قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر وجملة الكلام فيه أن الامر لايخلو اما ان سمى مايصلح مهرا وأشار الى مالا يصلح مهرا واما ان سمى مالا يصلح مهرا فأشار الى مايصلح مهرا فان سمى مايصلح مهرا وأشار الى مالا يصلح مهرا بأن قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر او على هذه الشاة الذكية فاذا هي ميتة أو على هذا الزق الخل فاذا هو خمر فالتسمية فاسدة في جميع ذلك ولها مهر المثل في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمة الحر لو كان عبدا وفي الشاة قيمة الشاة لو كانت ذكية وفي الخمر مثل ذلك الدن من خل وسط ومحمد فرق فقال مثل قول أبي حنيفة في الحر والميتة ومثل قول أبي يوسف في الخمر (وجه) قول أبي يوسف أن المسمى مال لان المسمى هو العبد والشاة الذكية والخل وكل ذلك مال فصحت التسمية الا انه اذا ظهر أن المشار اليه خلاف جنس المسمى في صلاحية المهر تعذر التسليم فتجب القيمة في الحر والشاة لانهما ليسا من المثليات وفي الخمر يجب مثله خلا لانه مثلي كما لو هلك المسمى أو استحق (وجه) قول محمد في الفرق أن الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا في العقود فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من خلاف جنسه يتعلق العقد بالمسمى هذا أصل مجمع عليه في البيع على ما نذكر في البيوع والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة وكذا الشاة الميتة من جنس الشاة الذكية فكانت العبرة للاشارة والتحقت التسمية بالعدم والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه اقتصر على الاشارة ولم يسم بأن قال تزوجتك على هذا وسكت فأما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان لاختلاف جنس المنفعة فتعلق العقد بالمسمى لكن تعذر تسليمه وهو مثلي فيجب مثله خلا ولابي حنيفة أن الاشارة والتسمية كل واحد منهما وضعت للتعريف الا أن الاشارة أبلغ في التعريف لانها تحضر العين وتقطع الشركة والتسمية لاتوجب احضار العين ولا تقطع الشركة فسقط اعتبار التسمية عند الاشارة وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب مهر المثل كما لو أشار الى الميتة والدم والخمر والخنزير ولم يسم وحقيقة الفقه لابي حنيفة ان هذا حر سمى عبدا وتسمية الحر عبدا باطل لانه كذب فالتحقت التسمية بالعدم وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فالتحقت الاشارة بالعدم أيضا فصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وهذا فقه واضح بحمد الله تعالى هذا اذا سمى مايصلح مهرا وأشار الى مالا يصلح مهرا فأما اذا سمى مالا يصلح مهرا وأشار الى مايصلح مهرا بأن قال تزوجتك على هذا الحر فاذا هو عبد او على هذه الميتة فاذا هي ذكية أو على هذا الدن الخمر فاذا هو خل فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن التسمية فاسدة ولها المشار اليه وروى محمد عنه أن لها مهر المثل ورواية أبي يوسف أصح الروايتين لان الاصل عند أبي حنيفة أن التسمية لاحكم لها مع الاشارة في باب النكاح فكانت العبرة للاشارة والمشار اليه يصلح مهرا لانه مال فكان لها المشار اليه (ووجه) ما روى محمد

عنه انه لما سمى مالا يصلح مهرا وأشار الى مايصلح مهرا فقد هزل بالتسمية والهازل لا يتعلق بتسميته حكم فبطل كلامه رأسا ولو تزوجها على هذا الدن الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعدا روى ابن سماعة عن محمد فى هذه المسئلة روايتين روى عنه أن لها الدن لا غير وروى عنه أيضا ان لها مهر المثل (وجه) الرواية الاولى انه سمى مايصلح مهرا وهو الظرف ومالا يصلح مهرا وهو الخمر فيلغو مالا يصلح مهرا كما لو تزوجها على الخل والخمر وقيمة الخل عشرة أنه يكون لها الخل لا غير لما قلنا كذا هذا (وجه) الرواية الاخرى أن الظرف لا يقصد بالعقد عادة بل هو تابع وانما المقصود هو المظروف فاذا بطلت التسمية فى المقصود تبطل فيما هو تبع له والله أعلم ولو تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا العبد الباقى اذا كانت قيمته عشرة دراهم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وقال محمد ينظر الى العبدان بلغت قيمته مهر مثلها فليس لها الا العبد وان كانت قيمته أقل من مهر مثلها تبلغ الى تمام مهر مثلها وهو قول زفر وهذا بناء على الاصول التى ذكرناها لهم فمن أصل أبى يوسف ان جعل الحر مهرا صحيح اذا سمى عبدا ويتعلق بقيمته أن لو كان عبدا فيتعلق العقد بالمسميين جميعا بقدر ما يحتمل كل واحد منهما التعليق به فيتعلق بالعبد بعينه لانه ممكن ويتعلق بالحر بقيمته لو كان عبدا لانه لا يحتمل التعليق بعينه ومن أصل محمد أن المشار اليه اذا كان من جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمشار اليه والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة فيتعلق العقد بهما الا أنه لا سبيل الى الجمع بين المسمى وبين مهر المثل فيجب مهر المثل ألا ترى انه لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده ومتى وجب مهر المثل امتنع وجوب المسمى ولابى حنيفة أصلان أحدهما ماذكرنا ان الحر اذا جعل مهرا وسمى عبدا لا يتعلق بتسميته شئ وجعل ذكره والعدم بمنزلة واحدة والثانى أن العقد اذا أضيف الى مالا يصلح يلغو مالا يصلح ويستقر مايصلح كمن جمع بين امرأة تحل له وامرأة لا تحل له وتزوجهما فى عقدة واحدة بمسمى يجب كل المسمى بمقابلة الحلال وانعقاد نكاحها صحيحا فالعقد والتسمية بقدر الامكان وتقرير العقد فيما أمكن تقريره والغاؤه فيما لا يمكن تصحيحه فيه والعبد هو الصالح لكونه مهرا فصحت تسميته ويصير مهرا لها اذا بلغت قيمته عشرة فصاعدا وعلى هذا الخلاف اذا تزوجها على بيت وخادم والخادم حر ولو تزوجها على هذين الدنين من الخل فاذا أحدهما خمر لها الباقى لا غير فى قول أبى حنيفة اذا كان يساوى عشرة دراهم كما فى العبدين وعندهما لها الباقى ومثل هذا الدن من الخل وقد ذكرنا الاصل ولو سمى مالا وضم اليه ماليس بمال لكن لها فيه منفعة مثل طلاق امرأة أخرى وامساكها فى بلدها أو العفو عن القصاص فان وفى بالمنفعة فليس لها الا ماسمى اذا كان يساوى عشرة فصاعدا لانه سمى مايصلح مهرا بنفسه وشرط لها منفعة وقد وفى بما شرط لها فصحت التسمية وصارت العشرة مهرا وان لم يف بالمنفعة فلها مهر مثلها ثم ينظر ان كان ماسمى لها من المال مثل مهر مثلها أو أكثر فلا شئ لها الا ذلك وان كان ماسمى لها أقل من مهر مثلها تم لها مهر مثلها عندنا وقال زفر ان كان المضموم مالا كما اذا شرط أن يهدى لها هدية فلم يف لها تم لها مهر المثل وان كان غير مال كطلاق امرأة أخرى وأن لا يخرجها من بلدها فليس لها الا ماسمى (وجه) قول زفر أن ماليس بمال لا يتقوم فلا يكون فواته مضمونا بعوض وما هو مال يتقوم فاذا لم يسلم لها جاز لها الرجوع الى تمام العوض ولنا أن الموجب الاصلى فى هذا الباب هو مهر المثل فلا يعدل عنه الا عند استحكام التسمية فاذا وفى بالمنفعة فقد تقررت التسمية فوجب المسمى واذا لم يف بها لم تتقرر لانها مارضيت بالمسمى من المال عوضا بنفسه بل بمنفعة أخرى مضمومة اليه وهى منفعة أخرى مرغوب فيها حلال الاستيفاء شرعا فاذا لم يسلم لها تتقرر التسمية فبقى حقها فى العوض الاصلى وهو مهر المثل فان كان أقل من مهر مثلها أو أكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان أقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها أيضا لا الى الحق المستحق فرق

بين هذا وبين ما اذا تزوجها على مهر صحيح وأرطال من خمر أن المهر ما يسمى لها اذا كان عشرة فصاعدا ويبطل الحرام وليس لها تمام مهر مثلها أو أكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان أقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها أيضا لان تسمية الحرام تصح فى حق الانتفاع بها فى حق المسلم اذ لا منفعة للمسلم فيها لحرمة الانتفاع بها فى حق المسلم فلا يجوز أن يجب بفواتها عوض فالتحقت تسميتها بالعدم وصار كانه لم يسم الا المهر الصحيح فلا يجب لها الا المهر الصحيح بخلاف المسئلة الاولى وعلى هذا يخرج ما اذا اعتق أمته على أن تزوج نفسها منه فقبلت عتقت لانه أعتقها بعوض فيزول ملكه بقبول العوض كما لو باعها وكما اذا قال لها أنت حرة على ألف درهم بخلاف ما اذا قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر انه لا يعتق بالقبول ما لم يؤد لان ذلك ليس بمعاوضة بل هو تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الاداء اليه ولم يوجد الشرط ثم اذا اعتقت بالقبول فبعد ذلك لا يخلو اما ان زوجت نفسها منه واما ان أبت التزويج فان زوجت نفسها منه ينظر ان كان قد سمى لها مهرا آخر وهو مال سوى الاعتاق فلها المسمى لها اذا كان عشرة دراهم فصاعدا وان كان دون العشرة تكمل عشرة وان لم يسم لها سوى الاعتاق فلها مهر مثلها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف صداقها اعتاقها ليس لها غير ذلك (وجه) قوله ان العتق بمعنى المال وبدليل أنه يجوز أخذ العوض عنه بأن أعتق عبده على مال فجاز أن يكون مهرا ولهما أن العتق ليس بمال حقيقة لان الاعتاق ابطال المالكية فكيف يكون العتق مالا الا أنه يجوز أخذ عوض هو مال عنه وهذا لا يدل على كونه مالا بنفسه ألا ترى أن الطلاق ليس بمال ولا يجوز أخذ العوض عنه وكذا القصاص وأخذ البدل عنه جائز ونفس الحر ليست بمال وان أبت ان تزوج نفسها منه لا تجبر على ذلك لانها حرة ملكت نفسها فلا تجبر على النكاح لكنها تسعى فى قيمتها للمولى عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا سعاية عليها (وجه) قوله ان السعاية انما تجب لتخليص الرقبة وهذه حرة خالصة فلا تلزمها السعاية (ولنا) أن المولى ما رضى بزوال ملكه عن رقبتها الا بنفع يقابله وهو تزويج نفسها منه وهذه منفعة مرغوب فيها وقد تعذر عليه استيفاء هذه المنفعة بمعنى من جهتها وهو اباؤها فيقام بدل قيمتها مقامها دفعا للضرر عنه وأما قوله السعاية انما تجب لفكاك الرقبة وتخليصها وهى حرة خالصة فنقول السعاية قد تكون لتخليص الرقبة وهذا المستسعى يكون فى حكم المكاتب على أصل أبى حنيفة وقد تكون لحق فى الرقبة لا لفكاك الرقبة كالعبد المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر كما اذا قال لعبده أنت حر على قيمة رقبتك فقبل حتى عتق كذا هذا ولو تزوج امرأة على عتق أبيها أو ذى رحم محرم منها أو على عتق عبد أجنبى عنها فهذا لا يخلو اما ان ذكر فيه كلمة عنها بأن قال أتزوجك على عتق أبيك عنك أو على عتق هذا العبد عنك وأشار الى عبد أجنبى عنها واما ان لم يذكر فان لم يذكر وقبلت عتق العبد والولاء للزوج لا لها لان المعتق هو الزوج والولاء لمن أعتق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولها مهر مثلها ان لم يكن سمى لها مهرا آخر هو مال وان كان قد سمى فلها المسمى لانه علق العتق بقبولها النكاح فاذا قبلت عتق والعبد لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فان كان هناك مال مسمى وجب ذلك لانه صحت تسميته مهرا فوجب المسمى وان لم يكن فتسميته العتق مهرا لم يصح لانه ليس بمال فيجب مهر المثل هذا اذا لم يذكر عنها فاما اذا ذكرت فقبلت عتق العبد عنها وثبت الولاء لها وصار ذلك مهرا لانه لما ذكر العتق عنها ولا يكون العتق عنها الا بعد سبق الملك لها فقد ملكته أولا ثم عتق عنها كمن قال لآخر أعتق عبدك عنى عن كفارة يمينى على ألف درهم يجوز ويقع العتق عن الآمر وحال ما ملكته كان مالا فصلح أن يكون مهرا وهذا اذا تزوجها على العتق فاما اذا تزوجها على الاعتاق بأن تزوجها على أن يعتق هذا العبد فهذا أيضا لا يخلو من أحد وجهين اما أن ذكر فيه عنها واما ان لم يذكر فان لم يذكر فقبلت صح النكاح ولا يعتق العبد ههنا بقبولها لانه وعد ان يعتق والعتق لا يثبت بوعد

الاعتاق وانما يثبت بالاعتاق فما لم يعتق لا يعتق بخلاف الفصل الاول لان الزواج هناك كان على العتق لا على الاعتاق ثم اذا أعتقه فعتق فلا يخلو اما ان ذكر كلمة عنها أو لم يذكر فان كان لم يذكر ثبت الولاء منه لا منها لان الاعتاق منه لا منها والولاء للمعتق ولها مهر مثلها ان لم يكن هناك مهر آخر مسمى وهو مال وان كان فلها ذلك المسمى لان الاعتاق ليس بمال بل هو ابطال المالية سواء كان العبد أجنبيا أو ذا رحم محرم منها وان ذكر كلمة عنها ثبت الولاء منها لان الاعتاق منها لانه أعتق عنها ويصير العبد ملكا لها بمقتضى الاعتاق ثم ان كان ذا رحم محرم منها عتق عليها كما ملكته فتملكه فيعتق عليها وان كان أجنبيا يصير الزوج وكيلا عنها في الاعتاق ومنها اذا أعتق كما وعد فان أبى لا يجبر على ذلك لانه حر مالك الا أنه ينظر ان لم يكن ثمة مسمى هو مال فلها مهر مثلها لما ذكرنا ان تسمية الاعتاق مهرا لم يصح ولم يوجد تسمية شيء آخر هو مال فتعين مهر المثل موجبا وان كان قد سمى لها شيأ آخر هو مال فان كان المسمى مثل مهر المثل أو أكثر فلها ذلك المسمى لان الزوج رضي بالزيادة وان كان أقل من مهر مثلها فان كان العبد أجنبيا فلها ذلك المسمى لا غير لانه شرط لها شرطا لا منفعة لها فيه فلا يكون غارا لها بترك الوفاء بما شرط لها وان كان ذا رحم محرم منها يبلغ به تمام مهر مثلها لانها انما رضيت بدون مهر مثلها بما شرط ولم تكن راضية فصار غارا لها وهذا اذا لم يقل عنها فاما اذا قال ذلك بأن تزوجها على ان يعتق هذا العبد عنها فقبلت صح النكاح وصار العبد ملكا ثم ان كان ذا رحم محرم منها عتق عليها لانها ملكت ذا رحم محرم منها وكان ذلك مهرا لها لانها تملكه ثم يعتق عليها وان كان أجنبيا يكون الزوج وكيلا عنها بالاعتاق فان أعتق قبل العزل فقد وقع العتق عنها وان عزلته في ذلك صح العزل والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة تزيد على جهالة مهر المثل وجملة الكلام فيه أن المهر في الاصل لا يخلو اما أن يكون معينا مشارا اليه واما أن يكون مسمى غير معين مشارا اليه فان كان معينا مشارا اليه صحت تسميته سواء كان مما يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض والعقار والحيوان وسائر المكيلات والموزونات سوى الدراهم والدنانير أو كان مما لا يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات كالدراهم لانه مال لا جهالة فيه الا أنه ان كان مما يتعين بالتعيين ليس للزوج ان يحبس العين ويدفع غيرها من غير رضا المرأة لان المشار اليه قد تعين للعقد فتعلق حقها بالعين فوجب عليه تسليم عينه وان كان مما لا يتعين له ان يحبسه ويدفع مثله جنسا ونوعا وقدرا وصفة لان التعيين اذا لم يصح صار مجازا عوضا من الجنس والنوع والقدر والصفة وان كان تبرا مجهولا أو نقرة ذهبا وفضة يجبر على تسليم عينه في رواية لانه يتعين بالتعيين كالعروض ولا يجبر في رواية لانه لا يتعين بالتعيين كالمضروب وان كان المسمى غير عين فالمسمى لا يخلو اما أن يكون مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة واما أن يكون معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة فان كان مجهولا كالحيوان والدابة والثوب والدار بأن تزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين لم تصح التسمية وللمرأة مهر مثلها بالغا ما بلغ لان جهالة الجنس متفاحشة لان الحيوان اسم جنس تحته أنواع مختلفة وتحت كل نوع أشخاص مختلفة وكذا الدابة وكذا الثوب لان اسم الثوب يقع على ثوب القطن والكتان والحرير والخز والبز وتحت كل واحد من ذلك أنواع كثيرة مختلفة وكذا الدار لانها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع وتختلف قيمتها باختلاف البلاد والمحال والسكك اختلافا فاحشا فتفاحشت الجهالة فالتحقت بجهالة الجنس والاصل أن جهالة العوض تمنع صحة تسميته كما في البيع والاجارة لكونها مفضية الى المنازعة الا أنه يتحمل ضرب من الجهالة في المهر بالاجماع فان مهر المثل قد يجب في النكاح الصحيح ومعلوم أن مهر المثل مجهول ضربا من الجهالة فكل جهالة في المسمى مهرا مثل جهالة مهر المثل أو أقل من ذلك يتحمل ولا يمنع صحة التسمية

استدلالا بمهر المثل وكل جهالة تزيد على جهالة مهر المثل يبقى الامر فيها على الاصل فيمنع صحة التسمية كما فى سائر الاعواض اذا ثبت هذا فنقول لا شك ان جهالة الحيوان والدابة والثوب والدار أكثر من جهالة مهر المثل لان بعد اعتبار تساوى المرأتين فى المال والجمال والسن والعقل والدين والبلد والعفة يقل التفاوت بينهما فتقل الجهالة فاما جهالة الجنس والنوع فجهالة متفاحشة فكانت أكثر جهالة من مهر المثل فتمنع صحة التسمية وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر كما اذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو جمل أو حمار أو ثوب مروى أو هروى صحت التسمية ولها الوسط من ذلك وللزوج الخيار ان شاء أعطاها الوسط وان شاء أعطاها قيمته وهذا عندنا وقال الشافعى لا تصح التسمية (وجه) قوله ان المسمى مجهول الوصف فلا تصح تسميته كما فى البيع وهذا لان جهالة الوصف تفضى الى المنازعة كجهالة الجنس ثم جهالة الجنس تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الوصف (ولنا) أن النكاح معاوضة المال بما ليس بمال والحيوان الذى هو معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة يجوز ان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال كما فى الذمة قال النبى صلى الله عليه وسلم فى النفس المؤمنة مائة من الابل والبضع ليس بمال فجاز أن يثبت الحيوان دينا فى الذمة بدلا عنه ولان جهالة الوسط من هذه الاصناف مثل جهالة مهر المثل أو أقل فتلك الجهالة لما لم تمنع صحة تسمية البدل فكذا هذه الا أنه لا تصح تسميته ثمنا فى البيع لان البيع لا يحتمل جهالة البدل أصلا قلت أو كثرت والنكاح يحتمل الجهالة اليسيرة مثل جهالة مهر المثل وانما كان كذلك لان مبنى البيع على المضايقة والمماكسة فالجهالة فيه وان قلت تفضى الى المنازعة ومبنى النكاح على المسامحة والمروءة فجهالة مهر المثل فيه لا تفضى الى المنازعة فهو الفرق وأما وجوب الوسط فلان الوسط هو العدل لما فيه من مراعاة الجانبين لان الزوج يتضرر بايجاب الجيد والمرأة تتضرر بايجاب الردىء فكان العدل فى ايجاب الوسط وهذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم خير الامور أوساطها والاصل فى اعتبار الوسط فى هذا الباب ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط وكذلك قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فى المفوضة أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط والمعنى ما ذكرنا وأما ثبوت الخيار بين الوسط و بين قيمته فلان الحيوان لا يثبت فى الذمة ثبوتا مطلقا ألا ترى أنه لا يثبت دينا فى الذمة فى معاوضة المال بالمال ولا يثبت فى الذمة فى ضمان الاتلاف حتى لا يكون مضمونا بالمثل فى الاستهلاك بل بالقيمة فمن حيث انه يثبت فى الذمة فى الجملة قلنا بوجوب الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت ثبوتا مطلقا قلنا يثبت الخيار بين تسليمه و بين تسليم قيمته عملا بالشبهين جميعا ولان الوسط لا يعرف الا بواسطة القيمة فكانت القيمة أصلا فى الاستحقاق فكانت أصلا فى التسليم وأما ثبوت الخيار للزوج لا للمرأة فلانه المستحق عليه فكان الخيار له وكذلك ان تزوجها على بيت وخادم فلها بيت وسط مما يجهز به النساء وهو بيت الثوب لا المبنى فينصرف الى فرش البيت فى أهل الامصار وفى أهل البادية الى بيت الشعر ولها خادم وسط لان المطلق من هذه الاصناف ينصرف الى الوسط لان الوسط منها معلوم بالعادة وجهالته مثل جهالة مهر المثل أو أقل فلا تمنع صحة التسمية كما لو نص على الوسط ولو وصف شيأ من ذلك بأن قال جيد أو وسط أو ردىء فلها الموصوف ولو جاء بالقيمة تجبر على القبول لان القيمة هى الاصل ألا ترى أنه لا يعرف الجيد والوسط والردىء الا باعتبار القيمة فكانت القيمة هى المعرفة بهذه الصفات فكانت أصلا فى الوجوب فكانت أصلا فى التسليم فاذا جاء بها تجبر على قبولها ولو تزوجها على وصيف صحت التسمية ولها الوسط من ذلك ولو تزوجها على وصيف أبيض لا شك أنه تصح التسمية لانها تصح بدون الوصف فاذا وصف أولى ولها الوصيف الجيد لان الابيض عندهم اسم للجيد ثم الجيد عندهم هو الرومى والوسط السندى والردىء الهندى وأما عندنا فالجيد هو التركى والوسط

لر ومي والردىء الهندى وقد قال أبو حنيفة قيمة الخادم الجيد خمسون دينارا وقيمة الوسط أربعون وقيمة الردىء ثلاثون وقيمة البيت الوسط أربعون دينارا وقال أبو يوسف ومحمد ان زاد السعر أو نقص فبحسب الغلاء والرخص وهذا ليس باختلاف فى الحقيقة ففى زمن أبى حنيفة كانت القيم مسعرة وفى زمانهما تغيرت القيمة فأجاب كل على عرف زمانه والمعتبر فى ذكر القيمة بلا خلاف ولو تزوجها على بيت وخادم حتى وجب الوسط من كل واحد منهما ثم صالحت من ذلك زوجها على أقل من قيمة الوسط ستين دينارا أو سبعين دينارا جاز الصلح لانها بهذا الصلح أسقطت بعض حقها لان الواجب فيهما ثمانون فاذا صالحت على أقل من ذلك فقد أسقطت البعض ومن له الحق اذا أسقط بعض حقه واستوفى الباقى جاز ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة لما ذكرنا أن الصلح وقع على عين الحق باسقاط البعض فكان الباقى عين الواجب فجاز فيه التأجيل فان صالحت على مائة دينار فالفضل باطل لان المسمى اذا لم يكن مسعرا فالقيمة واجبة بالعقد ومن وجب له حق فصالح على أكثر من حقه لم يجز وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة كما اذا تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف سوى الدراهم والدنانير صحت التسمية لان المسمى مال معلوم لا جهالة فيه بوجه ألا ترى أنه ثبت دينا فى الذمة ثبوتا مطلقا فانه يجوز البيع به والسلم فيه ويضمن بالمثل فيجبر الزوج على دفعه ولا يجوز دفع عوضه الا برضا المرأة ولو تزوجها على مكيل أو موزون ولم يصف صحت التسمية لانه مال معلوم الجنس والنوع فتصح تسميته فان شاء الزوج أعطاها الوسط من ذلك وان شاء أعطاها قيمته كذا ذكر الكرخى فى جامعه وذكر الحسن عن أبى حنيفة أنه يجبر على تسليم الوسط (وجه) ماذكره الكرخى أن القيمة أصل فى ايجاب الوسط لان بها يعرف كونه وسطا فكان أصلا فى التسليم كما فى العبد (وجه) رواية الحسن أن الشرع لما أوجب الوسط فقد تعين الوسط بتعيين الشرع فصار كما لو عينه بالتسمية ولو سمى الوسط يجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فان هناك لو سمى الوسط ونص عليه لا يجبر على تسليمه فكذا اذا أوجبه الشرع والله أعلم وأما الثياب فقد ذكر فى الاصل انه اذا تزوجها على ثياب موصوفة انه بالخيار ان شاء سلمها وان شاء سلم قيمتها ولم يفصل بين ما اذا سمى لها أجلا أو لم يسم وقال أبو يوسف ان أجلها يجبر على دفعها وان لم يؤجلها فلها القيمة وروى عن أبى حنيفة أنه يجبر على تسليمها من غير هذا التفصيل وهو قول زفر (وجه) ماذكر فى الاصل أن الثياب لا تثبت فى الذمة ثبوتا مطلقا لانها ليست من ذوات الامثال ألا ترى أنها مضمونة بالقيمة لا بالمثل فى ضمان العدوان ولا تثبت فى الذمة بنفسها فى عقود المعاوضات بل بواسطة الاجل فكانت كالعبيد وهناك لا يجبر على دفع العبد وله أن يسلم القيمة كذا ههنا وأبو يوسف يقول اذا أجلها فقد صارت بحيث تثبت فى الذمة ثبوتا مطلقا ألا ترى أنها تثبت فى الذمة فى السلم فيجبر على الدفع بل أولى لان البدل فى البيع لا يحتمل الجهالة رأسا والمهر فى النكاح يحتمل ضربا من الجهالة فلما ثبتت فى الذمة فى البيع فلان تثبت فى النكاح أولى (وجه) الرواية الاخرى لابى حنيفة ان امتناع ثبوتها فى الذمة لمكان الجهالة فاذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصح ثبوتها فى الذمة مهرا فى النكاح وانما لا يصح السلم فيها الا مؤجلا لان العلم بها يقف على التأجيل بل لان السلم لم يشرع الا مؤجلا والاجل ليس بشرط فى المهر فكان ثبوتها فى المهر غير مؤجلة كثبوتها فى السلم مؤجلة فيجبر على تسليمها ولو قال تزوجتك على هذا العبد أو على ألف أو على ألفين فالتسمية فاسدة فى قول أبى حنيفة ويحكم مهر مثلها فان كان مهر مثلها مثل الادون أو أقل فلها الادون الا ان يرضى الزوج بالارفع وان كان مهر مثلها مثل الارفع فلها الارفع الا أن ترضى المرأة بالادون وان كان مهر مثلها فوق الادون أو أقل من الارفع فلها مهر مثلها وقال أبو يوسف ومحمد التسمية صحيحة ولها الادون على كل حال (وجه) قولهما ان المصير الى مهر المثل عند تعذر ايجاب المسمى ولا تعذر ههنا لانه يمكن ايجاب الاقل لكونه متيقنا وفى الزيادة شك فيجب

المتيقن به وصار كما اذا أعتق عبده على ألف أو ألفين أو خالع امرأته على ألف أو ألفين أنه تصح التسمية وتجب
الالف كذا هذا ولابي حنيفة انه جعل المهر أحد المذكورين غير عين لان كلمة أو تتناول أحد المذكورين غير
عين وأحدهما غير عين مجهول فكان المسمى مجهولا وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل ألا ترى أن كلمة أو
تدخل بين أقل الاشياء وأكثرها فتمنع صحة التسمية فيحكم مهر المثل لانه الموجب الاصلي في هذا الباب فلا
يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولا صحة الا بتعيين المسمى ولم يوجد فيجب مهر المثل لانه لا ينقص عن الادون
لان الزوج رضي بذلك القدر ولا يزاد على الارفع لرضا المرأة بذلك القدر ولا يلزم على هذا ما اذا تزوجها على
هذا العبد أو على هذا العبد ان الزوج بالخيار في أن يدفع أيهما شاء أو على أن المرأة بالخيار في ذلك تأخذ أيهما
شاءت انه تصح التسمية وان كان المسمى مجهولا لان تلك الجهالة يمكن رفعها ألا ترى أنها ترتفع باختيار من له
الخيار فقلت الجهالة فكانت كجهالة مهر المثل أو أقل من ذلك فلا تمنع صحة التسمية ههنا لا سبيل الى ازالة هذه
الجهالة لانه اذا لم يكن فيه خيار كان لكل واحد منهما ان يختار غير ما يختاره صاحبه فتفحشت الجهالة فمنعت
صحة التسمية بخلاف الاعتاق والخلع لانه ليس لهما موجب أصلي يصار اليه عند وقوع الشك في المسمى فوجب
المتيقن من المسمى لان ايجابه أولى من الايقاع مجانا بلا عوض أصلا لعدم رضا المولى والزوج بذلك وفيما
نحن فيه له موجب أصلي فلا يعدل عنه الا عند تعين المسمى ولا تعين مع الشك بادخال كلمة الشك فالتحقت التسمية
بالعدم فبقي الموجب الاصلي واجب المصير اليه ولو تزوج امرأة على ألف ان لم يكن له امرأة وعلى ألفين ان كانت
له امرأة أو تزوجها على ألف ان لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين ان أخرجها من بلدها أو تزوجها على ألف ان
كانت مولاة وعلى ألفين ان كانت عربية وما أشبه ذلك فلا شك أن النكاح جائز لان النكاح
المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة لما قلنا ان الشروط لو أثرت لاثرت في المهر
بفساد التسمية وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ثم عدم التسمية رأسا لا يوجب فساد النكاح ففسادها
أولى وأما المهر فالشرط الاول جائز بلا خلاف فان وقع الوفاء به فلها ما سمى على ذلك الشرط وان لم يقع
الوفاء به فان كان على خلاف ذلك أو فعل خلاف ما شرط لها فلها مهر مثلها لا ينقص من الاصل ولا يزاد
على الاكثر وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان وهذه فريعة
مسئلة مشهورة في الاجارات وهو أن يدفع رجل ثوبا الى الخياط فيقول ان خيطته اليوم فلك درهم وان خيطته
غدا فلك نصف درهم (وجه) قول زفر ان كل واحد من الشرطين يخالف الآخر فأوجب ذلك جهالة
التسمية فتصح التسميتان كما اذا قال للخياط ان خيطته روميا فبدرهم وان خيطته فارسيا فبنصف درهم ولابي
حنيفة أن الشرط الاول وقع صحيحا بالاجماع وموجبه رد مهر المثل ان لم يقع الوفاء به فكانت التسمية الاولى
صحيحة فلو صح الشرط الثاني لكان نافيا موجب الشرط الاول والتسمية الاولى والتسمية بعد ما صحت لا يجوز
نفي موجبها فبطل الشرط الثاني ضرورة وقال ان ما شرط الزوج من طلاق المرأة وترك الخروج من البلد
لا يلزمه في الحكم لان ذلك وعد وعدها فلا يكلف به وعلى هذا يخرج ما اذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبي
أن التسمية فاسدة لان المحكوم به مجهول وجهالته أكثر من جهالة مهر المثل فيمنع صحة التسليم ثم ان كان التزوج
على حكم الزوج ينظر ان حكم بمهر مثلها أو أكثر فلها ذلك لانه رضي ببذل الزيادة وان حكم بأقل من مهر مثلها
فلها مهر مثلها الا أن ترضى بالاقل وان كان التزوج على حكمها فان حكمت بمهر مثلها أو أقل فلها ذلك لانها
رضيت باسقاط حقها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم تجز الزيادة لان المستحق هو مهر المثل الا اذا رضي
الزوج بالزيادة وان كان التزوج على حكم أجنبي فان حكم بمهر المثل جاز وان حكم بأكثر من مهر المثل يتوقف
على رضا الزوج وان حكم بأقل من مهر المثل يتوقف على رضا المرأة لان المستحق هو مهر المثل والزوج لا يرضى

بالزيادة والمرأة لاترضى بالنقصان فلذلك توقفت الامر فى الزيادة والنقصان على رضاهما فان تزوجها على ما يكسب العام أو يرث فهذه تسمية فاسدة لان جهالة هذا أكثر من جهالة مهر المثل وقد انضم الى الجهالة الخطر لانه قد يكسب وقد لا يكسب ثم الجهالة بنفسها تمنع صحة التسمية فمع الخطر أولى ولو تزوج امرأتين على صداق واحد يجوز الا أن يقول تزوجتكما على ألف درهم فقبلتا فالنكاح جائز لا شك فيه ويقسم الالف بينهما على قدر مهر مثليهما لانه جعل الالف بدلا عن بضعيهما والبدل يقسم على قدر قيمة المبدل والمبدل هو البضع فيقسم البدل على قدر قيمته وقيمته مهر المثل كما لو اشترى عبدين بألف درهم انه يقسم الثمن على قدر قيمتهما كذا هذا فان قبلت احداهما دون الاخرى جاز النكاح فى التى قبلت بخلاف البيع فانه اذا قال بعت هذا العبد منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يجز البيع أصلا والفرق انه لما قال تزوجتكما فقد جعل قبول كل واحدة منهما شرطا لقبول الاخرى والنكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان ادخال الشرط فيه فاسدا والنكاح لا يفسد بالشرط الفاسد والبيع يفسد به واذا جاز النكاح تقسم الالف على قدر مهر مثلهما لما قلنا فما أصاب حصة التى قبلت فلها ذلك القدر والباقى يعود الى الزوج وان كانت احداهما ذات زوج أو فى عدة من زوج أو كانت ممن لا يحل له نكاحها فان جميع الالف التى يصح نكاحها فى قول أبى حنيفة وعندهما تقسم الالف على قدر مهر مثليهما فما أصاب حصة التى صح نكاحها فلها ذلك والباقى يعود الى الزوج (وجه) قولهما انه جعل الالف مهرا لهما جميعا وكل واحدة منهما صالح للنكاح حقيقة لكونها قابلة للمقاصد المطلوبة منه حقيقة الا أن المحرمة منهما لا تزاحم صاحبتها فى الاستحقاق لخروجها من أن تكون محلا لذلك شرعا مع قيام المحلية حقيقة فيجب اظهار أثر المحلية الحقيقية فى الانقسام ولابى حنيفة أن المهر يقابل ما يستوفى بالوطء وهو منافع البضع وهذا العقد فى حق المحرمة لا يمكن من استيفاء المنافع لخروجها من أن تكون محلا للعقد شرعا والموجود الذى لا ينتفع به والعدم الاصلى سواء فيجعل ذلك المهر بمقابلة الاجنبية كما اذا جمع بين المرأة والاتان وقال تزوجتكما على ألف درهم فان دخل الزوج بالتى فسد نكاحها ففى قياس قول أبى حنيفة لها مهر مثلها بالغا ما بلغ لانه لا تعتبر التسمية فى حقها فالتحقت التسمية بالعدم وفى قياس قول أبى يوسف ومحمد لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الالف لانهما لا يعتبران التسمية فى حقهما فى حق الانقسام والله عز وجل اعلم وعلى هذا تخرج تسمية المهر على السمعة والرياء انها تصح أولا تصح وجملة الكلام فيه أن السمعة فى المهر اما أن تكون فى قدر المهر واما أن تكون فى جنسه فان كانت فى قدر المهر بأن تواضعا فى السر والباطن واتفقا على أن يكون المهر ألف درهم لكنهما يظهران فى العقد ألفين لامر حملهما على ذلك فان لم يقولا ألف منهما سمعة فالمهر ماذكراه فى العلانية وذلك الفان لان المهر ما يكون مذكورا فى العقد والالفان مذكورتان فى العقد فاذا لم يجعلا الالف منهما سمعة صحت تسمية الالفين وان قالا الالف منهما سمعة فالمهر ماذكراه فى السر وهو الالف فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد وروى عن أبى حنيفة أن المهر ما أظهراه وهو الالفان (وجه) هذه الرواية أن المهر هو المذكور فى العقد لانه اسم لما يملك به البضع والذى يملك به البضع هو المذكور فى العقد وانه يصلح أن يكون مهرا لانه مال معلوم فتصح تسميته ويصير مهرا ولا تعتبر المواضعة السابقة (وجه) ظاهر الرواية انهما لما قالا الالف منهما سمعة فقد هزلا بذلك قدر الالف حيث لم يقصدا به مهرا والمهر مما يدخله الجد والهزل ففسدت تسميته قدر الالف والتحقت بالعدم فبقى العقد على ألف وان كانت السمعة من جنس المهر يات تواضعا واتفقا فى السر والباطن على أن يكون المهر ألف درهم ولكنهما يظهران فى العقد مائة دينار فان لم يقولا رياء وسمعة فالمهر ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا رياء وسمعة فتعاقدا على ذلك فلها مهر مثلها فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ورواية عنه أن لها مهر العلانية مائة دينار (وجه) هذه الرواية على نحو ماذكرنا أن المائة

دينار هي المذكورة في العقد والمهر اسم للمذكور في العقد لما بينا فيعتبر المذكور ولا تعتبر المواضعة السابقة (وجه) ظاهر الرواية ان ما تواضعا عليه وهو الالف لم يذكراه في العقد وما ذكراه وهو المائة دينار ما تواضعا عليه فلم توجد التسمية فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا هذا الذي ذكرنا اذا لم يتعاقدا في السر والباطن على أن يكون للمهر قدر او جنس ثم يتعاقدا على ما تواضعا واتفقا عليه فأما اذا تعاقدا في السر على قدر من المهر أو جنس منه ثم اتفقا وتواضعا في السر على أن يظهرا في عقد العلانية أكثر من ذلك أو جنسا آخر فان لم يذكرا في المواضعة السابقة ان ذلك سمعة فالمهر ما ذكراه في العلانية في قول أبي حنيفة ومحمد ويكون ذلك زيادة على المهر الاول سواء كان من جنسه أو من خلاف جنسه فان كان من خلاف جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الاول وان كان من جنسه فقدر الزيادة على المهر الاول يكون زيادة وروى عن أبي يوسف أنه قال المهر مهر السر (وجه) قوله أن المهر ما يكون مذكورا في العقد والعقد هو الاول لان النكاح لا يحتمل الفسخ والاقالة فالثاني لا يرفع الاول فلم يكن الثاني عقدا في الحقيقة فلا يعتبر المذكور عنده فكان المهر هو المذكور في العقد الاول (وجه) قولهما انهما قصدا شيئين استئناف العقد وزيادة في المهر واستئناف العقد لا يصح لان النكاح لا يحتمل الفسخ والزيادة صحيحة فصار كانه زاد ألفا أخرى أو مائة دينار وان ذكرا في المواضعة السابقة أن الزيادة أو الجنس الآخر سمعة فالمهر هو المذكور في العقد الاول والمذكور في العقد الثاني لغو لانهما هزلا به حيث جعلاه سمعة والهزل يعمل في المهر فيبطله والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها أن يكون النكاح صحيحا فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى لان ذلك ليس بنكاح لما نذكران شاء الله تعالى الا أنه اذا وجد الدخول يجب مهر المثل لكن بالوطء لا بالعقد على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ولو تزوج امرأة على جارية بعينها واستثنى ما في بطنها فلها الجارية وما في بطنها ذكره الكرخي والطحاوي من غير خلاف لان تسمية الجارية مهرا قد صحت لانها مال معلوم واستثناء ما في بطنها لم يصح لان الجنين في حكم جزء من أجزائها فاطلاق العقد على الام يتناوله فاستثناؤه يكون بمنزلة شرط فاسد والنكاح لا يحتمل شرطا فاسدا فيلغو الاستثناء ويلتحق بالعدم كانه لم يستثن رأسا وكذلك اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو خالع أو صالح من دم العمد لان هذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة ولو تزوج امرأة على جارية فاستحقت وهلكت قبل التسليم فلها قيمتها لان التسمية قد صحت لكون المسمى مالا متقوما معلوما فالعقد انعقد موجب التسليم بالاستحقاق والهلاك لانه عجز عن تسليمها فتجب قيمتها بخلاف البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم الى المشتري أنه لا يغرم البائع قيمته وانما يسقط الثمن لا غير لان هلاك المبيع يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع لم يبق وجوب التسليم فلا تجب القيمة ثم تفسير مهر المثل هو أن يعتبر مهرها بمهر مثل نسائها من أخواتها لابيها وأمها أو لابيها وعماتها وبنات أعمامها في بلدها وعصرها على مالها وجمالها وسنها وعقلها ودينها لان الصداق يختلف باختلاف البلدان وكذا يختلف باختلاف المال والجمال والسن والعقل والدين فيزداد مهر المرأة لزيادة مالها وجمالها وعقلها ودينها وحداثة سنها فلا بد من المماثلة بين المرأتين في هذه الاشياء ليكون الواجب لها مهر مثل نسائها اذ لا يكون مهر المثل بدون المماثلة بينهما ولا يعتبر مهرها بمهر أمها ولا بمهر خالتها الا أن تكون من قبيلتها من بنات أعمامها لان المهر يختلف بشرف النسب والنسب من الآباء لا من الامهات فانما يحصل لها شرف النسب من قبيل أبيها أو قبيلته لا من قبل أمها وعشيرتها والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام فنقول وبالله التوفيق المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد لانه احداث الملك والمهر يجب بمقابلة احداث الملك ولانه عقد معاوضة وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضا

فى العقد أولم يكن عندنا وعند الشافعي ان كان مفروضا لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالفرض أو بالدخول
على ماذكرنا فيما تقدم وفى النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول لعدم حدوث الملك
قبل الدخول أصلا وعدم حدوثه بعد الدخول مطلقا ولانعدام المعاوضة قبل الدخول رأسا وانعدامها بعد
الدخول مطلقا لما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه و يجب عقيب العقد بلا فصل لما ذكرنا انه يجب باحداث
الملك والملك يحدث عقيب العقد بلا فصل ولان المعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك فى العوضين فى وقت واحد
وقد ثبت الملك فى أحد العوضين وهو البضع عقيب العقد فيثبت فى العوض الآخر عقيبه تحقيقا للمعاوضة المطلقة الا
أنه يجب بنفس العقد وجوبا موسعا وانما يتضيق عند المطالبة كالثمن فى باب البيع انه يجب بنفس البيع
وجوبا موسعا وانما يتضيق عند مطالبة البائع واذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولا لان حق
الزوج فى المرأة متعين وحق المرأة فى المهر لم يتعين بالعقد وانما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم عند
المطالبة ليتعين كما فى البيع أن المشترى يسلم الثمن أولا ثم يسلم البائع المبيع الا أن الثمن فى باب البيع اذا كان
دينا يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين وان كان عينا يسلمان معا وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال سواء
كان دينا أو عينا لان القبض والتسلم ههنا معا متعذر ولا تعذر فى البيع واذا ثبت هذا فنقول للمرأة قبل دخول
الزوج بها ان تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها الى زوجها وان كانت قد انتقلت
الى بيت زوجها لماذكرنا ان بذلك يتعين حقها فيكون تسليما بتسليم ولان المهر عوض عن بضعها كالثمن
عوض عن المبيع وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر وليس
للزوج منعها عن السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها قبل ايفاء المهر لان حق الحبس انما يثبت لاستيفاء
المستحق فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل ايفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء فلا يثبت له حق الحبس واذا
أوفاها المهر فله أن يمنعها من ذلك كله الا من سفر الحج اذا كان عليها حجة الاسلام ووجدت محرما وله أن
يدخل بها لانه اذا أوفاها حقها يثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه فان أعطاها المهر الا درهما واحدا فلها أن
تمنع نفسها وان تخرج من مصرها حتى تقبضه لان حق الحبس لا يتجزأ فلا يبطل الا بتسليم كل البدل كما فى
البيع ولو خرجت لم يكن للزوج ان يسترد منها ما قبضت لانها قبضته بحق لكون المقبوض حقا لها والمقبوض
بحق لا يحتمل النقض هذا اذا كان المهر معجلا بأن تزوجها على صداق عاجل أو كان مسكوتا عن التعجيل
والتأجيل لان حكم المسكوت حكم المعجل لان هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة من الجانبين والمرأة عينت حق
الزوج فيجب أن يعين الزوج حقها وانما يتعين بالتسليم فأما اذا كان مؤجلا بأن تزوجها على مهر آجل فان لم
يذكر الوقت لشئ من المهر أصلا بأن قال تزوجتك على ألف مؤجلة أو ذكر وقتا مجهولا جهالة متفاحشة بأن
قال تزوجتك على ألف الى وقت الميسرة أو هبوب الرياح أو الى أن تمطر السماء فكذلك لان التأجيل لم يصح
لتفاحش الجهالة فلم يثبت الاجل ولو قال نصفه معجل ونصفه مؤجل كما جرت العادة فى ديارنا ولم يذكر الوقت
للمؤجل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز الاجل و يجب حالا كما اذا قال تزوجتك على ألف مؤجلة وقال
بعضهم يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو الموت وروى عن أبى يوسف ما يؤيد هذا
القول وهو أن رجلا كفل لامرأة عن زوجها نفقة كل شهر ذكر فى كتاب النكاح انه يلزمه نفقة شهر
واحد فى الاستحسان وذكر عن أبى يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر مادام النكاح قائما بينهما فكذلك ههنا وان
ذكر وقتا معلوما للمهر فليس لها أن تمنع نفسها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أخيرا لها أن تمنع نفسها
سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة بعد ان كانت معلومة أو مجهولة جهالة متقاربة كجهالة الحصاد
والدياس (وجه) قول أبى يوسف ان من حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال ألا ترى

انه لو كان معيناً أو غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضا بتأخير حقه في القبض بخلاف البائع اذا أجل الثمن انه ليس له ان يحبس المبيع و يبطل حقه في الحبس بتأجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن تقديم تسليمه على تسليم المبيع لا محالة ألا ترى أن الثمن اذا كان عينا يسلمان معا فلم يكن قبول المشتري التأجيل رضا منه باسقاط حقه في القبض وجه قولهما أن المرأة بالتأجيل رضيت باسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج كالبائع اذا أجل الثمن انه يسقط حق حبس المبيع بخلاف ما اذا كان التأجيل الى مدة مجهولة جهالة متفاحشة لان التأجيل ثمة لم يصح فلم يثبت الاجل فبقي المهر حالا وأما قوله من شأن المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس فنقول نعم اذا كان معجلا أو مسكوتا عن الوقت فاما اذا كان مؤجلا تأجيلا صحيحا فمن حكمه ان يتأخر تسليمه عن تسليم النفس لان تقديم تسليمه ثبت حقا لها لانه ثبت تحقيقا للمعاوضة المقتضية للمساواة حقا لها فاذا أجلته فقد أسقطت حق نفسها فلا يسقط حق زوجها لانعدام الاسقاط منه والرضا بالسقوط لهذا المعنى سقط حق البائع في الحبس بتأجيل الثمن كذا هذا ولو كان بعضه حالا و بعضه مؤجلا أجلا معلوما فله أن يدخل بها اذا اعطاها الحال بالاجماع أما عندهما فلان الكل لو كان مؤجلا لكان له أن يدخل بها فاذا كان البعض معجلا واعطاها ذلك أولى والفقه ما ذكرنا أن الزوج ما رضي باسقاط حقه فلا يسقط حقه وأما عند أبي يوسف فلانه لما عجل البعض فلم يرض بتأخير حقه عن القبض لانه لو رضي بذلك لم يكن لشرط التعجيل فائدة بخلاف ما اذا كان الكل مؤجلا لانه لما قبل التأجيل فقد رضي بتأخير حقه ولو لم يدخل بها حتى حل أجل الباقي فله ان يدخل بها اذا أعطاها الحال لما قلنا ولو كان الكل مؤجلا أجلا معلوما وشرط أن يدخل بها قبل أن يعطيها كله فله ذلك عند أبي يوسف أيضاً لانه لما شرط الدخول لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع ولو كان المهر مؤجلا أجلا معلوما فحل الاجل ليس لها أن تمنع نفسها لتستوفي المهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لان حق الحبس قد سقط بالتأجيل والساقط لا يحتمل العود كالثمن في المبيع وعلى أصل أبي يوسف لها أن تمنع نفسها لان لها أن تمنع قبل حلول الاجل فبعده أولى ولو كان المهر حالا فاخرته شهرا ليس لها أن تمنع عندهما وعنده لها ذلك لان هذا تأجيل طارئ فكان حكمه حكم التأجيل المقارن وقد مر الكلام فيه ولو دخل الزوج بها برضاها وهي مكلفة فلها أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه أن يخرجها من بلدها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ليس لها ذلك وعلى هذا الخلاف اذا خلا بها وجه قولهما انها بالوطء مرة واحدة أو بالخلوة الصحيحة سلمت جميع المعقود عليه برضاها وهي من أهل التسليم فبطل حقها في المنع كالبائع اذا سلم المبيع ولا شك في الرضا وأهلية التسليم والدليل على انها سلمت جميع المعقود عليه أن المعقود عليه في هذا الباب في حكم العين ولهذا يتأكد جميع المهر بالوطء مرة واحدة ومعلوم أن جميع البدل لا يتأكد بتسليم بعض المعقود عليه وما يتكرر من الوطآت ملتحق بالاستخدام فلا يقابله شيء من المهر ولابي حنيفة أن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البضع في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك لا بالمستوفى بالوطأة الاولى خاصة لانه لا يجوز اخلاء شيء من منافع البضع عن بدل يقابله احتراما للبضع وابانة لخطره فكانت هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل فكان لها ذلك بالوطء في المرة الاولى فكان لها أن تمنعه عن الاول حتى تأخذ مهرها فكذا عن الثاني والثالث الا أن المهر يتأكد بالوطء مرة واحدة لانه موجود معلوم وما وراءه معدوم مجهول فلا يزاحمه في الانقسام ثم عند الوجود يتعين قطعا فيصير مزاحما فيأخذ قسطاً من البدل كالعبد اذا جنى جناية يجب دفعه بها فان جنى جناية أخرى فالثانية تزاحم الاولى عند وجودها في وجوب الدفع بها وكذا الثالثة والرابعة الى ما لا يتناهى بخلاف البائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن أو بعد ما قبض شيأ منه ثم أراد أن يسترد أنه ليس له ذلك لانه سلم كل المبيع فلا يملك الرجوع فيما سلم وههنا ما سلمت كل المعقود عليه بل البعض دون البعض لان المعقود عليه منافع البضع وما سلمت كل المنافع بل بعضها دون البعض فهي بالمنع تمتنع عن تسليم ما لم يحصل مسلماً بعد فكان لها ذلك كالبائع اذا

سلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن كان له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن كذا هذا وكان أبو القاسم الصفار يفتي في منعها نفسها بقول أبي يوسف ومحمد وفي السفر بقول أبي حنيفة و بعد ايفاء المهر كان له أن ينقلها حيث شاء وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن محمد بن سلمة أنه كان يفتي أن بعد تسليم المهر ليس لزوجها أن يسافر بها قال أبو يوسف ولو وجدت المرأة المهر زيوفاً أوستوقاً فردت أوكان المقبوض عرضاً اشترته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وقد كان دخل بها فليس لها أن تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا على أصلهما مستقيم لان من أصلهما أن التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع وهذا تسليم من غير قبض لان ذلك القبض بالرد والاستحقاق انتقض والتحق بالعدم فصار كأنها لم تقبضه وقبل القبض الجواب هكذا عندهما وأما عند أبي حنيفة فينبغي أن يكون لها أن تمنع نفسها ثم فرق أبو يوسف بين هذا و بين المنع أنه اذا استحق الثمن من يد البائع أووجده زيوفاً أوستوقاً فرده له أن يسترد المبيع فيحبسه لان البائع بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان قبل ذلك وأما ههنا لا يمكنه لانه استوفى بعض منافع البضع فلا يكون هذا الحبس مثل الاول فلا يعود حقها في الحبس ومما يلتحق بهذا الفصل أن للمرأة أن تهب مهرها للزوج دخل بها أولم يدخل لقوله عز وجل فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً وليس لاحد من أوليائها الاعتراض عليها سواء كان أباً أوغيره لانها وهبت خالص ملكها وليس لاحد في عين المهر حق فيجوز و يلزم بخلاف ما اذا زوجت نفسها وقصرت عن مهر مثلها أن للاولياء حق الاعتراض في قول أبي حنيفة لان الامهار حق الاولياء فقد تصرفت في خالص حقهم ولانها ألحقت الضرر بالاولياء بالحاق العار والشنار بهم فلهم دفع هذا الضرر بالاعتراض والفسخ وليس للاب ان يهب مهر ابنته عند عامة العلماء وقال بعضهم له ذلك وتمسكوا بقوله تعالى أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح والاب بيده عقدة النكاح ولنا أن المهر ملك المرأة وحقها لانه بدل بضعها و بضعها حقها وملكها والدليل عليه قوله عز وجل وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أضاف المهر اليها فدل أن المهر حقها وملكها وقوله عز وجل فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً وقوله تعالى منه أي من الصداق لانه هو المكنى السابق أباح للازواج التناول من مهور النساء اذا طابت أنفسهن بذلك ولذا علق سبحانه وتعالى الاباحة بطيب أنفسهن فدل ذلك كله على أن مهرها ملكها وحقها وليس لاحد أن يهب ملك الانسان بغير اذنه ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من أموالها فكذا المهر وأما الآية الشريفة فقد قيل أن المراد من الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما و يجوز أن يحمل قول من صرف التأويل الى الولي على بيان نزول الآية على ما قيل أن حين النزول كان المهور للاولياء ودليله قول شعيب لموسى عليهما الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج شرط المهر لنفسه لا لابنته ثم نسخ بما تلونا من الآيات وللمولى أن يهب صداق أمته ومدبرته وأم ولده من زوجها لان المهر ملكه وليس له أن يهب مهر مكاتبته ولو وهب لا يبرأ الزوج ولا يدفعه الى المولى لان مهر المكاتبة لها لا للمولى لانه من أكسابها وكسب المكاتب له لا لمولاه وتجوز الزيادة في المهر اذا تراضيا بها والحط عنه اذا رضيت به لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة رفع الجناح فيما تراضيا به الزوجان بعد الفريضة وهو التسمية وذلك هو الزيادة في المهر والحط عنه وأحق ما تصرف اليه الآية الزيادة لانه ذكر لفظة التراضي وانه يكون بين اثنين ورضا المرأة كان في الحط ولان الزيادة تلحق العقد و يصير كأن العقد ورد على الاصل والزيادة جميعاً كالخيار في باب البيع والاجل فيه فان من اشترى من آخر عبدا بيعاً باتا ثم ان أحدهما جعل لصاحبه الخيار يوما جاز ذلك حتى لو نقض البيع جاز نقضه و يصير ذلك كالخيار المشروط في أصل البيع وكذا اذا اشترى عبداً بألف درهم حالة ثم ان البائع أجل المشتري في الثمن شهراً جاز التأجيل و يصير كأنه كان مسمى في العقد كذا ههنا ولا يثبت خيار الرؤية في المهر حتى لو تزوج امرأة على عبد بعينه أوجارية بعينها ولم تره ثم رأته ليس لها أن ترده بخيار الرؤية لان النكاح لا ينفسخ برده فلو ردت لرجعت عليه بعبد آخر وثبت لها فيه خيار الرؤية فترده ثم ترجع عليه بآخر

الى

الى مالا يتناهى فلم يكن الرد مفيد الخلو عن العاقبة الحميدة فكان سفها فلا يثبت لها حق الرد وكذلك الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد لما قلنا بخلاف البيع انه يثبت فيه خيار الرؤية لان البيع ينفسخ برد المبيع ويرجع بالثمن فكان الرد مفيداً الذلك افترقا وهل يثبت خيار العيب فى المهر ينظر فى ذلك ان كان العيب يسيراً لا يثبت وان كان فاحشاً يثبت وكذلك هذا فى بدل الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد بخلاف البيع والاجارة وبدل الصلح على مال انه يرد بالعيب اليسير والفاحش لان هناك ينفسخ العقد برده وههنا لا ينفسخ واذا لم ينفسخ فيقبض مثله فربما يجد فيه عيباً يسيراً أيضاً لان الاعيان لا تخلو عن قليل عيب عادة فيرده ثم يقبض مثله فيؤدى الى مالا يتناهى فلا يفيد الرد وهذا المعنى لا يوجد فى البيع والاجارة لانه ينفسخ العقد بالرد فكان الرد مفيداً ولان حق الرد بالعيب انما يثبت استدراكاً للفائت وهو صفة السلامة المستحقة بالعقد والعيب اذا كان يسيراً لا يعرف الفوات بيقين لان العيب اليسير يدخل تحت تقويم المقومين لا يخلو عنه فمن مقوم يقومه بدون العيب بألف ومن مقوم يقومه مع العيب بألف أيضاً فلا يعلم فوات صفة السلامة بيقين فلا حاجة الى الاستدراك بالرد بخلاف العيب الفاحش لانه لا يختلف فيه المقومون فكان الفوات حاصلاً بيقين فتقع الحاجة الى استدراك الفائت بالرد الا أن هذا المعنى الاخير يشكل بالبيع واخواته فان العيب اليسير فيها يوجب حق الرد وان كان هذا المعنى موجوداً فيها فالاصح هو الوجه الاول ولا شفعة فى المهر لان من شرائط ثبوت حق الشفعة معاوضة المال بالمال لما نذكره فى كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى والنكاح معاوضة البضع بالمال فلا يثبت فيه حق الشفعة

﴿فصل﴾ (وأما) بيان ما يتأكد به المهر فالمهر يتأكد بأحد معان ثلاثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط شىء منه بعد ذلك الا بالابراء من صاحب الحق أما التأكد بالدخول فمتفق عليه والوجه فيه أن المهر قد وجب بالعقد وصار ديناً فى ذمته والدخول لا يسقطه لانه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا أن يسقطه كما فى الاجارة ولان المهر يتأكد بتسليم المبدل من غير استيفائه لما نذكر فلأن يتأكد بالتسليم مع الاستيفاء أولى (وأما) التأكد بالخلوة فمذهبنا وقال الشافعى لا يتأكد المهر بالخلوة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها فى نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى عندنا وعنده نصف المسمى وان لم يكن فى النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا وعنده يجب عليه المتعة وعلى هذا الاختلاف وجوب العدة بعد الخلوة قبل الدخول عندنا تجب وعنده لا تجب واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب الله تعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول فى نكاح فيه تسمية لان المراد من المس هو الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن أوجب كل المفروض فقد خالف النص وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن أى ولم تفرضوا لهن فريضة فمتعوهن أوجب تعالى لهن المتعة فى الطلاق فى نكاح لا تسمية فيه مطلقاً من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها وقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن فدلت الآية الشريفة على نفى وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل ولان تأكد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع واستيفاؤها بالوطء ولم يوجد ولا ضرورة لها فى التوقف لان الزوج لا يخلو إما أن يستوفى أو يطلق فان استوفى تأكد حقها وان طلق يفوت عليها نصف المهر لكن بعوض هو خير لها لان المعقود عليه يعود عليها سليما مع سلامة نصف المهر لها بخلاف الاجارة انه تتأكد الاجرة فيها بنفس التخلية ولا يتوقف التأكد على استيفاء المنافع لان فى التوقف هناك ضرراً بالآجر لان الاجارة مدة معلومة فمن الجائز أن يمنع المستأجر من استيفاء المنافع مدة الاجارة بعد التخلية فلو توقف تأكد الاجرة على حقيقة الاستيفاء وربما لا يستوفى لفات المنافع عليه مجانا

بلاعوض فيتضرر به الاجر فاقيم التمكن من الانتفاع مقام استيفاء المنفعة دفعاً للضرر عن الآجر وههنا لا ضرر في التوقف على ما بينا فتوقف التأكد على حقيقة الاستيفاء ولم يوجد فلا يتأكد ولنا قوله عز وجل وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثماً مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض نهى سبحانه وتعالى الزوج عن أخذ شيء مما ساق اليها من المهر عند الطلاق وأبان عن معنى النهى لوجود الخلوة كذا قال الفراء ان الافضاء هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل ومأخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة لان الافضاء مأخوذ من الفضاء من الارض وهو الموضع الذى لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهى التى لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضى أن لا يسقط شيء منه بالطلاق الا أن سقوط النصف بالطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة فى نكاح فيه تسمية واقامة المتعة مقام نصف مهر المثل فى نكاح لا تسمية فيه ثبت بدليل آخر فبقى حال ما بعد الخلوة على ظاهر النص وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كشف خمار امرأته ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل وهذا نص فى الباب وروى عن زرارة بن أبى أوفى أنه قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون انه اذا أرخى الستور وأغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة دخل بها أو لم يدخل بها وحكى الطحاوى فى هذه المسألة اجماع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم ولان المهر قد وجب بنفس العقد أما فى نكاح فيه تسمية فلا شك فيه واما فى نكاح لا تسمية فيه فلما ذكرنا فى مسئلة المفوضة الا أن الوجوب بنفس العقد ثبت موسعاً ويتضيق عند المطالبة والدين المضيق واجب القضاء قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين مضيق ولان المهر متى صار ملكا لها بنفس العقد فالملك الثابت لانسان لا يجوز أن يزول الا بازالة المالك أو بعجزه عن الانتفاع بالمملوك حقيقة اما لمعنى يرجع الى المالك أو لمعنى يرجع الى المحل ولم يوجد شيء من ذلك فلا يزول الا عند الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة سقط النصف باسقاط الشرع غير معقول المعنى الا بالطلاق لان الطلاق فعل الزوج والمهر ملكها والانسان لا يملك اسقاط حق الغير عن نفسه ولانها سلمت المبدل الى زوجها فيجب على زوجها تسليم البدل اليها كما فى البيع والاجارة والدليل على انها سلمت المبدل ان المبدل هو ما يستوفى بالوطء وهو المنافع الا أن المنافع قبل الاستيفاء معدومة فلا يتصور تسليمها لكن لها محل موجود وهو العين وانما يتصور التسليم حقيقة فيقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كما فى الاجارة وقد وجد تسليم المحل لان التسليم هو جعل الشيء سالماً للمسلم اليه وذلك برفع الموانع وقد وجد لان الكلام فى الخلوة الصحيحة وهى عبارة عن التمكن من الانتفاع ولا يتحقق التمكن الا بعد ارتفاع الموانع كلها فثبت انه وجد منها تسليم المبدل فيجب على الزوج تسليم البدل لان هذا عقد معاوضة وانه يقتضى تسليما بازاء التسليم كما يقتضى ملكا بازاء ملك تحقيقاً لحكم المعاوضة كما فى البيع والاجارة وأما الآية فقال بعض أهل التأويل ان المراد من المسيس هو الخلوة فلا تكون حجة على ان فيها ايجاب نصف المفروض لا اسقاط النصف الباقى ألا ترى ان من كان فى يده عبد فقال نصف هذا العبد لفلان لا يكون ذلك نفيا للنصف الباقى فكان حكم النصف الباقى مسكوتا عنه فبقيت على قيام الدليل وقد قام الدليل على البقاء وهو ما ذكرنا فيبقى وأما قوله التأكد انما يثبت باستيفاء المستحق فممنوع بل كما يثبت باستيفاء المستحق يثبت بتسليم المستحق كما فى الاجارة وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوة الصحيحة على ما بينا ثم تفسير الخلوة الصحيحة هو أن لا يكون هناك مانع من الوطء لا حقيقى ولا شرعى ولا طبعى أما المانع الحقيقى فهو أن يكون أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو صغيراً لا يجامع مثله أو صغيرة لا يجامع مثلها أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء لان الرتق والقرن يمنعان من الوطء وتصح خلوة الزوج ان كان الزوج عنيناً أو خصياً لان العنة والخصاء لا يمنعان من الوطء فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما وتصح خلوة المجبوب فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا تصح (وجه) قولهما ان الجب يمنع من الوطء فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق ولابى حنيفة انه

يتصور منه السحق والايلاد بهذا الطريق ألا ترى لو جاءت امرأته بولد يثبت النسب منه بالاجماع واستحقت كمال المهر ان طلقها وان لم يوجد منه الوطء المطلق فيتصور في حقه ارتفاع المانع من وطء مثله فتصح خلوته وعليها العدة اما عنده فلا يشكل لان الخلوة اذا صحت أقيمت مقام الوطء في حق تأكد المهر ففي حق العدة أولى لانه يحتاط في ايجابها وأما عندهما فقد ذكر الكرخي ان عليها العدة عندهما أيضا وقال أبو يوسف ان كان المجبوب ينزل فعليها العدة لان المجبوب قد يقذف بالماء فيصل الى الرحم ويثبت نسب ولده فتجب العدة احتياطا فان جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه ووجب لها جميع الصداق لان الحكم بثبات النسب يكون حكما بالدخول فيتأكد المهر على قولهما أيضا وان كان لا ينزل فلا عدة عليها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه والا فلا يثبت كالمطلقة قبل الدخول وكالمعتدة اذا أقرت بانقضاء العدة وأما المانع الشرعي فهو ان يكون أحدهما صائما صوم رمضان أو محرما بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة أو تكون المرأة حائضا أو نفساء لان كل ذلك محرم للوطء فكان مانعا من الوطء شرعا والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا أيضا لانهما اذى والطبع السليم ينفر عن استعمال الاذى وأما في غير صوم رمضان فقد روى بشر عن أبي يوسف ان صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا يمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم الجليل في مختصره ان نفل الصوم كفرضه فصار في المسئلة روايتان (وجه) رواية المختصر ان صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر فصار كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة كذا هذا (وجه) رواية بشر ان صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فانه يجب فيه القضاء والكفارة وكذا حج التطوع فقوى المانع (ووجه) آخر من الفرق بين صوم التطوع وبين صوم رمضان ان تحريم الفطر في صوم التطوع من غير عذر غير مقطوع به لكونه محل الاجتهاد وكذا لزوم القضاء بالافطار فلم يكن مانعا بيقين وحرمة الافطار في صوم رمضان من غير عذر مقطوع بها وكذا لزوم القضاء فكان مانعا بيقين (وأما) المانع الطبعي فهو أن يكون معهما ثالث لان الانسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحي فينقبض عن الوطء بمشهد منه وسواء كان الثالث بصيرا أو أعمى يقظانا أو نائما بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا رجلا أو امرأة أجنبية أو منكوحته لان الاعمى ان كان لا يبصر فيحس والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فساعة فينقبض الانسان عن الوطء مع حضوره والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الانسان منه كما يحتشم من الرجل واذا لم يكن عاقلا فهو ملحق بالبهائم لا يمتنع الانسان عن الوطء لمكانه ولا يلتفت اليه والانسان يحتشم من المرأة الاجنبية ويستحي وكذا لا يحل لها النظر اليهما فينقبضان لمكانها واذا كان هناك منكوحة له أخرى أو تزوج امرأتين فخلا بهما فلا يحل لها النظر اليهما فينقبض عنها وقد قالوا انه لا يحل لرجل أن يجامع امرأته بمشهد امرأة أخرى ولو كان الثالث جارية له فقد روى ان محمدا كان يقول أولا تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح (وجه) قوله الاول ان الامة ليست لها حرمة الحرة فلا يحتشم المولى منها ولذا يجوز لها النظر اليه فلا تمنعه عن الوطء (وجه) قوله الاخير ان الامة ان كان يجوز لها النظر اليه لا يجوز لها النظر اليها فتنقبض المرأة لذلك وكذا قالوا لا يحل له الوطء بمشهد منها كما لا يحل بمشهد امرأته الاخرى ولا خلوة في المسجد والطريق والصحراء وعلى سطح لا حجاب عليه لان المسجد يجمع الناس للصلاة ولا يؤمن من الدخول عليه ساعة فساعة وكذا الوطء في المسجد حرام قال الله عز وجل ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد والطريق يمر الناس لا تخلو عنهم عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء وكذا الصحراء والسطح من غير حجاب لان الانسان ينقبض عن الوطء في مثله لاحتمال ان يحصل هناك ثالث أو ينظر اليه أحد معلوم ذلك بالعادة ولو خلا بها في حجلة أو قبة فارخى الستر عليه فهو خلوة صحيحة لان ذلك في معنى البيت ولا خلوة في النكاح الفاسد لان الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما ولان الخلوة انما يتأكد به المهر وتأكده بعد وجوبه يكون ولا يجب بالنكاح الفاسد شيء فلا يتصور التأكد والله عز وجل أعلم ثم في كل موضع صحت الخلوة وتأكد المهر وجبت العدة

لان الخلوة الصحيحة لما أوجبت كمال المهر فلان توجب العدة أولى لان المهر خالص حق العبد وفى العدة حق الله تعالى فيحتاط فيها وفى كل موضع فسدت فيه الخلوة لا يجب كمال المهر وهل تجب العدة ينظر فى ذلك ان كان الفساد لمانع حقيقى لا تجب لانه لا يتصور الوطء مع وجود المانع الحقيقى منه وان كان المانع شرعياً أو طبعياً تجب لان الوطء مع وجود هذا النوع من المانع ممكن فيتهمان فى الوطء فتجب العدة عند الطلاق احتياطاً والله عز وجل الموفق وأما التأكد بموت أحد الزوجين فنقول لا خلاف فى ان أحد الزوجين اذا مات حتف أنفه قبل الدخول فى نكاح فيه تسمية انه يتأكد المسمى سواء كانت المرأة حرة أو أمة لان المهر كان واجباً بالعقد والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى نهايته لانه عقد للعمر فتنتهى نهايته عند انتهاء العمر واذا انتهى يتأكد فيما مضى و يتقرر بمنزلة الصوم يتقرر بمجيء الليل فيتقرر الواجب ولان كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً عليه والموت لم يعرف مسقطا للدين فى أصول الشرع فلا يسقط شئ منه بالموت كسائر الديون وكذا اذا قتل أحدهما سواء كان قتله أجنبى أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل الزوج نفسه فاما اذا قتلت المرأة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن الزوج شئ من المهر بل يتأكد المهر عندنا وعند زفر والشافعى يسقط المهر (وجه) قولهما انها بالقتل فوتت على الزوج حقه فى المبدل فيسقط حقها فى البدل كما اذا ارتدت قبل الدخول أو قبلت ابن زوجها أو أباه (ولنا) ان القتل انما يصير تفويتاً للحق عند زهوق الروح لانه انما يصير قتلا فى حق المحل عند ذلك والمهر فى تلك الحالة ملك الورثة فلا يحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها أو أجنبى بخلاف الردة والتقبيل لان المهر وقت التقبيل والردة كان ملكها فاحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها أو قتل المولى أمته سقط مهرها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يسقط بل يتأكد (وجه) قولهما ان الموت مؤكد للمهر وقد وجد الموت لان المقتول ميت باجله فيتأكد بالموت كما اذا قتلها أجنبى أو قتلها زوجها وكالحرة اذا قتلت نفسها ولان الموت انما أكد المهر لانه ينتهى به النكاح والشئ اذا انتهى نهايته يتقرر وهذا المعنى موجود فى القتل لانه ينتهى به النكاح فيتقرر به المبدل وتقرر المبدل يوجب تقرر البدل ولابى حنيفة ان من له البدل فوت المبدل على صاحبه وتفويت المبدل على صاحبه يوجب سقوط البدل كالبائع اذا أتلف المبيع قبل القبض انه يسقط الثمن لما قلنا كذا هذا ولا شك انه وجد تفويت المبدل ممن يستحق البدل لان المستحق للمبدل هو المولى وقد أخرج المبدل عن كونه مملوكا للزوج والدليل على ان هذا يوجب سقوط البدل ان الزوج لا يرضى بملك البدل عليه بعد فوات المبدل عن ملكه فكان ايفاء البدل عليه بعد زوال المبدل عن ملكه اضرارا به والاصل فى الضرر ان لا يكون فكان اقدام المولى على تفويت المبدل عن ملك الزوج والحالة هذه اسقاطاً للبدل دلالة فصار كما لو أسقطه نصا بالابراء بخلاف الحرة اذا قتلت نفسها لانها وقت فوات المبدل لم تكن مستحقة للبدل لانتقاله الى الورثة على ما بينا والانسان لا يملك اسقاط حق غيره وههنا بخلافه ولان المهر وقت فوات المبدل على الزوج ملك المولى وحقه والانسان يملك التصرف فى ملك نفسه استيفاء واسقاطاً فكان محتملا للسقوط بتفويت المبدل دلالة كما كان محتملا للسقوط بالاسقاط نصاً بالابراء وهو الجواب عما اذا قتلها زوجها أو أجنبى لانه لا حق للاجنبى ولا للزوج فى مهرها فلا يحتمل السقوط باسقاطهما ولهذا لا يحتمل السقوط باسقاطهما نصا فكيف يحتمل السقوط من طريق الدلالة والدليل على التفرقة بين هذه الفصول ان قتل الحرة نفسها لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا فصار كموتها حتف أنفها حتى قال أبو حنيفة ومحمد انها تغسل و يصلى عليها كما لو ماتت حتف أنفها وقتل المولى أمته يتعلق به وجوب الكفارة وقتل الاجنبى اياها يتعلق به وجوب القصاص ان كان عمدا والدية والكفارة ان كان خطأ فلم يكن قتلها بمنزلة الموت هذا اذا قتلها المولى فاما اذا قتلت نفسها فعن أبى حنيفة فيه روايتان روى أبو يوسف عنه انه لا مهر لها و روى محمد عنه أن لها المهر وهو قولهما (وجه) الرواية الاولى ان قتلها نفسها بمنزلة قتل المولى اياها بدليل ان جنايتها كجنايته فى باب الضمان لانها مضمونة بمال المولى ولو قتلها المولى يسقط المهر

عنده فكذا اذا قتلت نفسها (وجه) الرواية الاخرى ان البدل حق المولى وملكه فتفويت المبدل منها لا يوجب بطلان حق المولى بخلاف جناية المولى والدليل على التفرقة بين الجنايتين ان جنايتها على نفسها هدر بدليل انه لا يتعلق بها حكم من أحكام الدنيا فالتحقت بالعدم وصارت كانها ماتت حتف أنفها بخلاف جناية المولى عليها فانها مضمونة بالكفارة وهي من أحكام الدنيا فكانت جنايته عليها معتبرة فلا تجعل بمنزلة الموت والله عز وجل الموفق واذا تأكد المهر باحد المعاني التي ذكرناها لا يسقط بعد ذلك وان كانت الفرقة من قبلها لان البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط الا بالابراء كالثمن اذا تأكد بقبض المبيع واما اذا مات أحد الزوجين في نكاح لا تسمية فيه فانه يتأكد مهر المثل عند أصحابنا وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه ان لها المتعة و به أخذ الشافعي الا انه قال متعتها ما استحقت من الميراث لا غير احتج من قال بوجوب المتعة بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن وقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات الى قوله عز وجل فمتعوهن أمر سبحانه وتعالى بالمتعة من غير فصل بين حال الموت وغيرها والنص وان ورد في الطلاق لكنه يكون واردا في الموت ألا ترى ان النص ورد في صريح الطلاق ثم ثبت حكمه في الكنايات من الابانة والتسريح والتحريم ونحو ذلك كذا ههنا .(ولنا) ما روينا عن معقل بن سنان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق وقد مات عنها زوجها قبل ان يدخل بها بمهر المثل ولان المعنى الذي له وجب كل المسمى بعد موت أحد الزوجين في نكاح فيه تسمية موجود في نكاح لا تسمية فيه وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولا حجة له في الآية لان فيها ايجاب المتعة في الطلاق لا في الموت فمن ادعى الحاق الموت بالطلاق فلا بد له من دليل آخر

﴿فصل﴾ واما بيان ما يسقط به كل المهر فالمهر كله يسقط باسباب أربعة منها الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة وقبل الخلوة بها فكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر سواء كانت من قبل المرأة أو من قبل الزوج وانما كان كذلك لان الفرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن وسنبين الفرقة التي تكون بغير طلاق والتي تكون بطلاق ان شاء الله تعالى في موضعها ومنها الابراء عن كل المهر قبل الدخول و بعده اذا كان المهر دينا لان الابراء اسقاط والاسقاط ممن هو من أهل الاسقاط في محل قابل للسقوط يوجب السقوط ومنها الخلع على المهر قبل الدخول و بعده ثم ان كان المهر غير مقبوض سقط عن الزوج وان كان مقبوضا ردته على الزوج وان كان خالعها على مال سوى المهر يلزمها ذلك المال و يبرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية في قول أبي حنيفة لان الخلع وان كان طلاقا بعوض عندنا لكن فيه معنى البراءة لما نذكره ان شاء الله تعالى في مسئلة المخالعة والمبارأة في كتاب الطلاق في بيان حكم الخلع وعمله ان شاء الله تعالى ومنها هبة كل المهر قبل القبض عينا كان أو دينا و بعده اذا كان عينا وجملة الكلام في هبة المهر ان المهر لا يخلو اما ان يكون عينا وهو ان يكون معينا مشارا اليه مما يصح تعيينه واما ان يكون دينا وهو ان يكون في الذمة كالدراهم والدنانير معينة كانت أو غير معينة والمكيلات والموزونات في الذمة والحيوان في الذمة كالعبد والفرس والعرض في الذمة كالثوب الهروي والحال لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعد القبض وهبت كل المهر أو بعضه فان وهبته كل المهر قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شيء له عليها سواء كان المهر عينا أو دينا في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع عليها بنصف المهر ان كان دينا و به أخذ الشافعي (وجه) قول زفر انها بالهبة تصرفت في المهر بالاسقاط واسقاط الدين استهلاك له والاستهلاك يتضمن القبض فصار كانها قبضت ثم وهبت ولنا ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل القبض عاد اليه من جهتها بسبب لا يوجب الضمان لانه يستحق نصف المهر فقد عاد اليه بالهبة

والهبة لا توجب الضمان فـلا يكون له حق الرجوع عليها بالنصف كالنصف الآخر وان وهبت بعد القبض فان كان الموهوب عينا فقبضه ثم وهبه منها لم يرجع عليها بشئ لان ما تستحقه بالطلاق قبل الدخول هو نصف الموهوب بعينه وقد رجع اليه بعقد لا يوجب الضمان فلم يكن له الرجوع عليها وان كانت دينا في الذمة فان كان حيوانا أو عرضا فكذلك لا يرجع عليها بشئ لان الذى تستحقه بالطلاق قبل الدخول نصف ذلك الشئ بعينه من العبد والثوب فصار كانه تعين بالعقد وان كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة أو مكيلا أو موزونا سوى الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته منه ثم طلقها يرجع عليها بمثل نصفه لان المستحق بالطلاق ليس هو الذى وهبته بعينه بل مثله بدليل انها كانت مخيرة في الدفع ان شاءت دفعت ذلك بعينه وان شاءت دفعت مثله كما كان الزوج مخيرا في الدفع اليها بالعقد فلم يكن العائد اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فصار كانها وهبت مالا آخر ولو كان كذلك لرجع عليها بمثل نصف الصداق كذا هذا وقال زفر في الدراهم والدنانير اذا كانت معينة فقبضتها ثم وهبتها ثم طلقها انه لا رجوع للزوج عليها بشئ بناء على ان الدراهم والدنانير عنده تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ أيضا كالعروض وعندنا لا تتعين بالعقد فلا تتعين بالفسخ والمسئلة ستأتى في كتاب البيوع وكذلك اذا كان المهر دينا فقبضت الكل ثم وهبت البعض فللزوج ان يرجع عليها بنصف المقبوض لان له ان يرجع عليها اذا وهبت الكل فاذا وهبت البعض أولى واذا قبضت النصف ثم وهبت النصف الباقى أو وهبت الكل ثم طلقها قبل الدخول بها قال أبو حنيفة لا يرجع الزوج عليها بشئ وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليها بربع المهر (وجه) قولهما ان المستحق للزوج بالطلاق قبل الدخول نصف المهر فاذا قبضت النصف دون النصف فقد استحق النصف مشاعا فيما في ذمته وفيما قبضت فكان نصف النصف وهو ربع الكل في ذمته ونصف النصف فيما قبضت الا انها اذا لم تكن وهبته حتى طلقها لم يرجع عليها بشئ لانه صار ما في ذمته قصاصا بماله عليها فاذا وهبت بقى حقه في نصف ما في يدها وهو الربع فيرجع عليها بذلك ولابى حنيفة ان الذى يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ما في ذمته بدليل انها لو لم تكن وهبت وطلقها لم يرجع عليها بشئ وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب الضمان وهو الهبة فلا يكون له الرجوع بشئ ولو كان المهر جارية فولدت بعد القبض أو جنى عليها فوجب الارش أو كان شجرا فاثمر أو دخله عيب ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف القيمة لان حق الزوج ينقطع عن العين بهذه العوارض بدليل انه لا يجوز له أخذها مع الزيادة واذا كان حقه منقطعا عنها لم يعد اليه بالهبة ما استحقه بالطلاق فكان له قيمتها واذا احدث به عيب فالحق وان لم ينقطع عن العين به لكن يجوز له تركه مع العيب فلم يكن الحق متعلقا بالعين على سبيل اللزوم ولم يكن الواصل الى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق ولو كانت الزيادة في بدنها فوهبتها له ثم طلقها كان له ان يضمنها في قول أبى يوسف وأبى حنيفة خلافا لمحمد بناء على ان الزيادة المتصلة لا تمنع التنصيف عندهما وعنده تمنع واذا باعته المهر أو وهبته على عوض ثم طلقها رجع عليها بمثل نصفه فيما له مثل وبنصف القيمة فيما لا مثل له لان المهر عاد الى الزوج بسبب يتعلق به الضمان فوجب له الرجوع واذا ثبت له الرجوع ضمنها كما لو باعته من أجنبى ثم اشتراه الزوج من الاجنبى ثم ان كانت باعت قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع لانه دخل في ضمانها بالبيع وان كانت قبضت ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض لانه دخل في ضمانها بالقبض والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط به نصف المهر فما يسقط به نصف المهر نوعان نوع يسقط به نصف المهر صورة ومعنى ونوع يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة اما النوع الاول فهو الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية المهر والمهر دين لم يقبض بعد وجملة الكلام فيه ان الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية قد يسقط به عن الزوج نصف المهر وقد يعود به اليه النصف وقد يكون له به مثل النصف صورة ومعنى أو معنى لا صورة وبيان هذه الجملة ان المهر المسمى اما ان يكون دينا واما ان يكون عينا وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون مقبوضا واما ان يكون غير

مقبوض فان كان دينا فلم يقبضه حتى طلقها قبل الدخول بها سقط نصف المسمى بالطلاق و بقي النصف هذا طريق عامة المشايخ وقال بعضهم ان الطلاق قبل الدخول يسقط جميع المسمى وانما يجب نصف آخر ابتداء على طريقة المتعة لا بالعقد الا ان هذه المتعة مقدرة بنصف المسمى والمتعة في الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه غير مقدرة بنصف مهر المثل والى هذا الطريق يذهب الكرخي والرازي وكذا روى عن ابراهيم النخعي انه قال في الذي طلق قبل الدخول وقد سمى لها ان لها نصف المهر وذلك متعتها واحتجوا بقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن أوجب الله تعالى المتعة في الطلاق قبل الدخول من غير فصل بين ما اذا كان في النكاح تسمية أو لم يكن إلا ان هذه المتعة قدرت بنصف المسمى بدليل آخر وهو قوله عز وجل فنصف ما فرضتم ولان النكاح انفسخ بالطلاق قبل الدخول لان المعقود عليه عاد سليما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يقتضي سلامة البدل للآخر كما في الاقالة في باب البيع قبل القبض وهذا لان المبدل اذا عاد سليما الى المرأة فلو لم تسلم البدل الى الزوج لاجتمع البدل والمبدل في ملك واحد في عقد المعاوضة وهذا لا يجوز ولهذا المعنى سقط الثمن عن المشتري بالاقالة قبل القبض كذا المهر ولعامة المشايخ قوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض فايجاب نصف آخر على طريق المتعة ايجاب ما ليس بمفروض وهذا خلاف النص ولان الطلاق تصرف في الملك بالابطال وضعا لانه موضوع لرفع القيد وهو الملك فكان تصرفا في الملك ثم اذا بطل الملك لا يبقى النكاح في المستقبل و ينتهي لعدم فائدة البقاء و يتقرر فيما مضى بمنزلة الاعتاق لانه إسقاط الملك فيكون تصرفا في الملك ثم السبب ينتهي في المستقبل لعدم فائدة البقاء و يتقرر فيما مضى كذا الطلاق وكان ينبغي ان لا يسقط شيء من المهر كما لا يسقط بالموت الا ان سقوط النصف ثبت بدليل ولان المهر يجب باحداث ملك المتعة جبراً للذل بالقدر الممكن و بالطلاق لا يتبين ان الملك لم يكن الا انه سقط بالنص وأما النص فقد قيل انه منسوخ بالنص الذي في سورة البقرة وهو قوله عز وجل وان طلقتموهن الآية أو يحمل الامر بالتمتع على الندب والاستحباب أو يحمل على الطلاق في نكاح لا تسمية فيه عملا بالدلائل وقولهم الطلاق فسخ النكاح ممنوع بل هو تصرف في الملك بالقطع والابطال فيظهر أثره في المستقبل كالاعتاق و به تبين ان المعقود عليه ما عاد الى المرأة لان المعقود عليه هو ملك المتعة وانه لا يعود الى المرأة بل يبطل ملك الزوج عن المتعة بالطلاق و يصير لها في المستقبل الا ان يعود أو يقال ان الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ لما قالوا و يشبه الابطال لما قلنا وشبه الفسخ يقتضي سقوط كل البدل كما في الاقالة قبل القبض وشبه الابطال يقتضي ان لا يسقط شيء من البدل كما في الاعتاق قبل القبض فيتنصف توفير الحكم على الشبهين عملا بهما بقدر الامكان والدليل على صحة هذا الطريق ما ظهر من القول عن أصحابنا فيمن تزوج امرأة على خمس من الابل السائمة وسلمها الى المرأة فحال عليها الحول ثم طلقها قبل الدخول بها انه يسقط عنها نصف الزكاة ولو سقط المسمى كله ثم وجب نصفه بسبب آخر لسقط كل الزكاة ولان القول بسقوط كل المهر ثم بوجوب نصفه غير مفيد والشرع لا يرد بما لا فائدة فيه والله عز وجل أعلم ولو شرط مع المسمى الذي هو مال ما ليس بمال بان تزوجها على الف درهم وعلى ان يطلق امرأته الاخرى أو على ان لا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وسقط الشرط لان هذا شرط اذا لم يقع الوفاء به يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا يثبت في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق الا المسمى فيتنصف وكذلك ان شرط مع المسمى شيئاً مجهولا كما اذا تزوجها على الف درهم وكرامتها أو على الف درهم وان يهدى اليها هدية ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى لانه اذا لم يف بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا مدخل له في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتبار هذا الشرط وكذلك لو تزوجها على الف أو على الفين حتى وجب مهر المثل في قول أبي حنيفة وفي قولهما الاقل ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف بالاجماع

أما عند أبي حنيفة فلأن الواجب هو مهر المثل وانه لا يثبت في الطلاق قبل الدخول وأما عندهما فلأن الواجب هو الاقل فيتنصف وكذلك لو تزوجها على الف ان لم يكن له امرأة وعلى الفين ان كانت له امرأة حتى فسد الشرط الثاني عند أبي حنيفة فطلقها قبل الدخول فلها نصف الاقل لما قلنا وعندهما الشرطان جائز ان فايهما وجد فلها نصف ذلك بالطلاق قبل الدخول ولو تزوجها على أقل من عشرة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف ما سمى وتمام خمسة دراهم لان تسمية ما دون العشرة تسمية للعشرة عندنا فكأنه تزوجها على ذلك الشيء وتمام عشرة دراهم وان كان قد قبضته فان كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة او كان مكيلا أو موزونا في الذمة فقبضته وهو قائم في يدها فطلقها فعليها رد نصف المقبوض وليس عليها رد عين ما قبضت لان عين المقبوض لم يكن واجبا بالعقد فلا يكن واجبا بالفسخ وأما على أصل زفر فالدراهم والدنانير تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ فعليها رد نصف عين المقبوض ان كان قائما وان كان عبدا أو وسطا أو ثوبا وسطا فسلمه اليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها رد نصف المقبوض لان العبد لا مثل له والاصل فيما لا مثل له انه لا يجب في الذمة الا انه وجب الوسط منه في الذمة وتحملت الجهالة فيه لما ذكرنا فيما تقدم فاذا تعين بالقبض كان إيجاب نصف العين أعدل من إيجاب المثل او القيمة فوجب عليها رد نصف عين المقبوض كما لو كان معينا فقبضته ولا تملكه الزوج بنفس الطلاق لما نذكر وهذا اذا كان المهر دينا فقبضته أو لم تقبضه حتى ورد الطلاق قبل الدخول. فاما اذا كان عينا بان كان معينا مشاراً اليه مما يحتمل التعيين كالعبد والجارية وسائر الاعيان فلا يخلو اما ان كان بحاله لم يزد ولم ينقص واما ان زاد أو نقص فان كان بحاله لم يزد ولم ينقص فان كان غير مقبوض فطلقها قبل الدخول بها عاد الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا يحتاج للعود اليه الى الفسخ والتسليم منها حتى لو كان المهر امة فاعتقها الزوج قبل الفسخ والتسليم ينفذ اعتاقه في نصفها بلا خلاف وان كان مقبوضا لا يعود الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا ينفسخ ملكها في النصف حتى يفسخه الحاكم أو تسلمه المرأة وذكر ذلك في الزيادات وزاد عليه الفسخ من الزوج وهو ان يقول قد فسخت هذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينفسخ ملكها في النصف بنفس الطلاق وهو قول زفر حتى لو كان المهر امة فاعتقها قبل الفسخ والتسليم جاز اعتاقها في جميعها ولا يجوز اعتاق الزوج فيها وعلى قول أبي يوسف لا يجوز اعتاقها الا في النصف ويجوز اعتاق الزوج في نصفها (وجه) قول أبي يوسف ان الموجب للعود هو الطلاق وقد وجد فيعود ملك الزوج كالبيع اذا فسخ قبل القبض انه يعود ملك البائع بنفس الفسخ كذا هذا وجه قولهما ان العقد وان انفسخ بالطلاق فقد بقي القبض بالتسليط الحاصل بالعقد وانه من أسباب الملك عندنا فكان سبب الملك قائما فكان الملك قائما فلا يزول الا بالفسخ من القاضي لانه فسخ سبب الملك أو بتسليمها لان تسليمها نقض للقبض حقيقة أو بفسخ الزوج على رواية الزيادات لانه بمنزلة المقبوض بحكم عقد فاسد وكل واحد من العاقدين بسبيل من فسخ عقد البيع الفاسد وصار كما لو اشترى عبدا بجارية فقبض العبد ولم يسلم الجارية حتى هلكت الجارية في يده انه ينفسخ العقد في الجارية ويبقى الملك في العبد المقبوض الى ان يسترد كانه مقبوض بحكم عقد فاسد كذا هذا ولان المهر بدل تملك بالعقد ملكا مطلقا فلا ينفسخ الملك فيه بفعل احد العاقدين كالثمن في باب البيع بخلاف ما قبل القبض لان غير المقبوض ليس بمملوك ملكا مطلقا هذا اذا كان المهر بحاله لم يزد ولم ينقص فاما اذا زاد فالزيادة لا تخلو اما ان كانت في المهر أو على المهر فان كانت على المهر بان سمى الزوج لها القائم زادها بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف وبطلت الزيادة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان لها نصف الالف ونصف الزيادة أيضا (وجه) رواية أبي يوسف قوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والزيادة مفروضة فيجب تنصيفها في الطلاق قبل الدخول ولان الزيادة تلتحق باصل العقد على أصل أصحابنا كالزيادة في الثمن في باب البيع ويجعل كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالاصل وجه ظاهر الرواية ان هذه الزيادة لم تكن مسماة في العقد حقيقة وما لم يكن مسمى في العقد فورود

الطلاق قبل الدخول يبطله كمهر المثل وأما قوله الزيادة تلتحق باصل العقد قلنا الزيادة على المهر لا تلتحق باصل العقد لانها وجدت متأخرة عن العقد حقيقة والحاق المتأخر عن العقد بالعقد خلاف الحقيقة فلا يصار اليه الا لحاجة والحاجة الى ذلك فى باب البيع لكونه عقد معاينة ومبادلة المال بالمال فتقع الحاجة الى الزيادة دفعا للخسران وليس النكاح عقد معاينة ولا مبادلة المال بالمال ولا يحترز به عن الخسران فلا ضرورة الى تغيير الحقيقة وأما النص فالمراد منه الفرض فى العقد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه والدليل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم فدل ان الزيادة ليست بفريضة وان كانت فى المهر فالمهر لا يخلو اما ان يكون فى يد الزوج واما ان يكون فى يد المرأة فان كان فى يد الزوج فالزيادة لا تخلو اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان كانت منفصلة عنه والمتصلة لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالسمن والكبر والجمال والبصر والسمع والنطق كانجلاء بياض العين وزوال الخرس والصمم والشجر اذا أثمر والارض اذا زرعت أو غير متولدة منه كالثوب اذا اصبغ والارض اذا بنى فيها بناء وكذا المنفصلة لا تخلو اما ان كانت متولدة من الاصل كالولد والوبر والصوف اذا جزوا الشعر اذا أزيل والثمر اذا جد والزرع اذا حصد أو كانت فى حكم المتولد منه كالارش والعقر واما ان كانت غير متولدة منه ولا فى حكم المتولد كالهبة والكسب فان كانت الزيادة متولدة من الاصل أو فى حكم المتولد فهى مهر سواء كانت متصلة بالاصل أو منفصلة عنه حتى لو طلقها قبل الدخول بها يتنصف الاصل والزيادة جميعا بالاجماع لان الزيادة تابعة للاصل لكونها نماء الاصل والارش بدل جزء هو مهر فليقوم مقامه والعقر بدل ما هو فى حكم الجزء فكان بمنزلة المتولد من المهر فاذا حدثت قبل القبض وللقبض شبه بالعقد فكان وجودها عند القبض كوجودها عند العقد فكانت محلا للفسخ وان كانت غير متولدة من الاصل فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لان هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعا لانها لم تتولد من المهر فلا تكون مهرا فلا تتنصف ولا يمكن تنصيف الاصل بدون تنصيف الزيادة فامتنع التنصيف فيجب عليها نصف قيمة الاصل يوم الزيادة لانها بالزيادة صارت قابضة للاصل فتعتبر قيمته يوم حكم بالقبض وان كانت منفصلة عن الاصل فالزيادة ليست بمهر وهى كلها للمرأة فى قول أبى حنيفة ولا تتنصف ويتنصف الاصل وعند أبى يوسف ومحمد هى مهر فتتنصف مع الاصل (ووجه) قولهما أن هذه الزيادة تملك بملك الاصل فكانت تابعة للاصل فتتنصف مع الاصل كالزيادة المتصلة والمنفصلة المتولدة من الاصل كالسمن والولد ولابى حنيفة أن هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعا اما مقصودا فظاهر لان العقد ما ورد عليها مقصودا وكذا هى غير مقصودة بملك الجارية لانه لا يقصد بملك الجارية الهبة لها وأما تبعا فلانها ليست بمتولدة من الاصل فدل انها ليست بمهر لا قصدا ولا تبعا وانما هى مال المرأة فاشبهت سائر أموالها بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة والمنفصلة المتولدة لانها نماء المهر فكانت جزأ من أجزائه فتتنصف كما يتنصف الاصل ولو آجر الزوج المهر بغير اذن المرأة فالاجرة له لان المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عندنا وانما تأخذ حكم المالية والتقوم بالعقد والعقد صدر من الزوج فكانت الاجرة له كالغاصب اذا آجر المغصوب ويتصدق بالاجرة لانها مال حصل بسبب محظور وهو التصرف فى ملك الغير بغير اذنه فيتمكن فيه الخبث فكان سبيله التصدق به هذا اذا كان المهر فى يد الزوج فحدثت فيه الزيادة فاما اذا كان فى يد المرأة أى قبل الفرقة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلمه اليها وقال محمد لا تمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم جعل سبحانه وتعالى فى الطلاق قبل الدخول فى نكاح فيه فرض نصف المفروض فمن جعل فيه نصف قيمة المفروض فقد خالف النص واذا وجب تنصيف أصل المفروض ولا يمكن تنصيفه الا بتنصيف الزيادة فيجب تنصيف الزيادة ضرورة ولان هذه الزيادة

تابعة للاصل من كل وجه لانها قائمة به والاصل مهر فكذا الزيادة بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لانها ليست بتابعة محضة لان الولد بالانفصال صار أصلا بنفسه فلم يكن مهرا أو بخلاف الزيادة المتصلة في الهبة انها تمنع من الرجوع والاسترداد لان حق الرجوع في الهبة ليس بثابت بيقين لكونه محل الاجتهاد فلا يمكن الحاق الزيادة بحالة العقد فتعذر ايراد الفسخ عليها فيمنع الرجوع وجه قولهما أن هذه الزيادة لم تكن موجودة عند العقد ولا عند ماله شبه بالعقد وهو القبض فلا يكون لها حكم المهر فلا يمكن فسخ العقد فيها بالطلاق قبل الدخول لان الفسخ انما يرد على ماورد عليه العقد والعقد لم يرد عليه أصلا فلا يرد عليه الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل ولانه لو نقض العقد فاما ان يرد نصف الاصل مع نصف الزيادة أو بدون الزيادة لا سبيل الى الثاني لانه لا يتصور رد الاصل بدون رد الزيادة المتصلة ولا سبيل الى الاول لانه يؤدي الى الربا لانها اذا لم تكن محلا للفسخ لعدم ورود العقد عليها كان أخذ الزيادة منها أخذ مال بلا عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا ويجب نصف قيمة المفروض لا نصف المفروض لان المفروض صار بمنزلة الهالك وأما الآية الكريمة فلا حجة له فيها لان مطلق المفروض ينصرف الى المفروض المتعارف وهو الاثمان دون السلع والاثمان لا تحتمل الزيادة والنقصان وعلى هذا الاختلاف الزيادة المتصلة في البيع اذا اختلفا انها تمنع التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا تمنع ولو هلكت هذه الزيادة في يد الزوج ثم طلقها فلها نصف الاصل لان المانع من التنصيف قد ارتفع وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لما بينا فيما تقدم وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف في قول أصحابنا الثلاثة وعليها رد نصف قيمة الاصل الى الزوج وقال زفر لا تمنع و يتنصف الاصل مع الزيادة وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل فهي لها خاصة والاصل بينهما نصفان بالاجماع (وجه) قول زفر ان الزيادة تابعة للاصل لانها متولدة منه فتتنصف مع الاصل كالزيادة الحادثة قبل القبض (ولنا) أن هذه الزيادة لم تكن عند العقد ولا عند القبض فلم تكن مهرا والفسخ انما يرد على ماله حكم المهر فلا تتنصف وتبقى على ملك المرأة كما كانت قبل الطلاق ولا يمكن تنصيف الاصل بدون الزيادة وهو رد نصف الجارية بدون الولد لانها لا يصير لها فضل أصل فسخ العقد فيه مالم يكن لها ذلك والاصل أن لا تبدل من غير بدل وذلك وصف الربا وانه حرام فاذا تعذر تنصيف المفروض لمكان الربا يجعل المفروض كالهالك لانه في حق كونه معجوز التسليم الى الزوج بمنزلة الهالك فيجب نصف القيمة لزوال معنى الربا والله عز وجل أعلم وكذلك لو ارتدت أو قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها بعد ماحدثت الزيادة في يد المرأة فذلك كله لها وعليها رد قيمة الاصل يوم قبضت كذا ذكر أبو يوسف في الاصل وهو قول محمد وروى عن أبي يوسف انها ترد الاصل والزيادة ففرق بين الردة والتقبيل و بين الطلاق فقال في الطلاق ترد نصف قيمة الاصل وفي الردة والتقبيل ترد الاصل والزيادة جميعا (ووجه) الفرق أن الردة والتقبيل فسخ العقد من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فصار كمن باع عبدا بجارية وقبض الجارية ولم يدفع العبد حتى ولدت ثم مات العبد قبل أن يدفعه أنه يأخذ الجارية وولدها لانفساخ العقد من الاصل بموت العبد في يد بائعه كذا هذا بخلاف الطلاق فانه اطلاق وحل العقد وليس بفسخ فينحل العقد وتطلق أو يرتفع من حين الطلاق لا من الاصل (وجه) ظاهر الرواية أن المعقود عليه في الفصلين جميعا أعني الطلاق والردة يعود سليما الى المرأة كما كان الا ان الطلاق قبل الدخول طلاق من وجه وفسخ من وجه فأوجب عود نصف البدل عملا بالشبهين والردة والتقبيل كل واحد منهما فسخ من كل وجه فيوجب عود الكل الى الزوج هذا كله اذا حدثت الزيادة قبل الطلاق فاما اذا حدثت بعد الطلاق بأن طلقها ثم حدثت الزيادة فلا يخلو اما ان حدثت بعد القضاء بالنصف للزوج واما ان حدثت قبل القضاء وكل ذلك قبل القبض أو بعده فان حدثت قبل القبض فالاصل والزيادة بينهما نصفان سواء وجد القضاء أو لم يوجد لانه كما وجد الطلاق عاد نصف المهر الى الزوج بنفس الطلاق وصار بينهما نصفين فالزيادة حدثت على

ملكيهما فتكون بينهما وان حدثت بعد القبض فان كانت بعد القضاء بالنصف للزوج فكذلك الجواب لانه لما قضى به فقد عاد نصف المهر الى الزوج فحصلت الزيادة على الملكين فكانت بينهما وان كان قبل القضاء بالنصف للزوج فالمهر في يدها كالمقبوض بعقد فاسد لان الملك كان لها وقد فسخ ملكها في النصف بالطلاق حتى لو كان المهر عبداً فاعتقته بعد الطلاق قبل القضاء بالنصف للزوج جاز اعتاقها ولو اعتقه الزوج لا ينفذ وان قضى القاضي له بعد ذلك كالبائع اذا أعتق العبد المبيع بيعا فاسداً انه لا ينفذ عتقه وان رد عليه بعد ذلك كذا ههنا هذا الذي ذكرنا حكم الزيادة (وأما) حكم النقصان فحدوث النقصان في المهر لا يخلو اما ان يكون في يد الزوج واما ان يكون في يد المرأة فان كان في يد الزوج فلا يخلو من خمسة أوجه اما ان يكون بفعل أجنبي واما ان يكون بآفة سماوية واما ان يكون بفعل الزوج واما ان يكون بفعل المهر واما ان يكون بفعل المرأة وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون قبل قبض المهر أو بعده والنقصان فاحش أو غير فاحش فان كان النقصان بفعل أجنبي وهو فاحش قبل القبض فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذت العبد الناقص واتبعت الجاني بالارش وان شاءت تركت وأخذت من الزوج قيمة العبد يوم العقد ثم يرجع الزوج على الاجنبي بضمان النقصان وهو الارش أما ثبوت الخيار فلان المعقود عليه وهو المهر قد تغير قبل القبض لانه صار بعضه قيمة و يعتبر المعقود عليه قبل القبض فوجب الخيار كتغير المبيع قبل القبض فان اختارت أخذ العبد اتبعت الجاني بالارش لان الجناية حصلت على ملكها وان اختارت أخذ القيمة اتبع الزوج الجاني بالارش لانه يملك العين باداء الضمان فقام مقام المرأة فكان الارش له وليس لها ان تأخذ العبد ناقصاً وتضمن الزوج الارش لانها لما اختارت أخذه فقد أبرأت الزوج من ضمانه وان كان النقصان بآفة سماوية فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذته ناقصا ولا شيء لها غير ذلك وان شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد لان المهر مضمون على الزوج بالعقد والاوصاف لا تضمن بالعقد لعدم ورود العقد عليها موصوفا فلا يظهر الضمان في حقها وانما يظهر في حق الاصل لورود العقد عليه وانما ثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه وهو المهر عما كان عليه وهذا يثبت الخيار كالمبيع اذا انتقص في يد البائع انه يتخير المشتري فيه كذا هذا وان كان النقصان بفعل الزوج ذكر في ظاهر الرواية ان المرأة بالخيار ان شاءت أخذته ناقصا وأخذت معه ارش النقصان وان شاءت أخذت قيمته يوم العقد كذا ذكر في ظاهر الرواية وفرق بين هذا و بين البائع اذا جنى على المبيع قبل القبض وروى عن أبي حنيفة ان الزوج اذا جنى على المهر فهي بالخيار ان شاءت أخذته ناقصا ولا شيء لها غير ذلك وان شاءت أخذت القيمة وسوى بينه و بين المبيع (ووجه) التسوية بينهما ان المهر مضمون على الزوج بالنكاح لم يستقر ملكها فيه كالمبيع في يد البائع ثم الحكم في البيع هذا كذا في النكاح (ووجه) الفرق في ظاهر الرواية ان الاوصاف وهي الاتباع ان كانت لا تضمن بالعقد فانها تضمن بالاتلاف لانها تصير مقصودة بالاتلاف فتصير مضمونة الا ان المبيع لا يمكن جعله مضمونا بالقيمة لانه مضمون بضمان آخر وهو الثمن والمحل الواحد لا يكون مضمونا بضمانين والمهر غير مضمون على الزوج بملك النكاح بل بالقيمة ألا ترى انه لو أتلف المهر لا يبطل ملك النكاح ولكن تجب عليه القيمة فكذا اذا أتلف الجزء وان كان النقصان بفعل المهر بأن جنى المهر على نفسه ففيه روايتان في رواية حكم هذا النقصان ما هو حكم النقصان بآفة سماوية لان جناية الانسان على نفسه هدر فالتحقت بالعدم فكانت كالآفة السماوية وفي رواية حكمه حكم جناية الزوج لان المهر مضمون في يد الضامن وهو الزوج وجناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن كالعبد المغصوب اذا جنى على نفسه في يد الغاصب وان كان النقصان بفعل المرأة فقد صارت قابضة بالجناية فجعل كان النقصان حصل في يدها كالمشتري اذا جنى على المبيع في يد البائع انه يصير قابضا له كذا ههنا هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما اذا كان يسيرا فلا خيار لها كما اذا كان هذا العيب به يوم العقد ثم ان كان هذا النقصان بآفة سماوية أو بفعل المرأة أو بفعل المهر فلا شيء لها وان كان بفعل الاجنبي تتبعه بنصف النقصان وكذا ان كان بفعل الزوج هذا اذا حدث النقصان

في يد الزوج فاما اذا احدث في يد المرأة فهذا أيضا لا يخلو من الاقسام التي وصفناها فان حدث بفعل أجنبي وهو فاحش قبل الطلاق :الارش لها فان طلقها الزوج فله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل له على العين لان الارش بمنزلة الولد فيمنع التنصيف كالولد وان كانت جناية الاجنبي عليه بعد الطلاق فللزوجة نصف العبد وهو بالخيار في الارش ان شاء أخذ نصفه من المرأة واعتبرت القيمة يوم القبض وان شاء اتبع الجاني وأخذ منه نصفه لان حق الفسخ وعود النصف اليه استقر بالطلاق وتوقف على قضاء القاضي أو التراضي فصار في يدها كالمقبوض ببيع فاسد فصار مضمونا عليها وكذلك ان حدث بفعل الزوج فجنايته كجناية الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه فصار كالاجنبي والحكم في الاجنبي ما وصفنا وان حدث بآفة سماوية قبل الطلاق فالزوج بالخيار ان شاء أخذ نصفه ناقصا ولا شئ له غير ذلك وان شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض لان حقه معها عند الفسخ كحقه معها عند العقد ولو حدث نقصان في يده بآفة سماوية كان لها الخيار بين ان تأخذه ناقصا أو قيمته فكذا حق الزوج معها عند الفسخ وان كان ذلك بعد الطلاق فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الارش لما ذكرنا انه بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لان الملك لها وحق الغير في الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض ببيع فاسد وان شاء أخذ قيمته يوم قبضت وكذلك ان حدث بفعل المرأة فالزوج بالخيار ان شاء أخذ نصفه ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ نصف قيمته عبدا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر للزوج أن يضمنها الارش (وجه) قوله ان المهر مضمون عليها بالقبض والاوصاف وهي الاتباع فتضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد وكذلك يقول زفر في النقصان الحادث بغير فعلها لهذا المعنى (ولنا) ان المرأة جنت على ملك نفسها وجناية الانسان على ملك نفسه غير مضمونة عليه بخلاف ما اذا حدث بفعل الزوج على الرواية المشهورة لان الزوج جنى على ملك غيره وجناية الانسان على ملك غيره مضمونة عليه وقد خرج الجواب عما قال زفر لان قبضها صادف ملك نفسها وقبض الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وان كان ذلك بعد الطلاق فعليها نصف الارش لما ذكرنا ان حق الفسخ قد استقر وكذلك ان حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروايتين جميعا ان شاء أخذ نصفه ناقصا وان شاء أخذ نصف القيمة لانا ان جعلنا جناية المهر كالآفة السماوية لم تكن مضمونة وان جعلناها كجناية المرأة لم تكن مضمونة أيضا فلم تكن مضمونة أيضا على الروايتين هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما ان كان غير فاحش فان كان بفعل الاجنبي أو بفعل الزوج لا يتنصف لان الارش يمنع التنصيف وان كان بآفة سماوية أو بفعلها أو بفعل المهر أخذ النصف ولا خيار له والله تعالى الموفق (وأما) النوع الثاني وهو ما يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة فهو كل طلاق تجب فيه المتعة فيقع الكلام في مواضع في بيان الطلاق الذي تجب فيه المتعة والذي تستحب فيه وفي تفسير المتعة وفي بيان من تعتبر المتعة بحاله اما الاول فالطلاق الذي تجب فيه المتعة نوعان أحدهما ان يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده أو كانت التسمية فيه فاسدة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا تجب المتعة ولكن تستحب فمالك لا يرى وجوب المتعة أصلا واحتج بان الله سبحانه وتعالى قيد المتعة بالمتقي والمحسن بقوله حقا على المحسنين حقا على المتقين والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما فدل انها ليست بواجبة (ولنا) قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ومطلق الامر لوجوب العمل والمراد من قوله عز وجل أو تفرضوا أي ولم تفرضوا ألا ترى انه عطف عليه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولو كان الاول بمعنى ما لم تمسوهن وقد فرضوا لهن أو لم يفرضوا لما عطف عليه المفروض وقد تكون أو بمعنى الواو قال الله عز وجل ولا تطع منهم آثما أو كفورا أي ولا كفورا وقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى كلمة ايجاب وقوله تعالى حقا على المحسنين وليس في ألفاظ الايجاب كلمة أوكد من قولنا حق عليه لان الحقية تقتضي الثبوت وعلى كلمة الزام واثبات فالجمع بينهما يقتضي التأكيد وما ذكره مالك كما يلزمنا

يلزمه

يلزمه لان المندوب اليه أيضاً لايختلف فيه المتقي والمحسن وغيرهما ثم نقول الايجاب على المحسن والمتقي لاينفي الايجاب على غيرهما الاترى انه سبحانه وتعالى أخبران القرآن هدى للمتقين ثم لم ينف ان يكون هدى للناس كلهم كذا هذا والدليل على ان المتعة ههنا واجبة انها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل و بدل الواجب واجب لانه يقوم مقام الواجب و يحكي حكايته الاترى ان التيمم لما كان بدلا عن الوضوء والوضوء واجب كان التيمم واجبا والدليل على ان المتعة تجب بدلا عن نصف المهر ان بدل الشئ ما يجب بسبب الاصل عند عدمه كالتيمم مع الوضوء وغير ذلك والمتعة بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح لا الطلاق لان الطلاق مسقط للحقوق لا موجب لها لكن عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل فتجب المتعة بدلا عن نصفه وهذا طريق محمد فان الرهن بمهر المثل يكون رهنا بالمتعة عنده حتى اذا هلك تهلك المتعة واما أبو يوسف فانه لايجعله رهنا بها حتى اذا هلك الرهن يهلك بغير شئ والمتعة باقية عليه فلا يكون وجوبها بطريق البدل عنده بل يوجبها ابتداء بظواهر النصوص التي ذكرنا أو يوجبها بدلا عن البضع بالاستدلال بنصف المسمى في نكاح فيه تسمية والثاني ان يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وانما فرض بعده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاخير وكان يقول أولا يجب نصف المفروض كما اذا كان المهر مفروضا في العقد وهو قول مالك والشافعي واحتجوا بقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب تعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول مطلقا من غير فصل بين ما اذا كان الفرض في العقد أو بعده ولأن الفرض بعد العقد كالفرض في العقد ثم المفروض في العقد يتنصف فكذا المفروض بعده ولهما قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن أوجب المتعة في المطلقات قبل الدخول عاما ثم خصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية عند وجوده فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه عند وجوده على أصل العموم وقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن أي ولم تفرضوا لهن فريضة لما ذكرنا فيما تقدم وهو منصرف الى الفرض في العقد لان الخطاب ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الفرض في العقد لامتأخرا عنه و به تبين ان الفرض المذكور في قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة منصرف الى المفروض في العقد لانه هو المتعارف وبه نقول ان المفروض في العقد يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان مهر المثل قد وجب بنفس العقد لما ذكرنا فيما تقدم فكان الفرض بعده تقديراً لما وجب بالعقد وهو مهر المثل ومهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة فكذا ما هو بيان وتقدير له اذ هو تقدير لذلك الواجب وكذا الفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة فكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لانها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية والمتعة عوض عنه كردة الزوج وابائه الاسلام وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها لانه لايجب بها المهر أصلا فلا تجب بها المتعة والمخيرة اذا اختارت نفسها قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فلها المتعة لان الفرقة جاءت من قبل الزوج لان البينونة مضافة الى الابانة السابقة وهي فعل الزوج (واما) الذي تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية وهذا عندنا وقال الشافعي المتعة في الطلاق بعد الدخول واجبة واحتج بقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين جعل سبحانه وتعالى للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خصصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم ولنا ما ذكرنا ان المتعة وجبت بالنكاح بدلا عن البضع اما بدلا عن نصف المهر أو ابتداء فاذا استحقت المسمى أو مهر المثل بعد الدخول فلو وجبت المتعة لادى الى ان يكون لملك واحد بدلان والى الجمع بين البدل والاصل في حالة واحدة وهذا ممتنع ولان المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لاتجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة بعد الدخول أولى لان الاولى تستحق بعض المهر

والثانية تستحق الكل فاستحقاق بعض المهر لما منع عن استحقاق المتعة فاستحقاق الكل أولى واما الآية الكريمة فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب ونحن به نقول انه يندب الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر على الكمال في غير المدخول بها أو يحمل على النفقة والكسوة في حال قيام العدة ولان كل ذلك متاع اذ المتاع اسم لما ينتفع به عملا بالدلائل كلها بقدر الامكان وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة الا ان يرتد أو يابى الاسلام لان الاستحباب طلب الفضيلة والكافر ليس من أهل الفضيلة (واما) تفسير المتعة الواجبة فقد قال أصحابنا انها ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة وهكذا روى عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال أرفع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة وقال الشافعي ثلاثون درهما لما روى عن أبي مجلز انه قال قلت لابن عمر رضي الله عنهما أخبرني عن المتعة وأخبرني عن قدرها فاني موسر فقال اكس كذا اكس كذا قال فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما فدل انها مقدرة بثلاثين درهما (ولنا) قوله تعالى في آية المتعة متاعا بالمعروف حقا على المحسنين والمتاع اسم للعروض في العرف ولان لايجاب الاثواب نظيرا في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة وأدنى ما تكتسي به المرأة وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب ولا نظير لايجاب الثلاثين فكان ايجاب ماله نظير أولى وقول عبد الله ابن عمر دليلنا لانه أمره بالكسوة لا بدراهم مقدرة الا انه اتفق ان قيمة الكسوة بلغت ثلاثين درهما وهذا لا يدل على ان التقدير فيها بالثلاثين ولو أعطاها قيمة الاثواب دراهم أو دنانير تجبر على القبول لان الاثواب ما وجبت لعينها بل من حيث انها مال كالشاة في خمس من الابل في باب الزكاة واما بيان من تعتبر المتعة بحاله فقد اختلف العلماء فيه قال بعضهم قدر المتعة يعتبر بحال الرجل في يساره واعساره وهو قول أبي يوسف وقال بعضهم تعتبر بحال المرأة في يسارها واعسارها وقال بعضهم تعتبر بحالهما جميعا وقال بعضهم المتعة الواجبة تعتبر بحالها والمستحبة تعتبر بحاله (وجه) قول من اعتبر حال الرجل قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره جعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره واعساره (وجه) قول من قال باعتبار حالها أن المتعة بدل بضعها فيعتبر حالها وهذا ايضا وجه من يقول المتعة الواجبة تعتبر بحالها وقوله المتعة المستحبة تعتبر بحاله لا معنى له لان التقدير في الواجب لا في المستحب (وجه) من اعتبر حالهما أن الله تعالى اعتبر في المتعة شيئين أحدهما حال الرجل في يساره واعساره بقوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والثاني أن يكون مع ذلك بالمعروف بقوله متاعا بالمعروف فلو اعتبرنا فيها حال الرجل دون حالها عسى أن لا يكون بالمعروف لانه يقتضي أنه لو تزوج رجل امرأتين احداهما شريفة والاخرى مولاة دنيئة ثم طلقهما قبل الدخول بهما ولم يسم لهما أن يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل وهذا منكر في عادات الناس لا معروف فيكون خلاف النص ثم المتعة الواجبة لا تزاد على نصف مهر المثل بل هو نهاية المتعة لا مزيد عليه لان الحق عند التسمية آكد وأثبت منه عند عدم التسمية لان الله تعالى أوجب المتعة على قدر احتمال ملك الزوج بقوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فاوجب نصف المسمى مطلقا احتمله وسع الزوج وملكه أولا وكذا في وجوب كمال مهر المثل وسقوطه ووجوب المتعة في نكاح لا تسمية فيه وعدم أحد الزوجين اختلاف بين العلماء ولا خلاف في وجوب كمال المسمى من ذلك في نكاح فيه تسمية دل أن الحق أوكد وأثبت عند التسمية ثم لا يزاد هنالك على نصف المسمى فلان لا يزاد ههنا على نصف مهر المثل أولى ولان المتعة بدل عن نصف مهر المثل ولا يزاد البدل على الاصل ولا ينقص من خمسة دراهم لانها تجب على طريق العوض وأقل عوض يثبت في النكاح نصف العشرة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر فجملة الكلام فيه أن الاختلاف في المهر اما أن يكون في حال حياة الزوجين واما أن يكون بعد موت أحدهما بين الحي منهما وورثة الميت واما أن يكون بعد موتهما بين ورثتهما فان كان

فى حال حياة الزوجين فاما ان كان قبل الطلاق واما ان كان بعده فان كان قبل الطلاق فان كان الاختلاف فى أصل التسمية يجب مهر المثل لان الواجب الاصلى فى باب النكاح هو مهر المثل لانه قيمة البضع وقيمة الشىء مثله من كل وجه فكان هو العدل وانما التسمية تقدير لمهر المثل فاذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها وجب المصير الى الموجب الاصلى وان كان الاختلاف فى قدر المسمى أو جنسه أو نوعه أو صفته فالمهر لا يخلو اما أن يكون دينا واما أن يكون عيناً فان كان ديناً فاما أن يكون من الاثمان المطلقة وهى الدراهم والدنانير واما ان كان من المكيلات والموزونات والمذروعات الموصوفة فى الذمة فان كان من الاثمان المطلقة فاختلفا فى قدره بان قال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت المرأة تزوجتنى على الفين أو قال الزوج تزوجتك على مائة دينار وقالت المرأة على مائتى دينار تحالفا ويبدأ بيمين الزوج فان نكل اعطاها الفين وان حلف تحلف المرأة فان نكلت أخذت ألفا وان حلفت يحكم لها بمهر المثل ان كان مهر مثلها مثل ماقالت أو أكثر فلها ماقالت وان كان مهر مثلها مثل ماقال الزوج أو أقل فلها ماقال وان كان مهر مثلها أقل مما قالت وأكثر مما قال فلها مهر مثلها وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج فى هذا كله الا أن يأتى بمستنكر جدا والحاصل أن أبا حنيفة ومحمدا يحكمان مهر المثل وينهيان الامر اليه وأبو يوسف لا يحكمه بل يجعل القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشىء مستنكر وقد اختلف فى تفسير المستنكر قيل هو أن يدعى انه تزوجها على أقل من عشرة دراهم وهذا التفسير يروى عن أبى يوسف رحمه الله لان هذا القدر مستنكر شرعا اذ لا مهر فى الشرع أقل من عشرة وقيل هو ان يدعى انه تزوجها على مالا يتزوج مثلها به عادة وهذا يحكى عن أبى الحسن لان ذلك مستنكر عرفا وهو الصحيح من التفسير لانهما اختلفا فى مقدار المهر المسمى وذلك اتفاق منهما على أصل المهر المسمى ومادون العشرة لم يعرف مهرا فى الشرع بلا خلاف بين أصحابنا وقد روى عن أبى يوسف فى المتبايعين اذا اختلفا فى مقدار الثمن والسلعة هالكة ان القول قول المشترى مالم يأت بشىء مستنكر وجه قول أبى يوسف أن القول قول المنكر فى الشرع والمنكر هو الزوج لان المرأة تدعى عليه زيادة مهر وهو ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه كما فى سائر المواضع والدليل عليه أن المتعاقدين فى باب الاجارة اذا اختلفا فى مقدار المسمى لا يحكم أجر المثل بل يكون القول قول المستأجر مع يمينه لما قلنا كذا هذا ولهما أن القول فى الشرع والعقل قول من يشهد له الظاهر والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل لان الناس فى العادات الجارية يقدرون المسمى بمهر المثل ويبنونه عليه لا يرضى الزوج بالزيادة عليه والمرأة وأولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه فكانت التسمية تقدير المهر المثل وبناء عليه فكان الظاهر شاهدا لمن يشهد له مهر المثل فيحكم مهر المثل فان كان الفين فلها ذلك لان الظاهر شاهد لها وان كان أكثر من الفين لا يزاد عليه لانها رضيت بالنقصان وان كان مهر مثلها الفا فلها الف لان الظاهر شاهد للزوج وان كان أقل من ذلك لا ينقص عن الف لان الزوج رضى بالزيادة وان كان مهر مثلها أكثر مما قال وأقل مما قالت فلها مهر المثل لانه هو الواجب الاصلى وانما التسمية تقدير له لما قلنا فلا يعدل عنه الا عند ثبوت التسمية وصحتها فاذا لم يثبت لوقوع الاختلاف وجب الرجوع الى الموجب الاصلى وتحكيمه وانما يتحالفان لان كل واحد منهما مدعى من وجه ومنكر من وجه أما الزوج فلان المرأة تدعى عليه زيادة الف وهو منكر وأما المرأة فلان الزوج يدعى عليها تسليم النفس عند تسليم الالف اليها وهى تنكر فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه ومنكرا من وجه فيتحالفان لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ويبدأ بيمين الزوج لانه أشد انكارا أو أسبق انكارا من المرأة لانه منكر قبل تسليم النفس وبعده ولا انكار من المرأة بعد تسليم النفس وقبل التسليم هو أسبق انكارا لان المرأة تقبض المهر أولا ثم تسلم نفسها فتطالبه باداء المهر اليها وهو ينكر فكان هو أسبق انكارا فكانت البداية بالتحليف منه أولى لما قلنا فى اختلاف المتبايعين ذكر الكرخى التحالف فى هذه الفصول الثلاثة وأنكر الجصاص التحالف الا فى فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل لدعواهما بأن كان مهر مثلها أكثر مما قال الزوج وأقل مما قالت المرأة وكذا فى الجامع الصغير

لم يذكر التحالف الا في هذا الفصل وجهه ان الحاجة الى التحالف فيما لا شهادة للظاهر فاذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه أحدهما كان الظاهر شاهدا له فلا حاجة الى التحالف والظاهر لا يشهد لاحدهما في الثالث فتقع الحاجة الى التحالف وجه ما ذكره الكرخي ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط اعتبار التسمية والتسمية لا يسقط اعتبارها الا بالتحالف لان الظاهر لا يكون حجة على الغير فتقع الحاجة الى التحالف ثم اذا وجب التحالف و بدئ بيمين الزوج فان نكل يقضى عليه بالفين لان النكول حجة يقضى بها في باب الاموال بلا خلاف بين أصحابنا. ولا خيار للزوج وهو ان يعطيها مكان الدراهم دنانير لان تسمية الالفين قد تثبت بالنكول لانه بمنزلة الاقرار ومن شأن المسمى أن لا يكون للزوج العدول عنه الى غيره الا برضا المرأة وان حلف تحلف المرأة فان نكلت لم يقض على الزوج الا بالالف ولا خيار له لما قلنا في نكول الزوج وان حلفت يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها الفا قضى لها على الزوج بالف ولا خيار له لان تسمية الالف قد تثبت بتصادقهما فيمنع الخيار وان كان مهر مثلها الفين قضى لها بالفين وله الخيار في اخذ الالفين دون الآخر لثبوت تسمية أحد الالفين بتصادقهما دون الآخر وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة قضى لها بالف وخمسمائة ولا خيار له في قدر الالف بتصادقهما وله الخيار في قدر الخمسمائة لانه لم تثبت تسمية هذا القدر فكان سبيلها سبيل مهر المثل فكان له الخيار فيها ولا يفسخ العقد بعد التحالف في قول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يفسخ. كما في البيع لان كل واحد منهما عقد لا يجوز بغير بدل ولنا الفرق بين البيع والنكاح وهو انه لما سقط اعتبار التسمية في باب البيع يبقى البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن بيع فاسد واجب الرفع رفعا للفساد وذلك بالفسخ بخلاف النكاح فان ترك التسمية أصلا في النكاح لا يوجب فساده فسقوط اعتباره بجهالة المسمى بالتعارض أولى فلا حاجة الى الفسخ فهو الفرق هذا اذا لم يقم لاحدهما بينة فاما اذا اقامت لاحدهما بينة فانه يقضى ببينته لانها قامت على أمر جائز الوجود ولا معارض لها فتقبل ولا يحكم مهر المثل لان تحكيمه ضروري ولا ضرورة عند قيام البينة ولا خيار للزوج لان التسمية تثبت بالبينة وانها تمنع الخيار وان أقاما جميعا البينة فان كان مهر مثلها الف درهم يقضى ببينتها لانها تظهر زيادة الف فكانت مظهرة و بينة الزوج لم تظهر شيئا لانها قامت على ألف والالف كان ظاهرا بتصادقهما أو نقول بينة المرأة أكثر اظهارا فكان القضاء بها أولى ولا خيار للزوج في الالفين لان تسمية أحد الالفين تثبت بتصادقهما وتسمية الآخر تثبت بالبينة والتسمية تمنع الخيار وان كان مهر مثلها ألفين فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقضى ببينتها أيضا لانها تظهر زيادة الف لم تكن ظاهرة بتصادقهما وان كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير ألا ترى انه لا يقضى به بدون اليمين أو البينة وتصادقهما حجة بنفسه فكانت بينتها هي المظهرة أو كانت أكثر اظهارا و بينة الزوج ليست بمظهرة لان الالف كان ظاهرا بتصادقهما أو هي أقل اظهارا فكان القضاء ببينتها أولى وقال بعضهم يقضى ببينة الزوج لان بينة الزوج تظهر حط الالف عن مهر المثل وذلك الالفان لثبوت الالفين بشهادة مهر المثل فيظهر حط عن مهر المثل بشهادته و بينتها لا تظهر شيئا لان أحد الالفين كان ظاهرا بتصادقهما والآخر كان ظاهرا بشهادة مهر المثل أو يظهر صفة التعيين للالفين لان الثابت بشهادة مهر المثل أو يظهر صفة التعيين لهما و بينته مظهرة للاصل فكان القضاء ببينته أولى وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة بطلت البينتان للتعارض لان مهر المثل لا يشهد لاحدهما فكانت كل واحدة منهما مظهرة وليس القضاء باحداهما أولى من الاخرى فبطلت فبقي الحكم بمهر المثل ولا خيار له في قدر الالف لان البينتين التحقتا بالعدم للتعارض فبقي هذا القدر مسمى بتصادقهما وله خيار في قدر الخمسمائة لثبوته على وجه مهر المثل وكذلك ان كان دينا موصوفا في الذمة بأن تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف أو مذروع موصوف فاختلفا في قدر الكيل أو الوزن أو الذرع فالاختلاف فيه كالاختلاف في قدر الدراهم والدنانير ولهذا يتحالفان و يحكم مهر المثل في قول أبي حنيفة ومحمد لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه وكذا في المذروع اذا كان في الذمة وان لم يكن معقودا عليه بل كان جاريا مجرى الصفة اذا كان عينا لان ما في الذمة غائب مذكور يختلف أصله باختلاف

وصفه فجرى الوصف فيما في الذمة مجرى الاصل ولهذا كان الاختلاف في صفة المسلم فيه موجبا للتحالف فكان اختلافهما في الوصف بمنزلة اختلافهما في الاصل وذلك يوجب التحالف كذا هذا وعند أبي يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه وان كان الاختلاف في جنس المسمى بان قال الزوج تزوجتك على عبد فقالت على جارية أو قال الزوج تزوجتك على كرشعير فقالت على كرحنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينار او في نوعه كالتركي مع الرومي والدنانير المصرية مع الصورية أو في صفته من الجودة والرداءة فالاختلاف فيه كالاختلاف في العينين الا الدراهم والدنانير فان الاختلاف فيهما كالاختلاف في الالف والالفين وانما كان كذلك لان كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك الا بالتراضي بخلاف الدراهم والدنانير فانهما وان كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض بخلاف العبد لان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلم يجز أن يملك من غير تراض فيقضى بقدر قيمته هذا اذا كان المهر دينا فاما اذا كان عينا فان اختلفا في قدره فان كان مما يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على طعام بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر وقالت المرأة تزوجتني عليه بشرط انه كران فهي مثل الاختلاف في الالف والالفين وان كان مما لا يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع فقالت بشرط أنه عشرة أذرع لا يتحالفان ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالاجماع ووجه الفرق بين الطعام والثوب أن القدر في باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعا أما الحقيقة فلان المعقود عليه عين وذات حقيقة وأما الشرع فانه اذا اشترى طعاما على انه عشرة أقفزة فوجده احد عشر لا يطيب له الفضل والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف فاما القدر في باب الثوب وان كان من اجزاء الثوب حقيقة لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة الجودة لغيره من الاجزاء ألا ترى ان من اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع فوجده احد عشر طاب له الفضل والاختلاف في صفة المعقود عليه اذا كان عينا لا يوجب التحالف كما اذا اختلفا في صفة الجودة في العين والاصل ان ما يوجب فوات بعضه نقصانا في البقية فهو جار مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا في الباقي لا يكون جاريا مجرى الصفة وان اختلفا في جنسه وعينه كالعبد والجارية بان قال الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو مثل الاختلاف في الالف والالفين الا في فصل واحد وهو ما اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها لان تمليك الجارية لا يكون الا بالتراضي ولم يتفقا على تمليكها فلم يوجد الرضا من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم فيقضى بقيمتها بخلاف ما اذا اختلفا في الدراهم أو الدنانير فقال الزوج تزوجتك على ألف درهم وقالت المرأة على مائة دينار ان الاختلاف فيه كالاختلاف في الالف والالفين على معنى أن مهر مثلها ان كان مثل مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار لما مر أن مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فلا يشترط فيه التراضي بخلاف العبد فان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلا يجوز ان يملك من غير مراضاة ولا يكون لها أكثر من قيمتها وان كان مهر مثلها أكثر من قيمتها لانها رضيت بهذا القدر وما كان القول فيه أي من العين قول الزوج فهلك فاختلفا في قدر قيمته فالقول فيه قول الزوج أيضا لان المسمى مجمع عليه فكانت القيمة دينا عليه والاختلاف اذا وقع في قدر الدين فالقول قول المديون كما في سائر الديون هذا كله اذا اختلفا قبل الطلاق ولو اختلفا بعد الطلاق فان كان بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة فالجواب في الفصول كلها كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح لان الطلاق بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر المثل وان كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة فان كان المهر دينا فاختلفا في الالف والالفين فالقول قول الزوج وينتصف ما يقول الزوج كذا ذكر في كتاب النكاح والطلاق ولم يذكر الاختلاف كذا ذكر الطحاوي انه يتنصف ما يقول الزوج ولم يذكر الخلاف وذكر الكرخي وحكى الاجماع فقال

لها نصف الالف فى قولهم وذكر محمد فى الجامع الصغير وقال ينبغى أن يكون القول قول المرأة الى متعة مثلها والقول قول الزوج فى الزيادة على قياس قول أبى حنيفة ووجهه ان المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه والطلاق قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه يوجب المتعة ويحكم متعة مثلها لان المرأة ترضى بذلك والزوج لا يرضى بالزيادة فكان القول قوله فى الزيادة والصحيح هو الاول لانه لا سبيل الى تحكيم مهر المثل ههنا لان مهر المثل لا يثبت فى الطلاق قبل الدخول فتعذر تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو نصف الالف ومتعة مثلها الا تبلغ ذلك عادة فلا معنى لتحكيم المتعة على اقرار الزوج بالزيادة وقيل لا خلاف بين الروايتين فى الحقيقة وانما اختلف الجواب لاختلاف وضع المسئلة فوضع المسئلة فى كتاب النكاح فى الالف والالفين ولا وجه لتحكيم المتعة لان الزوج أقر لها بخمسمائة وهى تزيد على متعة مثلها عادة فقد أقر الزوج لها بمتعة مثلها وزيادة فكان لها ذلك ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة بان قال الزوج تزوجتك على عشرة دراهم وقالت المرأة تزوجتنى على مائة درهم ومتعة مثلها عشرون ففى هذه الصورة يكون الزوج مقرا لها بخمسة دراهم وذلك أقل من متعة مثلها عادة فكان لها متعة مثلها وان كان المهر عينا كما فى مسئلة العبد والجارية فلها المتعة الا أن يرضى الزوج ان يأخذ نصف الجارية بخلاف ما اذا اختلفا فى الالف والالفين لان نصف الالف هناك ثابتة بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها حكما بالمتيقن والملك فى نصف الجارية ليس بثابت بيقين لانهما لم يتفقا على تسمية أحدهما فلم يمكن القضاء بنصف الجارية الا باختيارهما فاذا لم يوجد سقط البدل لان فوجب الرجوع الى المتعة هذا اذا كان الاختلاف فى حياة الزوجين فان كان فى حياة أحدهما بعد موت الآخر بينه وبين ورثة الميت فكذلك الجواب ان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها ان كانت حية وقول ورثتها ان كانت ميتة والقول قول الزوج وورثته فى الزيادة عندهما وعند أبى يوسف القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشىء مستنكر وان كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فان اختلفوا فى أصل التسمية وكونها فقد قال أبو حنيفة لا أقضى بشىء حتى تقوم البينة على أصل التسمية وعندهما يقضى بمهر المثل كما فى حال الحياة وجه قولهما ان التسمية اذا لم تثبت لاختلافهما وجب مهر المثل بالعقد فيبقى بعد موتهما كالمسمى وصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم ماتا وجواب أبى حنيفة هناك أنه لا يقضى بشىء حتى تقوم البينة على التسمية أما قولهما ان مهر المثل يجب بالعقد عند عدم التسمية فالجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجب لكنه لم يبق اذ المهر لا يبقى بعد موت الزوجين عادة وهذا قول أبى حنيفة فى المسئلة بل الظاهر هو الاستيفاء والابراء هذا هو العادة بين الناس فلا يثبت البقاء الا بالبينة والثانى لئن سلمنا انه بقى لكنه تعذر القضاء به لان موضوع المسئلة عند التقادم وعند التقادم لا يدرى ما حالها ومهر المثل يقدر بحالها فيتعذر التقدير على ان اعتبار مهرها بمهر مثل نساء عشيرتها فاذا ماتا فالظاهر موت نساء عشيرتها فلا يمكن التقدير (وجه) قول أبى حنيفة فى هذه المسألة مشكل ولو اختلفت الورثة فى قدر المهر فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشىء مستنكر جدا وعند محمد القول قول ورثة المرأة الى قدر مهر مثلها كما فى حال الحياة ولو بعث الزوج الى امرأته شيأ فاختلفا فقالت المرأة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج الا فى الطعام الذى يؤكل لان الزوج هو المملك فكان أعرف بجهة تمليكه فكان القول قوله الا فيما يكذبه الظاهر وهو الطعام الذى يؤكل لانه لا يبعث مهرا عادة

﴿ فصل ﴾ ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين فى متاع البيت ولا بينة لاحدهما وجملة الكلام فيه أن الاختلاف فى متاع البيت اما ان يكون بين الزوجين فى حال حياتهما واما ان يكون بين ورثتهما بعد وفاتهما واما ان يكون فى حال حياة أحدهما وموت الآخر فان كان فى حال حياتهما فاما ان يكون فى حال قيام النكاح واما ان يكون بعد زواله بالطلاق فان كان فى حال قيام النكاح فما كان يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والسلاح وغيرها فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء مثل الخمار والملحفة والمغزل ونحوها فالقول فيه قول الزوجة لان الظاهر شاهد لها

وما يصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير والعروض والبسط والحبوب ونحوها فالقول فيه قول الزوج وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قول المرأة الى قدر جهاز مثلها في الكل والقول قول الزوج في الباقي وقال زفر في قول المشكل بينهما نصفان وفي قول آخر وهو قول مالك والشافعي الكل بينهما نصفان وقال ابن أبي ليلى القول قول الزوج في الكل الا في ثياب بدن المرأة وقال الحسن القول قول المرأة في الكل الا في ثياب بدن الرجل (وجه) قول الحسن أن يد المرأة على ما في داخل البيت أظهر منه في يد الرجل فكان الظاهر لها شاهدا الا في ثياب بدن الرجل لان الظاهر يكذبها في ذلك ويصدق الزوج (وجه) قول ابن أبي ليلى أن الزوج أخص بالتصرف فيما في البيت فكان الظاهر شاهدا له الا في ثياب بدنها فان الظاهر يصدقها فيه ويكذب الرجل (وجه) قول زفر أن يد كل واحد من الزوجين اذا كانا حرين ثابتة على ما في البيت فكان الكل بينهما نصفين وهو قياس قوله الا أنه خص المشكل بذلك في قول لان الظاهر يشهد لاحدهما في المشكل (وجه) قول أبي يوسف أن الظاهر يشهد للمرأة الى قدر جهاز مثلها لان المرأة لا تخلو عن الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها في ذلك القدر فكان القول في هذا القدر قولها والظاهر يشهد للرجل في الباقي فكان القول قوله في الباقي (وجه) قولهما أن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة لان يده يد متصرفة ويدها يد حافظة ويد التصرف أقوى من يد الحفظ كاثنين يتنازعان في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أن الراكب أولى الا أن فيما يصلح لها عارض هذا الظاهر ما هو أظهر منه فسقط اعتباره وان اختلفا بعد ما طلقها ثلاثا أو بائنا فالقول قول الزوج لانها صارت أجنبية بالطلاق فزالت يدها والتحقت بسائر الاجانب هذا اذا اختلف الزوجان قبل الطلاق أو بعده (فاما) اذا ماتا فاختلف ورثتهما فالقول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف القول قول ورثة المرأة الى قدر جهاز مثلها وقول ورثة الزوج في الباقي لان الوارث يقوم مقام المورث فصار كان المورثين اختلفا بانفسهما وهما حيان وان مات أحدهما واختلف الحي وورثة الميت فان كان الميت هو المرأة فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة ومحمد لانها لو كانت حية لكان القول قوله فبعد الموت أولى وعند أبي يوسف القول قول ورثتها الى قدر جهاز مثلها وان كان الميت هو الزوج فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج (وجه) قولهما ظاهر لان الوارث قائم مقام المورث ولابي حنيفة أن المتاع كان في يدهما في حياتهما لان الحرة من أهل الملك واليد فينبغي أن يكون بينهما نصفين كما قال زفر لان يد الزوج كانت أقوى فسقطت يدها بيد الزوج فاذا مات الزوج فقد زال المانع فظهرت يدها على المتاع ولو طلقها في مرضه ثلاثا أو بائنا فانقضت ثم اختلفت هي وورثة الزوج فان مات بعد انقضاء العدة فالقول قول ورثة الزوج لان القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق فكان القول قول ورثته بعده أيضا وان مات قبل انقضاء العدة فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج لان العدة اذا كانت قائمة كان النكاح قائما من وجه فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق وبقيت المرأة وهناك القول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج كذا ههنا هذا كله اذا كان الزوجان حرين أو مملوكين أو مكاتبين فاما اذا كان أحدهما حرا والآخر مملوكا أو مكاتبا فعند أبي حنيفة القول قول الحر وعندهما ان كان المملوك محجورا فكذلك وأما اذا كان مأذونا أو مكاتبا فالجواب فيه وفيما اذا كانا حرين سواء (وجه) قولهما ان المكاتب في ملك اليد بمنزلة الحر بل هو حر يدا ولهذا كان أحق بمكاسبه وكذا المأذون المديون فصار كما لو اختلفا وهما حران ولابي حنيفة ان كل واحد منهما مملوك أما المأذون فلا شك فيه وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والعبد اسم للمملوك والمملوك لا يكون من أهل الملك فلا تصلح يده دليلا على الملك فلا تصلح معارضة ليد الحر فبقيت يده دليل الملك من غير معارض بخلاف الحرين ولو كان الزوج حرا والمرأة أمة أو مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد فاعتقت ثم اختلفا في متاع البيت فما أحدثا من الملك قبل العتق فهو

للزوج لانه حدث في وقت لم تكن المرأة فيه من أهل الملك وما أحدثامن الملك بعد العتق فالجواب فيه وفى الحرين سواءولو كان الزوج مسلما والمرأة ذمية فالجواب فيه كالجواب فى الزوجين المسلمين لان الكفر لا ينافى أهلية الملك بخلاف الرق وكذا لو كان البيت ملكا لاحدهما لا يختلف الجواب لان العبرة لليد لا للملك هذا كله اذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه لى زوجى فان أقرت بذلك سقط قولها لانها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال فلا يثبت الانتقال الا بدليل وقد مرت المسألة

﴿ فصل ﴾ ومنها الكفاءة فى انكاح غير الاب والجد من الاخ والعم ونحوهما الصغير والصغيرة وفى انكاح الاب والجد اختلاف أبى حنيفة مع صاحبيه وأما الطوع فليس بشرط لجواز النكاح عندنا خلافا للشافعى فيجوز نكاح المكره عندنا وعنده لا يجوز وهذه من مسائل كتاب الاكراه وكذلك الجد ليس من شرائط جواز النكاح حتى يجوز نكاح الهازل لان الشرع جعل الجد والهزل فى باب النكاح سواء قال النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح وكذلك العمد عندنا حتى يجوز نكاح الخاطئ وهو الذى يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصده وعند الشافعى شرط والصحيح قولنا لان الثابت بالخطأ ليس الا القصد وانه ليس بشرط لجواز النكاح بدليل نكاح الهازل وكذلك الحل أعنى كونه حلالا غير محرم أو كونها حلالا غير محرمة ليس بشرط لجواز النكاح عندنا وعند الشافعى شرط حتى يجوز نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن لا يحل وطؤها فى حال الاحرام وعنده لا يجوز (وجه) قوله أن الجماع من محظورات الاحرام فكذا النكاح لانه سبب داع الى الجماع ولهذا حرمت الدواعى على المحرم كما حرم عليه الجماع ولنا ماروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة رضى الله عنها وهو حرام وأدنى ما يستدل بفعل النبى صلى الله عليه وسلم هو الجواز ولا يعارض هذا ماروى زيد بن الاصم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال بسرف واجمعوا على أنه ما تزوجها الا مرة واحدة فيقع التعارض لان الاخذ برواية ابن عباس رضى الله عنهما أولى لوجهين أحدهما أنه يثبت أمرا عارضا وهو الاحرام اذ الحل أصل والاحرام عارض فتحمل رواية زيد على أنه بنى الامر على الاصل وهو الحل تحسينا للظن بالروايتين فكان راوى الاحرام معتمدا على حقيقة الحال وراوى الحل بانيا الامر على الظاهر فكانت رواية من اعتمد حقيقة الحال أولى ولهذا رجحنا قول الجارح على المزكى كذا هذا والثانى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أفقه واتقن من زيد والترجيح بفقه الراوى واتقانه ترجيح صحيح على ما عرف فى أصول الفقه ولان المعانى التى لها حسن النكاح فى غير حال الاحرام موجودة فى حال الاحرام فكان الفرق بين الحالين فى الحكم مع وجود المعنى الجامع بينهما مناقضة وما ذكره من المعنى يبطل بنكاح الحائض والنفساء فانه جائز بالاجماع وان كان النكاح سببا داعيا الى الجماع والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ ثم كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذى استجمع شرائط الجواز التى وصفناها فهو جائز بين أهل الذمة وأما ما فسد بين المسلمين من الانكحة فانها منقسمة فى حقهم منها ما يصح ومنها ما يفسد وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر كل نكاح فسد فى حق المسلمين فسد فى حق أهل الذمة حتى لو أظهروا النكاح بغير شهود يعترض عليهم ويحملون على أحكامنا وان لم يرفعوا الينا وكذا اذا أسلموا يفرق بينهما عنده وعندنا لا يفرق بينهما وان تحاكما الينا أو أسلما بل يقران عليه (وجه) قولهم انهم لما قبلوا عقد الذمة فقد التزموا أحكامنا ورضوا بها ومن أحكامنا أنه لا يجوز النكاح بغير شهود ولهذا لم يجز نكاحهم المحارم فى حكم الاسلام ولان تحريم النكاح بغير شهود فى شريعتنا ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود والكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات فى الصحيح من الاقوال فكانت حرمة النكاح بغير شهود ثابتة فى حقهم (ولنا) انهم كانوا يتدينون النكاح بغير شهود والكلام فيه ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون الا ما استثنى من عقودهم كالزنا وهذا غير مستثنى منها

فيصح في حقهم كما يصح منهم تملك الخمر والخنزير وتمليكهما فلا يعترض عليهم كما لا يعترض في الخمر والخنزير ولان الشهادة ليست بشرط بقاء النكاح على الصحة بدليل انه لا يبطل بموت الشهود فلا يجوز أن يكون شرط ابتداء العقد في حق الكافر لان في الشهادة معنى العبادة قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله فلا يؤاخذ الكافر بمراعاة هذا الشرط في العقد ولان نصوص الكتاب العزيز مطلقة عن شرط الشهادة والتقييد بالشهادة في نكاح المسلم ثبت بدليل فمن ادعى التقييد بها في حق الكافر يحتاج الى الدليل (وأما) قوله انهم بالذمة التزموا أحكام الاسلام فنعم لكن جواز انكحتهم بغير شهود من أحكام الاسلام وقوله تحريم النكاح بغير شهود عام ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين لوجود المخصص لاهل الذمة وهو عمومات الكتاب ولو تزوج ذمي ذمية في عدة من ذمي جاز النكاح في قول أبي حنيفة وهذا والنكاح بغير شهود سواء عندنا حتى لا يعترض عليهما بالتفريق وان ترافعا الينا ولو أسلما يقران على ذلك وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي النكاح فاسد يفرق بينهما (وجه) قولهم على نحو ما ذكرنا لزفر في النكاح بغير شهود وهو أنهم بقبول الذمة التزموا أحكامنا ومن أحكامنا المجمع عليها فساد نكاح المعتدة ولان الخطاب بتحريم نكاح المعتدة عام قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله والكفار مخاطبون بالحرمات وكلام أبي حنيفة على نحو ما تقدم أيضا لان في ديانتهم عدم وجوب العدة والكلام فيه فلم يكن هذا نكاح المعتدة في اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون وكذا عمومات النكاح من الكتاب العزيز والسنة مطلقة عن هذه الشريطة أعني الخلو عن العدة وانما عرف شرطا في نكاح المسلمين بالاجماع وقوله عز وجل ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله خطاب للمسلمين أو يحمل عليه عملا بالدلائل كلها صيانة لها عن التناقض ولان العدة فيها معنى العبادة وهي حق الزوج أيضا من وجه قال الله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمن حيث هي عبادة لا يمكن إيجابها على الكافرة لان الكفار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات أو قربات وكذا من حيث هي حق الزوج لان الكافر لا يعتقده حقا لنفسه بخلاف المسلم اذا تزوج كتابية في عدة من مسلم أنه لا يجوز لان المسلم يعتقد العدة حقا واجبا فيمكن الايجاب لحقه ان كان لا يمكن لحق الله تعالى من حيث هي عبادة ولهذا قلنا انه ليس للزوج المسلم أن يجبر امرأته الكافرة على الغسل من الجنابة والحيض والنفاس لان الغسل من باب القربة وهي ليست مخاطبة بالقربات وله أن يمنعها من الخروج من البيت لان الاسكان حقه وأما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الاختين فقد ذكر الكرخي ان ذلك كله فاسد في حكم الاسلام بالاجماع لان فساد هذه الانكحة في حق المسلمين ثبت لفساد قطيعة الرحم وخوف الجور في قضاء الحقوق من النفقة والسكنى والكسوة وغير ذلك وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر الا أنه مع الحرمة والفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الاسلام ولانهم دانوا ذلك ونحن أمرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يتعرض لهم في عبادة غير الله تعالى وان كانت محرمة واذا ترافعا الى القاضي فالقاضي يفرق بينهما كما يفرق بينهما بعد الاسلام لانهما اذا ترافعا فقد تركا ما داناه ورضيا بحكم الاسلام ولقوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم وأما اذا لم يترافعا ولم يوجد الاسلام أيضا فقد قال أبو حنيفة ومحمد انهما يقران على نكاحهما ولا يعترض عليهما بالتفريق وقال أبو يوسف يفرق بينهما الحاكم اذا علم ذلك سواء ترافعا الينا أو لم يترافعا ولو رفع أحدهما دون الآخر قال أبو حنيفة لا يعترض عليهما ما لم يترافعا جميعا وقال محمد اذا رفع أحدهما يفرق بينهما أما الكلام في المسئلة الاولى فوجه قول أبي يوسف ظاهر قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحكم بينهم بما أنزله مطلقا عن شرط المرافعة وقد أنزل سبحانه وتعالى حرمة هذه الانكحة فيلزم الحكم بها مطلقا ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها وكان النكاح فاسدا والنكاح الفاسد زنا من وجه فلا يمكنون منه كما لا يمكنون من الزنا في دار الاسلام ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم والآية حجة له في المسئلتين جميعا أما في المسئلة الاولى فلانه شرط المجيء للحكم عليهم وأثبت

سبحانه وتعالى التخيير بين الحكم والاعراض الا انه قام الدليل على نسخ التخيير ولا دليل على نسخ شرط المجيء فكان حكم الشرط باقيا ويحمل المطلق على المقيد لتعزر العمل بهما وامكان جعل المقيد بيانا للمطلق وأما في المسئلة الثانية فلانه سبحانه وتعالى شرط مجيئهم للحكم عليهم فاذا جاء أحدهما دون الآخر فلم يوجد الشرط وهو مجيئهم فلا يحكم بينهم و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله و رسوله ولم يكتب اليهم في أنكحتهم شيا ولو كان التفريق مستحقا قبل المرافعة لكتب به كما كتب بترك الربا و روى أن المسلمين لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا لأنكحتهم وما روى ان عمر رضى الله عنه كتب أن يفرق بينهم و بين أمهاتهم لا يكاد يثبت لانه لو ثبت لنقل على طريق الاستفاضة لتوفر الدواعى الى نقلها فلما لم ينقل دل أنه لم يثبت أو يحمل على أنه كتب ثم رجع عنه ولم يعمل به ولان ترك التعرض والاعراض ثبت حقا لهما فاذا رفع أحدهما فقد أسقط حق نفسه فبقى حق الآخر (وجه) قول محمد أنه لما رفع أحدهما فقد رضى بحكم الاسلام فيلزم اجراء حكم الاسلام في حقه فيتعدى الى الآخر كما اذا أسلم أحدهما الا أن أبا حنيفة يقول الرضا بالحكم ليس نظير الاسلام بدليل أنه لو رضى ثم رجع عنه قبل الحكم عليه لم يلزمه بحكم الاسلام و بعد ما أسلم لا يمكنه أن يأبى الرضا بأحكام الاسلام واذا لم يكن ذلك أمرا لازما ضرورة يا فلا يتعدى الى غيره وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الاسلام وذكر القاضى الامام أبو زيد ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم في قول أبى حنيفة بدليل ان الذمى اذا تزوج بمحارمه ودخل بها لم يسقط احصانه عنده حتى لو قذفه انسان بالزنا بعد ما أسلم يحد قاذفه عنده ولو كان النكاح فاسدا لسقط احصانه لان الدخول في النكاح الفاسد يسقط الاحصان كما في سائر الانكحة الفاسدة وكذلك لو ترافعا الينا فطلبت المرأة النفقة فان القاضى يقضى بالنفقة في قول أبى حنيفة فدل ان نكاح المحارم وقع صحيحا فيما بينهم في حكم الاسلام واتفقوا على انه لو تزوج حربى أختين في عقدة واحدة أو على التعاقب ثم فارق احداهما قبل الاسلام ثم أسلم ان نكاح الباقية صحيح ومعلوم ان الباقى غير الثابت ولو وقع نكاحها فاسدا حال وقوعه لما أقر عليه بعد الاسلام وكذلك لو تزوج خمسا في عقد متفرقة ثم فارق الاولى منهن ثم أسلم بقى نكاح الاربع على الصحة ولو وقع فاسدا من الاصل لما انقلب صحيحا بالاسلام بل كان يتأكد الفساد فثبت ان هذه الانكحة وقعت صحيحة في حقهم في حكم الاسلام ثم يفرق بينهما بعد الاسلام لانه لا صحة لها في حق المسلمين ولو طلق الذمى امرأته ثلاثا أو خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يترافعا لان العقد قد بطل بالطلقات الثلاث و بالخلع لانه يدين بذلك فكان اقراره على قيامه عليها اقرارا على الزنا وهذا لا يجوز ولو تزوج ذمى ذمية على أن لا مهر لها وذلك في دينهم جائز صح ذلك ولا شيء لها في قول أبى حنيفة سواء دخل بها أو لم يدخل بها طلقها أو مات عنها أسلما أو أسلم أحدهما وعند أبى يوسف ومحمد لها مهر مثلها ثم ان طلقها بعد الدخول أو بعد الخلوة بها أو مات عنها تأكد ذلك وان طلقها قبل الدخول بها أو قبل الخلوة سقط مهر المثل ولها المتعة كالمسلمة ولو تزوج حربى حربية في دار الحرب على أن لا مهر لها جاز ذلك ولا شيء لها في قولهم جميعا والكلام في الجانبين على نحو ما ذكرنا في المسائل المتقدمة هما يقولان ان حكم الاسلام قد لزم الزوجين الذميين لالتزامهما أحكامنا ومن أحكامنا انه لا يجوز النكاح من غير مال بخلاف الحربيين لانهما ما التزما أحكامنا وأبو حنيفة يقول ان في ديانتهم جواز النكاح بلا مهر ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثناء في عقودهم كالربا وهذا لم يقع الاستثناء عنه فلا نتعرض لهم ويكون جائزا في حقهم في حكم الاسلام كما يجوز لهم في حكم الاسلام تملك الخمور والخنازير وتمليكها هذا اذا تزوجها ونفى المهر فأما اذا تزوجها وسكت عن تسميته بأن تزوجها ولم يسم لها مهرا فلها مهر المثل في ظاهر رواية الاصل فانه ذكر في الاصل ان الذمى اذا تزوج ذمية بميتة أو دم أو بغير شيء ان النكاح جائز ولها مهر مثلها فظاهر قوله أو بغير شيء يشعر بالسكوت عن التسمية لا بالنفى فيدل على وجوب مهر المثل حال السكوت عن التسمية ففرق أبو حنيفة بين السكوت و بين النفى وحكى عن الكرخى انه قال قياس قول أبى حنيفة انه

لا

لا فرق بين حالة السكوت و بين النفي ووجهه انه لما جاز النكاح في ديانتهم بمهر و بغير مهر لم يكن في نفس العقد مايدل على التزام المهر فلا بد لوجوبه من دليل وهو التسمية ولم توجد فلا يجب بخلاف نكاح المسلمين لانه لا جواز له بدون المهر فكان ذلك العقد التزاما للمهر (ووجه) الفرق بين السكوت و بين النفي على ظاهر الرواية انه لما سكت عن تسمية المهر لم تعرف ديانته النكاح بلا مهر فيجعل اقدامه على النكاح التزاما للمهر كما في حق المسلمين واذا نفي المهر نصا دل انه يدين النكاح و يعتقده جائزا بلا مهر فلا يلزمه حكم نكاح أهل الاسلام بل يترك وما يدينه فهو الفرق ثم ماصلح مهراً في نكاح المسلمين فانه يصلح مهرا في نكاح أهل الذمة لا شك فيه لانه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه أجوز وما لا يصلح مهراً في نكاح المسلمين لا يصلح مهرا في نكاحهم أيضا الا الخمر والخنزير لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين فيجوز أن يكون مهرا في حقهم في حكم الاسلام فان تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فان كان الخمر والخنزير بعينه ولم يقبض فليس لها الا العين وان كان بغير عينه بأن كان في الذمة فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر مثلها وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر مثلها سواء كان بعينه أو بغير عينه وقال محمد لها القيمة سواء كان بعينه أو بغير عينه ولا خلاف في أن الخمر والخنزير اذا كان دينا في الذمة ليس لها غير ذلك (وجه) قولهما في أنه لا يجوز أن يكون لها العين ان الملك في العين وان ثبت لها قبل الاسلام لكن في القبض معنى التمليك لانه مؤكد للملك لان ملكها قبل القبض واه غير متأكد ألا ترى انه لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه وكذا لو تعيب و بعد القبض كان ذلك كله عليها فثبت ان الملك قبل القبض غير متأكد فكان القبض مؤكدا للملك والتأكيد اثبات من وجه فكان القبض تمليكا من وجه والمسلم منهي عن ذلك ولهذا لو اشترى ذمي من ذمي خمرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض ينتقض البيع ولأبي حنيفة ان المرأة تملك المهر قبل القبض ملكا تاما اذ الملك نوعان ملك رقبة وملك يد وهو ملك التصرف ولا شك ان ملك الرقبة ثابت لها قبل القبض وكذلك ملك التصرف لانها تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه فلم يبق الا صورة القبض والمسلم غير منهي عن صورة قبض الخمر والخنزير واقباضهما كما اذا غصب مسلم من مسلم خمرا ان الغاصب يكون مأمورا بالتسليم والمغصوب منه يكون مأذونا له في القبض وكذا الذمي اذا غصب منه الخمر ثم أسلم وكمسلم أودعه الذمي خمرا ثم أسلم الذمي ان له أن يأخذ الخمر من المودع بقي هذا القدر وهو انه دخل المهر في ضمانها بالقبض لكن هذا لا يوجب ثبوت ملك لها لما ذكرنا ان ملكها تام قبل القبض مع ما ان دخوله في ضمانها أمر عليها فكيف يكون ملكا لها بخلاف المبيع فان ملك الرقبة وان كان ثابتا قبل القبض فملك التصرف لم يثبت وانما يثبت بالقبض وفيه معنى التمليك والتملك والاسلام يمنع من ذلك هذا اذا كانا عينين فان كانا دينين فليس لها الا العين بالاجماع لان الملك في هذه العين التي تأخذها ما كان ثابتا لها بالعقد بل كان ثابتا في الدين في الذمة وانما يثبت الملك في هذا المعين بالقبض والقبض تملك من وجه والمسلم ممنوع من ذلك (وجه) قول أبي يوسف ان الاسلام لما منع القبض والقبض حكم العقد جعل كأن المنع كان ثابتا وقت العقد فيصار الى مهر المثل كما لو كانا عند العقد مسلمين وجه قول محمد ان العقد وقع صحيحا والتسمية في العقد قد صحت الا أنه تعذر التسليم بسبب الاسلام لما في التسليم من التمليك من وجه على ما بينا والمسلم ممنوع من ذلك فيوجب القيمة كما لو هلك المسمى قبل القبض وأبو حنيفة يوجب القيمة في الخمر لما قاله محمد وهو القياس في الخنزير أيضا الا أنه استحسن في الخنزير أيضا وأوجب مهر المثل لان الخنزير حيوان ومن تزوج امرأة على حيوان في الذمة يخير بين تسليمه و بين تسليم قيمة الوسط منه بل القيمة هي الاصل في التسليم لان الوسط يعرف بها على ما ذكرنا فيما تقدم فكان ايفاء قيمة الخنزير بعد الاسلام حكم ايفاء الخنزير من وجه ولا سبيل الى ايفاء العين بعد الاسلام فلا سبيل الى ايفاء القيمة بخلاف الخمر لان قيمتها لم تكن واجبة قبل الاسلام ألا ترى انه لو جاء الزوج بالقيمة لا تجبر المرأة على القبول فلم يكن لبقائها حكم بقاء الخمر من وجه لذلك افترقا هذا كله اذا لم يكن المهر مقبوضا قبل الاسلام فان كان مقبوضا فلا شئ

للمرأة لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لان الملك قد ثبت على سبيل الكمال بالعقد والقبض فى حال الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك والاسلام لا ينافيه كمسلم تخمر عصيره أنه لا يؤمر بابطال ملكه فيها وكما فى نزول تحريم الربا وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة أبطل من الربا مالم يقبض ولم يتعرض صلى الله عليه وسلم لما قبض بالفسخ وهو أحد تأويلات قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمر سبحانه بترك ما بقى من الربا والامر بترك ما بقى من الربا هو النهى عن قبضه والله عز وجل الموفق ولو تزوجها على ميتة او دم ذكر فى الاصل ان لها مهر مثلها وذكر فى الجامع الصغير انه لا شئ لها منهم ووفق بين الروايتين فحمل ماذكره فى الاصل على الذميين وماذكره فى الجامع على الحربيين ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين (وجه) رواية الاصل انه لما تزوجها على الميتة والدم فلم يرض باستحقاق بضعها الا ببدل وقد تعذر استحقاق المسمى لانه ليس بمال فى حق أحد فكان لها مهر المثل كالمسلمة (وجه) رواية الجامع الصغير انها لما رضيت بالميتة مع انها ليست بمال كان ذلك منها دلالة الرضا باستحقاق بضعها بغير عوض أصلا كما اذا تزوجها على أن لا مهر لها والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ ثم كل عقد اذا عقده الذمى كان فاسدا فاذا عقده الحربى كان فاسدا أيضا لان المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما وهو ماذكرنا فيما تقدم ولو تزوج كافر بخمس نسوة أو باختين ثم أسلم فان كان تزوجهن فى عقدة واحدة فرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن فى عقد متفرقة صح نكاح الاربع وبطل نكاح الخامسة وكذا فى الاختين يصح نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يختار من الخمس أربعا ومن الاختين واحدة سواء تزوجهن فى عقدة واحدة أو فى عقد استحسانا وبه أخذ الشافعى احتج محمد بما روى ان غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار أربعا منهن وروى ان قيس ابن الحارث أسلم وتحته ثمان نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا وروى ان فيروز الديلمى أسلم وتحته أختان فخيره رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يستفسر ان نكاحهن كان دفعة واحدة أو على الترتيب ولو كان الحكم يختلف لاستفسر فدل ان حكم الشرع فيه هو التخيير مطلقا ولابى حنيفة وأبى يوسف ان الجمع محرم على المسلم والكافر جميعا لان حرمته ثبتت لمعنى معقول وهو خوف الجور فى ايفاء حقوقهن والافضاء الى قطع الرحم على ماذكرنا فيما تقدم وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر الا أنه لا يتعرض لاهل الذمة مع قيام الحرمة لان ذلك ديانتهم وهو غير مستثنى من عهودهم وقد نهينا عن التعرض لهم عن مثله بعد اعطاء الذمة وليس لنا ولاية التعرض لاهل الحرب فاذا أسلم فقد زال المانع فلا يمكن من استيفاء الجمع بعد الاسلام فاذا كان تزوج الخمس فى عقدة واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جميعا اذ ليست احداهن بأولى من الاخرى والجمع محرم وقد زال المانع من التعرض فلا بد من الاعتراض بالتفريق وكذلك اذا تزوج الاختين فى عقدة واحدة لان نكاح واحدة منهما جعل جمعا اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى والاسلام يمنع من ذلك ولا مانع من التفريق فيفرق فأما اذا كان تزوجهن على الترتيب فى عقد متفرقة فنكاح الاربع منهن وقع صحيحا لان الحر يملك التزوج بأربع نسوة مسلما كان أو كافرا ولم يصح نكاح الخامسة لحصوله جمعا فيفرق بينهما بعد الاسلام وكذلك اذا كان تزوج الاختين فى عقدتين فنكاح الاولى وقع صحيحا اذ لا مانع من الصحة وبطل نكاح الثانية لحصوله جمعا فلا بد من التفريق بعد الاسلام وأما الاحاديث ففيها اثبات الاختيار للزوج المسلم لكن ليس فيها ان له أن يختار ذلك بالنكاح الاول أو بنكاح جديد فاحتمل انه أثبت له الاختيار لتجدد العقد عليهن ويحتمل انه أثبت له الاختيار ليمسكهن بالعقد الاول فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما أنه قد روى أن ذلك قبل تحريم الجمع فانه روى فى الخبر أن غيلان أسلم وقد كان تزوج فى الجاهلية وروى عن مكحول انه قال كان ذلك قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى وهى

مدنية وروى أن فيروز لما هاجر الى النبي صلى الله عليه وسلم قال له ان تحتى أختين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجع فطلق احداهما ومعلوم أن الطلاق انما يكون في النكاح الصحيح فدل ان ذلك العقد وقع صحيحا في الاصل فدل انه كان قبل تحريم الجمع ولا كلام فيه وعلى هذا الخلاف اذا تزوج الحربي بأربع نسوة ثم سبي هو وسبين معه أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف يفرق بينه وبين الكل سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقد متفرقة لان نكاح الاربع وقع صحيحا لانه كان حرا وقت النكاح والحر يملك التزوج بأربع نسوة مسلما كان أو كافرا الا أنه تعذر الاستيفاء بعد الاسترقاق لحصول الجمع من العبد في حال البقاء بين أكثر من اثنتين والعبد لا يملك الاستيفاء فيقع جمعا بين الكل ففرق بينه وبين الكل ولا يخير فيه كما اذا تزوج رضيعتين فارضعتهما امرأة بطل نكاحهما ولا يخير كذا هذا وعند محمد يخير فيه فيختار اثنتين منهن كما يخير الحربي في أربع نسوة من نسائه ولو كان الحربي تزوج أما وبنتا ثم أسلم فان كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل وان كان تزوجهما متفرقا فنكاح الاولى جائز ونكاح الاخرى باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما قالا في الجمع بين الخمس والجمع بين الاختين وقال محمد نكاح البنت هو الجائز سواء تزوجهما في عقدة واحدة أو في عقدتين ونكاح الام باطل لان مجرد عقد الام لا يحرم البنت وهذا اذا لم يكن دخل بواحدة منهما ولو أنه كان دخل بهما جميعا فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع لان مجرد الدخول يوجب التحريم سواء دخل بالام أو بالبنت ولو لم يدخل بالاولى ولكن دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا والثانية أما فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع لان نكاح البنت يحرم الام والدخول بالام يحرم البنت ولو كان دخل باحداهما فان كان دخل بالاولى ثم تزوج الثانية فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية باطل بالاجماع ولو تزوج الام أولا ولم يدخل بها ثم تزوج البنت ودخل بها فنكاحهما جميعا باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الا أنه يحل له أن يتزوج بالبنت ولا يحل له ان يتزوج بالام وعند محمد نكاح البنت هو الجائز وقد دخل بها وهي امرأته ونكاح الام باطل

❊ فصل ❊ وأما شرائط اللزوم فنوعان في الاصل نوع هو شرط وقوع النكاح لازما ونوع هو شرط بقائه على اللزوم (أما) الاول فأنواع منها أن يكون الولي في انكاح الصغير والصغيرة هو الاب او الجد فان كان غير الاب والجد من الاولياء كالاخ والعم لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويلزم نكاح غير الاب والجد من الاولياء حتى لا يثبت لهما الخيار (وجه) قول أبي يوسف أن هذا النكاح صدر من ولي فيلزم كما اذا صدر عن الاب والجد وهذا لان ولاية الانكاح ولاية نظر في حق المولى عليه فيدل ثبوتها على حصول النظر وهذا يمنع ثبوت الخيار لان الخيار لو ثبت انما يثبت لنفي الضرر ولا ضرر فلا يثبت الخيار ولهذا لم يثبت في نكاح الاب والجد كذا هذا ولهما ما روى أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد البلوغ فاختارت نفسها حتى روى أن ابن عمر قال انها انتزعت مني بعد ما ملكتها وهذا نص في الباب ولان أصل القرابة ان كان يدل على أصل النظر لكونه دليلا على أصل الشفقة فقصورها يدل على قصور الشفقة بسبب بعد القرابة فيجب اعتبار أصل القرابة باثبات أصل الولاية واعتبار القصور باثبات الخيار تكميلا للنظر وتوفيرا في حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع ولا يتوهم التقصير في انكاح الاب والجد لوفور شفقتهما لذلك لزم انكاحهما ولم يلزم انكاح الاخ والعم على أن القياس في انكاح الاب والجد أن لا يلزم الا انهم استحسنوا في ذلك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج عائشة رضي الله عنها وبلغت لم يعلمها بالخيار بعد البلوغ ولو كان الخيار ثابتا لها واذ ذلك حتما الا علمها به وهل يلزم اذا زوجها الحاكم ذكر في الاصل ما يدل على أنه لا يلزم فانه قال اذا زوجها غير الاب والجد فلها الخيار والحاكم غير الاب والجد هكذا قول محمد أن لها الخيار وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا خيار لها (وجه) هذه الرواية أن ولاية الحاكم أعم من ولاية الاخ والعم لانه يملك التصرف في النفس والمال جميعا فكانت ولايته شبيهة بولاية

الاب والجد ولا يتهما ملزمة كذلك ولاية الحاكم (وجه) رواية الاصل أن ولاية الاخ والعم أقوى من ولاية الحاكم بدليل انهما يتقدمان عليه حتى لا يزوج الحاكم مع وجودهما ثم ولا يتهما غير ملزمة فولاية الحاكم أولى واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما وهو اختيار النكاح أو الفرقة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين أحدهما في بيان وقت ثبوت الخيار والثاني في بيان ما يبطل به الخيار أما الاول فالخيار يثبت بعد البلوغ لا قبله حتى لو رضيت بالنكاح قبل البلوغ لا يعتبر ويثبت الخيار بعد البلوغ لان أهلية الرضا تثبت بعد البلوغ لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله وأما الثاني فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الرضا بالنكاح نحو أن تقول رضيت بالنكاح واخترت النكاح أو أجزته وما يجري هذا المجرى فيبطل خيار الفرقة ويلزم النكاح وأما الدلالة فنحو السكوت من البكر عقيب البلوغ لان سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح لما ذكرنا فيما تقدم أن البكر لغلبة حيائها تستحي عن اظهار الرضا بالنكاح فاما سكوت الثيب فان كان وطئها قبل البلوغ فبلغت وهي ثيب فسكتت عقيب البلوغ فلا يبطل به الخيار لانها لا تستحي عن اظهار الرضا بالنكاح عادة لان بالثيابة قل حياؤها فلا يصح سكوتها دليلا على الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها الا بصريح الرضا بالنكاح أو بفعل أو بقول يدل على الرضا نحو التمكين من الوطء وطلب المهر والنفقة وغير ذلك وكذا سكوت الغلام بعد البلوغ لان الغلام لا يستحي عن اظهار الرضا بالنكاح اذ ذاك ذليل الرجولية فلا يسقط خياره الا بنص كلامه أو بما يدل على الرضا بالنكاح من الدخول بها وطلب التمكن منها وادرار النفقة عليها ونحو ذلك ثم العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار من طريق الدلالة حتى لو لم تكن عالمة بالنكاح لا يبطل الخيار لان بطلان الخيار لوجود الرضا منها دلالة والرضا بالشيء قبل العلم به لا يتصور اذ هو استحسان الشيء ومن لم يعلم بشيء كيف يستحسنه فاذا كانت عالمة بالنكاح ووجد منها دليل الرضا بالنكاح بطل خيارها ولا يمتد هذا الخيار الى آخر المجلس بل يبطل بالسكوت من البكر بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لان التخيير هناك وجد من العبد وهو الزوج أو المولى أما في الزوج فظاهر وكذا في المولى لان الخيار يثبت بالعتق والعتق حصل باعتاقه والتخيير من العبد تمليك فيقتضي جوابا في المجلس فيمتد الى آخر المجلس كخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ لانه ما ثبت بصنع العبد بل باثبات الشرع فلم يكن تمليكا فلا يمتد الى آخر المجلس وان لم تكن عالمة بالنكاح فلها الخيار حين تعلم بالنكاح ثم خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى وخيار العتق لا يثبت الا للمعتقة لان خيار البلوغ يثبت لقصور الولاية وذا لا يختلف بالذكورة والانوثة وخيار العتق ثبت لزيادة الملك عليها بالعتق وذا يختص بها وكذا خيار البلوغ للذكر والانثى اذا كانت الانثى ثيبا لا يبطل بالقيام عن المجلس وخيار العتق والمخيرة يبطل والفرق على نحو ما ذكرنا من خيار البكر وخيار العتق وخيار المخيرة أن الاول يبطل بالسكوت والثاني لا يبطل وأما العلم بالخيار فليس بشرط والجهل به ليس بعذر لان دار الاسلام دار العلم بالشرائع فيمكن الوصول اليها بالتعلم فكان الجهل بالخيار في غير موضعه فلا يعتبر ولهذا لا يعذر العوام في دار الاسلام بجهلهم بالشرائع بخلاف خيار العتق فان العلم بالخيار هناك شرط والجهل به عذر وان كان دار الاسلام دار العلم بالشرائع والاحكام لان الوصول اليها ليس من طريق الضرورة بل بواسطة التعلم والامة لا تتمكن من التعلم لانها لا تتفرغ لذلك لاشتغالها بخدمة مولاها بخلاف الحرة ثم اذا اختار أحدهما الفرقة فهذه الفرقة لا تثبت الا بقضاء القاضي بخلاف خيار العتق فان المعتقة اذا اختارت نفسها تثبت الفرقة بغير قضاء القاضي (وجه) الفرق ان أصل النكاح ههنا ثابت وحكمه نافذ وانما الغائب وصف الكمال وهو صفة اللزوم فكان الفسخ من أحد الزوجين رفع الاصل بفوات الوصف وفوات الوصف لا يوجب رفع الاصل لما فيه من جعل الاصل تبعا للوصف وليس له هذه الولاية وبه حاجة الى ذلك فلا بد من رفعه الى من له الولاية العامة وهو القاضي ليرفع النكاح دفعا لحاجة الصغير الذي بلغ ونظرا له بخلاف خيار العتق لان الملك ازداد عليها بالعتق ولها أن لا ترضى بالزيادة فكان لها أن تدفع الزيادة ولا يمكن دفعها الا

باندفاع ما كان ثابتاً فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة وهذا يمكن اذ ليس بعض الملك تابعا لبعض فلا تقع الحاجة الى قضاء القاضي ونظير الفصلين الرد بالعيب قبل القبض و بعده ان الاول يثبت بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم التراضي منهما الا بقضاء القاضي والله عز وجل أعلم ولو زوج ابنته ابن أخيه فلا خيار لها بالاجماع لان النكاح صدر عن الاب وأما ابن الاخ فله الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد لصدور النكاح عن العم وعند أبي يوسف لا خيار له والمسألة قد مرت ولو أعتق أمته ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لان ولاية الولاء دون ولاية القرابة فلما ثبت الخيار ثمة فلان يثبت ههنا أولى ولو زوجها ثم أعتقها وهي صغيرة فلها اذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لان النكاح صادفها وهي رقيقة

﴿ فصل ﴾ ومنها كفاءة الزوج في انكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الاولياء بمهر مثلها فيقع الكلام في هذا الشرط في أربعة مواضع أحدها في بيان ان الكفاءة في باب النكاح هل هي شرط لزوم النكاح في الجملة أم لا والثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة من شرط لزومه والثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة والرابع في بيان من يعتبر له الكفاءة أما الاول فقد قال عامة العلماء انها شرط وقال الكرخي ليست بشرط أصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري والحسن البصري واحتجوا بما روى ان أبا طيبة خطب الى بني بياضة فأبوا ان يزوجوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انكحوا أبا طيبة ان لا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير وروى أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فأبوا ان يزوجوه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزويج عند عدم الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر لان التزويج من غير كفء غير مأمور به وقال صلى الله عليه وسلم ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى وهذا نص ولان الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الابواب بالاعتبار بها باب الدماء لانه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الابواب ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فههنا أولى والدليل عليه انها لم تعتبر في جانب المرأة فكذا في جانب الزوج (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة لانها لا تحصل الا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء وتعير بذلك فتختل المصالح ولان الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها ولا حجة لهم في الحديثين لان الامر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم الى الافضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه والاقتصار عليه وهذا لا يمنع جواز الامتناع وعندنا الافضل اعتبار الدين والاقتصار عليه ويحتمل أنه كان أمر ايجاب أمرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهم بذلك كما خص أبا طيبة بالتمكين من شرب دمه صلى الله عليه وسلم وخص خزيمة بقبول شهادته وحده ونحو ذلك ولا شركة في موضع الخصوصية حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلائل وأما الحديث الثالث فالمراد به أحكام الآخرة اذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا فيحمل على أحكام الآخرة وبه نقول والقياس على القصاص غير سديد لان القصاص شرع لمصلحة الحياة واعتبار الكفاءة فيه يؤدي الى تفويت هذه المصلحة لان كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص وفي اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة من النكاح من الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المرأة لا يصح أيضاً لان الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة الدنيئة لان الاستنكاف عن المستفرش لا عن المستفرش والزوج مستفرش فيستفرش الوطء والخشن

﴿ فصل ﴾ وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو انكاح المرأة نفسها من غير رضا الاولياء لا يلزم

حتى لو زوجت نفسها من غير كفء من غير رضا الاولياء لا يلزم وللاولياء حق الاعتراض لان فى الكفاءة حقاً للاولياء لانهم ينتفعون بذلك ألا ترى أنهم يتفاخرون بعلو نسب الختن و يتعيرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض كالمشترى اذا باع الشقص المشفوع ثم جاء الشفيع كان له أن يفسخ البيع و يأخذ المبيع بالشفعة دفعاً للضرر عن نفسه كذا هذا ولو كان التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض لان التزويج من المرأة تصرف من الاهل فى محل هو خالص حقها وهو نفسها وامتناع اللزوم كان لحقهم المتعلق بالكفاءة فاذا رضوا فقد أسقطوا حق أنفسهم وهم من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط ولو رضى به بعض الاولياء سقط حق الباقين فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يسقط وجه قوله أن حقهم فى الكفاءة ثبت مشتركا بين الكل فاذا رضى به أحدهم فقد أسقط حق نفسه فلا يسقط حق الباقين كالدين اذا وجب لجماعة فابرأ بعضهم لا يسقط حق الباقين لما قلنا كذا هذا ولان رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها فان زوجت نفسها من غير كفء بغير رضاهم لا يسقط حق الاولياء برضاها فلان لا يسقط برضا أحدهم أولى ولهما أن هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واسقاط بعض ما لا يتجزأ اسقاط لكله لانه لا بعض له فاذا أسقط واحد منهم لا يتصور بقاؤه فى حق الباقين كالقصاص اذا وجب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حق الباقين كذا هذا ولان حقهم فى الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر والتزويج من غير كفء وقع اضرارا بالاولياء من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة فالظاهر انه لا يرضى به أحدهم الا بعد علمه بمصلحة حقيقية هى أعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها وغفل عنها الباقون لولاها لما رضى وهى دفع ضرر الوقوع فى الزنا على تقدير الفسخ وأما قوله الحق ثبت مشتركا بينهم فنقول على الوجه الاول ممنوع بل ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لان ما لا يتجزأ لا يتصور فيه الشركة كحق القصاص والامان بخلاف الدين فانه يتجزأ فتتصور فيه الشركة و بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفء بغير رضا الاولياء لان هناك الحق متعدد لتعدد خلاف جنس حقهم لان حقها فى نفسها وفى نفس العقد ولا حق لهم فى نفسها ولا فى نفس العقد وانما حقهم فى دفع الشين عن أنفسهم واذا اختلف جنس الحق فسقوط أحدهما لا يوجب سقوط الآخر وأما على الوجه الثانى فسلم لكن هذا الحق ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر وفى ابقائه لزوم أعلى الضررين فيسقط ضرورة وكذلك الاولياء لو زوجوها من غير كفء برضاها يلزم النكاح لما قلنا ولو زوجها أحد الاولياء من غير كفء برضاها من غير رضا الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافا لمالك بناء على أن ولاية الانكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا وعنده ولاية مشتركة وقد ذكرنا المسئلة فى شرائط الجواز وهل يلزم قال أبو حنيفة ومحمد يلزم وقال أبو يوسف و زفر والشافعى لا يلزم وجه قولهم على نحو ما ذكرنا فيما تقدم ان الكفاءة حق ثبت للكل على الشركة واحد الشريكين اذا اسقط حق نفسه لا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك وجه قولهما ان هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ ومثل هذا الحق اذا ثبت لجماعة يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره كالقصاص والامان ولان اقدامه على النكاح مع كمال الرأى برضاها مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة و بنفسه وهو ضرر عدم الكفاءة بلحوق العار والشين دليل كونه مصلحة فى الباطن وهو اشتماله على دفع ضرر أعظم من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنا أو غيره لولاه لما فعل وأما انكاح الاب والجد الصغير والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط للزومه عند أبى حنيفة كما انها ليست بشرط الجواز عنده فيجوز ذلك و يلزم لصدوره ممن له كمال نظر لكمال الشفقة بخلاف انكاح الاخ والعم من غير الكفء انه لا يجوز بالاجماع لانه ضرر محض على ما بينا فى شرائط الجواز واما انكاحهما من الكفء فجائز عندنا خلافا للشافعى لكنه غير لازم فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لازم والمسئلة قد مرت

﴿فصل﴾ وأما الثالث فى بيان ما تعتبر فيه الكفاءة فما تعتبر فيه الكفاءة أشياء منها النسب والاصل فيه قول النبى

صلى

صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل لان التفاخر والتعيير يقعان بالانساب فتلحق النقيصة بدناءة النسب فتعتبر فيه الكفاءة فقريش بعضهم أكفاء لبعض على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي والاموي والعدوي ونحو ذلك كفأ للهاشمي لقوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض وقريش تشتمل على بني هاشم والعرب بعضهم أكفاء لبعض بالنص ولا تكون العرب كفأ لقريش لفضيلة قريش على سائر العرب ولذلك اختصت الامامة بهم قال النبي صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش بخلاف القرشي انه يصلح كفأ للهاشمي وان كان للهاشمي من الفضيلة ماليس للقرشي لكن الشرع أسقط اعتبار تلك الفضيلة في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته من عثمان رضي الله عنه وكان أمويا لا هاشميا وزوج علي رضي الله عنه ابنته من عمر رضي الله عنه ولم يكن هاشميا بل عدويا فدل ان الكفاءة في قريش لا تختص ببطن دون بطن واستثنى محمد رضي الله عنه بيت الخلافة فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفأ له ولا تكون الموالي أكفاء للعرب لفضل العرب على العجم والموالي بعضهم أكفاء لبعض بالنص وموالي العرب أكفاء لموالي قريش لعموم قوله والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ثم مفاخرة العجم بالاسلام لا بالنسب ومن له أب واحد في الاسلام لا يكون كفأ لمن له آباء كثيرة في الاسلام لان تمام التعريف بالجد والزيادة على ذلك لا نهاية لها وقيل هذا اذا كان في موضع قد طال عهد الاسلام وامتد فاما اذا كان في موضع كان عهد الاسلام قريبا بحيث لا يعير بذلك ولا يعد عيبا يكون بعضهم كفأ لبعضهم لان التعيير اذا لم يجر بذلك ولم يعد عيبا لم يلحق الشين والنقيصة فلا يتحقق الضرر

﴿فصل﴾ ومنها الحرية لان النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفأ للحرة بحال ولا يكون مولى العتاقة كفأ لحرة الاصل ويكون كفأ لمثله لان التفاخر يقع بالحرية الاصلية والتعيير يجري في الحرية العارضة المستفادة بالاعتاق وكذا من له أب واحد في الحرية لا يكون كفأ لمن له أبوان فصاعدا في الحرية ومن له أبوان في الحرية لا يكون كفأ لمن له آباء كثيرة في الحرية كما في اسلام الآباء لان أصل التعريف بالاب وتمامه بالجد وليس وراء التمام شيء وكذا مولى الوضيع لا يكون كفأ لمولاة الشريف حتى لا يكون مولى العرب كفأ لمولاة بني هاشم حتى لو زوجت مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب كان لمعتقها حق الاعتراض لان الولاء بمنزلة النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب

﴿فصل﴾ ومنها المال فلا يكون الفقير كفأ للغنية لان التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا في زماننا هذا ولان للنكاح تعلقا بالمهر والنفقة تعلقا لازما فانه لا يجوز بدون المهر والنفقة لازمة ولا تعلق له بالنسب والحرية فلما اعتبرت الكفاءة ثمة فلان تعتبر ههنا أولى والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى ان الزوج اذا كان قادرا على مهر مثلها ونفقتها يكون كفأ لها وان كان لا يساويها في المال هكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول ان تساويهما في الغنا شرط تحقق الكفاءة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لان التفاخر يقع في الغنا عادة والصحيح هو الاول لان الغنا لا ثبات له لان المال غاد ورائح فلا تعتبر المساواة في الغنا ومن لا يملك مهرا ولا نفقة لا يكون كفأ لان المهر عوض ما يملك بهذا العقد فلا بد من القدرة عليه وقيام الازدواج بالنفقة فلا بد من القدرة عليها ولان من لا قدرة له على المهر والنفقة يستحقر ويستهان في العادة كمن له نسب دني فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب وقيل المراد من المهر قدر المعجل عرفا وعادة دون ما في الذمة لان ما في الذمة يسامح فيه بالتأخير الى وقت اليسار فلا يطلب به للحال عادة والمال غاد ورائح وروي عن أبي يوسف انه اذا ملك النفقة يكون كفأ وان لم يملك المهر هكذا روى الحسن بن أبي

مالك عنه فانه روى عنه انه قال سألت أبا يوسف عن الكفء فقال الذى يملك المهر والنفقة فقلت وان كان يملك المهر دون النفقة فقال لا يكون كفأ فقلت فان ملك النفقة دون المهر فقال يكون كفأ وانما كان كذلك لان المرء يعد قادرا على المهر بقدرة أبيه عادة ولهذا لم يجز دفع الزكاة الى ولد الغنى اذا كان صغيرا وان كان فقيرا فى نفسه لانه يعد غنيا بمال أبيه ولا يعد قادرا على النفقة بغنا أبيه لان الاب يتحمل المهر الذى على ابنه ولا يتحمل نفقة زوجته عادة وقال بعضهم اذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فانه يكون كفأ وان كان لا يملك من المال الا قدر النفقة لما ذكرنا ان المهر تجرى فيه المساحة بالتأخير الى وقت اليسار والمال يغدو و يروح وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة

﴿فصل﴾ ومنها الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف حتى لو ان امرأة من بنات الصالحين اذا زوجت نفسها من فاسق كان للاولياء حق الاعتراض عندهما لان التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعيير بالفسق اشد وجوه التعيير وقال محمد لا تعتبر الكفاءة فى الدين لان هذا من أمور الآخرة والكفاءة من احكام الدنيا فلا يقدح فيها الفسق الا اذا كان شيئا فاحشاً بأن كان الفاسق ممن يسخر منه و يضحك عليه و يصفع فان كان ممن يهاب منه بان كان أميرا قتالا يكون كفأ لان هذا الفسق لا يعد شينا فى العادة فلا يقدح فى الكفاءة وعن أبى يوسف ان الفاسق اذا كان معلنا لا يكون كفأ وان كان مستترا يكون كفأ

﴿فصل﴾ وأما الحرفة فقد ذكر الكرخى ان الكفاءة فى الحرف والصناعات معتبرة عند أبى يوسف فلا يكون الحائك كفأ للجوهرى والصيرفى وذكر ان أبا حنيفة بنى الامر فيها على عادة العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدنيء من الصنائع فلا يكون بينهم خلاف فى الحقيقة وكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى اعتبار الكفاءة فى الحرف ولم يذكر الخلاف فتثبت الكفاءة بين الحرفتين فى جنس واحد كالبزاز مع البزاز والحائك مع الحائك وتثبت عند اختلاف جنس الحرف اذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز مع الصائغ والصائغ مع العطار والحائك مع الحجام والحجام مع الدباغ ولا تثبت فيما لا متاربة بينهما كالعطار مع البيطار والبزاز مع الخراز وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير ان الكفاءة فى الحرف معتبرة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف غير معتبرة الا أن تكون فاحشة كالحياكة والحجامة والدباغة ونحو ذلك لانها ليست بأمر لازم واجب الوجود ألا ترى انه يقدر على تركها وهذا يشكل بالحياكة واخواتها فانه قادر على تركها ومع هذا يقدح فى الكفاءة والله تعالى الموفق وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض لان اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة ولا نقيصة أعظم من الكفر

﴿فصل﴾ وأما بيان من تعتبر له الكفاءة فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال على معنى انه تعتبر الكفاءة فى جانب الرجال للنساء ولا تعتبر فى جانب النساء للرجال لان النصوص وردت بالاعتبار فى جانب الرجال خاصة وكذا المعنى الذى شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لان المرأة هى التى تستنكف لا الرجل لانها هى المستفرشة فاما الزوج فهو المستفرش فلا تلحقه الانفة من قبلها ومن مشايخنا من قال ان الكفاءة فى جانب النساء معتبرة أيضاً عند أبى يوسف ومحمد استدلالا بمسئلة ذكرها فى الجامع الصغير فى باب الوكالة وهى أن أميرا أمر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره قال جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولا دلالة فى هذه المسئلة على ما زعموا لان عدم الجواز عندهما يحتمل أن يكون لمعنى آخر وهو ان من أصلهما أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة فينصرف الى المتعارف كما فى الوكيل بالبيع المطلق ومن أصل أبى حنيفة انه يجرى على اطلاقه فى غير موضع الضرورة والتهمة و يحتمل أن يكون عدم الجواز عندهما لاعتبار الكفاءة فى تلك المسئلة خاصة حملا للمطلق على المتعارف كما هو أصلهما اذ المتعارف هو التزويج بالكفء فاستحسنا اعتبار الكفاءة فى جانبهن فى مثل تلك الصورة لمكان العرف والعادة وقد نص محمد رحمه الله على القياس والاستحسان فى تلك المسألة فى وكالة الاصل فلم تكن هذه المسألة دليلا

على

على اعتبار الكفاءة في جانبهن أصلا عندهما ولا تكون دليلا على ذلك على الاطلاق بل في تلك الصورة خاصة استحسانا للعرف ولو أظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه ثم ظهر نسبه على خلاف ما أظهره فالامر لا يخلو اما ان يكون المكتوم مثل المظهر واما ان يكون أعلى منه واما ان يكون أدون فان كان مثله بان أظهر انه تيمى ثم ظهر أنه عدوى فلا خيار لها لان الرضا بالشيء يكون رضا بمثله وان كان أعلى منه بان أظهر انه عربى فظهر انه قرشى فلا خيار لها أيضا لان الرضا بالادنى يكون رضا بالاعلى من طريق الاولى وعن الحسن بن زياد ان لها الخيار لان الاعلى لا يحتمل منها ما يحتمل الادنى فلا يكون الرضا منها بالمظهر رضا بالاعلى منه وهذا غير سديد لان الظاهر انها ترضى بالكفء وان كان الكفء لا يحتمل منها ما يحتمل غير الكفء لان غير الكفء ضرره أكثر من نفعه فكان الرضا بالمظهر رضا بالاعلى منه من طريق الاولى وان كان أدون منه بان أظهر انه قرشى ثم ظهر انه عربى فلها الخيار وان كان كفأ لها بان كانت المرأة عربية لانها انما رضيت بشرط الزيادة وهي زيادة مرغوب فيها ولم تحصل فلا تكون راضية بدونها فكان لها الخيار وروى انه لا خيار لها لان الخيار لدفع النقص ولا نقيصة لانه كفء لها هذا اذا فعل الرجل ذلك فاما اذا فعلت المرأة بان أظهرت امرأة نسبها لرجل فتزوجها ثم ظهر بخلاف ما أظهرت فلا خيار للزوج سواء تبين انها حرة أو امة لان الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة ويتصل بهذا ما اذا تزوج رجل امرأة على انها حرة فولدت منه ثم أقام رجل البينة على انها امته فان المولى بالخيار ان شاء أجاز النكاح وان شاء أبطله لان النكاح حصل بغير اذن المولى فوقف على اجازته ويغرم العقر لانه وطئ جارية غير مملوكة له حقيقة فلا يخلو عن عقوبة أو غرامة ولا سبيل الى ايجاب العقوبة للشبهة فتجب الغرامة وأما الولد فان كان المغرور حرا فالولد حر بالقيمة لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الاستيلاد حصل بناء على ظاهر النكاح اذ لا علم للمستولد بحقيقة الحال فكان المستولد مستحقا للنظر والمستحق مستحق للنظر أيضاً لانه ظهر كون الجارية ملكا له فتجب مراعاة الحقين بقدر الامكان فراعينا حق المستولد في صورة الاولاد وحق المستحق في معنى الاولاد رعاية للجانبين بقدر الامكان وتعتبر قيمته يوم الخصومة لانه وقت سبب وجوب الضمان وهو منع الولد عن المستحق له لانه علق عبدا في حقه ومنع عنه يوم الخصومة ولو مات الولد قبل الخصومة لا يغرم قيمته لان الضمان يجب بالمنع ولم يوجد المنع من المغرور ولانه لا صنع له في موته وان كان الابن ترك مالا فهو ميراث لابيه لانه ابنه وقد مات حرا فيرثه ولا يغرم للمستحق شيأ لان الميراث ليس ببدل عن الميت وان كان الابن قتله رجل وأخذ الاب الدية فانه يغرم قيمته للمستحق لان الدية بدل عن المقتول فتقوم مقامه كانه حى وان كان رجل ضرب بطن الجارية فالقت جنينا ميتاً يغرم الضارب الغرة خمسمائة ثم يغرم المستولد للمستحق فان كان الولد ذكرا فنصف عشر قيمته وان كان انثى فعشر قيمتها وان كان المغرور عبدا فالاولاد يكونون أرقاء للمستحق في قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يكونون أحرارا ويكونون أولاد المغرور (وجه) قول محمد ان هذا ولد المغرور حقيقة لا يحلاقه من مائه وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولهما ان القياس ان يكون الولد ملك المستحق لان الجارية تبين انها ملكه فيتبين ان الولد حدث على ملكه لان الولد يتبع الام في الحرية والرق الا أنا تركنا القياس باجماع الصحابة رضى الله عنهم وهم انما قضوا بحرية الولد في المغرور الحر فبقى الامر في غيره مردودا الى أصل القياس ثم المغرور هل يرجع بما غرم على الغار والغار لا يخلو اما ان يكون أجنبياً واما ان يكون مولى الجارية واما ان يكون هى الجارية فان كان أجنبياً فان كان حرا فغره بأن قال تزوج بها فانها حرة أو لم يأمره بالتزويج لكنه زوجها على انها حرة أو قال هى حرة وزوجها منه فانه يرجع على الغار بقيمة الاولاد لانه صار ضامنا له ما يلحقه من الغرامة في ذلك النكاح فيرجع عليه بحكم الضمان ولا يرجع عليه بالعقر لانه ضمنه بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو قال هى حرة ولم يأمره بالتزويج ولم يزوجها منه لا يرجع على المخبر بشئ لان

معنى الضمان والالتزام لا يتحقق بهذا القدر وان كان الغار عبد الرجل فان كان مولاه لم يأمره بذلك يرجع عليه بعد العتاق وان كان أمره بذلك يرجع عليه للحال الا اذا كان مكاتباً أو مكاتبة فانه يرجع عليه بعد العتاق لان أمر المولى بذلك لا يصح وان كان المولى هو الذى غره فلا يضمن المغرور من قيمة الاولاد شيأ لانه لو ضمن للمولى لكان له ان يرجع على المولى بما ضمن فلا يفيد وجوب الضمان وان كانت الامة هى التى غرته فان كان المولى لم يأمرها بذلك فان المغرور يرجع على الامة بعد العتاق لا للحال لانه دين لم يظهر فى حق المولى وان كان أمرها بذلك يرجع على الامة للحال لانه ظهر وجوبه فى حق المولى هذا اذا غره أحد اما اذا لم يغره أحد ولكنه ظن انها حرة فتزوجها فاذا هى أمة فانه لا يرجع بالعقر على أحد لما قلنا والاولاد أرقاء لمولى الامة لان الجارية ملكه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها كمال مهر المثل فى انكاح الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء بغير رضا الاولياء فى قول أبى حنيفة حتى لو زوجت نفسها من كفء باقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن فيه الناس بغير رضا الاولياء فللاولياء حق الاعتراض عنده فاما ان يبلغ الزوج الى مهر مثلها أو يفرق بينهما وعند أبى يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويلزم النكاح بدونه حتى يثبت للاولياء حق الاعتراض وهاتان المسئلتان أعنى هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة عليها وهى ما اذا زوجت نفسها من غير كفء وبغير رضا الاولياء لا شك انهما يتفرعان على أصل أبى حنيفة وزفر واحدى الروايتين عن أبى يوسف ورواية الرجوع عن محمد لان النكاح جائز واما على أصل محمد فى ظاهر الرواية عنه واحدى الروايتين عن أبى يوسف فلا يجوز هذا النكاح فيشكل التفريع فتصور المسألة فيما اذا أذن الولى لها بالتزويج فزوجت نفسها من غير كفء أو من كفء باقل من مهر مثلها وذكر فى الاصل صورة أخرى وهى ما اذا أكره الولى والمرأة على النكاح من غير كفء أو من كفء باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه ففى المسألة الاولى لكل واحد منهما أعنى الولى والمرأة حق الاعتراض وان رضى أحدهما لا يبطل حق الآخر وفى المسألة الثانية لها حق الاعتراض فان رضيت بالنكاح والمهر فللولى ان يفسخ فى قول أبى حنيفة وفى قول محمد وأبى يوسف الاخير ليس له ان يفسخ وتصور المسألة على أصل الشافعى فيما اذا أمر الولى رجلا بالتزويج فزوجها من غير كفء برضاها أو من كفء بمهر قاصر برضاها (وجه) قول أبى يوسف ومحمد ان المهر حقها على الخلوص كالثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة فكانت هى بالنقص متصرفة فى خالص حقها فيصح ويلزم كما اذا أبرأت زوجها عن المهر ولهذا جاز الابراء عن الثمن فى باب البيع والبيع بثمن بخس كذا هذا ولابى حنيفة ان للاولياء حقا فى المهر لانهم يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون ببخسه فيلحقهم الضرر بالبخس وهو ضرر التعيير فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض ولهذا يثبت لهم حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة كذا هذا ولانها بالبخس عن مهر مثلها أضرت بنساء قبيلتها لان مهر مثلها عند تقادم العهد تعتبر بها فكانت بالنقص ملحقة الضرر بالقبيلة فكان لهم دفع هذا الضرر عن أنفسهم بالفسخ والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومنها خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء وقال بعضهم عيب العنة لا يمنع لزوم النكاح واحتجوا بما روى ان امرأة رفاعة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله انى كنت تحت رفاعة فطلقنى آخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير فوالله ما وجدت معه الا مثل الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لعلك تريدين ان ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الاستدلال ان تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار ولو لم يقع النكاح لازما لاثبت ولان هذا العيب لا يوجب فوات المستحق بالعقد بيقين فلا يوجب الخيار كسائر أنواع العيوب بخلاف الجب فانه يفوت المستحق بالعقد بيقين (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه قضى فى العنين انه يؤجل سنة فان قدر عليها والا أخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه مثله وروى عن على رضى الله عنه انه قال يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق

بينهما

بينهما وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد منهم فيكون اجماعا ولان الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد وفي الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها وهذا ضرر بها وظلم في حقها وقد قال الله تعالى ولا يظلم ربك أحدا وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام فيؤدي الى التناقض وذلك محال لان الله تعالى أوجب على الزوج الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان بقوله تعالى عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ومعلوم ان استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الامساك بالمعروف في شيء فتعين عليه التسريح بالاحسان فان سرح بنفسه والا ناب القاضي منابه في التسريح ولان المهر عوض في عقد النكاح والعجز عن الوصول يوجب عيبا في العوض لانه يمنع من تأكده بيقين لجواز ان يختصما الى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر فيتمكن في المهر عيب وهو عدم التأكد بيقين والعيب في العوض يوجب الخيار كما في البيع ولا حجة لهم في الحديث لان تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة القضيب والاعتبار بسائر العيوب لا يصح لانها لا توجب فوات المستحق بالعقد لما نذكر في تلك المسألة ان شاء الله تعالى وهذا يوجب ظاهرا وغالبا لان العجز يتقرر بعدم الوصول في مدة السنة ظاهرا فيفوت المستحق بالعقد ظاهرا فبطل الاعتبار واذا عرف هذا فاذا رفعت المرأة زوجها وادعت انه عنين وطلبت الفرقة فان القاضي يسأله هل وصل اليها أو لم يصل فان أقر انه لم يصل أجله سنة سواء كانت المرأة بكرا أو ثيبا وان أنكر وادعى الوصول اليها فان كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه وصل اليها لان الثيابة دليل الوصول في الجملة والمانع من الوصول من جهته عارض اذ الاصل هو السلامة عن العيب فكان الظاهر شاهدا له الا انه يستحلف دفعا للتهمة وان قالت أنا بكر نظر اليها النساء وامرأة واحدة تجزى لان البكارة باب لا يطلع عليه الرجال وشهادة النساء بانفرادهن في هذا الباب مقبولة للضرورة وتقبل فيه شهادة الواحدة كشهادة القابلة على الولادة ولان الاصل حرمة النظر الى العورة وهو العزيمة لقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن وحق الرخصة يصير مقضيا بالواحدة ولان الاصل ان ما قبل قول النساء فيه بانفرادهن لا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثنتان أوثق لان غلبة الظن بخبر العدد أقوى فان قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه لما قلنا وان قلن هي بكر فالقول قولها وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان القول قولها من غير يمين لان البكارة فيها أصل وقد تقوت شهادتهن بشهادة الاصل واذا ثبت انه لم يصل اليها اما باقراره أو بظهور البكارة أجله القاضي حولا لانه ثبت عنته والعنين يؤجل سنة لاجماع الصحابة على ذلك ولان عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل ان يكون للعجز عن الوصول ويحتمل ان يكون لبغضه اياها مع القدرة على الوصول فيؤجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض يطؤها في المدة ظاهرا وغالبا دفعا للعار والشين عن نفسه وان لم يطأها حتى مضت المدة يعلم ان عدم الوصول كان للعجز واما التأجيل سنة فلان العجز عن الوصول يحتمل ان يكون خلقة ويحتمل ان يكون من داء أو طبيعة غالبة من الحرارة أو البرودة أو الرطوبة أو اليبوسة والسنة مشتملة على الفصول الاربعة والفصول الاربعة مشتملة على الطبائع الاربع فيؤجل سنة لما عسى ان يوافقه بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول وروى عن عبد الله بن نوفل انه قال يؤجل عشرة أشهر وهذا القول مخالف لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم أجلوا العنين سنة وقد اختلف الناس في عبد الله بن نوفل انه صحابي أو تابعي فلا يقدح خلافه في الاجماع مع الاحتمال ولان التأجيل سنة لرجاء الوصول في الفصول الاربعة ولا تكمل الفصول الا في سنة تامة ثم يؤجل سنة شمسية بالايام أو قمرية بالاهلة ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يؤجل سنة قمرية بالاهلة قال وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يؤجل سنة شمسية وحكى الكرخي عن اصحابنا انهم قالوا يؤجل سنة شمسية ولم يذكر الخلاف (وجه) هذا القول وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ان الفصول الاربعة لا تكمل الا بالسنة الشمسية لانها تزيد على القمرية

بايام فيحتمل زوال العارض فى المدة التى بين الشمسية والقمرية فكان التأجيل بالسنة الشمسية أولى ولظاهر الرواية الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج جعل الله عز وجل بفضله ورحمته الهلال معرفا للخلق الاجل والاوقات والمدد ومعرفا وقت الحج لانه لو جعل معرفة ذلك بالايام لاشتد حساب ذلك عليهم ولتعذر عليهم معرفة السنين والشهور والايام واما السنة فما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم خطب فى الموسم وقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته الا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والارض السنة اثنا عشر شهرا أربعة حرم ثلاث متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب مضر الذى بين جمادى وشعبان ثلاثة سرد وواحد فرد والشهر فى اللغة اسم للهلال يقال رأيت الشهر أى رأيت الهلال وقيل سمى الشهر شهراً لشهرته والشهرة للهلال فكان تأجيل الصحابة رضى الله عنهم العنين سنة والسنة اثنا عشر شهراً والشهر اسم للهلال تأجيلا للهلالية وهى السنة القمرية ضرورة وأول السنة حين يترافعان ولا يحسب على الزوج ما قبل ذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرتفع اليه لما ذكرنا ان عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل ان يكون للعجز ويحتمل ان يكون لكراهته اياها مع القدرة على الوصول فاذا أجله الحاكم فالظاهر انه لا يمتنع عن وطئها الا لعجزه خشية العار والشين فاذا أجل سنة فشهر رمضان وأيام الحيض تحسب عليه ولا يجعل له مكانها لان الصحابة رضى الله عنهم أجلوا العنين سنة واحدة مع علمهم بان السنة لا تخلو عن شهر رمضان ومن زمان الحيض فلو لم يكن ذلك محسوبا من المدة لا جلوا زيادة على السنة ولو مرض الزوج فى المدة مرضاً لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هى فان استوعب المرض السنة كلها يستأنف له سنة أخرى وان لم يستوعب فقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف ان المرض ان كان نصف شهر أو أقل احتسب عليه وان كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه بهذه الايام وجعل له مكانها وكذلك الغيبة وروى ابن سماعة عنه رواية أخرى انه اذا صح فى السنة يوما أو يومين أو صحت هى احتسب عليه بالسنة وروى ابن سماعة عن محمد ان المرض اذا كان أقل من شهر يحتسب عليه وان كان شهراً فصاعدا لا يحتسب عليه بايام المرض ويجعل له مكانها والاصل فى هذا ان قليل المرض مما لا يمكن اعتباره لان الانسان لا يخلو عن ذلك عادة ويمكن اعتبار الكثير فجعل أبو يوسف على احدى الروايتين وهى الرواية الصحيحة عنه نصف الشهر ومادونه قليلا والاكثر من النصف كثيراً استدلالا بشهر رمضان فانه محسوب عليه ومعلوم انه انما يقدر على الوطء فى الليالى دون النهار والليالى دون النهار تكون نصف شهر وكان ذلك دليلا على أن المانع اذا كان نصف شهر فما دونه يعتد به وهذا الاستدلال يوجب الاعتداد بالنصف فمادونه اما لا ينفى الاعتداد بما فوقه واما على الرواية الاخرى فنقول انه لما صح زمانا يمكن الوطء فيه فاذا لم يطأها فالتقصير جاء من قبله فيجعل كانه صح جميع السنة بخلاف ما اذا مرض جميع السنة لانه لم يجد زمانا يتمكن من الوطء فيه فتعذر الاعتداد بالسنة فى حقه ومحمد جعل مادون الشهر قليلا والشهر فصاعدا كثيراً لان الشهر أدنى الاجل وأقصى العاجل فكان فى حكم الكثير وما دونه فى حكم القليل وقال أبو يوسف ان حجت المرأة حجة الاسلام بعد التأجيل لم يحتسب على الزوج مدة الحج لانه لا يقدر على منعها من حجة الاسلام شرعا فلم يتمكن من الوطء فيها شرعا وان حج الزوج احتسبت المدة عليه لانه يقدر على ان يخرجها مع نفسه أو يؤخر الحج لان جميع العمر وقته وقال محمد ان خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الاحلال لانه لا يتمكن من الوطء عشرعا مع الاحرام فتبتدأ المدة من وقت يمكنه الوطء فيه شرعا وهو ما بعد الاحلال وان خاصمته وهو مظاهر فان كان يقدر على الاعتاق أجل سنة من حين الخصومة الا انه اذا كان قادرا على الاعتاق كان قادرا على الوطء بتقديم الاعتاق كالمحدث قادر على الصلاة بتقديم الطهارة وان كان لا يقدر على ذلك أجل أربعة عشر شهرا لانه يحتاج الى تقديم صوم شهرين ولا يمكنه الوطء فيهما فلا يعتد بهما من الاجل ثم يمكنه الوطء بعدهما فان أجل سنة وليس بظاهر ثم ظاهر فى السنة لم يزد على المدة بشئ لانه كان يقدر على ترك الظهار فلما ظاهر فقد منع نفسه عن

الوطء باختياره فلا يجوز اسقاط حق المرأة وان كانت امرأة العنين رتقاء أو قرناء لا يؤجل لانه لا حق للمرأة في الوطء لوجود المانع من الوطء فلا معنى للتأجيل وان كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله والمرأة كبيرة ولم تعلم المرأة فطالبت بالتأجيل لا يؤجل بل ينتظر الى ان يدرك فاذا أدرك يؤجل سنة لانه اذا كان لا يجامع لا يفيد التأجيل ولان حكم التأجيل اذا لم يصل اليها في المدة هو ثبوت خيار الفرقة وفرقة العنين طلاق والصبي لا يملك الطلاق ولان للصبي زمانا يوجد منه الوطء فيه ظاهرا وغالبا وهو ما بعد البلوغ فلا يؤجل للحال وان كان الزوج كبيرا مجنونا فوجدته عنينا قالوا انه لا يؤجل كذا ذكر الكرخي لان التأجيل للتفريق عند عدم الدخول وفرقة العنين طلاق والمجنون لا يملك الطلاق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ينتظر حولا ولا ينتظر الى افاقته بخلاف الصبي لان الصغر مانع من الوصول فيستأنى الى ان يزول الصغر ثم يؤجل سنة فاما المجنون فلا يمنع الوصول لان المجنون يجامع فيؤجل للحال والصحيح ما ذكره الكرخي انه لا يؤجل أصلا لما ذكرنا واذا مضى أجل العنين فسأل القاضي ان يؤجله سنة أخرى لم يفعل الا برضا المرأة لانه قد ثبت لها حق التفريق وفي التأجيل تأخير حقها فلا يجوز من غير رضاها ثم اذا أجل العنين سنة وتمت المدة فان اتفقا على انه قد وصل اليها فهي زوجته ولا خيار لها وان اختلفا وادعت المرأة انه لم يصل اليها وادعى الزوج الوصول فان كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه لما قلنا وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر فالقول قولها وان قلن هي ثيب فالقول قوله لما ذكرنا وان وقع للنساء شك في أمرها فانها تمتحن واختلف المشايخ في طريق الامتحان قال بعضهم تؤمر بان تبول على الجدار فان أمكنها بان ترمي ببولها على الجدار فهي بكر والا فهي ثيب وقال بعضهم تمتحن ببيضة الديك فان وسعت فيها فهي ثيب وان لم تسع فيها فهي بكر واذا ثبت انه لم يطأها اما باعترافه واما بظهور البكارة فان القاضي يخيرها فان الصحابة رضي الله عنهم خيروا امرأة العنين ولنا فيهم قدوة فان شاءت اختارت الفرقة وان شاءت اختارت الزوج اذا استجمعت شرائط ثبوت الخيار فيقع الكلام في الخيار في مواضع في بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان حكم الخيار وفي بيان ما يبطله

﴿ فصل ﴾ اما شرائط الخيار فمنها عدم الوصول الى هذه المرأة أصلا ورأسا في هذا النكاح حتى لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها لانه وصل اليها حقها بالوطء مرة واحدة والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجد فان وصل الى غير امرأته التي أجل لها وكان وصل الى غيرها قبل ان ترافعه فوصوله الى غيرها لا يبطل حقها في التأجيل والخيار لانه لم يصل اليها حقها فكان لها التأجيل والخيار ومنها ان لا تكون عالمة بالعيب وقت النكاح حتى لو تزوجت وهي تعلم انه عنين فلا خيار لها لانها اذا كانت عالمة بالعيب لدى التزويج فقد رضيت بالعيب كالمشتري اذا كان عالما بالعيب عند البيع والرضا بالعيب يمنع الرد كما في البيع وغيره فان تزوجت وهي لا تعلم فوصل اليها مرة ثم عن ففارقته ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار لان العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب والوصول في أحد العقدين لا يبطل حقها في العقد الثاني فان أجله القاضي فلم يصل ففرق بينهما ثم تزوجها فلا خيار لها لان العيب قد تقرر بعدم الوصول في المدة فتقرر العجز فكان التزوج بعد استقرار العيب والعلم به دليل الرضا بالعيب

﴿ فصل ﴾ واما حكم الخيار فهو تخيير المرأة بين الفرقة وبين النكاح فان شاءت اختارت الفرقة وان شاءت اختارت الزوج فان اختارت المقام مع الزوج بطل حقها ولم يكن لها خصومة في هذا النكاح أبدا لما ذكرنا انها رضيت بالعيب فسقط خيارها وان اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما كذا ذكره الكرخي ولم يذكر الخلاف وظاهر هذا الكلام يقتضي انه لا تقع الفرقة بنفس الاختيار وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه تقع الفرقة بنفس الاختيار في ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضاء كخيار المعتقة وخيار المخيرة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تقع الفرقة ما لم يقل القاضي فرقت بينكما وجعله بمنزلة خيار البلوغ هكذا ذكر وذكر في بعض المواضع ان في قول أبي حنيفة ما روى الحسن عنه وما ذكره الحسن عنه وما ذكر في ظاهر الرواية قولهما (وجه) رواية الحسن ان هذه الفرقة فرقة

بطلان بلا خلاف بين أصحابنا وانما المخالف فيه الشافعي فانها فسخ عنده والمسألة ان شاء الله تعالى تأتي في موضعها من هذا الكتاب والمرأة لا تملك الطلاق وانما يملكه الزوج الا ان القاضي يقوم مقام الزوج ولان هذه الفرقة يختص بسببها القاضي وهو التأجيل لان التأجيل لا يكون الا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان (وجه) المذكور في ظاهر الرواية ان تخيير المرأة من القاضي تفويض الطلاق اليها فكان اختيارها الفرقة تفريقا من القاضي من حيث المعنى لا منها والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج وهذه الفرقة تطليقة بائنة لان الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه ايفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها وذا لا يحصل الا بالبائن لانه لو كان رجعيا يراجعها الزوج من غير رضاها فيحتاج الى التفريق ثانيا وثالثا فلا يفيد التفريق فائدته ولها المهر كاملا وعليها العدة بالاجماع ان كان الزوج قد خلا بها وان كان لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة ان لم يكن مسمى واذا فرق القاضي بالعنة ووجبت العدة فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لان المعتدة اذا جاءت بولد من وقت الطلاق الى سنتين ثبت النسب لان الحكم بوجوب العدة حكم بشغل الرحم وشغل الرحم يمتد الى سنتين عندنا فيثبت النسب الى سنتين فان قال الزوج كنت قد وصلت اليها فان أبا يوسف قال يبطل الحاكم الفرقة وكفى بالولد شاهدا ومعنى هذا الكلام انه لما ثبت النسب فقد ثبت الدخول وانه يوجب ابطال الفرقة ولانه لو شهد شاهدان بالدخول بعد تفريق القاضي لابطل الفرقة وكذا هذا وكذا اذا ثبت النسب لان شهادة النسب على الدخول أقوى من شهادة شاهدين عليه وكذلك لو فرق القاضي بينها وبين المجبوب فجاءت بولد بينها وبين سنتين ثبت نسبه لان خلوة المجبوب توجب العدة والنسب يثبت من المجبوب الا انه لا تبطل الفرقة ههنا لان ثبوت النسب من المجبوب لا يدل على الدخول لانه لا يتصور منه حقيقة وانما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الماء فاذا لم يثبت الدخول لم تثبت الفرقة فان فرق بالعنة فان أقام الزوج البينة على اقرار المرأة قبل الفرقة انه قد وصل اليها أبطل الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي ولو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة وكذا اذا شهد على اقرارها بان أقرت بعد الفرقة انه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لان اقرارها تضمن ابطال قضاء القاضي فلا تصدق على القاضي في ابطال قضائه فلا تقبل وان كان زوج الامة عنينا فالخيار في ذلك الى المولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد الخيار الى الامة (وجه) قوله ان الخيار انما يثبت لفوات الوطء وذلك حق الامة فكان الخيار اليها كالحرة ولهما ان المقصود من الوطء هو الولد والولد ملك المولى وحده ولان اختيار الفرقة والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها ونفسها بجميع أجزائها ملك المولى فكان ولاية التصرف له

﴿ فصل ﴾ واما بيان ما يبطل به الخيار فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة فالنص هو التصريح باسقاط الخيار وما يجري مجراه نحو ان يقول أسقطت الخيار أو رضيت بالنكاح أو اخترت الزوج ونحو ذلك سواء كان ذلك بعد تخيير القاضي أو قبله والدلالة هي ان تفعل ما يدل على الرضا بالمقام مع الزوج بان خيرها القاضي فاقامت مع الزوج مطاوعة له في المضجع وغير ذلك لان ذلك دليل الرضا بالنكاح والمقام مع الزوج ولو فعلت ذلك بعد مضي الاجل قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضا لان اقامتها معه بعد المدة قد تكون لاختياره وقد تكون للاختيار بحاله فلا تكون دليل الرضا مع الاحتمال وهل يبطل خيارها بالقيام عن المجلس ذكر الكرخي ان ابن سماعة وبشرا قالا عن أبي يوسف اذا خيرها الحاكم فاقامت معه أو قامت من مجلسها قبل ان تختار أو قام الحاكم أو أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضي ولم تقل شيأ فلا خيار لها وهذا يدل على ان خيارها يتقيد بالمجلس وهو مجلس التخيير ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ومحمد انهما قالا يقتصر على المجلس كخيار المخيرة (وجه) ماروى عن أبي يوسف ومحمد ان تخيير القاضي ههنا قائم مقام تخيير الزوج ثم خيار المخيرة بتخيير الزوج يبطل بقيامها عن المجلس فكذا خيار هذه وكذا اذا قام الحاكم عن المجلس قبل ان تختار لان مجلس التخيير قد بطل بقيام

الحاكم وكذا اذا أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضى قبل الاختيار لانها كانت قادرة على الاختيار قبل الاقامة فدل امتناعها مع القدرة على الرضا بالنكاح وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين هذا الخيار و بين خيار المخيرة ان خيار المخيرة انما اقتصر على المجلس لان الزوج بالتخيير ملكها بالطلاق اذ المالك للشئ هو الذى يتصرف فيه باختياره ومشيئته فكان التخيير من الزوج تمليكا للطلاق وجواب التمليك يقتصر على المجلس لان المملك يطلب جواب التمليك فى المجلس عادة ولهذا يقتصر القبول على المجلس فى البيع كذا ههنا والتخيير من القاضى تفويض الطلاق وليس بتمليك لانه لا يملك الطلاق بنفسه لان الزوج ما ملكه الطلاق وانما فوض اليه التطليق و ولاه ذلك فيلى التفويض لا التمليك واذا لم يملك بنفسه فكيف يملكه من غيره فهو الفرق بين التخيير ين والله أعلم والمؤخذ والخصى فى جميع ما وصفنا مثل العنين لوجود الآلة فى حقهما فكانا كالعنين وكذلك الخنثى وأما المجبوب فانه اذا عرف انه مجبوب اما باقراره أو بالمس فوق الازار فان كانت المرأة عالمة بذلك وقت النكاح فلا خيار لها لرضاها بذلك وان لم تكن عالمة به فانها تخير للحال ولا يؤجل حولا لان التأجيل لرجاء الوصول ولا يرجى منه الوصول فلم يكن التأجيل مفيدا فلا يؤجل وان اختارت الفرقة وفرق القاضى بينهما أو لم يفرق على الاختلاف الذى ذكرنا فلها كمال المهر وعليها كمال العدة ان كان قد خلى بها فى قول أبى حنيفة وعندهما لها نصف المهر وعليها كمال العدة وان كان لم يخل بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها بالاجماع وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

﴿فصل﴾ وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجب والعنة والتأخذ والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح قال أبو حنيفة وأبو يوسف ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط وهو مذهب الشافعى (وجه) قول محمد ان الخيار فى العيوب الخمسة انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب فى الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلان يثبت بهذه أولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب فى جانب المرأة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فان الطلاق بيده والمرأة لا يمكنها ذلك لانها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ولهما ان الخيار فى تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب لان الوطء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار هذا فى جانب الزوج (وأما) فى جانب المرأة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا حتى لا يفسخ النكاح بشئ من العيوب الموجودة فيها وقال الشافعى خلو المرأة عن خمسة عيوب بها شرط اللزوم ويفسخ النكاح بها وهى الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن واحتج بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فر من المجذوم فرارك من الاسد والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح لما أمر بالفرار و روى أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد بياضا فى كشحها فردها وقال لها الحقى باهلك ولو وقع النكاح لازما لما رد ولان مصالح النكاح لا تقوم مع هذه العيوب أو تختل بها لان بعضها مما ينفر عنها الطباع السليمة وهو الجذام والجنون والبرص فلا تحصل الموافقة فلا تقوم المصالح أو تختل و بعضها مما يمنع من الوطء وهو الرتق والقرن وعامة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطء فان العفة عن الزنا والسكن والولد لا يحصل الا بالوطء ولهذا يثبت الخيار فى العيوب الاربعة كذا ههنا (ولنا) ان النكاح لا يفسخ بسائر العيوب فلا يفسخ بهذه العيوب أيضا لان المعنى يجمعها وهو ان العيب لا يفوت ما هو حكم هذا العقد من جانب المرأة وهو الازدواج الحكمى وملك الاستمتاع وانما يختل و يفوت به بعض ثمرات العقد وفوات جميع ثمرات هذا العقد لا يوجب حق الفسخ بان مات أحد الزوجين عقيب العقد حتى يجب عليه كمال المهر ففوات بعضها أولى وهذا لان الحكم الاصلى للنكاح هو الازدواج الحكمى وملك الاستمتاع شرع مؤكدا له والمهر يقابل

احداث هذا الملك وبالفسخ لا يظهر أن احداث الملك لم يكن فلا يرتفع ما يقابل وهو المهر فلا يجوز الفسخ ولا شك ان هذه العيوب لا تمنع من الاستمتاع اما الجنون والجذام والبرص فلا يشكل وكذلك الرتق والقرن لان اللحم يقطع والقرن يكسر فيمكن الاستمتاع بواسطة لهذا المعنى لم يفسخ بسائر العيوب كذا هذا واما الحديث الاول فنقول بموجبه انه يجب الاجتنات عنه والفرار يمكن بالطلاق لا بالفسخ وليس فيه تعيين طريق الاجتناب والفرار وأما الثانى فالصحيح من الرواية انه قال لها الحقى باهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا والكلام فى الفسخ والرد المذكور فيه قول الراوى فلا يكون حجة اونحمله على الرد بالطلاق عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض والله تعالى الموفق وخلو النكاح من خيار الرؤية ليس بشرط للزوم النكاح حتى لو تزوج امرأة ولم يرها لا خيار له اذا رآها بخلاف البيع وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر حتى لو تزوج بشرط الخيار بطل الشرط وجاز النكاح

﴿ فصل ﴾ وأما الثانى فشرط بقاء النكاح لازما نوعان نوع يتعلق بالزوج فى نكاح زوجته ونوع يتعلق بالمولى فى نكاح أمته أما الذى يتعلق بالزوج فى نكاح زوجته فعدم تمليكه الطلاق منها أو من غيرها بان يقول لامرأته اختارى أو امرك بيدك ينوى الطلاق أو طلقى نفسك أو أنت طالق ان شئت أو يقول لرجل طلق امرأتى ان شئت كذا عدم التطليق بشرط والاضافة الى وقت لانه بالتمليك جعل النكاح بحال لا يتوقف زواله على اختياره بعد الجعل وكذا بالتعليق والاضافة وهذا معنى عدم بقاء النكاح لازما (وأما) الذى يتعلق بالمولى فى نكاح أمته فهو أن لا يعتق أمته المنكوحة حتى لو أعتقها لا يبقى العقد لازما وكان لها الخيار وهو المسمى بخيار العتاقة والكلام فيه فى مواضع فى بيان شرط ثبوت هذا الخيار وفى بيان وقت ثبوته وفى بيان ما يبطل به أما الاول فلثبوت هذا الخيار شرائط منها وجود النكاح وقت الاعتاق حتى لو أعتقها ثم زوجها من انسان فلا خيار لها لانعدام النكاح وقت الاعتاق ولو أعتقها ثم زوجها وهى صغيرة فلها خيار البلوغ لا خيار العتق لما قلنا ومنها ان يكون التزويج نافذا حتى لو زوجت الامة نفسها من انسان بغير اذن مولاها ثم أعتقها المولى فلا خيار لها واما كون الزوج رقيقاً وقت الاعتاق فهل هو شرط ثبوت الخيار لها قال أصحابنا ليس بشرط ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حراً أو عبداً وقال الشافعى شرط ولا خيار لها اذا كان زوجها حرا واحتج بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت زوج بريرة كان عبداً فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حرا ما خيرها وهذا نص فى الباب والظاهر انها انما قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الخيار فى العبد انما ثبت لدفع الضرر وهو ضرر عدم الكفاءة وضرر لزوم نفقة الاولاد وضرر نقصان المعاشرة لكون العبد مشغولا بخدمة المولى وشىء من ذلك لم يوجد فى الحر فلا يثبت الخيار (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختارى وروى ملكت أمرك وروى ملكت نفسك والاستدلال به من وجهين أحدهما بنصه والآخر بعلة النص أما الاول فهو انه خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أعتقت وقد روى أن زوجها كان حرا فان قيل روينا عن عائشة رضى الله عنها ان زوجها كان عبداً فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج بهما فالجواب ان ما روينا مثبت للحرية وما رويتم مبق للرق والمثبت أولى لان البقاء قد يكون باستصحاب الحال والثبوت يكون بناء على الدليل لا محالة فمن قال كان عبداً احتمل انه اعتمد استصحاب الحال ومن قال كان حرا بنى الامر على الدليل لا محالة فصار كالمزكيين جرح أحدهما شاهداً والآخر زكاه أنه يؤخذ بقول الجارح لما قلنا كذا هذا ولان ما روينا موافق للقياس وما رويتم مخالف له لما نذكره ان شاء الله تعالى فالموافق للقياس أولى (وأما) الثانى فهو أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل ملكها بضعها أو أمرها أو نفسها علة لثبوت الخيار لها لانه أخبر انها ملكت بضعها ثم أعقبه باثبات الخيار لها بحرف التعقيب وملكها نفسها مؤثر فى رفع الولاية فى الجملة لان الملك اختصاص ولا اختصاص مع ولاية الغير والحكم اذا ذكر عقيب وصف له أثر

فى الجملة فى جنس ذلك الحكم فى الشرع كان ذلك تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف فى أصول الشرع كما فى قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله عز وجل الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وكما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سها فسجد وروى ان ماعزا زنا فرجم ونحو ذلك والحكم يتعمم بعموم العلة ولا يتخصص بخصوص المحل كما فى سائر العلل الشرعية والعقلية وزوج بريرة وان كان عبدا لكن النبى صلى الله عليه وسلم لما بنى الخيار فيه على معنى عام وهو ملك البضع يعتبر عموم المعنى لا خصوص المحل والله الموفق ولان بالاعتاق يزداد ملك النكاح عليها لانه يملك عليها اعقدة زائدة لم يكن يملكها قبل الاعتاق بناء على ان الطلاق بالبناء على أصل أصحابنا والمسئلة فريعة ذلك الاصل ولها ان لا ترضى بالزيادة لانها تتضرر بها ولها ولاية رفع الضرر عن نفسها ولا يمكنها رفع الزيادة الا برفع أصل النكاح فبقيت لها ولاية رفع النكاح وفسخه ضرورة رفع الزيادة وقد خرج الجواب عن قوله انه لا ضرر فيه لما بينا من وجه الضرر ولانه لو لم يثبت لها الخيار وبقى النكاح لازما لادى ذلك الى ان يستوفى الزوج منافع بضع حرة جبرا ببدل استحقه غيرها بالعقد وهذا لا يجوز كما لو كان الزوج عبدا ولان القول ببقاء هذا النكاح لازما يؤدى الى استيفاء منافع بضع الحرة من غير بدل تستحقه الحرة وهذا لا يجوز لانها لا ترضى باستيفاء منافع بضعها الا ببدل تستحقه هى فلو لم يثبت الخيار لها لصار الزوج مستوفيا منافع بضعها وهى حرة جبرا عليها من غير رضاها ببدل استحقه مولاها وهذا لا يجوز لهذا المعنى ثبت لها الخيار اذا كان زوجها عبدا كذا اذا كان حرا وكذا اختلف فى ان كونها رقيقة وقت النكاح هل هو شرط أم لا قال أبو يوسف ليس بشرط ويثبت لها الخيار سواء كانت رقيقة وقت النكاح أعتقها المولى أو كانت حرة وقت النكاح ثم طرأ عليها الرق فاعتقها حتى ان الحربية اذا تزوجت فى دار الحرب ثم سبيا معا ثم أعتقت فلها الخيار عنده وقال محمد هو شرط ولا خيار لها وكذا المسلمة اذا تزوجت مسلما ثم ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيت وزوجها معها فاسلما ثم اعتقت الامة فهو على هذا الاختلاف فمحمد فرق بين الرق الطارئ على النكاح وبين المقارن اياه وأبو يوسف سوى بينهما وجه الفرق لمحمد انها اذا كانت رقيقة وقت النكاح فالنكاح ينعقد موجبا للخيار عند الاعتاق واذا كانت حرة فنكاح الحرة لا ينعقد موجبا للخيار فلا يثبت الخيار بطريان الرق بعد ذلك لانه لا يوجب خللا فى الرضا ولابى يوسف ان الخيار يثبت بالاعتاق لان زيادة الملك تثبت به لانها توجب العتق والعتق موجب الاعتاق ولا يثبت بالنكاح لان النكاح السابق ما انعقد موجبا للزيادة لانه صادف الامة ونكاح الامة لا يوجب زيادة الملك فالحاصل أن أبا يوسف يجعل زيادة الملك حكم الاعتاق ومحمد يجعلها حكم العقد السابق عند وجود الاعتاق وعلى هذا الاصل يخرج قول أبى يوسف ان خيار العتق يثبت مرة بعد أخرى وقول محمد انه لا يثبت الا مرة واحدة حتى لو اعتقت الامة فاختارت زوجها ثم ارتد الزوجان معا ثم سبيت وزوجها معها فاعتقت فلها ان تختار نفسها عند أبى يوسف وعند محمد ليس لها ذلك لان عند أبى يوسف الخيار ثبت بالاعتاق وقد تكرر الاعتاق فيتكرر الخيار وعند محمد يثبت بالعقد وانه لم يتكرر فلا يثبت الا خيار واحد

﴿ فصل ﴾ وأما وقت ثبوته فوقت علمها بالعتق وبالخيار وأهلية الاختيار فيثبت لها الخيار فى المجلس الذى تعلم فيه بالعتق وبان لها الخيار وهى من أهل الاختيار حتى لو أعتقها ولم تعلم بالعتق أو علمت بالعتق ولم تعلم بان لها الخيار فلم تختر لم يبطل خيارها ولها بمجلس العلم اذا علمت بهما بخلاف خيار البلوغ فان العلم بالخيار فيه ليس بشرط وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك اذا أعتقها وهى صغيرة فلها خيار العتق اذا بلغت لانها وقت الاعتاق لم تكن من أهل الاختيار وليس لها خيار البلوغ لان النكاح وجد فى حالة الرق والله عز وجل أعلم ولو تزوجت مكاتبة باذن المولى فاعتقت فلها الخيار عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا خيار لها (وجه) قوله انه لا ضرر عليها لان النكاح وقع لها والمهر مسلم لها (ولنا) ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم خير بريرة وكانت مكاتبة ولان علة النص عامة على ما بينا وكذا الملك يزداد عليها كما يزداد على القنة

﴿ فصل ﴾ وأما ما يبطل به فهذا الخيار يبطل بالابطال نصا ودلالة من قول أو فعل يدل على الرضا بالنكاح على ما بينا فى خيار الادراك ويبطل بالقيام عن المجلس لانه دليل الاعراض كخيار المخيرة ولا يبطل بالسكوت بل يمتد الى آخر المجلس اذا لم يوجد منها دليل الاعراض كخيار المخيرة لان السكوت يحتمل ان يكون لرضاها بالمقام معه ويحتمل أن يكون للتأمل لان بالعتق ازداد الملك عليها فتحتاج الى التأمل ولا بد للتأمل من زمان فقدر ذلك بالمجلس كما فى خيار المخيرة وخيار القبول فى البيع بخلاف خيار البلوغ انه يبطل بالسكوت من البكر لان بالبلوغ ما ازداد الملك فلا حاجة الى التأمل فلم يكن سكوتها للتأمل فكان دليل الرضا وفى خيار المخيرة ثبت المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم غير معقول ولانه لما ازداد الملك عليها جعلها العقد السابق فى حق الزيادة بمنزلة انشاء النكاح فيتقيد بالمجلس واذا اختارت نفسها حتى وقعت الفرقة كانت فرقة بغير طلاق لما نذكر ان شاء الله تعالى فلا تفتقر هذه الفرقة الى قضاء القاضى بخلاف الفرقة بخيار البلوغ ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم والله عز وجل اعلم وأما بقاء الزوج قادراً على النفقة فليس بشرط لبقاء النكاح لازما حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق وهذا عندنا وعند الشافعى شرط ويثبت لها حق المطالبة بالتفريق احتج بقوله عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان أمر عز وجل بالامساك بالمعروف وقد عجز عن الامساك بالمعروف لان ذلك بايفاء حقها فى الوطء والنفقة فتعين عليه التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضى منابه فى التسريح وهو التفريق ولان النفقة عوض عن ملك النكاح وقد فات العوض بالعجز فلا يبقى النكاح لازما كالمشترى اذا وجد المبيع معيباً والدليل عليه أن فوات العوض بالجب والعنة يمنع بقاءه لازما فكذا فوات المعوض لان النكاح عقد معاوضة (ولنا) أن التفريق ابطال ملك النكاح على الزوج من غير رضاه وهذا فى الضرر فوق ضرر المرأة بعجز الزوج عن النفقة لان القاضى يفرض النفقة على الزوج اذا طلبت المرأة الفرض ويأمرها بالانفاق من مال نفسها ان كان لها مال وبالاستدانة ان لم يكن الى وقت اليسار فتصير النفقة دينا فى ذمته بقضاء القاضى فترجع المرأة عليه بما أنفقت اذا أيسر الزوج فيتأخر حقها الى يسار الزوج ولا يبطل وضرر الابطال فوق ضرر التأخير بخلاف التفريق بالجب والعنة ولان هناك الضرر من الجانبين جميعا ضررا بطال الحق لان حق المرأة يفوت عن الوطء وضررها أقوى لان الزوج لا يتضرر بالتفريق كثير ضرر لعجزه عن الوطء فاما المرأة فانها محل صالح للوطء فلا يمكنها استيفاء حظها من هذا الزوج ولا من زوج آخر لمكان هذا الزوج فكان الرجحان لضررها فكان أولى بالدفع وأما الآية الكريمة فقد قيل فى التفسير ان الامساك بالمعروف هو الرجعة وهو ان يراجعها على قصد الامساك والتسريح بالاحسان هو ان يتركها حتى تنقضى عدتها مع ما ان الامساك بالمعروف يختلف باختلاف حال الزوج ألا ترى الى قوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فالامساك بالمعروف فى حق العاجز عن النفقة بالتزام النفقة على انه ان كان عاجزا عن الامساك بالمعروف فانما يجب عليه التسريح بالاحسان اذا كان قادرا ولا قدرة له على ذلك لان ذلك بالتطليق مع ايفاء حقها فى نفقة العدة وهو عاجز عن نفقة الحال فكيف يتمدد على نفقة العدة على ان لفظ التسريح يحتمل يحتمل أن يكون المراد منه التفريق بابطال النكاح ويحتمل أن يكون المراد منه التفريق والتبعيد من حيث المكان وهو تخلية السبيل وازالة اليد اذ حقيقة التسريح هى التخلية وذلك قد يكون بازالة اليد والحبس وعندنا لا يبقى له ولاية الحبس فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله النفقة عوض عن ملك النكاح فممنوع فان العوض ما يكون مذكورا فى العقد نصا والنفقة غير منصوص عليها فلا تكون عوضاً بل هى بمقابلة الاحتباس وعندنا ولاية الاحتباس تزول عند العجز ثم ان سلمنا أنه عوض لكن بقاء المعوض مستحقا يقف على استحقاق العوض فى الجملة لا على وصول العوض للحال والنفقة ههنا مستحقة فى الجملة وان كانت لا تصل اليها للحال فيبقى العوض حقا للزوج والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم النكاح فنقول وبالله التوفيق الكلام فى هذا الفصل فى موضعين فى الاصل أحدهما

في بيان حكم النكاح والثاني في بيان ما يرفع حكمه أما الاول فالنكاح لا يخلو (اما) ان يكون صحيحا (واما) ان يكون فاسدا او يتعلق بكل واحد منهما أحكام (أما) النكاح الصحيح فله أحكام بعضها أصلي و بعضها من التوابع أما الاصلية منها حل الوطء الا في حالة الحيض والنفاس والاحرام وفي الظهار قبل التكفير لقوله سبحانه وتعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين نفي اللوم عمن لا يحفظ فرجه على زوجته فدل على حل الوطء الا أن الوطء في حالة الحيض خص بقوله عز وجل و يسئلونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن والنفاس أخو الحيض وقوله عز وجل نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم والانسان بسبيل من التصرف في حرثه مع ماانه قد أباح اتيان الحرث بقوله عز وجل فأتوا حرثكم انى شئتم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان لا يملكن شيئا اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله المذكورة في كتابه العزيز لفظة الانكاح والتزويج فدل الحديث على حل الاستمتاع بالنساء بلفظة الانكاح والتزويج وغيرهما في معناهما فكان الحل ثابتا ولان النكاح ضم وتزويج لغة فيقتضي الانضمام والازدواج ولا يتحقق ذلك الا بحل الوطء والاستمتاع لان الحرية تمنع من ذلك وهذا الحكم وهو حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فان المرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها قال عز وجل لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وللزوج أن يطالبها بالوطء متى شاء الا عند اعتراض أسباب مانعة من الوطء كالحيض والنفاس والظهار والاحرام وغير ذلك وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء لان حله لها حقها كما ان حلها له حقه واذا طالبته يجب على الزوج ويجبر عليه في الحكم مرة واحدة والزيادة على ذلك تجب فيما بينه و بين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح فلا يجب عليه في الحكم عند بعض أصحابنا وعند بعضهم يجب عليه في الحكم

﴿ فصل ﴾ ومنها حل النظر والمس من رأسها الى قدميها في حالة الحياة لان الوطء فوق النظر والمس فكان احلاله احلالا للمس والنظر من طريق الاولى وهل يحل الاستمتاع بها بما دون الفرج في حالة الحيض والنفاس فيه خلاف ذكرناه في كتاب الاستحسان وأما بعد الموت فلا يحل له المس والنظر عندنا خلافا للشافعي والمسألة ذكرناها في كتاب الصلاة

﴿ فصل ﴾ ومنها ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك لان مقاصد النكاح لا تحصل بدونه الا ترى أنه لولا الاختصاص الحاجز عن التزويج بزوج آخر لا يحصل السكن لان قلب الزوج لا يطمئن اليها ونفسه لا تسكن معها و يفسد الفراش لاشتباه النسب ولان المهر لازم في النكاح وأنه عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم فيدل على لزوم الملك في النكاح أيضا تحقيقا للمعاوضة وهذا الحكم على الزوجة للزوج خاصة لانه عوض عن المهر والمهر على الرجل وقيل في تأويل قوله عز وجل وللرجال عليهن درجة ان الدرجة هي الملك

﴿ فصل ﴾ ومنها ملك الحبس والقيد وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز لقوله تعالى أسكنوهن والامر بالاسكان نهي عن الخروج والبروز والاخراج اذ الامر بالفعل نهي عن ضده وقوله عز وجل وقرن في بيوتكن وقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ولانها لو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل السكن والنسب لان ذلك مما يريب الزوج ويحمله على نفي النسب

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب المهر على الزوج وانه حكم أصلي للنكاح عندنا الا وجود له بدونه شرعا وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم ولان المهر عوض عن الملك لانه يجب بمقابلة احداث الملك على مامر وثبوت العوض يدل على ثبوت المعوض

﴿ فصل ﴾ ومنها ثبوت النسب وان كان ذلك حكم الدخول حقيقة لكن سببه الظاهر هو النكاح لكون

الدخول أمراباطنافيقام النكاح مقامه فى اثبات النسب ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وكذا لوتزوج المشرقي بمغربية فجاءت بولد يثبت النسب وان لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب النفقة والسكنى لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها لا تمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة بأصل الخلقة لضعف بنيتها والكلام فى سبب وجوب هذه النفقة وشرط وجوبها ومقدار الواجب منها نذكره ان شاء الله تعالى فى كتاب النفقة

﴿ فصل ﴾ ومنها حرمة المصاهرة وهى حرمة أنكحة فرق معلومة ذكرناهم فيما تقدم وذكرنا دليل الحرمة الا أن فى بعضها تثبت الحرمة بنفس النكاح وفى بعضها يشترط الدخول وقد بينا جملة ذلك فى مواضعها

﴿ فصل ﴾ ومنها الارث من الجانبين جميعاً لقوله عزوجل ولكم نصف ماترك أزواجكم الى قوله عزوجل ولهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أودين

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب العدل بين النساء فى حقوقهن وجملة الكلام فيه ان الرجل لا يخلو اما ان يكون له أكثر من امرأة واحدة واما ان كانت له امرأة واحدة فان كان له أكثر من امرأة فعليه العدل بينهن فى حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة وهو التسوية بينهن فى ذلك حتى لوكانت تحته امرأتان حرتان أو أمتان يجب عليه أن يعدل بينهما فى المأكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة والاصل فيه قوله عزوجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة عقيب قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع أى ان خفتم أن لا تعدلوا فى القسم والنفقة فى نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة ندب سبحانه وتعالى الى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل فى الزيادة وانما يخاف على ترك الواجب فدل ان العدل بينهن فى القسم والنفقة واجب واليه أشار فى آخر الآية بقوله ذلك أدنى أن لا تعولوا أى تجوروا والجور حرام فكان العدل واجبا ضرورة ولان العدل مأمور به لقوله عزوجل ان الله يأمر بالعدل والاحسان على العموم والاطلاق الا ماخص أوقيد بدليل وروى عن أبى قلابة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسائه فى القسمة ويقول اللهم هذه قسمتى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك أنت ولا أملك وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له امرأتان فمال الى احداهما دون الاخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل ويستوى فى القسم البكر والثيب والشابة والعجوز والقديمة والحديثة والمسلمة والكتابية لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل ولانهما يستويان فى سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان فى وجوب القسم ولا قسم للمملوكات بملك اليمين أى لا ليلة لهن وان كثرن لقوله عزوجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أوماملكت ايمانكم قصر الاباحة فى النكاح على عدد لتحقق الجور فى الزيادة ثم ندب سبحانه وتعالى الى نكاح الواحدة عند خوف الجور فى الزيادة وأباح من ملك اليمين من غير عدد فدل أنه ليس فيه خوف الجور وانما لا يكون اذا لم يكن لهن قسم اذلو كان لكان فيه خوف الجور كما فى المنكوحة ولان سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد ولو كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة يومان وللامة يوم لما روى عن على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولانهما ما استويا فى سبب الوجوب وهو النكاح فانه لا يجوز نكاح الامة بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها وكذا لا يجوز للعبد أن يتزوج باكثر من اثنتين وللحر ان يتزوج باربع نسوة فلم يتساويا فى السبب فلا يتساويان فى الحكم بخلاف المسلمة مع الكتابية لان الكتابية يجوز نكاحها قبل المسلمة وبعدها ومعها وكذا للذمى أن يجمع بين أربع نسوة كالحر المسلم فتساويا فى سبب الوجوب فيتساويان فى الحكم ولان الحرية تنبئ عن الكمال والرق يشعر بنقصان الحال وقد ظهر أثر النقصان فى الشرع فى المالكية وحل المحلية والعدة والحد وغير ذلك فكذا فى القسم وهذا التفاوت فى السكنى والبيتوتة يسكن عند الحرة ليلتين وعند الامة ليلة فاما فى المأكول

والمشروب

والمشروب والملبوس فانه يسوى بينهما لان ذلك من الحاجات اللازمة فيستوى فيه الحرة والامة والمريض فى وجوب القسم عليه كالصحيح لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه فى مرض موته أن يكون فى بيت عائشة رضى الله عنها فلو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستئذان معنى ولا قسم على الزوج اذا سافر حتى لو سافر باحداهما وقدم من السفر وطلبت الاخرى أن يسكن عندها مدة السفر فليس لها ذلك لان مدة السفر ضائعة بدليل أن له أن يسافر وحده دونهن لكن الافضل أن يقرع بينهن فيخرج بمن خرجت قرعتها تطييبا لقلوبهن دفعا لتهمة الميل عن نفسه هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد السفر أقرع بين نسائه وقال الشافعى ان سافر بها بقرعة فكذلك فاما اذا سافر بها بغير قرعة فانه يقسم للباقيات وهذا غير سديد لان بالقرعة لا يعرف أن لها حقا فى حالة السفر أولا فانها لا تصلح لاظهار الحق أبدا لاختلاف عملها فى نفسها فانها لا تخرج على وجه واحد بل مرة هكذا ومرة هكذا والمختلف فيه لا يصلح دليلا على شئ ولو وهبت احداهما قسمها لصاحبتها أو رضيت بترك قسمها جاز لانه حق ثبت لها فلها أن تستوفى ولها ان تترك وقد روى أن سودة بنت زمعة رضى الله عنها لما كبرت وخشيت أن يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت يومها لعائشة رضى الله عنها وقيل فيها نزل قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير والمراد من الصلح هو الذى جرى بينهما كذا قاله ابن عباس رضى الله عنهما فان رجعت عن ذلك وطلبت قسمها فلها ذلك لان ذلك كله كان اباحة منها والاباحة لا تكون لازمة كالمباح له الطعام أنه يملك المبيح منعه والرجوع عن ذلك ولو بذلت واحدة منهن مالا للزوج ليجعل لها فى القسم أكثر مما تستحقه لا يحل للزوج أن يفعل ويرد ما أخذه منها لانه رشوة لانه أخذ المال لمنع الحق عن المستحق وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن مالا لتجعل نوبتها لصاحبتها أو بذلت هى لصاحبتها مالا لتترك نوبتها لها لا يجوز شئ من ذلك ويسترد المال لان هذا معاوضة القسم بالمال فيكون فى معنى البيع وانه لا يجوز كذا ههنا هذا اذا كان له امرأتان أو أكثر من ذلك فاما اذا كانت له امرأة واحدة فطالبته بالواجب لها ذكر القدورى رواية الحسن عن أبى حنيفة أنه قال اذا تشاغل الرجل عن زوجته بالصيام أو بالصلاة أو بأمة اشتراها قسم لامرأته من كل أربعة أيام يوما ومن كل أربع ليال ليلة وقيل له تشاغل ثلاثة أيام وثلاث ليالى بالصوم أو بالامة وهكذا كان الطحاوى يقول انه يجعل لها يوما واحدا يسكن عندها وثلاثة أيام ولياليها يتفرغ للعبادة وأشغاله (وجه) هذا القول ماذكره محمد فى كتاب النكاح أن امرأة رفعت زوجها الى عمر رضى الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل فقال عمر رضى الله عنه ما أحسنك ثناء على بعلك فقال كعب يا أمير المؤمنين انها تشكو اليك زوجها فقال عمر رضى الله عنه وكيف ذلك فقال كعب انه اذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها فقال عمر رضى الله عنه لكعب احكم بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع يفطر لها يوما ويصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر رضى الله عنه وولاه قضاء البصرة ذكر محمد هذا فى كتاب النكاح ولم يذكر أنه يأخذ بهذا القول وذكر الجصاص أن هذا ليس مذهبنا لان المزاحمة فى القسم انما تحصل بمشاركات الزوجات فاذا لم يكن له زوجة غيرها لم تتحقق المشاركة فلا يقسم لها وانما يقال له لا تداوم على الصوم ووف المرأة حقها كذا قاله الجصاص وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان أبا حنيفة كان يقول أولا كما روى الحسن عنه لما أشار اليه كعب وهو أن للزوج أن يسقط حقها عن ثلاثة أيام بأن يتزوج ثلاثا أخرسواها فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان الخيار له فى ذلك فان شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى صيامه وصلاته وأشغاله ثم رجع عن ذلك وقال هذا ليس بشئ لانه لو تزوج أربعا فطالبن بالواجب منه يكون لكل واحدة منهن ليلة من الاربع فلو جعلنا هذا حقا لكل واحدة منهن لا يتفرغ لاعماله فلم يوقت فى هذا وقتا وان كانت المرأة أمة فعلى قول أبى حنيفة أخيرا ان صح الرجوع لا شك أنه لا يقسم لها كما لا يقسم للحرة من طريق الاولى وعلى قوله الاول وهو قول الطحاوى يجعل لها الليلة من كل سبع ليال لان للزوج حق اسقاط حقها عن ستة أيام والاقتصار على يوم

واحد بأن يتزوج عليها ثلاث حرائر لان للحرة ليلتين وللامة ليلة واحدة فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان بالخيار ان شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى الصوم والصلاة والى أشغال نفسه والاشكال عليه ما نقل عن أبي حنيفة وماذكره الجصاص أيضا والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ ومنها وجوب طاعة الزوج على الزوجة اذا دعاها الى الفراش لقوله تعالى ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف قيل لها المهر والنفقة وعليها أن تطيعه فى نفسها وتحفظ غيبته ولان الله عز وجل أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ونهى عن طاعتهن بقوله عز وجل فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فدل ان التأديب كان لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن الازواج

﴿ فصل ﴾ ومنها ولاية التأديب للزوج اذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بان كانت ناشزة فله أن يؤدبها لكن على الترتيب فيعظها أولا على الرفق واللين بان يقول لها كونى من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ولا تكونى من كذا وكذا فلعل تقبل الموعظة فتترك النشوز فان نجعت فيها الموعظة ورجعت الى الفراش والا هجرها وقيل يخوفها بالهجر أولا والاعتزال عنها وترك الجماع والمضاجعة فان تركت والا هجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجر ثم اختلف فى كيفية الهجر قيل يهجرها بأن لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه وقيل يهجرها بان لا يكلمها فى حال مضاجعته اياها لا ان يترك جماعها ومضاجعتها لان ذلك حق مشترك بينهما فيكون فى ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه وقيل يهجرها بأن يفارقها فى المضجع ويضاجع أخرى فى حقها وقسمها لان حقها عليه فى القسم فى حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لا فى حال التضييع وخوف النشوز والتنازع وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لا فى وقت حاجته اليها لان هذا للتأديب والزجر فينبغى أن يؤدبها لا ان يؤدب نفسه بامتناعه عن المضاجعة فى حال حاجته اليها فاذا هجرها فان تركت النشوز والا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن والاصل فيه قوله عز وجل واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فظاهر الآية وان كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتمل ذلك فان نفع الضرب والا رفع الامر الى القاضى ليوجه اليهما حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها كما قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما وسبيل هذا سبيل الامر بالمعروف والنهى عن المنكر فى حق سائر الناس ان الآمر يبدأ بالموعظة على الرفق واللين دون التغليظ فى القول فان قبلت والا غلظ القول به فان قبلت والا بسط يده فيه وكذلك اذا ارتكبت محظورا سوى النشوز ليس فيه حد مقدر فللزوج أن يؤدبها تعزيرا لها لان للزوج ان يعزر زوجته كما للمولى أن يعزر مملوكه

﴿ فصل ﴾ ومنها المعاشرة بالمعروف وانه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى وعاشروهن بالمعروف قيل هى المعاشرة بالفضل والاحسان قولا وفعلا وخلقا قال النبى صلى الله عليه وسلم خيركم خيركم لاهله وأنا خيركم لاهلى وقيل المعاشرة بالمعروف هى ان يعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه وتقبله وترضى به وكذلك من جانبها هى مندوبة الى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالاحسان باللسان واللطف فى الكلام والقول المعروف الذى يطيب به نفس الزوج وقيل فى قوله تعالى ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ان الذى عليهن من حيث الفضل والاحسان هو ان يحسن الى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف والله عز وجل أعلم ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها لان الوطء عن انزال سبب لحصول الولد ولها فى الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكانه سببا لفوات حقها وان كان العزل برضاها لا يكره لانها رضيت بفوات حقها ولما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اعزلوهن أو لا تعزلوهن ان الله تعالى اذا أراد خلق نسمة فهو خالقها الا ان العزل حال عدم الرضا صار مخصوصا وكذلك اذا كانت المرأة أمة الغير أنه يكره العزل عنها من غير رضا لكن يحتاج الى رضاها أو رضا مولاها قال أبو حنيفة الاذن فى

ذلك

ذلك الى المولى وقال أبو يوسف ومحمد اليها (وجه) قولهما أن قضاء الشهوة حقها والعزل يوجب نقصانا فى ذلك ولابى حنيفة ان كراهة العزل لصيانة الولد والولد له لا لها والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة وهو حكم الدخول فى الحقيقة ومنها وجوب المهر والاصل فيه ان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله أعنى محل حكمه وهو الملك لان الملك يثبت فى المنافع ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلا للملك لان الحرية خلوص والملك ينافى الخلوص ولان الملك فى الآدمى لا يثبت الا بالرق والحرية تنافى الرق الا ان الشرع أسقط اعتبار المنافى فى النكاح الصحيح لحاجة الناس الى ذلك وفى النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح الى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة توجب المهر فجعل منعقدا فى حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقدا قبله ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثلها جعل صلى الله عليه وسلم لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد وعلقه بالدخول فدل ان وجوبه متعلق به ثم اختلف فى تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقر قال أصحابنا الثلاثة يجب الاقل من مهر مثلها ومن المسمى وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وكذا هذا الخلاف فى الاجارة الفاسدة (وجه) قول زفر ان المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعا كالاعيان فيلزم اظهار أثر التقوم وذلك بايجاب مهر المثل بالغا ما بلغ لانه قيمة منافع البضع وانما العدول الى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة فى العقد الفاسد كذا ههنا (ولنا) ان العاقدين ما قوما المنافع بأكثر من المسمى فلا تتقوم بأكثر من المسمى فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم تكن لها قيمة الا ان مهر المثل اذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى لانها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها واختلف أيضا فى وقت وجوب العدة أنها من أى وقت تعتبر قال أصحابنا الثلاثة انها تجب من حين يفرق بينهما وقال زفر من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده (وجه) قوله ان العدة تجب بالوطء لانها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء ألا ترى انها لا تجب قبل الوطء واذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كأحكام سائر العلل (ولنا) أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد فى حق الفراش لما بينا والفراش لا يزول قبل التفريق بدليل انه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء الا مهر واحد ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر فكان التفريق فى النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق فى النكاح الصحيح فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق فى النكاح الصحيح والخلوة فى النكاح الفاسد لا توجب العدة لانه ليس بنكاح حقيقة الا أنه الحق بالنكاح فى حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافى لحاجة الناكح الى ذلك فيبقى فى حق غير المستوفى على أصل العدم ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة ولان الموجب للعدة فى الحقيقة هو الوطء لانها تجب لتعرف براءة الرحم ولم يوجد حقيقة الا انا أقمنا التمكين من الوطء فى النكاح الصحيح مقامه فى حق حكم يحتاط فيه لوجود دليل التمكن وهو الملك المطلق ولم يوجد ههنا بخلاف الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح انها توجب العدة اذا كان متمكنا من الوطء حقيقة وان كان ممنوعا عنه شرعا بسبب الحيض أو الاحرام أو الصوم أو نحو ذلك لان هناك دليل الاطلاق شرعا موجود وهو الملك المطلق الا أنه منع منه لغيره فكان التمكن ثابتا ودليله موجود فيقام مقام المدلول فى موضع الاحتياط وههنا بخلافه ولا يوجب المهر أيضا لانه لما لم يجب بها العدة فالمهر أولى لان العدة يحتاط فى وجوبها ولا يحتاط فى وجوب المهر

﴿ فصل ﴾ (وأما) بيان مايرفع حكم النكاح فبيانه بيان ماتقع به الفرقة بين الزوجين ولوقوع الفرقة بين الزوجين
أسباب لكن الواقع ببعضها فرقة بطلاق و ببعضها فرقة بغير طلاق وفى بعضها يقع فرقة بغير قضاء القاضى
وفى بعضها لا يقع الا بقضاء القاضى فنذكر جملة ذلك بتوفيق الله عزوجل منها الطلاق بصريحه وكناياته وله
كتاب مفرد ومنها اللعان ولا تقع الفرقة الا بتفريق القاضى عند أصحابنا وكذا فى كيفية هذه الفرقة خلاف بين أصحابنا
نذكره ان شاء الله تعالى فى كتاب اللعان ومنها اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ فى خيار البلوغ وهذه الفرقة لا تقع
الا بتفريق القاضى بخلاف الفرقة باختيار المرأة نفسها فى خيار العتق انها تثبت بنفس الاختيار وقد بينا وجه الفرق
فيما تقدم والفرقة فى الخيارين جميعا تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخا حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها اما
فى خيار العتق فلا شك فيه لان الفرقة وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها نفسها واختيارها نفسها لا يجوز أن يكون
طلاقا لانها لا تملك الطلاق الا اذا ملكت كالمخيرة فكان فسخا وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن ولو لم
يكن حقيقة لم يكن لها مهر فكذا اذا التحق بالعدم من الاصل وكذا فى خيار البلوغ اذا كان من له الخيار هو المرأة فاختارت
نفسها قبل الدخول بها لما قلنا واما اذا كان من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها أيضا وهذا
فيه نوع اشكال لان الفرقة جاءت من قبل الزوج فيجب ان تكون فرقة بطلاق و يتعلق بها نصف المهر والانفصال
ان الشرع أثبت له الخيار فلابد أن يكون مفيدا ولو كان ذلك طلاقا ووجب عليه المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى لانه
يملك الطلاق فاذا لا فائدة فى الخيار الا سقوط المهر وان كان قد دخل بها لا يسقط المهر لان المهر قد تأكد بالدخول
فلا يحتمل السقوط بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ولان الدخول استيفاء منافع البضع وانه أمر حسى فلا
يحتمل الارتفاع من الاصل بالفسخ بخلاف العقد فانه أمر شرعى فكان محتملا للفسخ ولانه لو فسخ النكاح بعد
الدخول لوجب عليه رد المنافع المستوفاة لانه عاد البدل اليه فوجب ان يعود المبدل اليها وهو لا يقدر على ردها فلا
يفسخ واذا لم يقدر على ردها يغرم قيمتها وقيمتها هو المهر المسمى فلا يفيد ولانه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود
عليه وهو المبدل فلا يسقط البدل ومنها اختيار المرأة نفسها لعيب الجب والعنة والخصاء والخنوثة والتأخذ بتفريق
القاضى أو بنفس الاختيار على ما بينا وانه فرقة بطلاق لان سبب ثبوتها حصل من الزوج وهو المنع من ايفاء حقها
المستحق بالنكاح وانه ظلم وضرر فى حقها الا أن القاضى قام مقامه فى دفع الظلم والاصل أن الفرقة اذا حصلت بسبب
من جهة الزوج مختص بالنكاح ان تكون فرقة بطلاق حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها نصف
المسمى ان كان فى النكاح تسمية وان لم يكن فيه تسمية فلها المتعة ومنها التفريق لعدم الكفاءة أو لنقصان المهر
والفرقة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن ان يجعل ذلك طلاقا لانه ليس لغير الزوج
ولاية الطلاق فيجعل فسخا ولا تكون هذه الفرقة الا عند القاضى لما ذكرنا فى الفرقة بخيار البلوغ ومنها اباء الزوج
الاسلام بعد ما أسلمت زوجته فى دار الاسلام ومنها اباء الزوجة الاسلام بعد ما أسلم زوجها المشرك أو المجوسى
فى دار الاسلام وجملة الكلام فيه أن الزوجين الكافرين اذا أسلم أحدهما فى دار الاسلام فان كانا كتابيين
فأسلم الزوج فالنكاح بحاله لان الكتابية تحل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء وان أسلمت المرأة لا تقع الفرقة
بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقيا على النكاح وان أبى الاسلام فرق
القاضى بينهما لانه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا
فى البقاء عليه وان كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما أيهما كان يعرض الاسلام على الآخر ولا تقع الفرقة
بنفس الاسلام عندنا فان أسلم فهما على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضى بينهما لان المشركة لا تصلح لنكاح
المسلم غير ان الاباء ان كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق لان الفرقة جاءت من قبلها وهو الاباء من الاسلام
والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقا لانها لا تلى الطلاق فيجعل فسخا وان كان الاباء من الزوج يكون فرقة بطلاق

فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يكون فرقة بغير طلاق وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعى اذا أسلم أحد الزوجين وقعت الفرقة بنفس الاسلام غير أنه إن كان ذلك قبل الدخول تقع الفرقة للحال فاما بعد الدخول فلا تقع الفرقة حتى تمضى ثلاث حيض فان أسلم الآخر قبل مضيها فالنكاح بحاله وان لم يسلم بانت بمضيها أما الكلام مع الشافعى فوجه قوله ان كفر الزوج يمنع من نكاح المسلمة ابتداء حتى لا يجوز للكافر ان ينكح المسلمة وكذلك شرك المرأة وتمجسها امانع من نكاح المسلم ابتداء بدليل أنه لا يجوز للمسلم نكاح المشركة والمجوسية فاذا طرأ على النكاح يبطله فاشبه الطلاق (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان رجلا من بنى تغلب أسلمت امرأته فعرض عمر رضى الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا ولو وقعت الفرقة بنفس الاسلام لما وقعت الحاجة الى التفريق ولان الاسلام لا يجوز ان يكون مبطلا للنكاح لانه عرف عاصما للاملاك فكيف يكون مبطلا لها ولا يجوز ان يبطل بالكفر أيضا لان الكفر كان موجودا منهما ولم يمنع ابتداء النكاح فلان لا يمنع البقاء وانه أسهل أولى الا انا لو بقينا النكاح بينهما لا تحصل المقاصد لان مقاصد النكاح لا تحصل الا بالاستفراش والكافر لا يمكن من استفراش المسلمة والمسلم لا يحل له استفراش المشركة والمجوسية لخبثهما فلم يكن فى بقاء هذا النكاح فائدة فيفرق القاضى بينهما عند اباء الاسلام لان اليأس عن حصول المقاصد يحصل عنده وأما الكلام مع أصحابنا فى كيفية الفرقة عند اباء الزوج الاسلام بعد ما أسلمت امرأته المشركة أو المجوسية أو الكتابية فوجه قول أبى يوسف ان هذه فرقة يشترك فى سببها الزوجان ويستويان فيه فان الاباء من كل واحد منهما سبب الفرقة ثم الفرقة الحاصلة باباءها فرقة بغير طلاق فكذا باباءه لاستوائهما فى السببية كما اذا ملك أحدهما صاحبه ولهما ان الحاجة الى التفريق عند الاباء لفوات مقاصد النكاح ولان مقاصد النكاح اذا لم تحصل لم يكن فى بقاء النكاح فائدة فتقع الحاجة الى التفريق والاصل فى التفريق هو الزوج لان الملك له والقاضى ينوب منابه كما فى الفرقة بالجب والعنة فكان الاصل فى الفرقة هو فرقة الطلاق فيجعل طلاقا ما أمكن وفى اباء المرأة لا يمكن لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا ومنها ردة أحد الزوجين لان الردة بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولهذا لم يجز نكاح المرتد لاحد فى الابتداء فكذا فى حال البقاء ولانه لا عصمة مع الردة وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة غير ان ردة المرأة تكون فرقة بغير طلاق بلا خلاف وأما ردة الرجل فهى فرقة بغير طلاق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد فرقة بطلاق (وجه) قوله ظاهر لان الاصل ان الفرقة اذا حصلت بمعنى من قبل الزوج وأمكن ان تجعل طلاقا تجعل طلاقا لان الاصل فى الفرقة هو فرقة الطلاق وأصل أبى يوسف ما ذكرنا انه فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان لان الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة ثم الثابت بردتها فرقة بغير طلاق كذا بردته ولابى حنيفة ان هذه الفرقة وان كانت بسبب وجد من الرجل وهو ردته الا انه لا يمكن ان تجعل الردة طلاقا لانها بمنزلة الموت وفرقة الموت لا تكون طلاقا لان الطلاق تصرف يختص بما يستفاد بالنكاح والفرقة الحاصلة بالردة فرقة واقعة بطريق التنافى لان الردة تنافى عصمة الملك وما كان طريقه التنافى لا يستفاد بملك النكاح فلا يكون طلاقا بخلاف الفرقة الحاصلة باباء الزوج لانها تثبت بفوات مقاصد النكاح وثمراته وذلك مضاف الى الزوج فيلزمه الامساك بالمعروف والا التسريح بالاحسان فاذا امتنع عنه ألزمه القاضى الطلاق الذى يحصل به التسريح بالاحسان كانه طلق بنفسه والدليل على التفرقة بينهما ان فرقة الاباء لا تحصل الا بالقضاء وفرقة الردة تثبت بنفس الردة ليعلم ان ثبوتها بطريق التنافى ثم الفرقة بردة أحد الزوجين تثبت بنفس الردة فتثبت فى الحال عندنا وعند الشافعى ان كان قبل الدخول فكذلك وان كان بعد الدخول تتأجل الفرقة الى مضى ثلاث حيض وهو على الاختلاف فى اسلام أحد الزوجين هذا اذا ارتد أحد الزوجين فاما اذا ارتدا معا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر وجه القياس انه لو ارتد أحدهما لوقعت الفرقة

فكذا اذا ارتد الان فى ردتهما ردة أحدهما وزيادة وللاستحسان اجماع الصحابة رضى الله عنهم فان العرب لما ارتدت فى زمن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ثم أسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فان قيل بم يعلم هناك انهم ارتدوا وأسلموا معا فالجواب انه لما لم يفرق بينهم وبين نسائهم فيما لم يعلم القران بل احتمل التقدم والتأخر فى الردة والاسلام ففيما علم أولى ان لا يفرق ثم نقول الاصل فى كل أمرين حادثين اذا لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معا كالغرقى والحرقى والهدمى ولو تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة لان المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم ألا ترى انه لا يجوز له نكاحها ابتداء ثم ان كان ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة لانها فرقة بغير طلاق فكانت فسخا وان كان بعد الدخول بها فلها المهر لما بينا فيما تقدم ولا نفقة لها لان الفرقة جاءت من قبلها والاصل ان الفرقة اذا جاءت من قبلها فان كان قبل الدخول بها فلا نفقة لها ولا مهر وان جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف المسمى ان كان المهر سمى وان لم يكن تجب المتعة وبعد الدخول يجب كل المهر والنفقة ولو كانت يهودية فتنصرت أو نصرانية فتهودت لم تثبت الفرقة ولم يعترض عليه عندنا وقال الشافعى لا يمكن من القرار عليه ولكن تجبر على ان تسلم أو تعود الى دينها الاول فان لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض وقعت الفرقة كما فى المرتد وجه قوله انها كانت مقرة بان الدين الذى انتقلت اليه باطل فكان ترك الاعتراض تقريرا على الباطل وانه لا يجوز (ولنا) انها انتقلت من باطل الى باطل والجبر على العود الى الباطل باطل ولو كانت يهودية أو نصرانية فصبأت لم تثبت الفرقة فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد تثبت الفرقة بناء على انه يجوز للمسلم نكاح الصابئية عنده وعندهما لا يجوز والمسألة مرت فى موضعها ومنها اسلام أحد الزوجين فى دار الحرب لكن لا تقع الفرقة فى الحال بل تقف على مضى ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لا تحيض ثلاثة اشهر فان أسلم الباقى منهما فى هذه المدة فهما على النكاح وان لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة لان الاسلام لا يصلح سببا لثبوت الفرقة بينهما ونفس الكفر أيضا لا يصلح سببا لما ذكرنا من المعنى فيما تقدم ولكن يعرض الاسلام على الآخر فاذا أبى حينئذ يفرق وكانت الفرقة حاصلة بالاباء ولا يعرف الاباء الا بالعرض وقد امتنع العرض لانعدام الولاية وقد مست الحاجة الى التفريق اذ المشرك لا يصلح لنكاح المسلم فيقام شرط البينونة وهو مضى ثلاث حيض اذ هو شرط البينونة فى الطلاق الرجعى مقام العلة واقامة الشرط مقام العلة عند تعذر اعتبار العلة جائز فى أصول الشرع فاذا مضت مدة العدة وهى ثلاث حيض صار مضى هذه المدة بمنزلة تفريق القاضى وتكون فرقة بطلاق على قياس قول أبى حنيفة ومحمد وعلى قياس قول أبى يوسف بغير طلاق لانه فرقة بسبب الاباء حكما وتقديرا واذا وقعت الفرقة بعد مضى هذه المدة هل تجب العدة بعد مضيها بأن كانت المرأة هى المسلمة فخرجت الى دار الاسلام فتمت الحيض فى دار الاسلام لا عدة عليها عند أبى حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مذكورة فيما تقدم وان كان المسلم هو الزوج فلا عدة عليها بالاجماع لانها حربية ومنها اختلاف الدارين عندنا بان خرج أحد الزوجين الى دار الاسلام مسلما أو ذميا وترك الآخر كافرا فى دار الحرب ولو خرج أحدهما مستأمنا وبقى الآخر كافرا فى دار الحرب لا تقع الفرقة بالاجماع وقال الشافعى لا تقع الفرقة باختلاف الدارين وهذا بناء على أصل وهو ان اختلاف الدارين علة لثبوت الفرقة عندنا وعنده ليس بعلة وانما العلة هى السبى واحتج بما روى أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وخلفت زوجها أبا العاص كافرا بمكة فردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول ولو ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد بل جدد النكاح ولان تأثير اختلاف الدارين فى انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح فان النكاح يبقى بين أهل العدل والبغى والولاية منقطعة (ولنا) ان عند اختلاف الدارين يخرج الملك من أن يكون منتفعا به لعدم التمكن من الانتفاع عادة فلم يكن فى بقائه فائدة فيزول كالمسلم اذا ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب انه يزول ملكه عن أمواله وتعتق أمهات أولاده ومدبروه ولما قلنا كذا هذا بخلاف

أهل البغي مع أهل العدل لان أهل البغي من أهل الاسلام ولانهم مسلمون فيخالطون أهل العدل فكان امكان الانتفاع ثابتاً فيبقى النكاح وههنا بخلافه وأما الحديث فقد روى أنه ردها عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج به مع ما أن العمل بهذه الرواية أولى لانها تثبت أمراً لم يكن فكان راوي الرد بالنكاح الاول استصحب الحال فظن أنه ردها عليه بذلك النكاح الذي كان و راوي النكاح الجديد اعتمد حقيقة الحال وصار كاحتمال الجرح والتعديل ثم ان كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة على المرأة بلا خلاف لما ذكرنا انه حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها في قول أبي حنيفة خلافاً لهما وكذلك اذا خرج أحدهما ذميا وقعت الفرقة لانه صار من أهل دار الاسلام فصار كما لو خرج مسلما بخلاف ما اذا خرج أحدهما بامان لان الحربي المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام على سبيل العارية لقضاء بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب في حقه كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان لانه لا يصير بالدخول من أهل دار الحرب لما قلنا كذا هذا ولو أسلما معا في دار الحرب أو صارا ذميين معا أو خرجا مستأمنين فالنكاح على حاله لانعدام اختلاف الدارين عندنا وانعدام السبي عنده وعلى هذا يخرج ما اذا سبي أحدهما وأحرز بدار الاسلام انه تقع الفرقة بالاجماع لكن على اختلاف الاصلين عندنا باختلاف الدارين وعنده بالسبي وعندنا لا تثبت الفرقة قبل الاحراز بدار الاسلام ولو سبيا معا لا تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف الدارين وعنده تقع لوجود السبي واحتج بقوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم حرم المحصنات وهن ذوات الازواج اذ هو معطوف على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم واستثنى المملوكات والاستثناء من الحظر اباحة ولم يفصل بين ما اذا سبيت وحدها أو مع زوجها ولان السبي سبب لثبوت ملك المتعة للسابي لانه استيلاء ورد على محل غير معصوم وانه سبب لثبوت الملك في الرقبة ولهذا يثبت الملك في المسبية بالاجماع وملك الرقبة يوجب ملك المتعة ومتى ثبت ملك المتعة للسابي يزول ملك الزوج ضرورة بخلاف ما اذا اشترى أمة هي منكوحة الغير انه لا يثبت للمشتري ملك المتعة وان ثبت له ملك الرقبة بالشراء لان ملك الزوج في الامة ملك معصوم واثبات اليد على محل معصوم لا يكون سبباً لثبوت الملك (ولنا) ان ملك النكاح للزوج كان ثابتاً بدليله مطلقا وملك النكاح لا يجوز ان يزول الا بازالته أو لعدم فائدة البقاء اما لفوات المحل حقيقة بالهلاك أو تقديراً لخروجه من أن يكون منتفعا به في حق المالك واما لفوات حاجة المالك بالموت لان الحكم باز وال حينئذ يكون تناقضا والشرع منزه عن التناقض ولم توجد الازالة من الزوج والمحل صالح والمالك صالح حي محتاج الى الملك وامكان الاستمتاع ثابت ظاهراً وغالبا اذا سبيا معا ولا يكون نادرا وكذا اذا سبي أحدهما والمسبي في دار الحرب لان احتمال الاسترداد من الكفرة أو استنقاذ الاسراء من الغزاة ليس بنادر وان لم يكن غالبا بخلاف ما اذا سبي أحدهما وأخرج الى دار الاسلام لان هناك لا فائدة في بقاء الملك لعدم التمكن من اقامة المصالح بالملك ظاهرا وغالبا لاختلاف الدارين وأما قوله السبي ورد على محل غير معصوم فنعم لكن الاستيلاء الوارد على محل غير معصوم انما يكون سبباً لثبوت الملك اذا لم يكن مملوكا لغيره وملك الزوج ههنا قائم لما بينا فلم يكن السبي سبباً لثبوت الملك للسابي فلا يوجب زوال ملك الزوج والآية محمولة على ما اذا سبيت وحدها لما ذكرنا من الدلائل ومنها الملك الطارئ لاحد الزوجين على صاحبه بان ملك أحدهما صاحبه بعد النكاح أو ملك شقصا منه لان الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح فالطارئ عليه يبطله والفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن ان تجعل طلاقا فتجعل فسخا ولا يحتاج الى تفريق القاضي لانها فرقة حصلت بطريق التنافي لما بينا في المسائل المتقدمة ان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يصح اثباتها بين المالك والمملوك فلا تفتقر الى القضاء كالفرقة الحاصلة بردة أحد الزوجين وعلى هذا قالوا في القن والمدبر والمأذون اذا اشتريا زوجتيهما لم يبطل النكاح لان الشراء لا يفيد لهما ملك المتعة فلا يوجب بطلان النكاح وقالوا أيضاً في المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل نكاحها لانه لا يملكها وانما يثبت له فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء

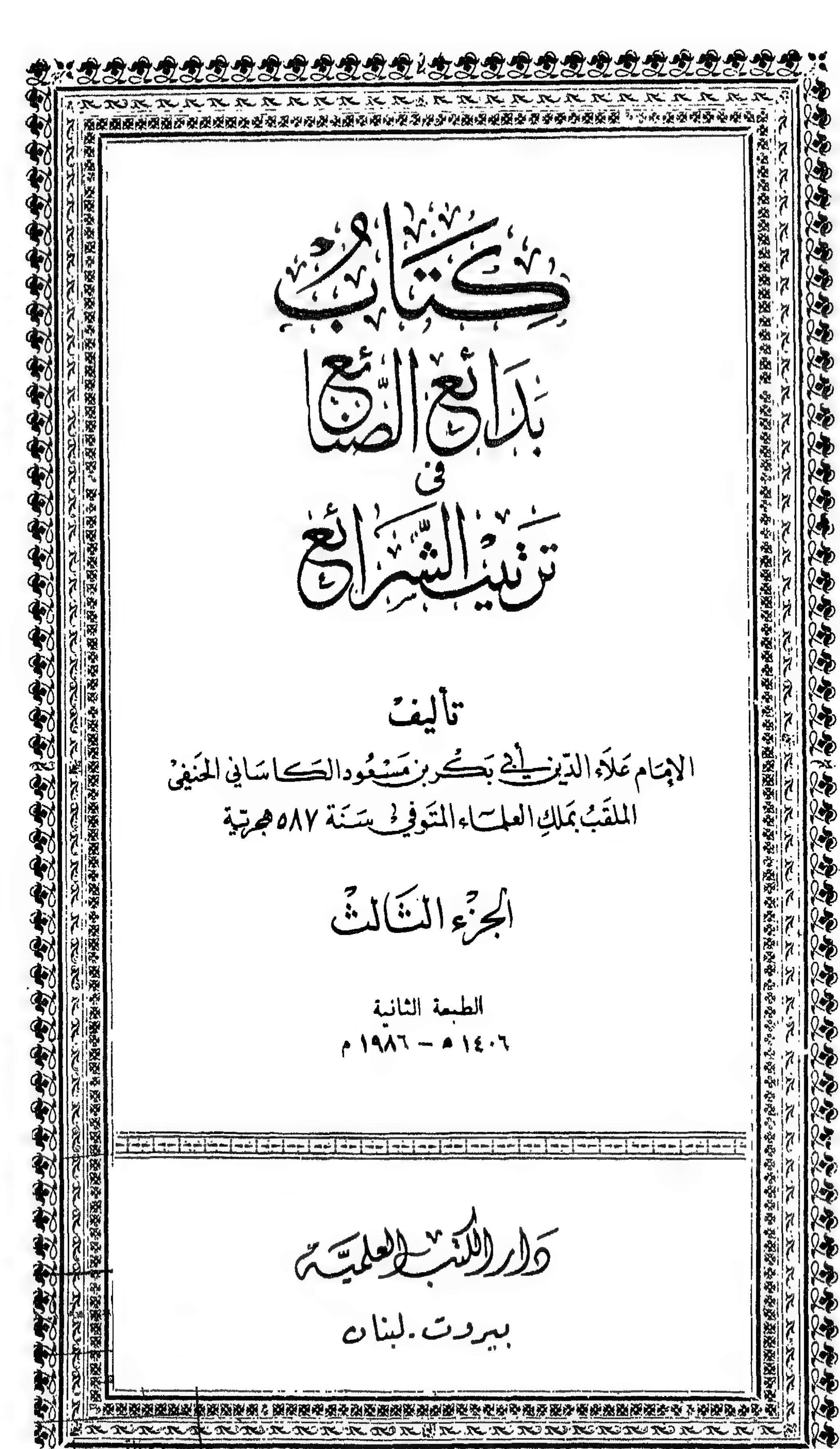
النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة وهذا لان حق الملك هو الملك من وجه فكان ملكه فيها ثابتا من وجه دون وجه فالنكاح اذا لم يكن منعقدا يقع الشك فى انعقاده فلا ينعقد بالشك واذا كان منعقدا يقع الشك فى زواله فلا يزول بالشك على الاصل المعهود ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك لهذا المعنى منعت العدة من ابتداء النكاح ولم تمنع البقاء كذا هذا وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح بينهما حتى يعجز عن أداء بدل الكتابة وقال الشافعى ينفسخ النكاح بناء على ان المكاتب لا يورث عندنا فلا يثبت الملك للوارث فى المكاتب حقيقة وانما يثبت له حق الملك وانه لا يمنع بقاء النكاح وعنده يورث فيثبت الملك لها فى زوجها فيبطل النكاح (وجه) قوله ان الوارث يقوم مقام المورث فى أملاكه فيثبت له ما كان ثابتاً للمورث وملكه فى المكاتب كان ثابتا له فينتقل الى الوارث فيصير مملوكا له فينفسخ النكاح (ولنا) ان الحاجة مست الى ابقاء ملك الميت فى المكاتب لان عقد الكتابة أوجب له حق الحرية للحال على وجه يصير ذلك الحق حقيقة عند الاداء ولهذا يثبت الولاء من قبله فلو نقلنا الملك من الميت الى الوارث لتعذر اثبات حقيقة الحرية عند الاداء لانعدام تعليق الحرية منه بالاداء فمست الحاجة الى استيفاء ملك الميت فيه لاجل الحق المستحق للمكاتب فيمنع ثبوت الملك حقيقة للوارث ويثبت له حق الملك لوجود سبب الثبوت وهو القرابة وشرطه وهو الموت وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء لما ذكرنا الا اذا عجز عن اداء بدل الكتابة لانه اذا عجز ثبت الملك حقيقة للوارث فيرتفع النكاح واما معتق البعض اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح فى قول أبى حنيفة وعندهما يبطل بناء على ان معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما حر عليه دين والله أعلم ومنها الرضاع الطارئ على النكاح كمن تزوج صغيرة فارضعتها أمه بانت منه لانها صارت أختاً له من جهة الرضاع وكذا اذا تزوج صبيتين رضيعتين فجاءت امرأة فارضعتهما بانتا منه لانهما صارتا أختين وحرمة الاخت من الرضاع يستوى فيها السابق والطارئ وكذا حرمة الجمع بين الاختين من الرضاعة ونذكر ان شاء الله تعالى ما يتعلق بالرضاع المقارن والطارئ من المسائل فى كتاب الرضاع ومنها المصاهرة الطارئة بان وطئ أم امرأته أو ابنتها والفرقة بها فرقة بغير طلاق لانها حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والفرق فى هذه الوجوه كلها بائنة لان المقصود فى بعضها الخلاص وانه لا يحصل الا بالبائن وفى بعضها المحل ليس بقابل لبقاء النكاح فافهم والله الموفق

﴿ تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله كتاب الايمان ﴾



(الجزء الثاني من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿تمت﴾



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

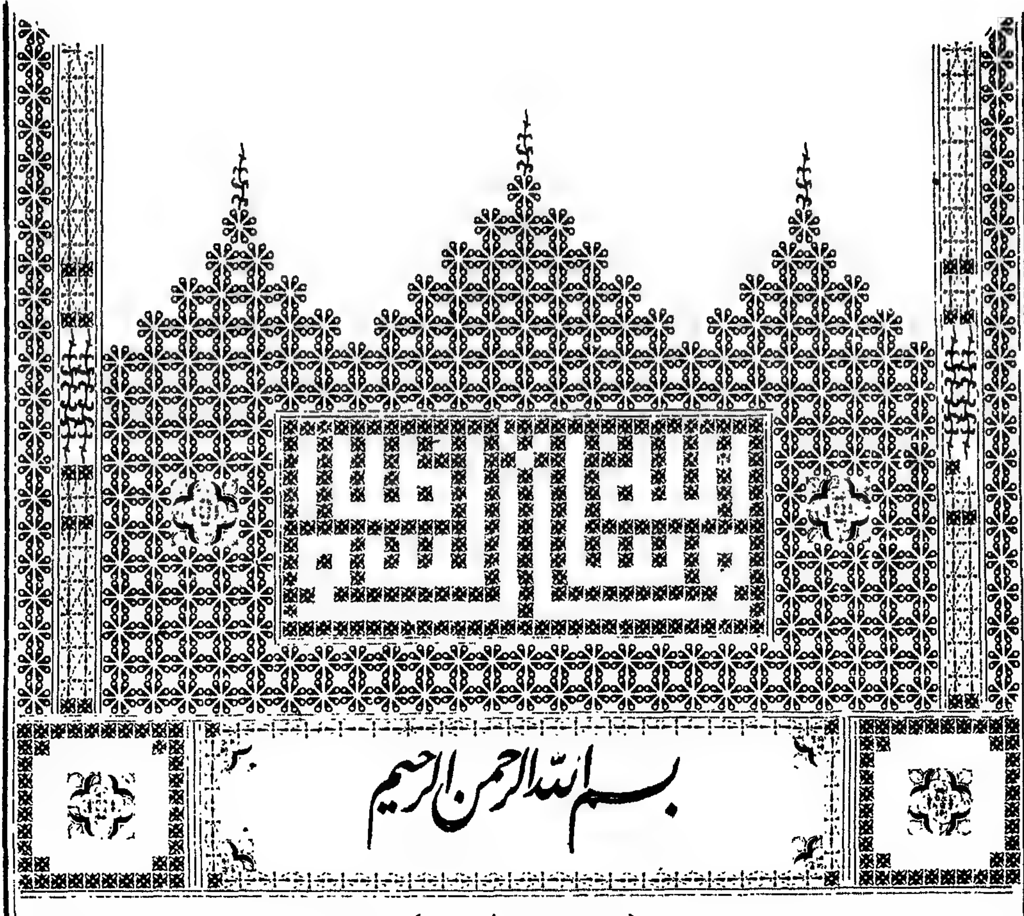
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الثالث

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الايمان ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى أربعة مواضع فى بيان أنواع اليمين وفى بيان ركن كل نوع وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكمه وفى بيان ان اليمين بالله تعالى على نية الحالف أو المستحلف أما الاول فاليمين فى القسمة الاولى ينقسم الى قسمين يمين بالله سبحانه وهو المسمى بالقسم فى عرف اللغة والشرع ويمين بغير الله تعالى وهذا قول عامة العلماء وقال أصحاب الظاهر هى قسم واحد وهو اليمين بالله تعالى فاما الحلف بغير الله عز وجل فليس بيمين حقيقة وانما سمى بها مجازاً حتى أن من حلف لا يحلف فحلف بالطلاق أو العتاق يحنث وعند عامة العلماء لا يحنث وجه قولهم ان اليمين انما يقصد بها تعظيم المقسم به ولهذا كانت عادة العرب القسم بما جل قدره وعظم خطره وكثر نفعه عند الخلق من السماء والارض والشمس والقمر والليل والنهار ونحو ذلك والمستحق للتعظيم بهذا النوع هو الله تعالى لان التعظيم بهذا النوع عبادة ولا تجوز العبادة الا لله تعالى ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه سماه حلفا والحلف واليمين من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد والاصل فى اطلاق الاسم هو الحقيقة فدل ان الحلف بالطلاق والعتاق يمين حقيقة وكذا مأخذ الاسم دليل عليه لانها أخذت من القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين أى بالقوة ومنه سميت اليد اليمين يميناً لفضل قوتها على الشمال عادة قال الشاعر

رأيت عرابة الاوسى يسمو * الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت * لمجد تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة ومعنى القوة يوجد فى النوعين جميعاً وهو ان الحالف يتقوى بها على الامتناع من المرهوب وعلى التحصيل

في

في المرغوب وذلك ان الانسان اذا دعاه طبعه الى فعل لما يتعلق به من اللذة الحاضرة فعقله يزجره عنه لما يتعلق به من العاقبة الوخيمة وربما لا يقاوم طبعه فيحتاج الى ان يتقوى على الجرى على موجب العقل فيحلف بالله تعالى لما عرف من قبح هتك حرمة اسم الله تعالى وكذا اذا دعاه عقله الى فعل تحسن عاقبته وطبعه يستثقل ذلك فيمنعه عنه فيحتاج الى اليمين بالله تعالى ليتقوى بها على التحصيل وهذا المعنى يوجد في الحلف بالطلاق والعتاق لان الحالف يتقوى به على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من الطلاق والعتاق الذي هو مستثقل على طبعه فثبت ان معنى اليمين يوجد في النوعين فلا معنى للفصل بين نوع ونوع والدليل عليه ان محمدا سمى الحالف بالطلاق والعتاق في أبواب الايمان من الاصل والجامع يمينا وقوله حجة في اللغة ثم اليمين بالله تعالى منقسم ثلاثة أقسام في عرف الشرع يمين الغموس ويمين اللغو ويمين معقودة وذكر محمد في أول كتاب الايمان من الاصل وقال الايمان ثلاثة يمين مكفرة ويمين لا تكفر ويمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وفسر الثالثة بيمين اللغو وانما أراد محمد بقوله الايمان ثلاث الايمان بالله تعالى لا لجنس الايمان لان ذلك كثير فان قيل كيف أخبر محمد عن انتفاء المؤاخذة بلغو اليمين بلفظة الترجي وانتفاء المؤاخذة بهذا النوع من اليمين مقطوع به بنص الكتاب وهو قوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان يمين اللغو هي اليمين الكاذبة لكن لا عن قصد بل خطأ أو غلطا على ما نذكر تفسيرها ان شاء الله تعالى والتحرز عن فعله ممكن في الجملة وحفظ النفس عنه مقدور فكان جائز المؤاخذة عليه لكن الله تعالى رفع المؤاخذة عليه رحمة وفضلا ولهذا يجب الاستغفار والتوبة عن فعل الخطأ والنسيان كذلك فذكر محمد لفظ الرجاء ليعلم ان الله تفضل برفع المؤاخذة في هذا النوع بعدما كان جائز المؤاخذة عليه والثاني ان المؤاخذة وان كانت منتفية عن هذا النوع قطعا لكن العلم بمراد الله تعالى من اللغو المذكور غير مقطوع به بل هو محل الاجتهاد على ما نذكر ان شاء الله تعالى والعلم الحاصل عن اجتهاد علم غالب الرأي وأكثر الظن لا علم القطع فاستعمل محمد لفظة الرجاء لاحتمال ان لا يكون مراد الله تعالى من اللغو المذكور ما أفضى اليه اجتهاد محمد فكان استعمال لفظ الرجاء في موضعه وذكر الكرخي وقال اليمين على ضربين ماض ومستقبل وهذه القسمة غير صحيحة لان من شرط صحتها ان تكون محيطة بجميع أجزاء المقسوم به ولم يوجد لخروج الحال عنها وانها داخلة في يمين الغموس ويمين اللغو على ما نذكر تفسيرهما فكانت القسمة ناقصة والنقصان في القسمة من عيوب القسمة كالزيادة فكانت القسمة الصحيحة ما ذكرنا لوقوعها حاصرة جميع أجزاء المقسوم بحيث لا يشذ عنها جزء وكذا ما ذكر محمد صحيح الا انه بين كل نوع بنفسه وحكمه دفعة واحدة ونحن أخرنا بيان الحكم عن بيان النوع سوقا للكلام على الترتيب الذي ضمناه أما يمين الغموس فهي الكاذبة قصدا في الماضي والحال على النفي أو على الاثبات وهي الخبر عن الماضي أو الحال فعلا أو تركا متعمدا للكذب في ذلك مقرونا بذكر اسم الله تعالى نحو ان يقول والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه فعله أو يقول والله لقد فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله أو يقول والله ما لهذا علي دين وهو يعلم ان له عليه دينا فهذا تفسير يمين الغموس وأما يمين اللغو فقد اختلف في تفسيرها قال أصحابنا هي اليمين الكاذبة خطأ أو غلطا في الماضي أو في الحال وهي ان يخبر عن الماضي أو عن الحال على الظن ان المخبر به كما أخبر وهو بخلافه في النفي أو في الاثبات نحو قوله والله ما كلمت زيدا وفي ظنه انه لم يكلمه أو والله لقد كلمت زيدا وفي ظنه انه كلمه وهو بخلافه أو قال والله ان هذا الجائي لزيد ان هذا الطائر لغراب وفي ظنه انه كذلك ثم تبين بخلافه وهكذا روى ابن رستم عن محمد انه قال اللغو ان يحلف الرجل على الشئ وهو يرى انه حق وليس بحق وقال الشافعي يمين اللغو هي اليمين التي لا يقصدها الحالف وهو ما يجري على ألسن الناس في كلامهم من غير قصد اليمين من قولهم لا والله وبلى والله سواء كان في الماضي أو الحال أو المستقبل وأما عندنا فلا لغو في المستقبل بل اليمين على أمر في المستقبل يمين معقودة وفيها الكفارة اذا حنث قصد اليمين أو لم يقصد وانما اللغو في الماضي والحال فقط وما ذكر محمد على أثر حكايته عن أبي حنيفة ان اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضي أو الحال وعندنا ذلك لغو فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في يمين

لا يقصدها الحالف فى المستقبل عندنا ليس بلغو وفيها الكفارة وعنده هى لغو ولا كفارة فيها وقال بعضهم يمين اللغو هى اليمين على المعاصى نحو ان يقول والله لا أصلى صلاة الظهر ولا أصوم صوم شهر رمضان أو لا أكلم أبوى أو يقول والله لاشربن الخمر أو لازنين أو لاقتلن فلانا ثم منهم من يوجب الكفارة اذا حنث فى هذه اليمين ومنهم من لا يوجب وجه قول هؤلاء ان اللغو هو الاثم فى اللغة قال الله تعالى واذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه أى كلاما فيه اثم فقالوا ان معنى قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم أى لا يؤاخذكم الله بالاثم فى أيمانكم على المعاصى بنقضها والحنث فيها لان الله تعالى جعل قوله فى سورة البقرة لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم صلة قوله عز وجل ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ان تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس وقيل فى القصة ان الرجل كان يحلف ان لا يصنع المعروف ولا يبر ولا يصل أقرباءه ولا يصلح بين الناس فاذا أمر بذلك يتعلل و يقول انى حلفت على ذلك فاخبر الله تعالى بقوله سبحانه لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم الآية لانه لا مأثم عليهم بنقض ذلك اليمين وتحنيث النفس فيها وان المؤاخذ بالاثم فيها بحفظها والاصرار عليها بقوله بولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم و بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان ثم منهم من أوجب الكفارة لقوله تعالى فى هذه الآية فكفارته الى قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم أى حلفتم وحنثتم ومنهم من لم يوجب فيها الكفارة أصلا لما نذكر ان شاء الله تعالى فى بيان حكم اليمين وجه قول الشافعى ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها سئلت عن يمين اللغو فقالت هى ان يقول الرجل فى كلامه لا والله و بلى والله وعن عطاء رضى الله عنه انه سئل عن يمين اللغو فقال قالت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو كلام الرجل فى بيته لا والله و بلى والله فثبت موقوفا ومرفوعا ان تفسير يمين اللغو ما قلنا من غير فصل بين الماضى والمستقبل فكان لغوا على كل حال اذا لم يقصده الحالف ولان الله تعالى قابل يمين اللغو باليمين المكسوبة بالقلب بقوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمكسوبة هى المقصودة فكان غير المقصودة داخلا فى قسم اللغو تحقيقا للمقابلة (ولنا) قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان قابل يمين اللغو باليمين المعقودة وفرق بينهما فى المؤاخذة ونفيها فيجب ان تكون يمين اللغو غير اليمين المعقودة تحقيقا للمقابلة واليمين فى المستقبل يمين معقودة سواء وجد القصد أولا ولان اللغو فى اللغة اسم للشئ الذى لا حقيقة له قال الله تعالى لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما أى باطلا وقال عز وجل خبرا عن الكفرة والغوا فيه لعلكم تغلبون وذلك فيما قلنا وهو الحلف بما لا حقيقة له بل على ظن من الحالف ان الامر كما حلف عليه والحقيقة بخلافه وكذا ما يجرى على اللسان من غير قصد لكن فى الماضى أو الحال فهو مما لا حقيقة له فكان لغوا ولان اللغو لما كان هو الذى لا حقيقة له كان هو الباطل الذى لا حكم له فلا يكون يمينا معقودة لان لها حكما ألا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة وفيها الكفارة بالنص فدل ان المراد من اللغو ما قلنا وهكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى تفسير يمين اللغو هى أن يحلف الرجل على اليمين الكاذبة وهو يرى انه صادق و به تبين أن المراد من قول عائشة رضى الله عنها وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يمين اللغو ما يجرى فى كلام الناس لا والله و بلى والله فى الماضى لا فى المستقبل والدليل عليه أنها فسرتها بالماضى فى بعض الروايات وروى عن مطر عن رجل قال دخلت أنا وعبد الله بن عمر على عائشة رضى الله عنها فسألتها عن يمين اللغو فقالت قول الرجل فعلنا والله كذا وصنعنا والله كذا فتحمل تلك الرواية على هذا توفيقا بين الروايتين اذ المجمل محمول على المفسر وأما قوله ان الله سبحانه وتعالى قابل اللغو باليمين المكسوبة فنقول فى تلك الآية قابلها بالمكسوبة وفى هذه الآية قابلها بالمعقودة ومتى أمكن حمل الآيتين على التوافق كان أولى من الحمل على التعارض فنجمع بين حكم الآيتين فنقول يمين اللغو التى هى غير مكسوبة وغير معقودة والمخالف عطل احدى الآيتين فكنا أسعد حالا منه وأما قوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم أن تبروا والآية فقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان ذلك نهى عن الحلف على الماضى معناه ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ان تبروا أى لا تحلفوا ان

لا تبروا و يجوز اضمار حرف لا في موضع القسم وغيره قال الله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة ان يؤتوا أولى القربى أى لا يؤتوا و يحتمل ان تكون الآية عامة أى لا تحلفوا لكى تبروا فتجعلوا الله عرضة بالحنث بعد ذلك بترك التعظيم بترك الوفاء باليمين يقال فلان عرضة للناس أى لا يعظمونه و يقعون فيه فيكون هذا نهيا عن الحلف بالله تعالى اذا لم يكن الحالف على يقين من الاصرار على موجب اليمين وهو البر أو غالب الرأى والله عز وجل أعلم وأما اليمين المعقودة فهى اليمين على أمر في المستقبل نفيا أو اثباتا نحو قوله والله لا أفعل كذا وكذا وقوله والله لافعلن كذا

﴿فصل﴾ وأما ركن اليمين بالله تعالى فهو اللفظ الذى يستعمل في اليمين بالله تعالى وانه مركب من المقسم عليه والمقسم به ثم المقسم به قد يكون اسما وقد يكون صفة والاسم قد يكون مذكورا وقد يكون محذوفا والمذكور قد يكون صريحا وقد يكون كناية أما الاسم صريحا فهو ان يذكر اسما من أسماء الله تعالى أى اسم كان سواء كان اسما خاصا لا يطلق الا على الله تعالى نحو الله والرحمن أو كان يطلق على الله تعالى وعلى غيره كالعليم والحكيم والكريم والحليم ونحو ذلك لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق ولكن تعين الخالق مرادا بدلالة القسم اذ القسم بغير الله تعالى لا يجوز فكان الظاهر انه أراد به اسم الله تعالى حملا لكلامه على الصحة الا ان ينوى به غير الله تعالى فلا يكون يمينا لانه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق في أمر بينه و بين ربه وحكى عن بشر المريسى فيمن قال والرحمن انه ان قصد اسم الله تعالى فهو حالف وان أراد به سورة الرحمن فليس بحالف فكانه حلف بالقرآن وسواء كان القسم بحرف الباء أو الواو أو التاء بان قال بالله أو والله أو تالله لان القسم بكل ذلك من عادة العرب وقد ورد به الشرع أيضا قال الله تعالى والله ربنا ما كنا مشركين وقال وتالله لا كيدن أصنامكم وقال تعالى خبرا عن اخوة يوسف قالوا تالله تفتؤ تذكر يوسف وقال عز وجل تالله لقد أرسلنا الى أمم من قبلك وقال عز وجل واقسموا بالله وقال عز وجل و يحلفون بالله تعالى وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه سلم انه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليدع الا أن الباء هى الاصل وما سواها دخيل قائم مقامها فقول الحالف بالله أى احلف بالله لان الباء حرف الصاق وهو الصاق الفعل بالاسم و ربط الفعل بالاسم والنحويون يسمون الباء حرف الصاق وحرف الربط وحرف الآلة والتسبيب فانك اذا قلت كتبت بالقلم فقد الصقت الفعل بالاسم وربطت أحدهما بالآخر فكان القلم آلة الكتابة وسببا يتوصل به اليها فاذا قال بالله فقد الصق الفعل المحذوف وهو قوله احلف بالاسم وهو قوله بالله وجعل اسم الله آلة للحلف وسببا يتوصل به اليه الا انه لما كثر استعمال هذه اللفظة أسقط قوله احلف واكتفى بقوله بالله كما هو دأب العرب من حذف البعض وابقاء البعض عند كثرة الاستعمال اذا كان فيما بقى دليلا على المحذوف كما في قولهم باسم الله ونحو ذلك وانما خفض الاسم لان الباء من حروف الخفض والواو قائم مقامه فصار كأن الباء هو المذكور وكذا التاء قائم مقام الواو فكان الواو هو المذكور الا ان الباء تستعمل في جميع ما يقسم به من أسماء الله وصفاته وكذا الواو فاما التاء فانه لا يستعمل الا في اسم الله تعالى تقول تالله ولا تقول تالرحمن وتعزة الله تعالى لمعنى يذكر في النحو ولو لم يذكر شيأ من هذه الادوات بان قال الله لا أفعل كذا يكون يمينا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ركانة بن زيد أو زيد ابن ركانة حين طلق امرأته البتة وقال الله ما أردت بالبت الا واحدة و به تبين أن الصحيح ما قاله الكوفيون وهو ان يكون بالكسر لان النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الله بالكسر وهو أفصح العرب صلى الله عليه وسلم وكذا روى عن ابن عمر وغيره من الصحابة انه سأله واحد وقال له كيف أصبحت قال خير عافاك الله بكسر الراء ولو قال لله هل يكون يمينا لم يذكر هذا في الاصل وقالوا انه يكون يمينا لان الباء توضع موضع اللام يقال آمن بالله وآمن له بمعنى قال الله تعالى في قصة فرعون آمنتم له وفي موضع آخر آمنتم به والقصة واحدة ولو قال وربى ورب العرش أو رب العالمين كان حالفا لان هذا من الاسماء الخاصة بالله تعالى لا يطلق على غيره (وأما) الصفة فصفات الله تعالى مع انها كلها لذاته على ثلاثة أقسام منها ما لا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم الا في الصفة نفسها فالحلف بها يكون يمينا ومنها ما يستعمل في الصفة وفي

غيرها استعمالا على السواء فالحلف بها يكون يمينا أيضا ومنها ما يستعمل فى الصفة وفى غيرها لكن استعمالها فى غير الصفة هو الغالب فالحلف بها لا يكون يمينا وعن مشايخنا من قال ما تعارفه الناس يمينا يكون يمينا الا ما ورد الشرع بالنهى عنه وما لم يتعارفوه يمينا لا يكون يمينا وبيان هذه الجملة اذا قال وعزة الله وعظمة الله وجلاله وكبريائه يكون حالفا لان هذه الصفات اذا ذكرت فى العرف والعادة لا يراد بها الا نفسها فكان مراد الحالف بها الحلف بالله تعالى وكذا الناس يتعارفون الحلف بهذه الصفات ولم يرد الشرع بالنهى عن الحلف بها وكذا لو قال وقدرة الله تعالى وقوته وارادته ومشيئته ورضاه ومحبته وكلامه يكون حالفا لان هذه الصفات وان كانت تستعمل فى غير الصفة كما تستعمل فى الصفة لكن الصفة تعينت مرادة بدلالة القسم اذ لا يجوز القسم بغير اسم الله تعالى وصفاته فالظاهر ارادة الصفة بقرينة القسم وكذا الناس يقسمون بها فى المتعارف فكان الحلف بها يمينا ولو قال ورحمة الله أو غضبه أو سخطه لا يكون هذا يمينا لانه يراد بهذه الصفات آثارها عادة لا نفسها فالرحمة يراد بها الجنة قال الله تعالى ففى رحمة الله هم فيها خالدون والغضب والسخط يراد به أثر الغضب والسخط عادة وهو العذاب والعقوبة لا نفس الصفة فلا يصير به حالفا الا اذا نوى به الصفة وكذا العرب ما تعارفت القسم بهذه الصفات فلا يكون الحلف بها يمينا وكذا وعلم الله لا يكون يمينا استحسانا والقياس أن يكون يمينا وهو قول الشافعى لان علم الله تعالى صفة كالعزة والعظمة (ولنا) انه يراد به المعلوم عادة يقال اللهم اغفر لنا علمك فينا أى معلومك منا ومن زلاتنا ويقال هذا علم أبى حنيفة أى معلومه لان علم أبى حنيفة قائم بأبى حنيفة لا يزايله ومعلوم الله تعالى قد يكون غير الله تعالى من العالم باعيانها واعراضها والمعدومات كلها لان المعدوم معلوم فلا يكون الحالف به يمينا الا اذا أراد به الصفة وكذا العرب لم تتعارف القسم بعلم الله تعالى فلا يكون يمينا بدون النية وسئل محمد عمن قال وسلطان الله فقال لا أرى من يحلف بهذا أى لا يكون يمينا وذكر القدورى انه ان أراد بالسلطان القدرة يكون حالفا كما لو قال وقدرة الله وان أراد المقدور لا يكون حالفا لانه حلف بغير الله ولو قال وأمانة الله ذكر فى الاصل انه يكون يمينا وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف انه لا يكون يمينا وذكر الطحاوى عن أصحابنا جميعا انه ليس بيمين وجه ماذكره الطحاوى أن أمانة الله فرائضه التى تعبد عباده بها من الصلاة والصوم وغير ذلك قال الله تعالى إنا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال فأبين ان يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان فكان حلفا بغير اسم الله عز وجل فلا يكون يمينا (وجه) ماذكره فى الاصل ان الامانة المضافة الى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته ألا ترى ان الامين من أسماء الله تعالى وانه اسم مشتق من الامانة فكان المراد بها عند الاطلاق خصوصاً فى موضع القسم صفة الله ولو قال وعهد الله فهو يمين لان العهد يمين لما نذكر فصار كانه قال ويمين الله وذلك يمين فكذا هذا ولو قال باسم الله لا افعل كذا يكون يمينا كذا روى عن محمد لان الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفاً بالذات كانه قال بالله ولو قال ووجه الله فهو يمين كذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة لان الوجه المضاف الى الله تعالى يراد به الذات قال تعالى كل شئ هالك الا وجهه أى ذاته وقال عز وجل ويبقى وجه ربك ذو الجلال والاكرام أى ذاته وذكر الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان الرجل اذا قال ووجه الله لا أفعل كذا ثم فعل انها ليست بيمين وقال ابن شجاع انها ليست من ايمان الناس انما هى حلف السفلة وروى المعلى عن محمد اذا قال لا اله الا الله لا أفعل كذا وكذا لا يكون يمينا الا أن ينوى يميناً وكذا قوله سبحان الله والله أكبر لا أفعل كذا لان العادة ما جرت بالقسم بهذا اللفظ وانما يذكر هذا قبل الخبر على طريق التعجب فلا يكون يميناً الا اذا نوى اليمين فكانه حذف حرف القسم فيكون حالفا وعن محمد فيمن قال وملكوت الله وجبروت الله انه يمين لانه من صفاته التى لا تستعمل الا فى الصفة فكان الحلف به يمينا كقوله وعظمة الله وجلاله وكبريائه ولو قال وعمر الله لا أفعل كذا كان يمينا لان هذا حلف ببقاء الله وهو لا يستعمل الا فى الصفة وكذا الحلف به متعارف قال الله عز وجل لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون وقال طرفة

لعمرك ان الموت ما أخطأ الفتى * لك الطول المرجى وتبناه باليد

ولو قال وايم الله لأفعل كذا كان يمينا لان هذا من صلات اليمين عند البصريين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في زيد بن حارثة رضي الله عنه حين أمره في حرب موته وقد بلغه الطعن وايم الله لخليق للامارة وعند الكوفيين هو جمع اليمين تقديره وأيمن الله الا ان النون أسقطت عند كثرة الاستعمال للتخفيف كما في قوله تعالى حنيفا ولم يك من المشركين والايمن جمع يمين فكانه قال و يمين الله وانه حلف بالله تعالى لان العرب تعارفته يمينا قال امرؤ القيس

فقلت يمين الله أبرح قاعداً * وان قطعت رأسي لديك وأوصالي

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صالي

وقالت عنترة

فقالت يمين الله مالك حيلة * وما ان أرى عنك الغواية تنجلي

فقد استعمل امرؤ القيس يمين الله وسماه حلفا بالله ولو قال وحق الله لا يكون حالفا في قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف و روى عنه رواية أخرى انه يكون يمينا ووجهه ان قوله وحق الله وان كان اضافة الحق الى الله تعالى لكن الشئ قد يضاف الى نفسه في الجملة والحق من أسماء الله تعالى فكانه قال والله الحق ولهما ان الاصل ان يضاف الشئ الى غيره لا الى نفسه فكان حلفا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا ولان الحق المضاف الى الله تعالى يراد به الطاعات والعبادات لله تعالى في عرف الشرع ألا ترى أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له ماحق الله على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيأ والحلف بعبادة الله وطاعته لا يكون يميناً ولو قال والحق يكون يمينا لان الحق من أسماء الله تعالى قال الله تعالى و يعلمون ان الله هو الحق المبين وقيل ان نوى به اليمين يكون يمينا والا فلا لان اسم الحق كما يطلق على الله تعالى يطلق على غيره فيقف على النية ولو قال حقا لا رواية فيه واختلف المشايخ قال محمد بن سلمة لا يكون يمينا لان قوله حقا بمنزلة قوله صدقا وقال أبو مطيع هو يمين لان الحق من أسماء الله تعالى فقوله حقا كقوله والحق ولو قال اقسم بالله أو احلف أو اشهد بالله أو اعزم بالله كان يمينا عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا اذا نوى اليمين لانه يحتمل الحال و يحتمل الاستقبال فلا بد من النية ولنا أن صيغة افعل للحال حقيقة وللاستقبال بقرينة السين وسوف وهو الصحيح فكان هذا اخبارا عن حلفه بالله للحال وهذا اذا ظهر المقسم به فان لم يظهر بان قال اقسم أو احلف أو اشهد أو اعزم كان يمينا في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يكون يمينا (وجه) قوله انه اذا لم يذكر المحلوف به فيحتمل انه أراد به الحلف بالله و يحتمل انه أراد به الحلف بغير الله تعالى فلا يجعل حلفا مع الشك (ولنا) ان القسم لما لم يجز الا بالله عز وجل كان الاخبار عنه اخبارا عما لا يجوز بدونه كما في قوله تعالى واسأل القرية التي كنا فيها ونحو ذلك ولان العرب تعارفت الحلف على هذا الوجه قال الله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم ولم يقل بالله وقال سبحانه وتعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله فالله سبحانه وتعالى سماه يمينا بقوله تعالى اتخذوا ايمانهم جنة وقال تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولم يذكر بالله ثم سماه قسما والقسم لا يكون الا بالله تعالى في عرف الشرع واستدل محمد بقوله ولا يستثنون فقال أفيكون الاستثناء الا في اليمين وفيه نظر لان الاستثناء لا يستدعى تقدم اليمين لا محالة وانما يستدعى الاخبار عن أمر يفعله في المستقبل كما قال تعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غداً الا أن يشاء الله وقوله اعزم معناه أوجب فكان اخبارا عن الايجاب في الحال وهذا معنى اليمين وكذا لو قال عزمت لا أفعل كذا كان حالفا وكذا لو قال آليت لا أفعل كذا لان الالية هي اليمين وكذا لو قال على نذر أو نذر الله فهو يمين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ومن نذر ولم يسم فعليه كفارة يمين وقال صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وروى أن عبد الله بن الزبير قال لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لاحجرن عليها فبلغ ذلك عائشة فقالت أو قال ذلك قالوا نعم فقالت لله على نذر ان كلمته أبداً فاعتق عن يمينها عبداً وكذا قوله على يمين أو يمين الله في قول

أصحابنا الثلاثة وقال زفر له على يمين لا يكون يمينا (وجه) قوله على ماذكرنا فيما تقدم ان اليمين قد يكون بالله وقد يكون بغير الله تعالى فلا ينعقد يميناً بالشك (ولنا) أن قوله على يمين أى يمين الله اذ لا يجوز اليمين بغير الله تعالى وقوله يمين الله دون قوله على يمين فكيف معه أو يقال معنى قوله على يمين أو يمين الله أى على موجب يمين الله الا انه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه طلبا للتخفيف عند كثرة الاستعمال ولو قال على عهد الله أو ذمة الله أو ميثاقه فهو يمين لان اليمين بالله تعالى هى عهد الله على تحقيق أو نفيه ألا ترى الى قوله تعالى واوفوا بالعهد اذا عاهدتم ثم قال سبحانه وتعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وجعل العهد يمينا والذمة هى العهد ومنه أهل الذمة أى أهل العهد والميثاق والعهد من الاسماء المترادفة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا قال فى وصيته اياهم وان أرادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم أى عهد الله وعهد رسوله ولو قال ان فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء عن الاسلام أو كافر او يعبد من دون الله أو يعبد الصليب أو نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفرا فهو يمين استحسانا والقياس انه لا يكون يمينا وهو قول الشافعى وجه القياس انه علق الفعل المحلوف عليه بما هو معصية فلا يكون حالفا كما لو قال ان فعل كذا فهو شارب خمراً أو آكل ميتة وجه الاستحسان ان الحلف بهذه الالفاظ متعارف بين الناس فانهم يحلفون بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ولو لم يكن ذلك حلفا لما تعارفوا لان الحلف بغير الله تعالى معصية فدل تعارفهم على انهم جعلوا ذلك كناية عن الحلف بالله عز وجل وان لم يعقل وجه الكناية فيه كقول العرب لله على ان أضرب ثوبى حطيم الكعبة ان ذلك جعل كناية عن التصدق فى عرفهم وان لم يعقل وجه الكناية فيه كذا هذا اذا أضاف اليمين الى المستقبل فاما اذا أضاف الى الماضى بان قال هو يهودى أو نصرانى ان فعل كذا لشىء قد فعله فهذا يمين الغموس بهذا اللفظ ولا كفارة فيه عندنا لكنه هل يكفر لم يذكر فى الاصل وعن محمد ابن مقاتل الرازى انه يكفر لانه علق الكفر بشىء يعلم انه موجود فصار كانه قال هو كافر بالله وكتب نصر بن يحيى الى ابن شجاع يسأله عن ذلك فقال لا يكفر وهكذا روى عن أبى يوسف انه لا يكفر وهو الصحيح لانه ما قصد به الكفر ولا اعتقده وانما قصد به ترويج كلامه وتصديقه فيه ولو قال عصيت الله ان فعلت كذا أو عصيته فى كل ما افترض على فليس بيمين لان الناس ما اعتادوا الحلف بهذه الالفاظ ولو قال هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو لحم الخنزير أو يترك الصلاة والزكاة ان فعل كذا فليس شىء من ذلك يمينا لانه ليس بايجاب بل هو اخبار عن فعل المعصية فى المستقبل بخلاف قوله هو يهودى أو نحوه لان ذلك ايجاب فى الحال وكذلك لو دعى على نفسه بالموت أو عذاب النار بان قال عليه عذاب الله ان فعل كذا أو قال أماته الله ان فعل كذا لان هذا ليس بايجاب بل دعاء على نفسه ولا يحلف بالآباء والامهات والابناء ولو حلف بشىء من ذلك لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى والناس وان تعارفوا الحلف بهم لكن الشرع نهى عنه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فيحلف بالله أو ليذر وروى عنه انه قال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولان هذا النوع من الحلف لتعظيم المحلوف وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى ولو قال ودين الله أو طاعته أو شرائعه أو أنبيائه وملائكته أو عرشه لم يكن يمينا لانه حلف بغير الله ومن الناس من قال الحلف بالانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم يمين وهذا غير سديد للحديث ولانه حلف بغير الله فلا يكون قسما كالحلف بالكعبة كذا لو قال وبيت الله أو حلف بالكعبة أو بالمشعر الحرام أو بالصفا أو بالمروة أو بالصلاة أو الصوم أو الحج لان كل ذلك حلف بغير الله عز وجل وكذا الحلف بالحجر الاسود والقبر والمنبر لما قلنا ولا يحلف بالسماء ولا بالارض ولا بالشمس ولا بالقمر والنجوم ولا بكل شىء سوى الله تعالى وصفاته العلية لما قلنا وقد قال أبو حنيفة لا يحلف الا بالله متجردا بالتوحيد والاخلاص ولو قال وعبادة وحمد الله فليس بيمين لانه حلف بغير الله ألا ترى ان العبادة والحمد فعلك ولو قال بالقرآن أو بالمصحف أو بسورة كذا من القرآن فليس بيمين لانه حلف بغير الله تعالى وأما المصحف فلا شك فيه وأما

القرآن

القرآن وسورة كذا فلان المتعارف من اسم القرآن الحروف المنظومة والاصوات المقطعة بتقطيع خاص لا كلام الله الذى هو صفة أزلية قائمة بذاته تنافى السكوت والآفة ولو قال بحدود الله لا يكون يمينا كذا ذكر فى الاصل واختلفوا فى المراد بحدود الله قال بعضهم يراد به الحدود المعروفة من حد الزنا والسرقة والشرب والقذف وقال بعضهم يراد بها الفرائض مثل الصوم والصلاة وغيرهما وكل ذلك حلف بغير الله تعالى فلا يكون يمينا وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا الا بالله ومن حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس منا ولو قال عليه غضب الله أو سخطه أو لعنته ان فعل كذا لم يكن يمينا لانه دعاء على نفسه بالعذاب والعقوبة والطرد عن الرحمة فلا يكون حالفا كما لو قال عليه عذاب الله وعقابه و بعده عن رحمته ومن مشايخنا بالعراق من قال فى تخريجه القسم بالصفات ان الصفات على ضربين صفة للذات وصفة للفعل وفصل بينهما بالنفى والاثبات وهوان ما يثبت ولا ينفى فهو صفة للذات كالعلم والقدرة ونحوهما وما يثبت و ينفى فهو صفة الفعل كالتكوين والاحياء والرزق ونحو ذلك وجعل الرحمة والغضب من صفات الفعل فجعل صفة الذات قديمة وصفة الفعل حادثة فقال الحلف بصفة الذات يكون حلفا بالله فيكون يمينا والحلف بصفة الفعل يكون حلفا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا والقول بحدوث صفات الفعل مذهب المعتزلة والاشعرية الا انهم اختلفوا فى الحد الفاصل بين الصفتين ففصلت المعتزلة بما ذكره هذا القائل من النفى والاثبات والاشعرية فصلت بلزوم النقيصة وعدم اللزوم وهوانه ما يلزم بنفيه نقيصة فهو من صفات الذات وما لا يلزم بنفيه نقيصة فهو من صفات الفعل مع اتفاق الفريقين على حدوث صفات الفعل وانما اختلفت عباراتهم فى التحديد لاجل الكلام فكلام الله تعالى محدث عند المعتزلة لانه ينفى و يثبت فكان من صفات الفعل فكان حادثا وعند الاشعرية أزلى لانه يلزم بنفيه نقيصة فكان من صفات الذات فكان قديما ومذهبنا وهو مذهب أهل السنة والجماعة ان صفات الله أزلية والله تعالى موصوف بها فى الازل سواء كانت راجعة الى الذات أو الى الفعل فهذا التخريج وقع معدولا به عن مذهب أهل السنة والجماعة وانما الطريقة الصحيحة والحجة المستقيمة فى تخريج هذا النوع من المسائل ما سلكنا والله تعالى الموفق للسداد والهادى الى سبيل الرشاد وهذا الذى ذكرنا اذا ذكر اسم الله تعالى فى القسم مرة واحدة فاما اذا كرر فجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما أن ذكر المقسم به وهو اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثانيا ثم ذكر المقسم عليه واما ان ذكرهما جميعا ثم أعادهما جميعا وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بحرف العطف أو يكون بدونه فان ذكر اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم عليه حتى كرر اسم الله تعالى ثم ذكر المقسم عليه فان لم يدخل بين الاسمين حرف العطف كان يمينا واحدة بلا خلاف سواء كان الاسم مختلفا أو متفقا فالمختلف نحو ان يقول والله الرحمن ما فعلت كذا وكذا لانه لم يذكر حرف العطف والثانى يصلح صفة للاول علم انه أراد به الصفة فيكون حالفا بذات موصوف لا باسم الذات على حدة و باسم الصفة على حدة والمتفق نحو أن يقول الله والله ما فعلت كذا لان الثانى لا يصلح نعتا للاول و يصلح تكريرا وتأكيدا له فيكون يمينا واحدة الا أن ينوى به يمينين و يصير قوله الله ابتداء يمين بحذف حرف القسم وانه قسم صحيح على ما بينا فيما تقدم وان أدخل بين القسمين حرف عطف بأن قال والله والرحمن لا أفعل كذا ذكر محمد فى الجامع انهما يمينان وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وأبى يوسف وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه يكون يمينا واحدة و به أخذ زفر وقد روى هذا أيضا عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول وجه رواية المذكور فى الجامع انه لما عطف أحد الاسمين على الآخر فكان الثانى غير الاول لان المعطوف غير المعطوف عليه فكان كل واحد منهما يمينا على حدة بخلاف ما اذا لم يعطف لانه اذا لم يعطف أحدهما على الآخر يجعل الثانى صفة للاول لانه يصلح صفة لان الاسم يختلف ولهذا يستحلف القاضى بالاسماء والصفات من غير حرف العطف فيقول والله الرحمن الرحيم الطالب المدرك ولا يجوز أن يستحلف مع حرف العطف لانه ليس على المدعى عليه الا يمين واحدة وجه رواية

الحسن ان حرف العطف قد يستعمل للاستئناف وقد يستعمل للصفة فانه يقال فلان العالم والزاهد والجواد والشجاع فاحتمل المغايرة واحتمل الصفة فلا تثبت يمين أخرى مع الشك والحاصل ان أهل اللغة اختلفوا فى هذه المسألة فى ان هذا يكون يمينا واحدة أو يكون يمينين ولقب المسألة ان ادخال القسم على القسم قبل تمام الكلام هل يجوز قال بعضهم لا يجوز وهو قول أبى على الفسوى والخليل حتى حكى سيبويه عن الخليل ان قوله عز وجل والليل اذا يغشى والنهار اذا تجلى يمين واحدة وقال بعضهم يجوز وهو قول الزجاج والفراء حتى قال الزجاج ان قوله عز وجل ص قسم وقوله عز وجل والقرآن ذى الذكر قسم آخر والحجج وتعريف ترجيح أحد القولين على الآخر تعرف فى كتب النحو وقد قيل فى ترجيح القول الاول على الثانى انا اذا جعلناهما يمينا واحدة لا نحتاج الى ادراج جواب آخر بل يصير قوله لا أفعل مقسما عليه بالاسمين جميعا ولو جعلنا كل واحد منهما قسما على حدة لاحتجنا الى ادراج ذكر المقسم عليه لاحد الاسمين فيصير كانه قال والله والله لا أفعل كذا فعلى قياس ما ذكر محمد فى الجامع يكون يمينين وروى محمد فى النوادر انه يمين واحدة كانه استحسن وحمله على التكرار لتعارف الناس وهكذا ذكر فى المنتقى عن محمد انه اذا قال والله والله والله لا أفعل كذا القياس ان يكون ثلاثة ايمان بمنزلة قوله والله والرحمن والرحيم وفيه قبح وينبغى فى الاستحسان ان يكون يمينا واحدة هكذا ذكر ولو قال والله والله لا أفعل كذا ذكر محمد ان القياس ان يكون عليه كفارتان ولكنى أستحسن فأجعل عليه كفارة واحدة وهذا كله فى الاسم المتفق ترك محمد القياس وأخذ بالاستحسان لمكان العرف لما زعم أن معانى كلام الناس عليه هذا اذا ذكر المقسم به ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله ثانيا فأما اذا ذكرهما جميعا ثم أعادهما فان كان بحرف العطف بان قال والله لا أفعل كذا والرحمن لا أفعل كذا أو قال والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا فلا شك انهما يمينان سواء كان ذلك فى مجلسين أو فى مجلس واحد حتى لو فعل كان عليه كفارتان وكذا لو أعادهما بدون حرف العطف بان قال والله لا أفعل كذا وقال والله لا أفعل كذا لانه لما أعاد المقسم عليه مع الاسم الثانى علم أنه أراد به يمينا أخرى اذ لو أراد الصفة أو التأكيد لما أعاد المقسم عليه ولو قال والله لا أفعل كذا أو قال والله لا أفعل كذا وقال أردت بالثانى الخبر عن الاول ذكر الكرخى انه يصدق لان الحكم المتعلق باليمين بالله تعالى هو وجوب الكفارة وانه أمر بينه وبين الله تعالى ولفظه محتمل فى الجملة وان كان خلاف الظاهر فكان مصدقا فيما بينه وبين الله عز وجل وروى عن أبى حنيفة انه لا يصدق فان المعلى روى عن أبى يوسف انه قال فى رجل حلف فى مقعد واحد بأربعة أيمان أو أكثر أو بأقل فقال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال لكل يمين كفارة ومقعد واحد ومقاعد مختلفة واحد فان قال عنى بالثانية الاولى لم يصدق فى اليمين بالله تعالى ويصدق فى اليمين بالحج والعمرة والفدية وكل يمين قال فيها على كذا والفرق ان الواجب فى اليمين القرب فى لفظ الحالف لان لفظه يدل على الوجوب وهو قوله على كذا وصيغة هذا صيغة الخبر فاذا أراد بالثانية الخبر عن الاول صح بخلاف اليمين بالله تعالى فان الواجب فى اليمين بالله تعالى ليس فى لفظ الحالف لان لفظه لا يدل على الوجوب وانما يجب بحرمة اسم الله وكل يمين منفردة بالاسم فينفرد بحكمها فلا يصدق انه أراد بالثانية الاولى وروى عن محمد انه قال فى رجل قال هو يهودى ان فعل كذا وهو نصرانى ان فعل كذا وهو مجوسى ان فعل كذا وهو مشرك ان فعل كذا لشئ واحد قال عليه لكل شئ من ذلك يمين ولو قال هو يهودى هو نصرانى هو مجوسى هو مشرك فهو يمين واحدة وهذا على الاصل الذى ذكرنا انه اذا ذكر المقسم به مع المقسم عليه ثم أعاده فالثانى غير الاول فى قولهم جميعا واذا ذكر المقسم به وكرره من غير حرف العطف فهو يمين واحدة فى قولهم جميعا

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط ركن اليمين بالله تعالى فانواع بعضها يرجع الى الحالف وبعضها يرجع الى المحلوف عليه وبعضها يرجع الى نفس الركن أما الذى يرجع الى الحالف فانواع منها ان يكون عاقلا بالغا يصح يمين الصبى والمجنون وان كان عاقلا لانها تصرف ايجاب وهما ليسا من أهل الايجاب ولهذا لم يصح نذرهما ومنها ان يكون مسلما

فلا

فلا يصح يمين الكافر وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط حتى لو حلف الكافر على يمين ثم أسلم فحنث فلا كفارة
عليه عندنا وعنده تجب الكفارة الا انه اذا حنث في حال الكفر لا تجب عليه الكفارة بالصوم بل بالمال وجه قوله
ان الكافر من أهل اليمين بالله تعالى بدليل انه يستحلف في الدعاوى والخصومات وكذا يصح ايلاؤه ولو لم يكن أهلا
لما انعقد كايلاء الصبي والمجنون وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق فكان من أهل اليمين بالله تعالى كالمسلم
بخلاف الصبي والمجنون (ولنا) ان الكفارة عبادة والكافر ليس من أهلها والدليل على ان الكفارة عبادة انها
لا تتادى بدون النية وكذا لا تسقط باداء الغير عنه وهما حكمان مختصان بالعبادات اذ غير العبادة لا تشترط فيه
النية ولا يختص سقوطه باداء من عليه كالديون ورد المغصوب ونحوها والدليل عليه أن للصوم فيها مدخلا على وجه
البدل و بدل العبادة يكون عبادة والكافر ليس من أهل العبادات فلا تجب بيمينه الكفارة فلا تنعقد يمينه كيمين
الصبي والمجنون وانما يستحلف في الدعاوى لان المقصود من الاستحلاف التحرج عن الكذب كالمسلم فاستويا
فيه وانما يفارق المسلم فيما هو عبادة وهكذا نقول في الايلاء انه لا يصح في حق وجوب الكفارة لان الايلاء يتضمن
حكمين وجوب الكفارة على تقدير القربان ووقوع الطلاق بعد انقضاء المدة اذا لم يقربها في المدة والكفارة
حق الله تعالى فلا يؤاخذ به الكافر والطلاق حق العبد فيؤاخذ به وأما الحرية فليست بشرط فتصح يمين
المملوك الا انه لا يجب عليه للحال الكفارة بالمال لانه لا ملك له وانما يجب عليه التكفير بالصوم وللمولى ان يمنعه من
الصوم وكذا كل صوم وجب بمباشرة سبب الوجوب من العبد كالصوم المنذور به لان المولى يتضرر بصومه
والعبد لا يملك الاضرار بالمولى ولو أعتق قبل ان يصوم يجب عليه التكفير بالمال لان استفاد أهلية الملك بالعتق
وكذا الطواعية ليست بشرط عندنا فيصح من المكره لانها من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه
كالطلاق والعتاق والنذر وكل تصرف لا يحتمل الفسخ وعند الشافعي شرط وهي من مسائل الاكراه وكذا
الجد والعمد فتصح من الخاطئ والهازل عندنا خلافا للشافعي (وأما) الذي يرجع الى المحلوف عليه فهو ان
يكون متصور الوجود حقيقة عند الحلف هو شرط انعقاد اليمين على أمر في المستقبل و بقاؤها أيضا متصور الوجود
حقيقة بعد اليمين شرط بقاء اليمين حتى لا ينعقد اليمين على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ولا يبقى اذا صار بحال
يستحيل وجوده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط لانعقاد اليمين ولا
لبقائها وانما الشرط ان تكون اليمين على أمر في المستقبل وأما كونه متصور الوجود عادة فهل هو شرط انعقاد
اليمين قال أصحابنا الثلاثة ليس بشرط فينعقد على ما يستحيل وجوده عادة بعد ان كان لا يستحيل وجوده حقيقة
وقال زفر هو شرط لا تنعقد اليمين بدونه وبيان هذه الجملة اذا قال والله لاشربن الماء الذي في هذا الكوز فاذا
لا ماء فيه لم تنعقد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر لعدم شرط الانعقاد وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه
وعند أبي يوسف تنعقد لوجود الشرط وهو الاضافة الى أمر في المستقبل وان كان يعلم انه لا ماء فيه تنعقد عند أصحابنا
الثلاثة وعند زفر لا تنعقد وهو رواية عن أبي حنيفة انه لا تنعقد علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا وقت وقال والله
لاشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء في الكوز انه لا تنعقد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي
يوسف تنعقد وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لاقتلن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم بموته انه لا تنعقد عندهم خلافا لابي
يوسف وان كان عالما بموته تنعقد عندهم خلافا لزفر ولو قال والله لامسن السماء أو لاصعدن السماء أو لاحولن هذا
الحجر ذهبا تنعقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا تنعقد أما الكلام مع أبي يوسف فوجه قوله ان الحالف جعل
شرط عدم حنثه القتل والشرب في المطلق وفي الموقت عدم الشرب في المدة وقد تأكد العدم فتأكد شرط الحنث
فيحنث كما في قوله والله لامسن السماء أو لاحولن هذا الحجر ذهبا ولهما أن اليمين تنعقد للبر لان البر هو موجب اليمين
وهو المقصود الاصلي من اليمين أيضا لان الحالف بالله تعالى يقصد بيمينه تحقيق البر والوفاء بما عهد وانجاز ما وعد ثم

الكفارة تجب لدفع الذنب الحاصل بتفويت البر وهو الحنث فاذا لم يكن البر متصور الوجود حقيقة لا يتصور الحنث فلم يكن فى انعقاد اليمين فائدة فلا تنعقد والدليل على ان البر غير متصور الوجود من هذه اليمين حقيقة انه اذا كان عنده ان فى الكوز ماء وان الشخص حى فيمينه تقع على الماء الذى كان فيه وقت اليمين وعلى ازالة حياة قائمة وقت اليمين والله تعالى وان كان قادرا على خلق الماء فى الكوز ولكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الماء الذى وقعت يمينه عليه وفى مسئلة القتل زالت تلك الحياة على وجه لا يتصور عودها بخلاف ما اذا كان عالما بذلك لانه اذا كان عالما به فانما انعقد يمينه على ماء آخر يخلقه الله تعالى وعلى حياة أخرى يحدثها الله تعالى الا ان ذلك على نقض العادة فكان العجز عن تحقيق البر ثابتا عادة فيحنث بخلاف قوله والله لامسن السماء ونحوه لان هناك البر متصور الوجود فى نفسه حقيقة بان يقدره الله تعالى على ذلك كما أقدر الملائكة وغيرهم من الانبياء عليهم الصلاة والسلام الا انه عاجز عن ذلك عادة فلتصور وجوده حقيقة انعقدت وللعجز عن تحقيقه عادة حنث ووجبت الكفارة وأما الكلام مع زفر فى اليمين على مس السماء ونحوه فهو يقول المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وفى المستحيل حقيقة لا تنعقد كذا فى المستحيل عادة ولنا ان اعتبار الحقيقة والعادة واجب ما أمكن وفيما قلناه اعتبار الحقيقة والعادة جميعا وفيما قاله اعتبار العادة واهدار الحقيقة فكان ما قلناه أولى ولو قال والله لامسن السماء اليوم يحنث فى آخر اليوم عند أبى حنيفة ومحمد وفى قياس قول أبى يوسف انه يحنث فى الحال وقد روى عن أبى يوسف ما يدل عليه فانه قال فى رجل حلف ليشربن ماء دجلة كله اليوم قال أبو حنيفة لا يحنث حتى يمضى اليوم وقال أبو يوسف يحنث الساعة فان قال فى يمينه غدا لم يحنث حتى يمضى اليوم فى قول أبى حنيفة لان الانعقاد يتعلق بآخر اليوم عنده فاما أبو يوسف فقال يحنث فى أول جزء من أجزاء الغد لان شرط البر غير منتظر فكانه قال لها أنت طالق فى غد والله عز وجل أعلم هذا اذا لم يكن المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة أو عادة وقت اليمين حتى انعقدت اليمين بلا خلاف ثم فات فالحلف لا يخلو اما ان يكون مطلقا عن الوقت واما ان يكون موقتا بوقت وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون فى الاثبات أو فى النفى فان كان مطلقا فى الاثبات بان قال والله لآكلن هذا الرغيف أو لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز أو لادخلن هذه الدار أو لآتين البصرة فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث لان الحنث فى اليمين المطلقة يتعلق بفوات البر فى جميع البر فاذا ما قائمين لا يقع اليأس عن تحقيق البر فلا يحنث فاذا هلك أحدهما يحنث لوقوع العجز عن تحقيقه غير انه اذا هلك المحلوف عليه يحنث وقت هلاكه واذا هلك الحالف يحنث فى آخر جزء من أجزاء حياته لان الحنث فى الحالين بفوات البر ووقت فوات البر فى هلاك المحلوف عليه وقت هلاكه وفى هلاك الحالف آخر جزء من أجزاء حياته وان كان فى النفى بان قال والله لا آكل هذا الرغيف أو لا أشرب الماء الذى فى هذا الكوز فلم يأكل ولم يشرب الماء حتى هلك أحدهما فقد بر فى يمينه لوجود شرط البر وهو عدم الاكل والشرب وان كان موقتا بوقت فالوقت نوعان موقت نصا وموقت دلالة أما الموقت نصا فان كان فى الاثبات بان قال والله لآكلن هذا الرغيف اليوم أو لاشربن هذا الماء الذى فى هذا الكوز اليوم أو لادخلن هذه الدار ونحو ذلك فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين والوقت قائما لا يحنث لان البر فى الوقت مرجو فتبقى اليمين وان كان الحالف والمحلوف عليه قائمين ومضى الوقت يحنث فى قولهم جميعا لان اليمين كانت مؤقتة بوقت فاذا لم يفعل المحلوف عليه حتى مضى الوقت وقع اليأس عن فعله فى الوقت ففات البر عن الوقت فيحنث وان هلك الحالف فى الوقت والمحلوف عليه قائم فمضى الوقت لا يحنث بالاجماع لان الحنث فى اليمين المؤقتة بوقت يقع فى آخر أجزاء الوقت وهو ميت فى ذلك الوقت والميت لا يوصف بالحنث وان هلك المحلوف عليه والحالف قائم والوقت باق فيبطل اليمين فى قول أبى حنيفة ومحمد وزفر وعند أبى يوسف لا تبطل ويحنث واختلفت الرواية عنه فى وقت الحنث انه يحنث للحال أو عند غروب الشمس روى عنه انه يحنث عند غروب الشمس وروى عنه انه يحنث للحال قيل وهو الصحيح من مذهبه وان كان

فى النفى فمضى الوقت والحالف والمحلوف عليه قائمان فقد برفى يمينه لوجود شرط البر وكذلك ان هلك الحالف والمحلوف عليه فى الوقت لما قلنا وان فعل المحلوف عليه فى الوقت حنث لوجود شرط الحنث وهو الفعل فى الوقت والله عز وجل أعلم (وأما) الموقت دلالة فهو المسمى يمين الفور وأول من اهتدى الى جوابها أبو حنيفه ثم كل من سمعه استحسنه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهو أن يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال تدل على تقييد الشرط بالفور بان خرج جوابا الكلام أو بناء على أمر نحو ان يقول لآخر تعال تغدمعى فقال والله لا أتغدى فلم يتغد معه ثم رجع الى منزله فتغدى لا يحنث استحسانا والقياس ان يحنث وهو قول زفر وجه القياس انه منع نفسه عن التغدى عاما فصرفه الى البعض دون البعض تخصيص للعموم (ولنا) ان كلامه خرج جوابا للسؤال فينصرف الى ماوقع السؤال عنه والسؤال وقع عن الغداء المدعو اليه فينصرف الجواب اليه كانه أعاد السؤال وقال والله لا أتغدى الغداء الذى دعوتنى اليه وكذا اذا قامت امرأته لتخرج من الدار فقال لها ان خرجت فانت طالق فقعدت ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث استحسانا لان دلالة الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة كانه قال ان خرجت هذه الخرجة فانت طالق ولو قال لها ان خرجت من هذه الدار على الفور أوفى هذا اليوم فانت طالق بطل اعتبار الفور لانه ذكر مايدل على انه ما أراد به الخرجة المقصود اليها وانما أراد الخروج المطلق عن الدار فى اليوم حيث زاد على قدر الجواب وعلى هذا يخرج ما اذا قيل له انك تغتسل الليلة فى هذه الدار من جنابة فقال ان اغتسلت فعبدى حر ثم اغتسل لا عن جنابة ثم قال عنيت به الاغتسال عن جنابة انه يصدق لانه أخرج الكلام مخرج الجواب ولم يأت بما يدل على اعراضه عن الجواب فيتقيد بالكلام السابق ويجعل كانه اعادة ولو قال ان اغتسلت فيها الليلة عن جنابة فانت حر أو قال ان اغتسلت الليلة فى هذه الدار فعبدى حر ثم قال عنيت الاغتسال عن جنابة لا يصدق فى القضاء لانه زاد على القدر المحتاج اليه من الجواب حيث أتى بكلام مفيد مستقل بنفسه فخرج عن حد الجواب وصار كلاما مبتدأ فلا يصدق فى القضاء لكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل انه أراد به الجواب ومع هذا زاد على قدره وهذا وان كان بخلاف الظاهر لكن كلامه يحتمله فى الجملة وعلى هذا يخرج ما قاله ابن سماعة سمعت محمدا يقول فى رجل قال لآخر ان ضربتنى ولم أضربك وما أشبه ذلك فهذا على الفور وقوله لم يكون على وجهين على قبل وعلى بعد فان كانت على بعد فهى على الفور ولو قال ان كلمتنى فلم أجبك فهذا على بعد وهو على الفور وان قال ان ضربتنى ولم أضربك فهو عندنا على ان يضرب الحالف قبل ان يضرب المحلوف عليه فان أراد به بعد ونوى ذلك فهو على الفور وهكذا روى عن محمد وجملة هذا ان هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضى وقد تدخل على المستقبل فما كان معانى كلام الناس عليه حمل عند الاطلاق عليه وان كانت مستعملة فى الوجهين على السواء يتميز أحدهما بالنية فاذا قال ان ضربتنى ولم أضربك فقد حمله محمد على الماضى كانه رأى معانى كلام الناس عليه عند الاطلاق فكانه قال ان ضربتنى من غير مجازاة لما كان منى من الضرب فعبدى حر ويحتمل الاستقبال أيضا فاذا نواه حمل عليه وقوله ان كلمتنى ولم أجبك فهذا على المستقبل لان الجواب لا يتقدم الكلام فحمل على الاستقبال ويكون على الفور لانه يراد به الفور عادة وروى عن محمد فيمن قال كل جارية يشتريها فلا يطؤها فهى حرة قال هذا يطؤها ساعة يشتريها فان لم يفعل فهى حرة لان الفاء تقتضى التعقيب ولو قال مكان هذا ان لم يطأها فهذا على ما بينه وبين الموت فتى وطئها بر لان كلمة ان كلمة شرط فلا تقتضى التعجيل قال هشام عن أبى يوسف فان قال لغلامه ان لم تأتنى حتى أضربك فانت حر فجاء من ساعته فلم يضربه قال متى ماضربه فانه يبر فى يمينه ولا يعتق الا ان ينوى ساعة أمره بذلك لما ذكرنا ان ان للشرط فلا تقتضى التعجيل اذا لم يكن فى الكلام مايدل عليه ولو قال ان لم أشتر اليوم عبدا فاعتقه فعلى كذا فاشترى عبدا فوهبه ثم اشترى آخر فاعتقه قال محمد انما وقعت يمينه على العبد الاول فاذا أمسى ولم يعتقه حنث لان تقدير كلامه ان اشتريت عبدا فعلى عتقه فان لم أعتقه فعلى حجة وهذا قد استحقه الاول فلم يدخل الثانى فى اليمين قال

هشام عن محمد فيمن قال لآخر ان مت ولم أضر بك فكل مملوك لى حر فمات الحالف ولم يضر به قال محمد لا يعتقون لان من شرط الحنث ان يكون بعد الموت ولا ملك له فى ذلك الوقت فلا يعتقون وان قال ان لم أضر بك فكل مملوك لى حر لا يحنث حتى يخرج نفسه فيحنث قبل خروج نفسه يعنى فى آخر جزء من أجزاء حياته فيعتقون حينئذ لان شرط الحنث ترك الضرب وانه يتحقق فى تلك الحالة ولو قال ان لم أدخل هذه الدار حتى أموت فغلامه حر فلم يدخلها حتى مات لم يعتق وكذلك قال محمد فيمن قال ان لم أضر بك فيما بينى و بين ان أموت فعبدى حر فلم يضر به حتى مات عتق العبد قبل ان يموت لان فى الاول حنث بعد الموت وقال محمد فى الزيادات فيمن قال لرجل امرأته طالق ان لم تخبر فلانا بما صنعت حتى يضر بك فعبدى حر فاخبره فلم يضر به بر فى يمينه لانه جعل شرط البر الاخبار لانه سبب صالح للضرب جزاء له على صنعه والاخبار مما لا يمتد ولا يضرب له المدة فتعذر جعله للغاية فجعل للجزاء وقوله حتى يضر بك بيان الغرض يعنى ليضر بك فيصير معناه ان لم أتسبب لضر بك فاذا أخبر بصنيعه فقد تسبب لضر به فبر فى يمينه وكذلك اذا قال ان لم آتك حتى تغدينى أو ان لم أضر بك حتى تضر بنى فعبدى حر فاتاه فلم يغده أو ضر به ولم يضر به بر فى يمينه لان التغدية لا تصلح غاية للاتيان لكونها داعية الى زيادة الاتيان وكذلك الضرب يدعو الى زيادة الضرب لا الى تركه وانهائه فلا يجعل غاية و يجعل جزاء لوجود شرطه ولو قال ان لم ألزمك حتى تقضينى حقى أو لم أضر بك حتى يدخل الليل أو حتى تشتكى يدى أو حتى تصيح أو حتى يشفع لك فلان أو حتى ينهانى فلان فترك الملازمة قبل ان يقضى حقه أو ترك الضرب قبل وجود هذه الاسباب حنث لان كلمة حتى ههنا للغاية اذ المعقود عليه فعل ممتد وهو الملازمة والضرب فى قضاء الدين مؤثر فى انهاء الملازمة اذ هو المقصود من الملازمة والشفاعة والصياح والنهى وغيرها مؤثر فى ترك الضرب وانهائه نصارت للغاية لوجود شرطها ولو نوى به الجزاء يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق فى القضاء لانه أراد به التخفيف على نفسه فكان متهما وان قال ان لم آتك اليوم حتى أتغدى عندك أو ان لم آتك حتى أضر بك فعبدى حر فاتاه فلم يتغد عنده أو لم يضر به حتى مضى اليوم حنث لان كلمة حتى ههنا للعطف لان الفعلين جميعا من جانب واحد وهو الحالف فيصير كانه قال ان لم آتك اليوم فاضر بك أو فاتغدى عندك فان لم يوجدا جميعا لا يبر بخلاف قوله حتى تغدينى لان هناك أحد الفعلين من غيره فكان عوض فعله فلا يحنث بعدمه وان لم يوقت باليوم فاتاه ولم يتغد لم يحنث لان البر موجود بان يأتيه و يتغدى أو يتغدى من غير اتيان و وقت البر متسع فلا يحنث كما لو صرح به وقال ان لم آتك فاتغدى عندك ولو قال ذلك لا يحنث ما دام حيا كذلك هذا وحكى هشام عن أبى يوسف ان من قال لامته ان لم تجيئينى الليلة حتى أجامعك مرتين فانت حرة فجاءته فجامعها مرة وأصبح حنث فى يمينه وهذا وقوله ان لم تجيئينى الليلة فاجامعك مرتين سواء فيصير المجىء والمجامعة مرتين شرطا للبر فاذا انعدم يحنث فان لم يوقت بالليل لا يحنث وله أن يجامعها فى أى وقت شاء لان وقت البر يتسع عند عدم التوقيت وقال ابن سماعة عن محمد اذا قال ان ركبت دابتك فلم أعطك دابتى فعبدى حر قال هذا على الفور اذا ركب دابته فينبغى أن يعطيه دابة نفسه ساعتئذ وكذلك اذا قال ان دخلت دارك فلم أجلس فيها لان الفاء للتعقيب فيقتضى وجود ما دخلت عليه عقيب الشرط قال ولو قال ان رأيت فلانا فلم آتك به فعبدى حر فرآه أول ما رآه مع الرجل الذى قال له ان رأيته فلم آتك به فان الحالف حانث الساعة لان يمينه وقعت على أول رؤية و يستحيل أن يأتيه بمن هو معه قال القدورى وقد كان يجب ان لا يحنث عند أبى حنيفة ومحمد كما قالا فيمن قال له ان رأيت فلانا فلم أعلمك بذلك فعبدى حر فرآه أول ما رآه مع الرجل الذى قال له ذلك لم يحنث عند أبى حنيفة ومحمد لان العلم بمن قد علمه محال وكذلك الاتيان بمن معه فيصير كمن قال لا شربن الماء الذى فى هذا الكوز ولا ماء فيه ولو ان رجلا قال ان لقيتك فلم أسلم عليك فان سلم عليه ساعة يلقاه والا حنث وكذلك ان قال ان استعرت دابتك فلم تعرنى لان هذا على المجازاة يدا بيد وليس هذا مثل قوله ان دخلت الدار فان لم أكلم فلانا فهذا متى ما كلمه بر والاصل فيه ان يجىء فى هذا الباب

أمور تشتبه فان لم في معنى فلم يحمل على معظم معانى كلام الناس ولوقال ان أتيتنى فلم آتك أوان زرتنى فلم أزرك أوان أكرمتنى فلم أكرمك فهذا على الابد وهو في هذا الوجه مثل فان لم لان الزيارة لا تتعقب الزيارة عادة فكان المقصود هو الفعل فان قيل أتيتنى فلم آتك فالامر في هذا مشتبه قد يكون بمعنى ان لم آتك قبل اتيانك وقد يكون بمعنى ان لم آتك بعد اتيانك فكان محتملا للامرين فيحمل على ما كان الغالب من معانى كلام الناس عليه فان لم يكن فهو على ما نوى أى ذلك نوى من قبل أو بعد حملا على ما نوى وان لم تكن له نية يلحق بالمشتبه الذى لا يعرف له معنى فاما الذى يعرف من معناه انه قبل أو بعد فهو على الذى يعرف في القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى اذا لم يكن له نية فان نوى خلاف ما يعرف لم يدين في الحكم ودين فيما بينه و بين الله تعالى فالذى الظاهر منه قبل كقوله ان خرجت من باب لدار ولم أضر بك والذى ظاهره بعد مثل قوله ان أعطيتنى كذا ولم أكافئك بمثله والمحتمل كقوله ان كلمتك ولم تكلمنى فهذا يحتمل قبل و بعد فايهما فعل لم يكن للحالف فيه وان كان نوى أحد الفعلين فهو على ما نوى وان كان قبل ذلك فنطق يكون هذا جوابا له فهو على الجواب والله عز وجل الموفق (وأما) الذى يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء نحو ان يقول ان شاء الله تعالى او الا ان يشاء الله أو ماشاء الله أو الا أن يبدو لى غير هذا أو الا ان أرى غير هذا او الا ان أحب غير هذا أو قال ان أعاننى الله أو يسر الله أو قال بمعونة الله أو بتيسيره ونحو ذلك فان قال شيأ من ذلك موصولا لم تنعقد اليمين وان كان مفصولا انعقدت وسيأتى الكلام في الاستثناء وشرائطه في كتاب الطلاق ولو قال الا ان أستطيع فان عنى استطاعة الفعل وهو المعنى الذى يقصد فلا يحنث أبدا لانها مقارنة للفعل عندنا فلا توجد مالم يوجد الفعل وان عنى به استطاعة الاسباب وهى سلامة الآلات والاسباب والجوارح والاعضاء فان كانت له هذه الاستطاعة فلم يفعل حنث والا فلا وهذا لان لفظ الاستطاعة يحتمل كل واحد من المعنيين لانه يستعمل فيهما قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون وقال انك لن تستطيع معى صبرا والمراد منه استطاعة الفعل وقال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقال عز وجل فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد منه استطاعة سلامة الاسباب والآلات فاى ذلك نوى صحت نيته وان لم يكن له نية يحمل على استطاعة الاسباب وهو ان لا يمنعه مانع من العوارض والاشتغال لانه يراد بها ذلك في العرف والعادة فعند الاطلاق ينصرف اليه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اليمين بالله تعالى فيختلف باختلاف اليمين اما يمين الغموس فحكمها وجوب الكفارة لكن بالتوبة والاستغفار لانها جراءة عظيمة حتى قال الشيخ أبو منصور الماتريدى كان القياس عندى ان المتعمد بالحلف على الكذب يكفر لان اليمين بالله تعالى جعلت للتعظيم لله تعالى والحالف بالغموس مجترئ على الله عز وجل مستخف به ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحلف بالآباء والطواغيت لان في ذلك تعظيمهم وتبجيلا فالوزر له في الجراءة على الله أعظم وهذا لان التعمد بالحلف كاذبا على المعرفة بان الله عز وجل يسمع استشهاده بالله كاذبا مجترئ على الله سبحانه وتعالى ومستخف به وان كان غيره يزعم انه ذكر على طريق التعظيم وسبيل هذا سبيل أهل النفاق ان اظهارهم الايمان بالله سبحانه وتعالى استخفاف بالله تعالى لما كان اعتقادهم بخلاف ذلك وان كان ذلك القول تعظيما في نفسه وصدقا في الحقيقة تلزمهم العقوبة لما فيه من الاستخفاف وكذا هذا ولكن نقول لا يكفر بهذا لان فعله وان خرج مخرج الجراءة على الله تعالى والاستخفاف به من حيث الظاهر لكن غرضه الوصول الى مناه وشهوته لا القصد الى ذلك وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى في سؤال السائل ان العاصى يطيع الشيطان ومن أطاع الشيطان فقد كفر كيف لا يكفر العاصى فقال لان فعله وان خرج مخرج الطاعة للشيطان لكن ما فعله قصدا الى طاعته وانما يكفر بالقصد اذ الكفر عمل القلب لا بما يخرج فعله فعل معصية فكذلك الاول وأما الكفارة المعهودة وهى الكفارة بالمال فلا تجب عندنا وعند الشافعى تجب احتج بقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم نفى المؤاخذة باليمين اللغو في

الايمان وأثبتها بما كسب القلب ويمين الغموس مكسوبة القلب فكانت المؤاخذة ثابتة بها الا أن الله تعالى أبهم المؤاخذة في هذه الآية الشريفة أنها بالاثم أو بالكفارة المعهودة لكن فسر في الاخرى أن المؤاخذة بالكفارة المعهودة وهي قوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية فعلم أن المراد من المؤاخذة المذكورة في تلك الآية هذه المؤاخذة وبقوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية أثبت المؤاخذة في اليمين المعقودة بالكفارة المعهودة ويمين الغموس معقودة لان اسم العقد يقع على عقد القلب وهو العزم والقصد وقد وجد بقوله عز وجل في آخر الآية الكريمة ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعل الكفارة المعهودة كفارة الايمان على العموم خص منه يمين اللغو فمن ادعى تخصيص العموم فعليه الدليل مع ما ان أحق ما يراد به الغموس لانه علق الوجوب بنفس الحلف دون الحنث وذلك هو الغموس اذ الوجوب في غيره يتعلق بالحنث (ولنا) قوله سبحانه وتعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة الآية وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مالا لقي الله وهو عليه غضبان وروى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على منبري هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار والاستدلال بالنصوص ان الله تعالى جعل موجب الغموس العذاب في الآخرة فمن أوجب الكفارة فقد زاد على النصوص فلا يجوز الا بمثلها ومار وى عن نبي الرحمة صلى الله عليه وسلم أنه قال للمتلاعنين بعد فراغهما من اللعان الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب دعاهما الى التوبة لا الى الكفارة المعهودة ومعلوم أن حاجتهما الى بيان الكفارة المعهودة لو كانت واجبة كانت أشد من حاجتهما الى بيان كذب أحدهما وايجاب التوبة لان وجوب التوبة بالذنب يعرفه كل عاقل بمجرد العقل من غير معونة السمع والكفارة المعهودة لا تعرف الا بالسمع فلما لم يبين مع أن الحال حال الحاجة الى البيان دل أنها غير واجبة وكذا الحديث الذي روى في الخصمين أنه قضى لاحدهما وذكر فيه الوعيد الشديد ان يأخذه وهو غير الحق في ذلك ثم أمرهما صلى الله عليه وسلم بالاستهام وان يحلل كل واحد منهما صاحبه ولم يبين الكفارة والموضع موضع الحاجة الى البيان لو كانت واجبة فعلم أنها غير واجبة ولان وجوب الكفارة المعهودة حكم شرعي فلا يعرف الا بدليل شرعي وهو النص أو الاجماع أو القياس ولم يوجد وأقوى الدلائل في نفي الحكم نفي دليله أما الاجماع فظاهر الانتفاء وكذا النص القاطع لان أهل الديانة لا يختلفون في موضع فيه نص قاطع والنص الظاهر وجب العمل به أيضا وان كان لا يجب الاعتقاد قطعا فلا يقع الاختلاف ظاهرا نفي الاستدلال باليمين المعقودة ومن شرطه التساوي ولم يوجد لان الذنب في يمين الغموس أعظم وما صلح لدفع أدنى الذنبين لا يصلح لرفع أعلاهما ولهذا قال اسحق في يمين الغموس أجمع المسلمون على أنه لا يجب الكفارة فيها فقول من يوجبها ابتداء شرع ونصب حكم على الخلق وهو لم يشرك في حكمه أحدا ولا حجة له في قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم لان مطلق المؤاخذة في الجنايات يراد بها المؤاخذة في الآخرة لانها حقيقة المؤاخذة والجزاء فأما المؤاخذة في الدنيا فقد تكون خيرا وتكفيرا فلا تكون مؤاخذة معنى ونحن به نقول أن المؤاخذة بيمين الغموس ثابتة في الآخرة ولان قوله تعالى يؤاخذكم اخبار أنه يؤاخذ فأما قضية المؤاخذة فليست بمذكورة فيستدعي نوع مؤاخذة والمؤاخذة بالاسم مرادة من هذه الآية فلا يكون غيره مرادا اذا وأما قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فالمراد منه اليمين على أمر في المستقبل لان العقد هو الشد والربط في اللغة ومنه عقد الحبل وعقد الحمل وانعقاد الرق وهو ارتباط بعضه ببعض وقد يذكر ويراد به العهد وكل ذلك لا يتحقق الا في المستقبل ولان الآية قرئت بقراءتين بالتشديد والتخفيف والتشديد لا يحتمل الا عقد اللسان وهو عقد القول والتخفيف يحتمل العقد باللسان والعقد بالقلب وهو العزم والقصد فكانت قراءة التشديد محكمة في الدلالة على ارادة العقد باللسان والقراءة بالتخفيف محتملة فيرد المحتمل الى الحكم ليكون عملا بالقراءتين على الموافقة

والدليل

والدليل على أن المراد من الآية الكريمة اليمين على أمر في المستقبل أنه علق الكفارة فيها بالحلف والحنث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه اذا حلفتم وحنثم والحنث لا يتصور الا في اليمين على أمر في المستقبل وكذا قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين انما تصور في المستقبل لان ذلك تحقيق البر والوفاء بالعهد وانجاز الوعد وهذا لا يتصور في الماضي والحال والله عز وجل الموفق (وأما) يمين اللغو فلا كفارة فيها بالتوبة ولا بالمال بلا خلاف بيننا وبين الشافعي لان قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم أدخل كلمة النفي على المؤاخذة فيدل على انتفاء المؤاخذة فيها بالاثم والكفارة جميعا وانما اختلفا في تفسيرها واختلف قول من فسرها باليمين على المعاصي في وجوب الكفارة على ما بينا ثم الحالف باللغو انما لا يؤاخذ في اليمين بالله تعالى فأما اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق فانه يؤاخذ به حتى يقع الطلاق والعتاق وان كان ظاهر الآية الكريمة في نفي المؤاخذة عاما عرفنا ذلك بالخبر والنظر أما الخبر فقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وذكر الطلاق والعتاق واللاغى لا يعدو هذين فدل ان اللغو غير داخل في اليمين بالطلاق والعتاق وأما النظر فهو ان الطلاق والعتاق مما يقع معلقا ومنجزا ومتى علق بشرط كان يمينا فأعظم ما في اللغو انه يمنع انعقاد اليمين وارتباط الجزاء بالشرط فيبقى مجرد ذكر صيغة الطلاق والعتاق من غير شرط فيعمل في إفادة موجبهما بخلاف اليمين بالله تعالى فان هناك اذا الغا المحلوف عليه يبقى مجرد قوله والله فلا يجب به شئ فثبت بما ذكرنا ان المراد بالآية اللغو في اليمين بالله تعالى لا في اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق وسائر الاجزية (وأما) حكم اليمين المعقودة وهي اليمين على المستقبل فاليمين على المستقبل لا يخلو اما أن يكون على فعل واجب واما أن يكون على ترك المندوب واما أن يكون على ترك المباح أو فعله فان كان على فعل واجب بأن قال والله لاصلين صلاة الظهر اليوم أو لاصومن رمضان فانه يجب عليه الوفاء به ولا يجوز له الامتناع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يطيع الله فليطعه ولو امتنع يأثم ويحنث ويلزمه الكفارة وان كان على ترك الواجب أو على فعل معصية بأن قال والله لا أصلي صلاة الفرض أو لا أصوم رمضان أو قال والله لاشربن الخمر أو لازنين أو لاقتلن فلانا أو لا اكلم والدي ونحو ذلك فانه يجب عليه للحال الكفارة بالتوبة والاستغفار ثم يجب عليه أن يحنث نفسه ويكون بالمال لان عقد هذه اليمين معصية فيجب تكفيرها بالتوبة والاستغفار في الحال كسائر الجنايات التي ليس فيها كفارة معهودة وعلى هذا يحمل ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير أي عليه أن يحنث نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يعصى الله تعالى فلا يعصه وترك المعصية بتحنيث نفسه فيها فيحنث به ويكفر بالمال وهذا قول عامة العلماء وقال الشعبي لا تجب الكفارة المعهودة في اليمين على المعاصي وان حنث نفسه فيها لما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلف أحدكم على يمين فرأى ماهو خير منها فليأته فانه لا كفارة بها ولان الكفارة شرعت لرفع الذنب والحنث في هذه اليمين ليس بذنب لانه واجب فلا تجب الكفارة لرفع الذنب ولا ذنب (ولنا) قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الى قوله ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم من غير فصل بين اليمين على المعصية وغيرها والحديث المعروف وهو ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه فقد روى عنه خلافه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلف أحدكم بيمين ثم رأى خيرا مما حلف عليه فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير فوقع التعارض بين حديثيه فبقى الحديث المعروف لنا بلا تعارض ولان الامة أجمعت على ان الكفارة لا يمتنع وجوبها العذر في الحانث بل يتعلق بمطلق الحنث سواء كان الحانث ساهيا أو خاطئا أو نائما أو مغمى عليه أو مجنونا فلا يمتنع وجوبها لاجل المعصية ولان الكفارة انما وجبت في اليمين على المباحات اما لان الحنث فيها يقع خلفا في الوعد ونقضا للعهد لان الحالف وعد ان يفعل وعهد الله على ذلك فاذا حنث فقد صار بالحنث مخلفا في الوعد ناقضا للعهد

فوجبت الكفارة ليصير الحلف مستورا كأنه لم يكن أو لأن الحنث منه يخرج مخرج الاستخفاف بالاستشهاد باسم الله تعالى من حيث الصورة متى قوبل ذلك بعقده السابق لا من حيث الحقيقة إذ المسلم لا يباشر المعصية قصد المخالفة الله تعالى وإرادة الاستخفاف بأمره ونهيه فوجب عليه التكفير جبر الماهتك من حرمة اسم الله تعالى صورة لا حقيقة وسترا وكل واحد من الوجهين موجود ههنا فيجب وأما قولهم الكفارة شرعت لرفع الذنب فنعم لكن لم قلتم انه لا ذنب وقولهم الحنث واجب قلنا بلى لكن من حيث انه ترك المعصية لا من حيث انه نقض اليمين التي هي عهد مع الله تعالى بل الحنث من هذه الجهة ذنب فيحتاج الى التكفير بالمال وان كان على ترك المندوب بأن قال والله لا أصلي نافلة ولا أصوم تطوعا ولا أعود مريضا ولا أشيع جنازة ونحو ذلك فالافضل له أن يفعل ويكفر عن يمينه بالحديث الذي رويناه وان كان على مباح تركا أو فعلا كدخول الدار ونحوه فالافضل له البر وله أن يحنث نفسه ويكفر ثم الكفارة تجب في اليمين المعقودة على المستقبل سواء قصد اليمين أو لم يقصد عندنا بان كانت على أمر في المستقبل وعند الشافعي لا بد من قصد اليمين لتجب الكفارة واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح فتخصيص هذه الاشياء بالذكر في التسوية بين الجد والهزل منها دليل على ان حكم الجد والهزل يختلف في غيرها ليكون التخصيص مفيدا (ولنا) قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته أثبت المؤاخذة بالكفارة المعهودة في اليمين المعقودة مطلقا عن شرط القصد اذ العقد هو الشد والربط والعهد على ما بينا وقوله عز وجل ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم أي حلفتم وحنثتم جعل أحد الاشياء المذكورة كفارة الايمان على العموم عند وجود الحلف والحنث وقد وجد (وأما) الحديث فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين مع ما ان روايته الاخرى مسكوتة عن غير الاشياء المذكورة اذ لا يتعرض لغيرها بالنفي ولا بالاثبات فلا يصح الاحتجاج به والله عز وجل أعلم ثم وقت وجوب الكفارة في اليمين المعقودة على المستقبل هو وقت وجود الحنث فلا يجب الا بعد الحنث عند عامة العلماء وقال قوم وقته وقت وجود اليمين فتجب الكفارة بعقد اليمين من غير حنث واحتجوا بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقوله عز وجل ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وقوله عز وجل فكفارته أي كفارة ما عقدتم من الايمان لان الاضافة تستدعي مضافا اليه سابقا ولم يسبق غير ذلك العقد فيصرف اليه وكذا في قوله ذلك كفارة ايمانكم أضاف الكفارة الى اليمين وعلى ذلك تنسب الكفارة الى اليمين فيقال كفارة اليمين والاضافة تدل على السببية في الاصل وبما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير والاستدلال بالحديث من وجهين أحدهما أنه أمر بالتكفير بعد اليمين قبل الحنث ومطلق الامر يحمل على الوجوب والثاني أنه قال عليه الصلاة والسلام فليكفر عن يمينه أضاف التكفير الى اليمين فكذا في الرواية الاخرى فليأت الذي هو خير وليكفر يمينه أمر بتكفير اليمين لا بتكفير الحنث فدل أن الكفارة لليمين ولان الله تعالى نهى عن الوعد الا بالاستثناء بقوله عز وجل ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله ومعلوم أن ذلك النهي في اليمين أوكد وأشد ممن حلف على شيء بلا ثنيا فقد صار عاصيا باتيان ما نهى عنه فتجب الكفارة لدفع ذلك الاثم عنه (ولنا) أن الواجب كفارة والكفارة تكون للسيئات اذ من البعيد تكفير الحسنات فالسيئات تكفر بالحسنات قال الله سبحانه وتعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وعقد اليمين مشروع قد أقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم في غير موضع وكذا الرسل المتقدمة عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى خبرا عن ابراهيم عليه الصلاة والسلام أنه قال وتالله لأكيدن أصنامكم وقال خبرا عن أولاد يعقوب عليهم الصلاة والسلام أنهم قالوا تالله تفتؤ تذكر يوسف وكذا أيوب عليه الصلاة والسلام كان حلف أن يضرب امرأته فأمره الله سبحانه وتعالى بالوفاء بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث والانبياء عليهم الصلاة والسلام معصومون عن

الكبائر والمعاصى فدل أن نفس اليمين ليست بذنب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا حلفتم فاحلفوا بالله
وقال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر أمر صلى الله عليه وسلم
باليمين بالله تعالى فدل أن نفس اليمين ليس بذنب فلا يجب التكفير لها وانما يجب للحنث لانه هو المأثم فى الحقيقة ومعنى
الذنب فيه أنه كان عاهد الله تعالى أن يفعل كذا فالحنث يخرج مخرج نقض العهد منه فيأثم بالنقض لا بالعهد ولذلك
قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الآية ولان عقد اليمين يخرج
مخرج التعظيم والتبجيل لله تعالى وجعله مفزعا اليه ومأمنا عنه فيمتنع ان تجب بالكفارة محو اله وسترا وتبين بطلان
قولهم ان الحالف يصير عاصيا بترك الاستثناء فى اليمين لان الانبياء صلوات الله عليهم تركوا الاستثناء فى اليمين ولم
يجز وصفهم بالمعصية فدل ان ترك الاستثناء فى اليمين ليس بحرام وان كان تركه فى مطلق الوعد منهيا عنه كراهة
وذلك والله عز وجل اعلم لوجهين أحدهما أن الوعد اضافة الفعل الى نفسه بان يقول افعل غدا كذا وكل فعل يفعله
تحت مشيئة الله تعالى فان فعله لا يتحقق لاحد الا بعد تحقيق الله تعالى منه ولا يتحقق منه الاكتساب لذلك الا
باقداره فيندب الى قران الاستثناء بالوعد ليوفق على ذلك ويعصم عن الترك وفى اليمين ذكر الاستشهاد باسم الله
تعالى على طريق التعظيم قد استغاث بالله تعالى واليه فزع فيتحقق التعظيم الذى يحصل به الاستثناء وزيادة فلا معنى
للاستثناء الثانى أن اليمين شرعت لتأكيد المحلوف عليه خصوصا فى البيعة وقران الاستثناء فى مثل ذلك يبطل المعنى
الذى وضع له العقد بخلاف الوعد المطلق وأما الآية الكريمة فتأويلها من وجهين أحدهما أى يؤاخذكم الله بمحافظة
ما عقدتم من الايمان والوفاء بها كقوله عز وجل ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فان تركتم ذلك فكفارته كذا وكذلك
قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم فتركتم المحافظة ألا ترى أنه قال عز وجل واحفظوا ايمانكم والمحافظة تكون بالبر
والثانى أن يكون على اضمار الحنث أى ولكن يؤاخذكم بحنثكم فيما عقدتم وكذا فى قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم
أى اذا حلفتم وحنثتم كما فى قوله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك معناه
فحلق ففدية من صيام وقوله عز وجل فان أحصرتم فما استيسر من الهدى معناه فتحلل وقوله عز وجل فمن كان منكم
مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فأفطر فعدة من أيام أخر لان ظاهر الملفوظ وهو القدر الذى هو سبب
التخفيف لا يصلح سببا للوجوب فصار استعمال الرخصة مضمرا فيه كذلك ههنا لا تصلح اليمين التى هى تعظيم الرب
جل جلاله سببا لوجوب التكفير فيجب اضمار ما هو صالح وهو الحنث وأما اضافة الكفارة الى اليمين فليست
للوجوب بها بل على ارادة الحنث كاضافة كفارة الفطر الى الصيام واضافة الدم الى الحج والسجود الى السهو وان لم
يكن ما أضيف اليه سببا كذا هذا وأما الحديث فقد روى بروايات روى فليأت الذى هو خير وليكفر يمينه وروى
فليكفر يمينه وليأت الذى هو خير وروى فليأت الذى هو خير ثم ليكفر يمينه وهو على الروايات كلها حجة عليهم
لا لهم لان الكفارة لو كانت واجبة بنفس اليمين لقال عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فليكفر من غير
التعرض لما وقع عليه اليمين أنه ماذا ولما لزم الحنث اذا كان خيرا ثم بالتكفير فلما خص اليمين على ما كان الحنث
خيرا من البر بالنقض والكفارة علم انها تختص بالحنث دون اليمين نفسها وانها لا تجب بعقد اليمين دون الحنث
واختلف فى جوازها قبل الحنث قال أصحابنا لا يجوز وقال الشافعى يجوز التكفير بالمال قبل الحنث فأما التكفير
بالصوم فلا يجوز قبل الحنث بالاجماع وجه قوله انه كفر بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما لو كفر بالمال
بعد الجرح قبل الموت والدليل على أنه كفر بعد وجود سبب الوجوب أن اليمين سبب وجوب الكفارة
بدليل أن الكفارة تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين وقال الله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والحكم
انما يضاف الى سببه هو الاصل فدل أن اليمين سبب لوجوب الكفارة فكان هذا تكفيرا بعد وجود سبب
الوجوب فيجوز كما فى موضع الاجماع والدليل على جواز التكفير بالمال قبل الحنث ما روى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم كفر قبل الحنث وذلك أنه لما رأى حمزة رضى الله عنه سيد الشهداء قد مثل وجرح جراحات عظيمة اشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقسم أن يفعل كذلك بكذا كذا من قريش فنزل النهى عن الوفاء بذلك وكفر عن يمينه وذلك تكفير قبل الحنث لان الحنث فى مثل هذه اليمين لا يتحقق الا فى الوقت الذى لا يحتمل البرفيه حقيقة وذلك عند موته فدل على جواز التكفير للامة قبل الحنث اذ هو صلى الله عليه وسلم قدوة ولنا ان السبب ما يكون مفضيا الى المسبب اذ هو فى اللغة اسم لما يتوصل به الى الشىء واليمين ما نعة من الحنث لكون الحنث خلفا فى الوعد ونقضا للعهد وقد قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ان الله يعلم ما تفعلون ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا ولكونه استخفافا باسم الله تعالى من حيث الصورة وكل ذلك ما نع من الحنث فكانت اليمين ما نعة من الحنث فكانت ما نعة من الوجوب اذ الوجوب شرط الحنث بلا خلاف بيننا فكيف يكون سببا للوجوب ولهذا لم يجز تعجيل التكفير بالصوم كذا بالمال بخلاف التكفير بعد الجرح قبل الموت لان الجرح سبب للموت لكونه مفضيا الى فوات الحياة عادة فكان تكفيرا بعد وجود السبب فجاز وأما اضافة الكفارة الى اليمين فعلى اضمار الحنث فيكون الحنث بعد اليمين سببا لا قبله والحنث يكون سببا والدليل عليه انه سماه كفارة لقوله عز وجل ذلك كفارة أيمانكم وهى اسم لما يكفر بالذنب ولا ذنب الا ذنب الحنث فكان المراد منه اذا حلفتم وحنثتم كما يقرأ ابن مسعود رضى الله عنه فان قيل الكفارة تجب بنفس اليمين أصل الوجوب لكن يجب أداؤها عند الحنث كالزكاة تجب عند وجود النصاب لكن يجب الاداء عند الحول وقوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول لنفى وجوب الاداء لا لنفى أصل الوجوب فالجواب انه لا وجوب الا وجوب الفعل فاما وجوب غير الفعل فامر لا يعقل على ما عرف فى موضعه على انه لو كان كذلك لجاز التكفير بالصوم لانه صام بعد الوجوب فعلم ان الوجوب غير ثابت أصلا ورأسا فان قيل يجوز ان يسمى كفارة قبل وجوبها كما يسمى ما يعجل من المال زكاة قبل الحول وكما يسمى المعجل كفارة بعد الجراحة قبل الموت فلا حاجة الى الحنث فى جوازها فالجواب انه لا خلاف فى ان الكفارة الحقيقية وهى الكفارة الواجبة بعد الحنث مرادة بالآية فامتنع ان يراد بها ما يسمى كفارة مجاز العرضية الوجوب لاستحالة كون اللفظ الواحد منتظما الحقيقة والمجاز وأما تكفير النبى صلى الله عليه وسلم فنقول ذلك فى المعنى كان تكفيرا بعد الحنث لانه تكفير بعد العجز عن تحصيل البر فيكون تكفيرا بعد الحنث من حيث المعنى كمن حلف لآتين البصرة فمات يلزمه الكفارة لتحقق العجز بالموت وبيان ذلك ان النبى صلى الله عليه وسلم معصوم عن المعصية والوفاء بتلك اليمين معصية اذ هو نهى عن ذلك فكانت يمينه قبل النهى عن الذى حلف عليه فكانت منعقدة على فعل مباح ولما نهى صلى الله عليه وسلم عن تحصيل ذلك الفعل وصار ذلك معصية صار انشاء وعاجزا عن البر فصار حانثا وان كان ذلك الفعل ممكن الوجود فى نفسه فكان وقت يأسه وقت النهى لا وقت الموت أما فى حق غير النبى صلى الله عليه وسلم وقت اليأس والعجز حقيقة هو وقت الموت اذ غير النبى صلى الله عليه وسلم غير معصوم عن المعاصى فلا يتحقق العجز لتصور وجود البر مع وصف العصيان فهو الفرق والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ان اليمين بالله عز وجل على نية الحالف أو المستحلف فقد روى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال اليمين على نية الحالف اذا كان مظلوما وان كان ظالما فعلى نية المستحلف وذكر الكرخى ان هذا قول أصحابنا جميعا وذكر القدورى انه ان أراد به اليمين على الماضى فهو صحيح لان المؤاخذة فى اليمين على الماضى بالاثم فمتى كان الحالف ظالما كان آثما فى يمينه وان نوى به غير ما حلف عليه لانه يتوصل باليمين الى ظلم غيره وقد روى أبو امامة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب عليه النار قالوا وان كان شيأ يسيرا قال صلى الله عليه وسلم وان كان قضيبا من أراك قالها

ثلاثا وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان وأما اذا كان مظلوما فهو لا يقتطع بيمينه حقا فلا يأثم وان نوى غير الظاهر قال وأما اليمين على المستقبل اذا قصد بها الحالف معنى دون معنى فهو على نيته دون نية المستحلف لانه عقد وهو العاقد فينعقد على ما عقده

﴿ فصل ﴾ وأما اليمين بغير الله عز وجل فهى فى الاصل نوعان أحدهما ما ذكرنا وهو اليمين بالآباء والابناء والانبياء والملائكة صلوات الله عليهم والصوم والصلاة وسائر الشرائع والكعبة والحرم وزمزم والقبر والمنبر ونحو ذلك ولا يجوز الحلف بشئ من ذلك لما ذكرنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلفتم فاحلفوا بالله ولو حلف بذلك لا يعتد به ولا حكم له أصلا والثانى بالشرط والجزاء وهذا النوع ينقسم الى قسمين يمين بالقرب ويمين بغير القرب أما اليمين بالقرب فهى أن يقول ان فعلت كذا فعلى صلاة أو صوم أو حجة أو عمرة أو بدنة أو هدى أو عتق رقبة أو صدقة ونحو ذلك وقد اختلف فى حكم هذه اليمين انه هل يجب الوفاء بالمسمى بحيث لا يخرج عن عهدته الا به أو يخرج عنها بالكفارة مع الاتفاق على انها يمين حقيقة حتى انه لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث بلا خلاف لوجود ركن اليمين وهو ما ذكره ووجود معنى اليمين أيضا وهو القوة على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من لزوم المذكور ونذكر حكم هذا النوع ان شاء الله فى كتاب النذر لان هذا التصرف يسمى أيضا نذرا معلقا بالشرط لوجود معنى النذر وهو التزامه القربة عند وجود الشرط (وأما) اليمين بغير القرب فهى الحلف بالطلاق والعتاق فلابد من بيان ركنه وبيان شرائط الركن وبيان حكمه وبيان ما يبطل به الركن أما الركن فهو ذكر شرط وجزاء مربوط بالشرط معلق به فى قدر الحاجة الى معرفة المسمى بالشرط والجزاء ومعرفة معناهما أما المسمى بالشرط فما دخل فيه حرف من حروف الشرط وهى ان واذا واذاما ومتى ومتى ما ومهما وأشياء أخر ذكرها أهل النحو واللغة وأصل حروفه ان الخفيفة وغيرها داخل عليها لانها لا تستعمل الا فى الشرط وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفى غيره وهو الوقت وهذا أمارة الاصالة والتبعية وذكر الكرخى مع هذه الحروف كلما وعدها من حروف الشرط وانها ليست بشرط فى الحقيقة فان أهل اللغة لم يعدوها من حروف الشرط لكن فيها معنى الشرط وهو توقف الحكم على وجود ما دخلت عليه لذلك سماه شرطا وفى قوله كل امرأة أتزوجها فهى طالق وقوله كل عبد اشتريته فهو حر انما توقف الطلاق والعتاق على الزوج والشراء لا على طريق التعليق بالشرط بل لانه أوقع الطلاق والعتاق على امرأة متصفة بانه تزوجها وعلى عبد متصف بانه اشتراه ويحصل الاتصاف بذلك عند التزوج والشراء وأما معنى الشرط فهو العلامة ومنه اشراط الساعة أى علاماتها ومنه الشرطى والشراط والمشرط فسمى ما جعله الحالف علما لنزول الجزاء شرطا حتى لو ذكره لمقصود آخر لا يكون شرطا على ما نذكر ان شاء الله تعالى وأما المسمى بالجزاء فما دخل فيه حرف التعليق وهى حرف الفاء اذا كان متأخرا فى الذكر عن الشرط كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق فاما اذا كان الجزاء متقدما فلا حاجة الى حرف الفاء بل يتعلق بالشرط بدون حرف التعليق لانه قد يعقب قوله أنت طالق ما يبين انه يمين فيخرج به من ان يكون تطليقا الى كونه يمينا وتعليقا فلا حاجة فى مثل هذا الى حرف التعليق بخلاف حروف الشرط فانها لازمة للشرط سواء تقدم ذكرها على الجزاء أو تأخر وانما اختصت الفاء بالجزاء لانها حرف يقتضى التعقيب من غير تراخى كقول القائل جاءنى زيد فعمرو والجزاء يتعقب الشرط بلا تراخى وأما معنى الجزاء فجزاء الشرط ما علق بالشرط ثم قد يكون مانعا من تحصيل الشرط اذا كان الشرط مرغوبا عنه لوقاحة عاقبته وقد يكون حاملا على تحصيله لحسن عاقبته لكن الحمل والمنع من الاغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها بمنزلة الربح بالبيع والولد بالنكاح فانعدامهما لا يخرج التصرف عن كونه يمينا كانعدام الربح فى البيع والولد فى النكاح لان وجود التصرف بوجود ركنه لا لحصول المقصود منه كوجود البيع والنكاح وغيرهما

وركن اليمين هما الشرط والجزاء فاذا وجد كان التصرف يمينا ولان المرجع فى معرفة الاسامى الى أهل اللغة وانهم يسمون الشرط والجزاء يمينا من غير مراعاة معنى الحمل والمنع دل ان ذلك ليس بشرط لوقوع التصرف يمينا وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق أو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر او قال اذا أو اذا ما أو متى أو متى ما أو حيثما أو مهما كان يمينا لوجود الشرط والجزاء حتى لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث ولو قال أنت طالق غدا أو رأس شهر كذا لا يكون يمينا لانعدام حروف الشرط بل هو اضافة الطلاق الى الغد والشهر لانه جعل الغد والشهر ظرفا لوقوع الطلاق لان معناه فى غد وفى شهر ولا يكون ذلك ظرفا لوقوع الطلاق الا بوقوع الطلاق ولو قال اذا جاء غد فانت طالق أو قال اذا مضى غد أو اذا جاء رمضان أو اذا ذهب رمضان أو اذا طلعت الشمس أو غربت كان يمينا عند أصحابنا وعند الشافعى لا يكون يمينا لانعدام معنى اليمين وهو المنع أو الحمل اذ لا يقدر الحالف على لامتناع من مجىء الغد ولا على الاتيان به فلم يكن يمينا بخلاف دخول الدار وكلام زيد ولان الشرط ما فى وجوده فى المستقبل خطر وهو ان يكون فيما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد والغد يأتى لا محالة فلا يصلح شرطا فلم يكن يمينا (ولنا) انه وجد ذكر شرط وجزاء معلق بالشرط فكان يمينا ومعنى المنع أو الحمل من اعراض اليمين وثمراتها وحقائق الاسامى تتبع حصول المسميات بذواتها وذلك باركانها لا بمقاصدها المطلوبة منها على ما بينا والله عز وجل الموفق وأما قوله ان الشرط ما فى وجوده فى المستقبل خطر وهو ان يكون مما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد والغد يأتى لا محالة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ممنوع ان هذا من شرط كونه شرطا بل من شرط أن يكون جائز الوجود فى المستقبل ونعنى به ان لا يكون مستحيل الوجود وقد وجد ههنا فكان التصرف يمينا على ان جواز العدم ان كان شرطا فهو موجود ههنا لان مجىء الغد ونحوه ليس مستحيل العدم حقيقة لجواز قيام الساعة فى كل لحظة كما قال تعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب وهذا لان الساعة وان كان لها شرائط لا تقوم الا بعد وجودها ولم يوجد شىء من ذلك فى يومنا هذا فيقع الامن عن قيام الساعة قبل مجىء الغد ونحو ذلك لكن هذا يوجب الامن عن القيام اما لا يمنع تصور القيام فى نفسه لان خبر الصادق عن امر أنه لا يوجد يقتضى انه لا يوجد أما لا يقتضى ان لا يتصور وجوده فى نفسه حقيقة ولهذا قلنا ان خلاف المعلوم مقدور والعبد حتى يتعلق به التكليف وان كان لا يوجد فكان مجىء الغد جائز العدم فى نفسه لا مستحيل العدم فكان شرط كونه شرطا وهو جواز العدم حقيقة موجودا فكان يمينا ولو قال لامرأته أنت طالق ان شئت أو أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت لم يكن يمينا حتى لو كان حلف لا يحلف لا يحنث بهذه المقالة لما ذكرنا ان الشرط معناه العلامة وهو ما جعله الحالف علما لنزول الجزاء والحالف ههنا ما جعل قوله ان شئت علما لوقوع الطلاق بل جعله لتمليك الطلاق منها كانه قال ملكتك طلاقك أو قال لها اختارى أو امرك بيدك ألا ترى انه اقتصر على المجلس وما جعل علما لوقوع الطلاق لا يقتصر على المجلس كقوله أنت طالق ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا وهذا لان العلم المحض ما يدل على حصول الطلاق فحسب فاما ما يتعلق وجوده به فانه لا يكون علما بل يكون علة لحصوله والمشيئة مما يحصل به الطلاق بدليل ان الزوج لو قال لزوجته ان شئت طلاقك فطلق واذا لم يوجد معنى الشرط لم تكن المشيئة المذكورة شرطا فلم يوجد أحد ركنى اليمين وهو الشرط فلم توجد اليمين فلا يحنث وكذلك لو قال لها أنت طالق ان شئت أنا لم يكن يمينا حتى لا يحنث فى يمينه اذا حلف لا يحلف ولو قال لها اذا حضت وطهرت فأنت طالق لم يكن يمينا لان الحالف ما جعل هذا الشرط علما لنزول الجزاء بل جعله ايقاع الطلاق على وجه السنة لان مثل هذا الكلام يذكر عادة كانه قال أنت طالق للسنة وكذا اذا قال اذا حضت حيضة فأنت طالق لان الحيضة اسم للكامل فصار بمنزلة قوله اذا حضت وطهرت فأنت طالق وما زاد على هذا يعرف فى الجامع ولو حلف لا يحلف فقال كل امرأة لى تدخل هذه الدار فهى طالق أو قال لامرأته كلما دخلت هذه الدار فانت طالق يحنث لا لوجود تعليق الطلاق بالدخول لتعذر التعليق لا نعدام حرفه بل لضرورة

وجود

وجود الاتصاف على ما بينا والتعليق بالدخول ظرف فى وجود الاتصاف فصار من حيث انه تعلق به بواسطة الاتصاف شبيه الشرط لا ان يكون شرطا ثم فى كلمة كل اذا دخلت مرة فطلقت ثم دخلت ثانيا لم تطلق وفى كلمة كلما تطلق فى كل مرة تدخل وانما كان كذلك لان كلمة كل كلمة عموم واحاطة لما دخلت عليه وفى المسئلة الاولى دخلت فى العين وهى المرأة لا فى الفعل وهو الدخول فاذا دخلت مرة فقد انحلت اليمين فلا يحنث بدخولها ثانيا وأما فى المسئلة الثانية فانما دخلت الكلمة على فعل الدخول لان كلمة ما ترجع مع ما بعدها من الفعل مصدرا لغة يقال بلغنى ما قلت وأعجبنى ما صنعت أى قولك وصنعك فصارت الكلمة داخلة على المصدر لا على من وقع عليه المصدر فيقتضى تعميم المصدر قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها يتجدد التبدل عند تجدد النضج وان كان المحل متحدا فصار الطلاق متعلقا بكل دخول وقد وجد الدخول فى المرة الثانية والثالثة فطلقت ثلاثا فلو انها تزوجت بزوج آخر بعد ذلك ثم تزوجها الاول فدخلت الدار لا يقع الطلاق عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وسنذكر المسئلة فى كتاب الطلاق ولو عقد اليمين على التزوج بكلمة كلما فطلقت ثلاثا بكل تزوج ثم تزوجها بعد زوج آخر طلقت لانه أضاف الطلاق الى الملك والطلاق المضاف الى الملك يتعلق بوجود الملك بخلاف الدخول ولو قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار كان يمينا كما لو قال ان دخلت الدار واذا دخلت لان كلمة لو تذكر لتوقف المذكور على وجود ما دخلت عليه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك وقال عز وجل ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه فكانت فى معنى الشرط لتوقف الجزاء على وجود الشرط وان لم يكن شرطا حقيقة ولو قال أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك لم يكن يمينا ويقع الطلاق الساعة لان لو ما دخلت على الطلاق وانما دخلت على ترقب الرجعة فيقع الطلاق فى الحال كما لو قال أنت طالق ان حسن خلقك راجعتك وكذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك راجعتك كما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار راجعتك وهذا كله ليس بيمين بل هو عدة وروى ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك لم تطلق الساعة وان دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها فان لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها بلا فصل لان هذا رجل حلف بطلاق امرأته لطلقها اذا دخلت الدار فان لم يطلقها فهى طالق كأنه قال لاطلقنك اذا دخلت الدار فان دخلت الدار فلم أطلقك فأنت طالق ولو قال ذلك لا تطلق للحال واذا دخلت الدار ولم يطلقها حتى ماتت أو مات طلقت فى آخر جزء من أجزاء حياته لفوات شرط البر فى ذلك الوقت فيقع الطلاق ذلك الوقت كما لو قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة فمات قبل أن يأتيها كذا هذا ونظيره اذا قال لامرأته عبدى حر لو دخلت الدار لاضربنك اذ معناه لاضربنك اذا دخلت الدار فان دخلت ولم أضربك فعبدى حر والله عز وجل الموفق وروى المعلى عن محمد اذا قال لامرأته أنت طالق لولا دخولك الدار أو أنت طالق لولا مهرك على أو أنت طالق لولا شرفك فهذا كله استثناء ولا يقع عليها الطلاق ومعناه انه فى معنى الاستثناء من حيث انه يمنع وقوع الطلاق كالاستثناء يمنع ثبوت الحكم فى المستثنى والاصل ان هذه الكلمة تستعمل فى امتناع الشىء لوجود غيره قال الله عز وجل ولولا ان يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون الآية وقال سبحانه وتعالى ولولا رهطك لرجمناك ويقال فى العرف لولا المطر لجئتك فصار معنى هذا الكلام لولا دخولك الدار لطلقتك فلا يقع عليها الطلاق وكذلك لو قال طلقتك لولا دخولك الدار وكذلك لو قال لولا دخولك الدار قد طلقتك أمس وكذلك لو كان مكان قد لقد فى هذه الوجوه كلها وكذلك لو قال أنت طالق أمس لولا دخولك الدار أى لولا دخولك الدار أمس لطلقتك وقال ابن سماعة سمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار فهذا يخبر انه دخل الدار وأكد ذلك باليمين كأنه قال أنت طالق ان لم أكن دخلت الدار فان كان لم يدخل طلقت وان كان دخل لم تطلق لان هذا ليس بشرط بل هو خبر عن الماضى أكده باليمين فان كان كاذبا طلقت وان كان صادقا لم تطلق ولو قال أنت طالق لا دخلت الدار فهذا مثل قوله أنت طالق ان

دخلت الدار فلا تطلق حتى تدخل لان لا حرف نفي أكده بالحلف فكانه نفي دخولها وأكد ذلك بتعليق الطلاق بدخولها ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار فانها تطلق الساعة لان قوله دخلت ليس بتعليق بل هو اخبار عن دخولها الدار كانه جعل الدخول علة لكنه حذف حرف العلة وسواء كانت دخلت الدار أو لم تدخل يقع الطلاق لان التعليل بعلة لم توجد لا يمنع وقوع الطلاق لان العلة لم تصح وبقي الايقاع صحيحا وروى ابن سماعة عن محمد في رجل قال لامرأته أنت طالق وان دخلت الدار فهي طالق الساعة لما ذكر ولو قال أنت طالق الساعة وان دخلت الدار كانت طالقا الساعة واحدة وان دخلت الدار أخرى لانه طلقها تطليقة الساعة وعطف الشرط عليها بلا جزاء فيضمن فيه الجزاء فيصير كانه قال أنت طالق الساعة وطالق ان دخلت الدار فيقع في الحال واحدة وبعد الدخول أخرى ولو قال أنت طالق لدخولك الدار فهي طالق الساعة واحدة لانه أوقع الطلاق ثم جعل الدخول المتقدم عليه علة لايقاع الطلاق ومن أوقع الطلاق لعلة وقع وجدت العلة أو لم توجد لما بينا وكذلك لو قال أنت طالق لحيضتك لما قلنا ولو قال بحيضتك أو في حيضتك أو بدخولك الدار أو لدخولك الدار لم تطلق حتى تحيض أو تدخل لان الباء حرف الصاق فيقتضي الصاق الطلاق بالحيضة والدخول فيتعلق بهما وفي كلمة ظرف دخلت على مالا يصلح ظرفا فتجعل شرطا لمناسبة بينهما نذكرها في كتاب الطلاق وذكر محمد في الجامع اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق تطلق في القضاء حين تكلمه به وجملة الكلام في هذا ان الامر لا يخلو اما ان قدم الشرط أو إما ان أخر فان قدم فهو على أربعة أوجه اما ان قال ان دخلت الدار فانت طالق أو قال ان دخلت الدار أنت طالق أو قال ان دخلت الدار وأنت طالق أو قال وان دخلت الدار أنت طالق وان أخر الشرط فهو على ثلاثة أوجه اما ان قال أنت طالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق وان دخلت الدار أو قال أنت طالق فان دخلت الدار فان قال ان دخلت الدار أنت طالق فالجواب ما ذكره محمد انها تطلق في القضاء حين تكلم به لانه ما علق الطلاق لانعدام حرف التعليق وهو حرف الفاء وكان تنجيزا لا تعليقا وان عنى به التعليق دين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه عنى ما يحتمله كلامه نحو اضمار حرف الفاء في الجزاء قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلان

أي فالله يشكرها ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر وهذا جواب ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنها لا تطلق حتى تدخل الدار ووجهه ان يحذف حرف الجزاء تصحيحا للشرط اذ لو لم يحذف للغا ولو قال ان دخلت الدار وأنت طالق تطلق للحال لانعدام حرف التعليق والواو غير موضوعة للتعليق ولو عنى به التعليق لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى مالا يحتمله كلامه لان الواو لا تحتمل التعليق ولو أدرج فيه الفاء يصير تقدير كلامه أنت دخلت الدار فو أنت طالق وهذا لغو ولو قدم وأخر لا يستقيم أيضا لانه يصير كانه قال وأنت طالق ان دخلت الدار والواو لا يبتدأ بها وما يذكره أهل اللغة ان الواو قد تكون للاستئناف فمرادهم ان يبتدأ كلام بعد تقدم جملة مفيدة من غير ان تكون الجملة الثانية تشارك الاولى فاما ابتداء الكلام من غير ان يتقدمه شيء بالواو فغير موجود ولا جائز وان قال وان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لانعدام دلالة التعليق وحرفه على أن الواو في مثل هذا تذكر للتحقيق كما يقال لا تسافرن وان كان الطريق مخوفا ولو نوى التعليق لا يصدقه القاضي لانه عدول عن الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه نوى اضمار حرف الفاء فصار كانه قال وان دخلت الدار فانت طالق وتلغو الواو وهذا اذا قدم الشرط فاما اذا أخر فقال أنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق مالم تدخل الدار لانه عقب الايجاب بما أخرجه عن كونه ايجابا الى كونه يمينا فلا حاجة في مثل هذا الى حرف التعليق ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار فهي طالق حين تكلم به لان هذا يوجب التأكيد على ما بينا يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم من قال لا اله الا الله دخل الجنة وان زنا وان سرق ولو قال عنيت به

التعليق لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى لما ذكرنا أن الواو لا تحتمل التعليق وذكر الكرخي انه يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لان الواو تجعل زائدة كما في قوله تعالى حتى اذا فتحت يأجوج الى قوله واقترب الوعد قيل معناه اقترب الوعد والواو زيادة لان قوله اقترب جواب حتى اذا والجواب عن هذا أن الواو في كلام العرب لم تجئ زائدة في موضع تصلح للعطف أو للتحقيق فلا يمكن ان تجعل ههنا زائدة على أنا نقول ان كثيرا من محققي أهل اللغة جعل الواو زائدة في موضع ما وكانوا يقولون تقدير الآية عندهم حتى اذا فتحت يأجوج ومأجوج وهم من كل حدب ينسلون فتحت واقترب الوعد فكانت الواو للعطف على الجواب المضمر ولو قال أنت طالق فان دخلت الدار لا رواية لهذا قالوا ولقائل أن يقول تطلق للحال لان الفاء صارت فاصلة لانها كانت لغوا واللغو من الكلام يجعل بمنزلة السكوت ولقائل ان يقول يتعلق الطلاق بالدخول لان الفاء وان كان مستغنى عنها في الحال الا انها في الجملة حرف تعليق فلا يجوز ان تجعل مانعة من التعليق موجبة للانفصال ولو قال أنت طالق ان ولم يذكر فعلا هل يتعلق أم لا ذكر هذه المسألة في ظاهر الرواية وذكر في النوادر على قول محمد يقع الطلاق للحال لانه لم يذكر ما يتعلق به وعلى قول أبي يوسف لا يقع الطلاق للحال لانه لما ذكر حرف الشرط علم انه لم يرد به التطليق وانما أراد به اليمين والتعليق والله عز وجل أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق في الدار أو في مكة فالاصل فيه ان كلمة في كلمة ظرف فان دخلت على ما يصلح ظرفا تجرى على حقيقتها وان دخلت على ما لا يصلح ظرفا تجعل مجازا عن الشرط لمناسبة بين الظرف و بين الشرط ثم الظرف نوعان ظرف زمان وظرف مكان فان دخلت على المكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره بان قال لامرأته أنت طالق في الدار أو في مكة وقع الطلاق وان لم تكن المرأة في الدار ولا في مكة لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان فاذا وقع في مكان وقع في الاماكن كلها وان دخلت على الزمان فان كان ماضيا يقع الطلاق في الحال نحو ان يقول أنت طالق في الامس أو في العام الماضي لان انشاء الطلاق في الزمان الماضي لا يتصور فيجعل اخبارا أو تلغو الاضافة الى الماضي و يبقى قوله أنت طالق فيقع في الحال وكذلك اذا كان حاضرا بان قال أنت طالق في هذا الوقت أو في هذه الساعة يقع في الحال وان كان مستقبلا لا يقع حتى يأتي بان قال أنت طالق في غد أو في الشهر الآتي لان الطلاق يحتمل الاختصاص بوقت دون وقت فاذا جعل الغد ظرفا له لا يقع قبله ولو قال أنت طالق في دخولك الدار أو في قيامك أو في قعودك يتعلق بهذه الافعال لان الفعل لا يصلح ظرفا و يصلح شرطا فتحمل الكلمة على الشرط مجازا وكذا لو قال أنت طالق في ذهابك الى مكة لان الذهاب فعل وكذا اذا قال بذهابك لان الباء حرف الصاق فيقتضي الصاق الطلاق بالذهاب وذلك بتعليقه به فيتعلق به ولو قال أنت طالق في الشمس وهي في الظل كانت طالقا لان الشمس لا تصلح ظرفا للطلاق ولا شرطا له فاما أن تلغو و يراد بها مكان الشمس والطلاق لا يحتمل التخصيص بمكان دون مكان ولو قال أنت طالق في صومك كانت طالقا حين يطلع الفجر اذا نوت الصوم لان الصوم فعل وهو الامساك وانه لا يصلح ظرفا فتجعل الكلمة مجازا عن الشرط والفعل يصلح شرطا فاذا وجد في أول الجزء مع النية في وقته من أهله فقد وجد الصوم الشرعي فوجد الشرط فيقع الطلاق ولو قال أنت طالق في صلاتك لم تطلق حتى تركع و تسجد سجدة لان الصلاة فعل أيضا فلا تصلح ظرفا كالصوم الا انها اسم لافعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أشياء مختلفة لا ينطلق عليه الاسم بوجود بعضها كالابلق المتركب من السواد والبياض والسكنجبين المتركب عن السكر والخل ونحو ذلك فما لم توجد الافعال التي وصفنا لا ينطلق عليها اسم فعل الصلاة فلا يحنث بنفس الشروع بخلاف الصوم فانه اسم لافعال متفقة الاجزاء وهي الامساكات وما تركب من أجزاء متفقة متجانسة ينطلق اسم كله على بعضه لغة كاسم الماء أنه كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه فكان الامساك في أول النهار امساكا حقيقة فيقع الطلاق بمجرد الشروع فهو الفرق بينهما ولو قال أنت طالق في حيضك أو في طهرك فان كان موجودا وقع والا فلا يقع و يتوقف على وجوده لان المراد منه وقت الحيض والطهر أي في الوقت الذي تكونين حائضا أو طاهرة فيه

ونظير هذه المسائل ماذكره محمد في الجامع اذا قال أنت طالق في ثلاثة أيام طلقت حين تكلم به ولو قال أنت طالق في أكلك هذا الرغيف لا يقع الطلاق مالم تفرغ من أكل جميع الرغيف والفرق أن في المسألة الاولى دخلت كلمة الظرف على الزمان وهو يصلح ظرفا فجعل جميع الوقت ظرفا لكونها طالقا ولا يكون كذلك الا اذا كان وقع الطلاق في أوله وفي الثانية علق الطلاق بفعل الاكل لان الفعل لا يصلح ظرفا ويصلح شرطا فصار معلقا الطلاق بفعل الاكل والمعلق بالشرط لا ينزل مالم ينزل كمال شرطه ومما يقوله مشايخنا ان الطلاق متى أضيف الى وقت ممتد يقع عند أوله ومتى علق بفعل ممتد يقع عند آخره هذا صورته وعلته ولو قال لها أنت طالق في مجيء ثلاثة ايام فان قال ذلك ليلا فكما طلع الفجر من اليوم الثالث يقع الطلاق لانه علق الطلاق بمجيء ثلاثة ايام ولا يوجد ذلك الا بمجيء كل واحد منها ومجيء اليوم يكون بطلوع الفجر ولو قال ذلك في ضحوة من يوم حلف فانما يقع الطلاق عند وجود طلوع الفجر من اليوم الرابع لان اليوم الذي حلف فيه لم يكن معتبر التقدم مجيئه على الشرط والشيء يتعلق بما يجيء لا بما مضى ولو قال أنت طالق في مضي ثلاثة أيام ان قال ذلك ليلا لا يقع الطلاق مالم تغرب الشمس من اليوم الثالث لان مضي الشيء يكون بانقضاء جزئه الاخير فمضي الايام يكون بانقضاء الجزء الاخير منها وذلك يوجد في هذه الساعة وان قال ذلك في وقت ضحوة من النهار لا تطلق حتى يجيء تلك الساعة من اليوم الرابع لانه به يتم مضي ثلاثة أيام بالساعات فالعبرة في المضي به لا للايام الكاملة وفي المجيء لاوائلها هذا هو المتعارف ولو قال ان شتمتك في المسجد فعبدي حر فانه يعتبر في هذا كون الشاتم في المسجد حتى يحنث سواء كان المشتوم في المسجد أوغيره ولو قال ان ضربتك أو قتلتك في المسجد يعتبر فيه مكان المضروب والمقتول ان كان في المسجد حنث والا فلا والاصل فيه أن كل فعل له أثر في المفعول يعتبر فيه مكان المفعول ومالا أثر له يظهر في المفعول لا يعتبر فيه مكانه بل مكان الفاعل وعلة هذا الاصل تذكر في الجامع ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى الحالف وبعضها يرجع الى المحلوف عليه وهو الشرط وبعضها يرجع الى المحل المحلوف بطلاقه وعتاقه وبعضها يرجع الى نفس الركن أما الذي يرجع الى الحالف فما ذكرنا في الطلاق والعتاق وكلما هو شرط جواز الطلاق والعتاق فهو شرط انعقاد اليمين بهما ومالا فلا وسنبين جملة ذلك في كتاب الطلاق والعتاق (وأما) الذي يرجع الى المحلوف عليه وهو الشرط فمنها أن يكون أمرا في المستقبل فلا يكون التعليق بامر كائن يمينا بل يكون تنجيزا حتى لو قال لامرأته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا يقع الطلاق في الحال وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته وهي حائض أو مريضة اذا حضت أو مرضت فانت طالق ان ذلك على حيض مستقبل ومرض مستقبل وهو حيض آخر يوجد في المستقبل أو مرض آخر لا على الحال فان عينت مايحدث من هذا الحيض ومايزيد من هذا المرض فهو كما نوى لان الحيض ذو أجزاء تحدث حالا فحالا وكذلك المرض يزداد ويكون ذلك حيضا ومرضا فاذا نوى ذلك فقد نوى مايحتمله لفظه فيصدق فان قال فان حضت غدا فانت طالق وهو يعلم انها حائض فهذا على هذه الحيضة اذا دام الحيض منها الى أن ينشق الفجر من الغد بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثلاثة أو اكثر لانه اذا علم بحيضها استحال ان يعني بيمينه حدوث حيضة أخرى في غد فتعين انه اراد استمرار هذه الحيضة ودوامها وانما اعتبر بتلك الساعة لتمام الثلاثة او اكثر لان الحيض اذا انقطع فيما دونها فليس بحيض فلا يوجد شرط اليمين وان كان لا يعلم بحيضها فهو على حيض مستقبل ويدين في القضاء لانه اذا لم يعلم بحيضها فالظاهر انه أراد حدوث الحيض وكذلك هذه الوجوه في المرض وكذلك المحموم اذا قال ان حميت أو المصدوع اذا قال ان صدعت وكذلك الرعاف وان كان صحيحا فقال ان صحيت فامرأتي طالق وكان صحيحا حين سكت طلقت امرأته وهو كبصير قال ان أبصرت وكسميع قال ان سمعت لان الصحة عرض يحدث ساعة فساعة فالموجود في الزمان الثاني غير الموجود في الزمان الاول وقد حدثت له الصحة حين مافرغ من هذا الكلام فوجد شرط الحنث ولا

يمكن شرط صحة أخرى في المستقبل كالحيض والمرض فتقع يمينه على مايحدث عقيب الكلام وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته اذا قمت أوقعدت أوركبت أولبست فانت طالق وهي قائمة أوقاعدة أو راكبة أولابسة انه اذا مكث ساعة بعد اليمين مقدار ما يقدر على تركها حنث وكذلك السكنى اذا لم يأخذ في النقلة من ساعته لان الدوام على هذه الافعال يعني به تجدد أمثالها يسمى باسم هذه الافعال فقد وجد ما تناوله الاسم عقيب اليمين فيحنث وأما الدخول بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وهي داخلة فهذا لا يكون الا على دخول مستقبل فان نوى الذي هو فيه لا يحنث لان الدخول هو الانفصال من خارج الى داخل وهذا لا يحتمل التجدد فلا يثبت الاسم في حالة البقاء أعني الثاني في زمان وجوده وكذلك اذا قال لها ان خرجت وهي خارجة لان الخروج ضد الدخول وهو الانفصال من داخل الى خارج وأنه لا يتجدد في الثاني من زمان وجوده فلا يثبت الاسم بخلاف القيام والركوب واللبس ونحوهما يوضح الفرق أنه يقال قمت يوما وركبت يوما ولبست يوما ولا يقال دخلت الدار يوما ولا خرجت من الدار يوما على ارادة المكث وكذلك الحبل اذا قال للحبلى اذا حبلت فانت طالق فهذا يقع على حبل مستقبل لانه يراد به ابتداء العلوق عرفا وعادة ولو قال ان أكلت أوضربت فهو على الحادث كل شيء أكله بعد يمينه أوضربه بعد يمينه يحنث لان الضرب يتجدد وذكر في الاصل اذا قال لها أنت طالق مالم تحيضي أومالم تحبلي وهي حبلى أوحائض في حال الحلف فهي طالق حين سكت الا أن يكون ذلك منها حين سكت لانه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البر فالم يوجد عقيب اليمين يحنث وان عنى به ما فيه من الحيض دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في الحبل لان الحيض ذو أجزاء فجاز ان يسمى ما يحدث من أجزائه باسم الابتداء فاما الحبل فليس بذي اجزاء ألا ترى ان الحيض يزداد والحبل ليس بمعنى يحتمل الزيادة فلا يصدق اصلا والله عز وجل اعلم (ومنها) ان يكون المذكور في المستقبل متصور الوجود حقيقة لا عادة هو شرط انعقاد اليمين فان كان مما يستحيل وجوده حقيقة لا ينعقد كما اذا قال لامرأته ان ولج الجمل في سم الخياط فأنت طالق وان اجتمع الضدان فأنت طالق لان مثل هذا الكلام يذكر لتأكيد النفي أي طلاقك أمر لا يكون أصلا ورأسا كما لا يلج الجمل في سم الخياط ولا يجتمع الضدان قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط اى لا يدخلونها رأسا وعلى هذا يخرج ما اذا قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق او عبده حر أوقال ان لم اقتل فلانا ولا ماء في الكوز وفلان ميت وهو يعلم بذلك اولا يعلم به وقد ذكرنا جملة هذا وتفصيله وما فيه من الاتفاق والاختلاف وما يتصل بذلك من المسائل في اليمين بالله تعالى وأما الذي يرجع الى المحل المحلوف بطلاقه وعتاقه فقيام الملك فيه والاضافة الى الملك أوالى سبب الملك وسنبين ذلك في كتاب الطلاق والعتاق ونذكر ذلك كله (وأما) الذي يرجع الى نفس الركن فما ذكرنا في اليمين بالله تعالى وهو عدم ادخال الاستثناء عليه فاذا أدخل عليه الاستثناء ابطله بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق ان شاء الله تعالى اوقال ما شاء الله تعالى أوقال بمشيئة الله تعالى أوقال الا أن يشاء الله أوقال بارادة الله أو بقضاء الله تعالى أو بقدرته ولو قال ان اعانني الله أو بمعونة الله وأراد به الاستثناء يكون مستثنيا فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان الشيء بعد وجوده لا يحتمل الاعانة عليه فلا يمكن حمله على التعليق بالشرط فيجعل مجازا عن الاستثناء وكذلك اذا قال ان يسر الله تعالى أوقال بتيسير الله تعالى ونوى الاستثناء وسنذكر شرائط صحة الاستثناء في كتاب الطلاق ونذكر ان منها ان يكون الاستثناء موصولا بالكلام المتقدم وهو ان لا يكون بينهما فاصل الا أن يكون الفصل لضرورة وعلى هذا ماروى عن ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته ان خرجت من هذه الدار فانت طالق ثلاثا فاعلمي ذلك الا باذني أوقال ان شاء الله انه يصح الاستثناء فلا تطلق وان خرجت من الدار لان حرف الفاء حرف عطف فيقتضي تعلق ما دخلت عليه الجملة المتقدمة فيصير الكل كلاما واحدا فلا يكون فاصلا وان قال اعلمي ذلك أواذهبي لم يصح الاستثناء لانه لم يوجد ما يوجب تعلق المذكور بالكلام الاول فصار كلاما مبتدأ فكان

فاصلا قاطعا للاستثناء فيتعلق الطلاق بالخروج وقال القدوري وينبغي على قول أبي حنيفة أن لا يصح الاستثناء
و يقع الطلاق في الفصلين جميعا بناء على أصله فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله تعالى (ومنها)
أن لا يدخل بين الشرط والجزاء حائل فاذا دخل لم يكن يمينا وتعليقا بل يكون تنجيزا وعلى هذا يخرج ادخال النداء
في وسط الكلامين انه يكون فاصلا مانعا من التعليق أولا وجملة الكلام فيه أن النداء أنواع ثلاثة نداء بالقذف بان
يقول يازانية ونداء بالطلاق بأن يقول ياطالق ونداء بالعلم بأن يقول يازينب أو ياعمرة وكل واحد من الانواع
الثلاثة على ثلاثة أوجه اما ان ذكر النداء في أول الكلام واما ان ذكره في أوسطه واما ان ذكره في آخره وكل
ذلك ينقسم الى قسمين اما ان علق بشرط وهو دخول الدار ونحوه واما ان نجز وأدخل فيه الاستثناء فقال ان شاء
الله تعالى أما النداء بالقذف اذا ذكره في أول التعليق بالشرط لا يمنع من التعليق ويكون قذفا صحيحا بأن قال لامرأته
يازانية أنت طالق ان دخلت الدار لان قوله يازانية وان كان موضوعا للنداء لكنه وصف لها بالزنا من حيث المعنى
لانه اسم مشتق من حيث المعنى وهو الزنا والاسم المشتق من معنى يقتضي وجود ذلك المعنى لا محالة كسائر الاسماء
المشتقة من المعاني من المتحرك والساكن ونحو ذلك سواء كان الاسم موضوعا للنداء أو غيره فصار بوصفه اياها بالزنا
ونسبة الزنا اليها قاذفا لها بالزنا وهي زوجته وموجب قذف الزوجات اللعان عند استجماع شرائط اللعان ثم صار
معلقا طلاقها بدخول الدار بقوله أنت طالق ان دخلت الدار فيتعلق به وهذا لانه ناداها لتتنبه لسماع كلامه فلما تنبهت
خاطبها باليمين وهي تعليق طلاقها بدخول الدار وكذا لو قال يازانية أنت طالق ان شاء الله تعالى صار قاذفا لما قلنا ولا
يقع الطلاق لدخول الاستثناء فيه ولو بدأ بالنداء في الطلاق فقال ياطالق أنت طالق ان دخلت الدار وقع الطلاق
بقوله ياطالق لانه وصفها بالطلاق فيقتضي تقدم ثبوت الطلاق على وصفه اياها ضرورة صحة الوصف وتعلق طلاق
آخر بدخول الدار لما ذكرنا في الفصل الاول وكذا لو قال ياطالق أنت طالق ان شاء الله تعالى يقع الطلاق بقوله
ياطالق ولم يقع الثاني لدخول الاستثناء عليه ولو بدأ بالنداء بالعلم فقال ياعمرة أنت طالق ان دخلت الدار لا يقع شئ
وتعلق الطلاق بالدخول لانه بندائه اياها بالعلم نبهها على سماع كلامه ثم علق طلاقها بالدخول وكذا لو قال ياعمرة أنت
طالق ياعمرة ان شاء الله تعالى لا يقع شئ لما ذكرنا هذا اذا بدأ بالنداء اما بالقذف أو بالطلاق أو بالعلم فاما اذا أتى بالنداء
في وسط الكلام في التعليق بالشرط بان قال لها أنت طالق يازانية ان دخلت الدار فقد روى ابن سماعة عن محمد انه
لا يصير فاصلا ويتعلق الطلاق بدخول الدار ويصير قاذفا ويجب اللعان وكان أبو يوسف يقول بهذا القول ثم رجع
وقال يقع الطلاق للحال ولا يصير قاذفا حتى لا يجب اللعان وذكر محمد في الجامع ان الطلاق يتعلق بدخول الدار ولا
يصير النداء فاصلا بين الشرط والجزاء مانعا من التعليق ولا يصير قاذفا ولا يجب اللعان قال المشايخ ما ذكره ابن سماعة
عن محمد هو قوله الاخير وما ذكره محمد في الجامع قول أبي حنيفة فحصل في المسئلة ثلاثة أقوال على قول أبي حنيفة تعلق
القذف وبطل في نفسه وتعلق الطلاق وعلى قول محمد تعلق الطلاق ولم يتعلق القذف بل تحقق للحال وعلى قول أبي
يوسف تعلق القذف فبطل في نفسه ولم يتعلق الطلاق بل تنجز (وجه) قول أبي يوسف انه لما ذكر قوله ان دخلت الدار
عقيب قوله يازانية فقد علق القذف بالشرط والقذف لا يتعلق بالشرط لانه وصف الشخص بالزنا كقوله قائمة وقاعدة
انه وصفها بالقيام والقعود ووصف الشئ بصفة يكون اخبارا عن وجود الصفة فيه والاخبار مما لا يتعلق بالشرط
حتى يكون صادقا عند وجوده كاذبا عند عدمه أو مخبرا عند وجوده غير مخبر عند عدمه واذا لم يتعلق صار لغوا فصار
حائلا بين الشرط والجزاء فينزل الجزاء لكن مع هذا لا يصير قاذفا لانه قصد تعليق القذف بالشرط ومن قصد تعليق
شيء بشرط لا يكون مثبتا له في الحال فلم يصر قاذفا وعند وجود الشرط لا يصير قاذفا أيضا لانه لم يتعلق به حتى ينزل عند
وجوده (وجه) ما روى ابن سماعة عن محمد ان قوله يازانية وان لم يتعلق ولكنه مع هذا لا يصير لغوا لانه لتأكيد الخطاب
الموجود بقوله أنت طالق فصار مؤكدا لباب الخطاب فالتحق به فصار كانه قال أنت يازانية ان دخلت الدار طالق

فتعلق الطلاق بالدخول و بقي القذف متحققا ألا ترى انه لوقال أنت طالق ياعمرة ان دخلت الدار صح التعليق ولم يصر قوله ياعمرة فاصلا كذا ههنا (وجه) قول أبي حنيفة ان تعليق الطلاق بالشرط قد صح لما مر في كلام محمد والقذف لم يتحقق لانه ذكر عقيبه الشرط والقذف متى علق بالشرط لا يقصد الانسان تحقيقه للحال والبا بعد وجود الشرط على مامر وكان القاضي الجليل يقول تعليق القذف بالشرط يكون تبعيد اللقذف كما يقول الرجل ان فعلت كذا فامرأته زانية أوأمه زانية يريد بذلك تبعيد الفعل ولن يتحقق تبعيد الفعل الا بتبعيد الاتصاف بالزنا عن أمه وامرأته و بمثل هذا يحصل الوصف بالاحصان دون الوصف بالزنا والحاق العار به والله عز وجل أعلم وكذا لوقال أنت طالق يازانية ان شاء الله تعالى فهو على هذا الخلاف ولو كان النداء بالطلاق بأن قال أنت طالق ياطالق ان دخلت الدار هذا أيضا على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد الا ان أباحنيفة يفرق بين هذا و بين النداء بالزنا بقوله يازانية و يقول يقع الطلاق منجزا بقوله أنت طالق ولا يتعلق بدخول الدار و يصير كقوله ياطالق فاصلا ووجه الفرق ان قوله ياطالق وان كان نداء فهو ايقاع الطلاق فكان قوله أنت طالق ياطالق ايقاعا عقيب ايقاع من غير عطف البعض على البعض والشرط اتصل بآخر الايقاعين دون الاول منهما فبقي الاول تنجيزا بخلاف قوله يازانية فانه نداء وتأكيد لما تقدم من تاء الخطاب لا ايقاع فلم يتعلق به فلم يصر حائلا فلم يمنع من تعلق الشرط بالجزاء ولوقال أنت طالق ياطالق ان شاء الله هذا أيضا على ماذكرنا من الخلاف بينهم والفرق لابي حنيفة بين هذا و بين قوله أنت طالق يازانية ان شاء الله ولو كان النداء بالعلم بان قال أنت طالق ياعمرة ان دخلت الدار فههنا يتعلق الطلاق بالشرط بالاجماع وأبو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذا و بين قوله يازانية والفرق ان قوله ياعمرة لا يفيد الا ما يفيده قوله أنت فكان تأكيدا له فالتحق به فلم يصر فاصلا (وأما) قوله يازانية ففيه زيادة أمر لا تفيده تاء الخطاب وهو اثبات وصف الزنا و يتعلق به شرعا حكم وهو الحد أو اللعان في الجملة فلا يمكن أن يجعل تكرار التاء الموضوعة للخطاب فكان معتبرا في نفسه فلم يصر ملتحقا بتاء الخطاب فبقي فاصلا فاما فيما نحن فيه فبخلافه على مامر ولوقال أنت طالق ياعمرة ان شاء الله لا يقع الطلاق لما مر هذا اذا أتى بالنداء في أول الكلام أو وسطه فاما اذا أتى به في آخر الكلام أما في النداء بالزنا بان قال أنت طالق ان دخلت الدار يازانية فان الطلاق يتعلق بالدخول لانه علق الطلاق بالدخول ثم ناداها بعد ذلك فصار قاذفا ولم يوجد بعد القذف شرط ليقال انه قصد تعليق القذف بعد تحقيقه وكذا في قوله أنت طالق ان شاء الله يازانية بطل الطلاق وتحقق القذف وفي قوله أنت طالق ان دخلت الدار ياطالق تعلق الاول بالدخول ووقع بقوله ياطالق طلاق لدخول الشرط في الاول دون قوله ياطالق وكذا لوقال أنت طالق ان شاء الله ياطالق وكذا قوله أنت طالق ان دخلت الدار ياعمرة فهذا رجل علق الطلاق بدخول الدار ثم ناداها ونبهها بالنداء على اليمين والخطاب فصح التعليق وكذا لوقال أنت طالق ان شاء الله ياعمرة لا يقع شيء لما مر قال أبو حنيفة ولوقال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق يازانية ثلاثا فهي ثلاث ولا حد ولا لعان وقال أبو يوسف هي طالق واحدة وعليه الحد أبو حنيفة لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها لان قوله يازانية نداء فلا يفصل بين العدد وهو قوله ثلاثا و بين أصل الايقاع وهو قوله أنت طالق واذا لم يفصل فيوقف الوقوع على آخر الكلام وهو قوله ثلاثا فتبين فلا يمكن الحاق اللعان بعد البينونة وأبو يوسف يقول ان قوله يازانية يفصل بين الايقاع والعدد فبانت بقوله أنت طالق فصادفها قوله يازانية وهي أجنبية فيجب عليه الحد و يلغو قوله ثلاثا قال أبو يوسف ولا يشبه هذا المدخول بها اذا قال لها أنت طالق يازانية ثلاثا انها تبين بثلاث ولا حد ولا لعان لانا وان اعتبرنا قوله يازانية فاصلا فانه لا يمنع الحاق الثلاث به فانه لوقال لها أنت طالق وسكت فقيل له كم فقال ثلاثا فكذا اذا فصل بقوله يازانية وقال أبو حنيفة وأبو يوسف اذا قال لها قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثا أو قال انت طالق ان دخلت الدار فماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان دخلت الدار فهذا باطل لا يلزمه طلاق لان العدد اذا قرن بالتطليق كان الواقع هو العدد وهي عند ذلك ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها والشرط اذا لحق بآخر الكلام يتوقف اول الكلام

على آخره ولا يفصل آخر الكلام عن اوله وقد حصل آخر الكلام وهي اجنبية ولو قال أنت طالق ثلاثا ياعمرة فماتت قبل ان يقول ياعمرة فالطلاق لازم لان قوله ياعمرة نداء ليس بشرط ولا عدد يتوقف الوقوع عليه فلا يتوقف والله عزوجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم هذه اليمين فحكمها واحد وهو وقوع الطلاق أو العتاق المعلق عند وجود الشرط فتبين ان حكم هذه اليمين وقوع الطلاق والعتاق المعلق بالشرط ثم نبين أعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق على التفصيل ومعنى كل واحد منهما حتى اذا وجد ذلك المعنى يوجد الشرط فيقع الطلاق والعتاق والا فلا أما الاول فلان اليمين بالطلاق والعتاق هو تعليق الطلاق والعتاق بالشرط ومعنى تعليقهما بالشرط وهو ايقاع الطلاق والعتاق في زمان ما بعد الشرط لا يعقل له معنى آخر فاذا وجد ركن الايقاع مع شرائطه لا بد من الوقوع عند الشرط فأما عدم الوقوع عند عدم الشرط فليس حكم التعليق بالشرط عندنا بل هو حكم العدم الاصلي لان الوقوع لم يكن ثابتا في الاصل والثبوت على حسب الاثبات والحالف لم يثبت الا بعد الشرط فبقي حكمه باقيا على أصل العدم لا أن يكون العدم موجب التعليق بالشرط بل موجبه الوقوع عند وجود الشرط فقط ثم الشرط ان كان شيئا واحدا يقع الطلاق عند وجوده بان قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فأنت طالق أو أنت طالق ان دخلت هذه الدار يستوى فيه تقديم الشرط في الذكر وتأخيره وسواء كان الشرط معينا أو مبهما بان قال ان دخلت هذه الدار أو هذه فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار أو هذه وكذلك اذا كان وسط الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق أو هذه الدار لان كلمة أو ههنا تقتضي التخيير فصار كل فعل على حياله شرطا فأيهما وجد وقع الطلاق وكذلك لو أعاد الفعل مع آخر بان قال ان دخلت هذه الدار أو دخلت هذه سواء أخر الشرط او قدمه أو وسطه وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال ان دخلت هذه الدار أو هذه الدار وان دخلت هذه فعبدي حر ان اليمين على ان يدخل احدى الاوليين ويدخل الثالثة فأي الاوليين دخل ودخل الثالثة حنث لانه جعل شرط حنثه دخول احدى الاوليين ودخول الثالثة لانه ذكر احدى الاوليين بكلمة أو فيتناول احداهما ثم جمع دخول الثالثة الى دخول احداهما بوجود حرف الجمع وهو الواو في قوله وان دخلت هذه فصار دخول الثالثة مع دخول احدى الاوليين شرطا واحدا فاذا وجد حنث هذا اذا أدخل كلمة أو بين شرطين في يمين واحدة فأما اذا أدخلها بين ايقاع ويمين أو بين يمينين كما روى ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا أو والله لاضربن هذا الخادم اليوم فضرب الخادم من يومه فقد بر في يمينه وبطل الطلاق لانه خير نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم فاذا وجد أحدهما انتفى الآخر فاذا مضى اليوم قبل ان يضرب الخادم فقد حنث في يمينه ويخير فان شاء أوقع الطلاق وان شاء ألزم نفسه اليمين لانه قد حنث في أحد الامرين وهو المبهم فكان اليه التعيين فان قال في اليوم قبل مضيه قد اخترت ان أوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين لانه خير نفسه بين الايقاع وبين اليمين فاذا أوقع فقد سقطت اليمين ولو قال قد اخترت التزام اليمين وأبطلت الطلاق فان الطلاق لا يبطل حتى لو مضى اليوم قبل ان يضرب الخادم حنث في يمينه لان اختيار التزام اليمين لا يبطل اليمين لان اليمين لا يجب على الانسان بالالتزام حتى يبطل بالاختيار فبقيت اليمين على حالها ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا أو والله لاضربن فلانة فماتت فلانة قبل ان يضربها فقد حنث في يمينه وهو مخير ان شاء ألزم نفسه الطلاق وان شاء الكفارة لانه شرط البر فات بموتها فحنث في احدى اليمينين ولو كان الرجل هو الميت والمحلوف على ضربها حية فقد وقع الحنث على الرجل والطلاق وقد مات قبل ان يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث لانه لما كان مخيرا بين الطلاق والتزام الكفارة لا يقع الطلاق بالشك ولا يجبره الحاكم على البيان لان أحدهما وهو الكفارة لا يدخل تحت الحكم فلا يقدر الحاكم على الزامه ولكن يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ولو كان بدل الكفارة طلاق أخرى فقال أنت طالق ثلاثا أو هذه فههنا يجبره الحاكم حتى يبين لان الواقع طلاق وانه

مما يدخل في الحكم ولو قال أنت طالق أو على حجة أو عمرة لم يجبره الحاكم على الاختيار انما يفتى في الوقوع أن يوقع أيهما شاء و يبطل الاخرى ولو قال أنت طالق ثلاثا أو فلانة على حرام يعني اليمين فانه يخير تخيير الفتوى ولا يجبره القاضي حتى يمضي أربعة أشهر قبل ان يقرب لانه لا يقدر على أن يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة فاذا امضت أربعة أشهر قبل ان يقرب يخير تخيير حكم و يقال له أوقع طلاق الايلاء على التي حرمت أو طلاق الكلام على التي تكلمت بطلاقها لان الطلاق لابد ان يقع على احداهما فخير فيه تخيير الحاكم وقال محمد في الجامع اذا قال والله لا أدخل هذه الدار أو لا أدخل هذه فان دخل احداهما حنث لان كلمة أو اذا دخلت بين شيئين تناولت كل واحد على الانفراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا ولو قال والله لا أدخل هذه الدار أبدا أو لادخلن هذه الدار الاخرى اليوم فان دخل الاولى حنث وان لم يدخلها ولم يدخل الاخرى حتى مضى اليوم حنث لانه خير نفسه في اليمين ان لا يدخل الدار الاولى أو يدخل الاخرى في اليوم فان دخل الاخرى في اليوم بر في يمينه وان مضى اليوم حنث في احدى اليمينين قال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل قال عبده حر ان لم يدخل هذه الدار اليوم فان لم يدخلها اليوم دخل هذه قال محمد ليس هذا باستثناء واليمين على حالها ولا أبالي وصل هذا الكلام أو فصله فان لم يدخل الدار الاولى اليوم حنث لان قوله فان لم يدخلها ليس بلفظ تخيير فبقيت اليمين الاولى بحالها والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الشرط شيئاً واحدا فان كان شيئين بان عطف أحدهما على الآخر بحرف العطف لا ينزل الا عند وجود الشرطين لانه علقهما بهما فلو نزل عند وجود أحدهما لنزل من غير صنعه وهذا لا يجوز سواء قدم الشرطين على الجزاء في الذكر أو أخرهما أو وسط الجزاء بان قال لها ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار وهذه الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعاً أما اذا قدم الشرطين على الجزاء أو أخرهما عنه فلانه جمع بين الشرطين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت طالق أو أنت طالق ان دخلت هاتين الدارين لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعا كذا هذا وانما استوى فيه تقديم الشرطين وتأخيرهما لان الجزاء يتعلق بالشرط كيفما كان فكان التقديم والتأخير فيه سواء وأما اذا وسط الجزاء فلان الشيء يعطف على جنسه لا على غير جنسه فلا يصح عطف الشرط على الجزاء فيجعل معطوفا على الشرط وكذلك اذا كان العطف بحرف الفاء بان قال ان دخلت هذه الدار فهذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار فهذه الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق فهذه الدار فهذا كله سواء ولا يقع الطلاق الا عند دخول هذين الدارين جميعا كما في الفصل الاول الا أن هناك لا يراعى الترتيب في دخول الدارين وههنا يراعى وهو ان تدخل الدار الثانية بعد دخولها الاولى والا فلا يقع الطلاق لان الواو والفاء وان كانت كل واحدة منهما حرف عطف و جمع لكن الواو للجمع المطلق والفاء للجمع المقيد وهو الجمع على سبيل التعقيب لذلك لزم مراعاة الترتيب في الثاني دون الاول وكذلك ان كان العطف بكلمة ثم بان قال ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ثم هذه الدار فهذه والفاء سواء في أنه يراعى الترتيب في الدخول في كل واحدة منهما الا أن ههنا لابد وأن يكون دخول الدار الثانية متراخيا عن دخول الاولى لان كلمة ثم للترتيب والتعقيب مع التراخي هذا اذا كرر حرف العطف بدون الفعل فان كرر مع الفعل فان كان بالواو بان قال ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فهذا وما اذا كرر حرف العطف بدون الفعل سواء لان الواو للجمع المطلق فيقتضي اجتماع الشرطين فيستوي فيه اعادة الفعل وعدم الاعادة وان كانت بالفاء فقال ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فقد ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه فرق بين الفاء و بين الواو في هذه الاوجه

فقال فى الاول يقع الطلاق عند دخول الدارين من غير مراعاة الترتيب وفى الثانى لا يقع الا أن يكون المذكور بالفاء آخراحتى لودخلت الدار الثانية قبل الاولى ثم دخلت الاولى لا يحنث ووجه الفرق ماذكرنا أن الواو تقتضى الجمع المطلق من غير شرط الترتيب والفاء تقتضى التعقيب فيستدعى تأخر الفعل الثانى عن الاول وقد ذكر ابن سماعة عن محمد فى هذا زيادة تفصيل فقال فى رجل قال لامرأته ان دخلت دار فلان فدخلت هذه الدار فأنت طالق ولم يدخل بها ثم طلقها فدخلت دار فلان ثم تزوجها فدخلت الدار الثانية لم تطلق كأنه جعل دخول دار فلان شرطا لانعقاد اليمين فانما يصير حالفا حين دخلت الدار الاولى ولا ملك له فى ذلك الوقت فيصير حالفا بطلاق امرأة لا يملكها فلا تطلق وان دخلت الدار الثانية وهى امرأته لما لم تنعقد اليمين وقد روى عن أبى يوسف مثل هذه فى مسئلة أخرى فقال اذا قال لامرأتين له اذا غشيت هذه فاذا غشيت هذه الاخرى فعبدى حر فليس الحلف على الاولى انما تنعقد عليه اليمين فى الثانية اذا غشى الاولى ويكون موليا من الثانية اذا غشى الاولى والفاء فى هذه المواضع لا تشبه الواو فدل ذلك على أنه جعل غشيان الاولى شرطا لانعقاد اليمين فى الثانية ولو قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار أو وسط الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق وان دخلت هذه الدار فان أبا يوسف ومحمدا قالا أى الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين ولا تطلق بدخول الدار الاخرى لانه لما أعاد حرف الشرط مع الفعل فلم يكن عطفا على الاولى فى الشرط بل صار ذلك يمينا أخرى أضمر فيها الجزاء فأيهما وجد نزل الجزاء وانحلت اليمين لان جزاء الثانى لم يبق وان قدم الشرطين على الجزاء فقال ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار فأنت طالق فانها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعا وهو قول محمد روى ابن سماعة عنه وذكر محمد فى الجامع وقال هو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه سوى بين ذلك فقال أى الدارين دخلت طلقت كما فى الاولى وجه قول محمد أنه لما عطف الشرط على الشرط قبل الجزاء دل ذلك على أنها يمين واحدة لان الكلام الاول وهو قوله ان دخلت هذه الدار ليس بتام لانه لا جزاء له فقوله بعد ذلك وان دخلت هذه الدار يكون شرطا على حدة الا أنه لم يذكر له جزاء فكان جزاء الاول جزاء الثانى فأيهما وجد نزل الجزاء وتبطل اليمين الاخرى لانه لم يبق لها جزاء بخلاف الفصل الاول لان هناك اليمين قد تمت بذكر الجزاء فلما أعاد حرف الشرط مع الفعل دل ذلك على أنه كلام مبتدأ وجه قول أبى يوسف أن تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه فى باب اليمين سواء ولو قدمه كان الجواب هكذا فكذا اذا أخر والله عز وجل أعلم ولو كرر الشرط وعلق به جزاء واحدا فان كرر بدون حرف العطف بان قال ان تزوجت فلانة ان تزوجت فلانة فهى طالق فاليمين انعقدت بالقول الثانى والقول الاول لغو وكذلك اذا متى وان اذا وان متى وكذلك ان بدأ باذا وأخر ان أو قال اذا ثم قال متى لان الشرط لا يتعلق به حكم الا بانضمام الجزاء اليه وقد ضم الجزاء الى الشرط الثانى لانه موصول به حقيقة فيقطع عن الاول فبقى الاول من غير جزاء فلغا وان قدم الجزاء فقال أنت طالق ان تزوجتك ان تزوجتك انعقدت اليمين بالكلام الاول والكلام الثانى لغو لان الجزاء تعلق بالشرط الاول والثانى غير معطوف عليه فبقى شرطا لا جزاء له فلغا ولو قال اذا تزوجتك فأنت طالق ان تزوجتك فانما انعقدت اليمين بالكلام الآخر والكلام الاول لغو لان ان شرط محض ألا ترى أنه لا يستعمل الا فى الشرط واذ قد يستعمل فى الوقت ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما فتعليقه بالشرط المحض أولى وذكر محمد فى الجامع فى رجل قال لدار واحدة ان دخلت هذه الدار فعبدى حر ان دخلت هذه الدار فدخلها دخلة واحدة فانه ينبغى فى القياس ان لا يحنث حتى يدخل الدار دخلتين ولكنا نستحسن ونجعله حانثا بالدخلة الاولى (وجه) القياس أن تكرار الشرط يمكن ان يحمل على فائدة وهو أنه أراد به العطف الا أنه حذف حرف العطف فصار الشرط دخولها مرتين (وجه) الاستحسان أن التكرار يجعل ردا للكلام الاول لان الغرض من هذه اليمين المنع والظاهر أن الانسان يمنع نفسه من أصل الدخول دون التكرار الا ان يعنى دخلتين فيكون على ما عنى لان الظاهر ان الانسان لا يتكلم

بشئ

بشيء الالفائدة تتعلق به فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق وان كرر بحرف العطف فقال ان تزوجتك وان تزوجتك أو قال ان تزوجتك فان تزوجتك أو اذا تزوجتك ومتى تزوجتك لا يقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين لانه لما عطف أحد الشرطين على الآخر فقد علق الجزاء بهما فيتعلق بهما ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق ان تزوجتك فان تزوجتك فهذا على تزويج واحد وهو مخالف للباب الاول لان الكلام الاول تم بالجزاء والشرط فاذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم ولو قال ان تزوجتك فأنت طالق وان تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين لانه عطف التزويج على الجزاء فصار الجزاء مضمرا فيه كأنه قال ان تزوجتك فأنت طالق والله عز وجل أعلم ولو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فعبد من عبيدي حر فدخلت الدار دخلات وكلمت فلانا مرة واحدة لا يعتق الاعبد واحد لانه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان فاذا تكرر أحد الشرطين ولم يوجد الآخر الا مرة واحدة فقد تم شرط يمين واحدة ووجد بعض شرط يمين أخرى فلا يعتق الا عبد واحد ولو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فأنت طالق فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت امرأته ثلاثا لانه جعل الجملة المذكورة بعد حرف الفاء من ذكر الشرط والجزاء جزاء الدخول والجزاء يتكرر بتكرر الشرط اذا كان الشرط مذكورا بكلمة كلما ويصير كأنه علق عند كل دخول طلاقها بكلامها فاذا كلمت فلانا مرة تطلق ثلاثا اذ الفعل الواحد يصلح شرطا في ايمان كثيرة فيحنث في جميعها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى الشرح للمسئلة الاولى أنه قال لو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فأنت طالق فهذا عليهما جميعا فان دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت واحدة لان الواو للجمع فيصير الدخول والكلام جميعا شرطا وتكرار بعض الشرط لا يتعلق به حنث فان عادت فكلمت فلانا قبل ان تدخل الدار الرابعة طلقت أخرى لانه تم شرط يمين أخرى فان عادت فكلمت فلانا الثالثة طلقت أخرى لتمام شرط اليمين الثالثة قال وكذلك لو بدأت بكلام فلان فكلمته ثلاث مرات ثم دخلت الدار دخلة طلقت واحدة فان عادت فدخلتها الثانية قبل الكلام طلقت أخرى فان عادت فدخلت الثالثة طلقت أيضا ثنتين لانه لا يراعى فيه الترتيب وأنه لا فرق بين تقديم أحد الشرطين على الآخر وبين تأخيره وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى شرح المسئلة الثانية أنه قال لو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فأنت طالق فان اليمين في هذا كله انما تنعقد بدخول الدار فكلما دخلت دخلة انعقدت يمين فان كلمت فلانا طلقت فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت أخرى فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت أخرى ولو بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاث مرات لانه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين فينعقد عند كل دخلة يمين لمكان كلمة كلما فقد انعقدت عليها ايمان فانحلت بشرط واحد قال ولو بدأت بكلام فلان لم ينعقد به يمين ولم يقع به طلاق حتى تكلم فلانا بعد دخول الدار لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين فالم تدخل لا ينعقد فلا يقع بالكلام طلاق قال وسمعت أبا يوسف قال ولو قال كلما دخلت هذه الدار فكلما كلمت فلانا فأنت طالق قال فهذا عليها ويكون الفاء جزاء فان بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاثا ولو دخلت الدار ثم كلمت فلانا ثلاث مرات طلقت ثلاثا لان اليمين قد انعقدت بدخول الدار فاذا تكرر شرطها يتكرر الحنث لان كلما للتكرار والله عز وجل أعلم ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة لامرأته طلقت امرأته الساعة ولا ينتظر به التزويج لان كلمة كل ليست كلمة شرط لما قلنا لكن فيها معنى الشرط من حيث إنه يتوقف نزول الجزاء على امرأة موصوفة بصفة أنها متزوجة وفلانة غير موصوفة بهذه الصفة فلا يقف طلاقها عليها ولو قال كل امرأة من نسائي تدخل الدار فهي طالق وفلانة سمى بعض نسائه فان الطلاق يقع عليها الساعة قبل ان تدخل الدار لما ذكرنا فان دخلت الدار وهي في العدة طلقت أخرى لانها قد دخلت في عموم قوله كل امرأة من نسائي تدخل الدار ولو قال أنت ومن دخل الدار من نسائي طالق

كانت طالقا ساعة سكت لما ذكرنا انه أوقع الطلاق على الموصوف وهذه غير موصوفة ولو دخلت هي في هذه العدة طلقت أخرى لما بينا ولو قال لامرأته انت طالق وفلانة ان تزوجتها لم يقع الطلاق على امرأته حتى يتزوج بالاخرى لانه علق طلاقها بالشرط وهو التزوج لاتيانه بكلمة الشرط نصا فيتعلق به بخلاف الفصل الاول ولو قال لعبده انت حر ومن دخل الدار من عبيدي عتق الاول للحال لما ذكرنا فان عنى ان عتقه معلق بدخول الدار لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر لانعدام التعليق بالشرط حقيقة وهو متهم فيه لما فيه من التخفيف عليه فلا يصدقه القاضي والله تعالى الموفق وذكر محمد في الجامع في رجل له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق ان دخلت هذه الدار لا بل هذه فان دخلت الاولى الدار طلقتا ولا تطلق الثانية قبل ذلك لان قوله لاحداهما أنت طالق ان دخلت هذه الدار تعليق طلاقها بشرط الدخول وقوله لا رجوع عن تعليق طلاقها بالشرط وقوله بل اثبات تعليق طلاق هذه بالشرط والرجوع لا يصح والاثبات صحيح فبقيت فيتعلق طلاقها بالشرط ولو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لا بل غلامي فلان حر عتق عبده الساعة لان قوله لا بل غلامي فلان حر جملة تامة لكونها مبتدأ وخبرا فلا تفتقر الى ما تقدم من الشرط فلا يتعلق به بخلاف ما اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لا بل فلانة وهي امرأته ان امرأته لا تطلق الساعة لان قوله لا بل فلانة غير مستقل بنفسه بل هو مفتقر الى الكلام الاول وذلك متعلق بالشرط فيتعلق هذا أيضا ولو قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار لا بل فلان لعبد له آخر لا يعتق الثاني الا بعد دخول الدار لانه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره لو ان رجلا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق و طالق و طالق لا بل هذه فدخلت الاولى الدار طلقتا ثلاثا لان قوله لا بل هذه غير مستقل فاضمر فيه الشرط فصار طلاقها جزاء الدخول كطلاق الاولى والجزاء في حق الاولى ثلاث تطليقات كذا في حق الثانية ولو قال أنت طالق و طالق و طالق لا بل هذه وقع على الثانية واحدة وعلى الاولى ثلاث لانه يضمر في حق الثانية ما يستقل به الكلام والكلام يستقل باضمار تطليقة واحدة ألا ترى ان التطليقات ههنا متفرقة فصار كانه قال لا بل هذه طالق بخلاف الفصل الاول لان هناك علق الثلاث جملة بالدخول فلا بد من اعتبارها جملة واحدة على حسب التعليق فصارت تلك الكلمة مستدركة في حق الثانية ولو قال لامرأته أنت طالق ان كلمت فلانا لا بل هذه فكان على الكلام لا على الطلاق وهذا خلاف ما ذكره محمد في الجامع و يجوز ان يكون قول أبي يوسف لانه نسقها على الكلام فتعلق طلاقها بكلام فلان فان قال ان كلمت فلانا فأنت طالق لا بل هذه فقوله لا بل هذه على الطلاق لانه نسقها على الجزاء فتعلق طلاقها بما تعلق به طلاق الاخرى قال بشر عن أبي يوسف فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ان دخلت الدار فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فان الطلاق يقع على التي تزوج قبل الدخول ولا يقع على التي تزوج بعد الدخول وكذلك ذكر محمد في الجامع لانه أوقع الطلاق على امرأة موصوفة بانه تزوجها قبل الدخول والموصوفة بهذه الصفة التي تزوجها قبل الدخول لا بعد الدخول فلا تطلق المتزوجة بعد الدخول ونظيره اذا قال كل امرأة لي عمياء طالق ان دخلت الدار فدخل ثم عميت امرأته لا تطلق كذا هذا ولو بدأ بالدخول فقال ان دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فان الطلاق يقع على التي تزوج بعد الدخول ولا يقع على التي تزوج قبل الدخول لانه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين الثانية فصار كانه قال عند الدخول كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا يدخل في ذلك ما تزوج من قبل قال أبو يوسف فان نوى ما تزوج قبل أو بعد في المسئلتين جميعا فليس يقع على ما نوى ولا يلزمه ذلك لانه نوى ما لا يحتمله لفظه قال بشر ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ان دخلت الدار فدخل الدار ثم تزوج لا يقع الطلاق فان دخل الدار ثانيا وقع الطلاق لانه عقد اليمين على دخول بعد التزوج لا على دخول قبله فلم يكن الدخول قبل التزوج معقودا عليه فلا تنحل به اليمين فاذا وجد الدخول الثاني وهو المعقود عليه وقع به الطلاق ولو قال كل امرأة أتزوجها الى سنة فهي طالق ان كلمت فلانا فهو

على ما يتزوج في الوقت سواء كان قبل الكلام أو بعده كذا ذكر محمد في الجامع لانه لما قال كل امرأة أتزوجها الى سنة فلا بد ان يكون للتوقيت فائدة فلو اختصت اليمين بما يتزوج قبل الكلام بطل معنى التوقيت فيصير الكلام شرطا لوقوع الطلاق المعلق بالتزوج ولو بدأ بالكلام فقال ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها الى سنة فهي طالق فهذا يقع على ما بعد الكلام والتوقيت وعدم التوقيت فيه سواء لانه لما بدأ بالكلام فقد جعل الكلام شرطه انعقاد اليمين فلا يدخل فيه المتزوجة قبل الكلام ويكون فائدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها والله عز وجل أعلم ولو عطف الحالف على يمينه بعد السكوت فالاصل فيه ماروى عن أبي يوسف انه قال اذا عطف على يمينه بعد السكوت ما يوسع على نفسه لم يقبل قوله كما لا يقبل في الاستثناء بعد السكوت وان عطف بما شدد على نفسه جاز واذا ثبت هذا الاصل فقال ابن سماعة سمعت أبا يوسف قال في رجل قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق ثم سكت سكتة ثم قال وهذه يعني امرأة له أخرى فانها تدخل في اليمين لان الواو للجمع فكانه قال وهذه طالق ان دخلت تلك الدار وفي هذا تشديد على نفسه وكذلك ان قال ان دخلت هذه الدار لانه عطف على الشرط وفيه تشديد لان هذا يقتضي وقوع الطلاق على الاولى بدخول كل واحدة من الدارين وفي هذا تشديد على نفسه وكذلك لو نجز فقال هذه طالق ثم سكت ثم قال وهذه طلقت الثانية لانه جمع بينهما في الايقاع وهذا تشديد على نفسه ولو قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار ثم سكت ثم قال وهذه يعني دارا أخرى فليس له ذلك فان دخلت الاولى طلقت لان قوله وهذه يعني دارا أخرى يقتضي زيادة في شرط اليمين الاولى لانه اذا علق الطلاق بدخول دارين لا يقع باحداهما وهو لا يملك تغيير شرط اليمين بعد السكوت ولان في هذا توسيعا على نفسه فلا يجوز بعد السكوت كالاستثناء والله عز وجل أعلم (وأما) بيان اعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق فالشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق لا سبيل الى حصرها لكثرتها لتعلقها باختيار الفاعل فنذكر القدر الذي ذكره أصحابنا في كتبهم والمذكور من الشروط في كتبهم نوعان أفعال حسية وأمور شرعية أما النوع الاول فالدخول والخروج والكلام والاظهار والافشاء والاعلام والكتم والاسرار والاخفاء والبشارة والقراءة ونحوها والاكل والشرب والذوق والغداء والعشاء واللبس والسكنى والمساكنة والايواء والبيتوتة والاستخدام والمعرفة وقبض الحق والاقتضاء والهدم والضرب والقتل وغيرها والنوع الثاني وهو الحلف على أمور شرعية وما يقع منها على الصحيح والفاسد وعلى الصحيح دون الفاسد كالعطية والهبة والكسوة والركوب والجلوس والصدقة والاعارة والقرض والبيع والاجارة والشراء والتزوج والصلاة والصوم وأشياء أخر متفرقة نجمعها في فصل واحد في آخر الكتاب والاصل في هذه الشروط ان يراعى فيها لفظ الحالف في دلالته على المعنى لغة وما يقتضيه من الاطلاق والتقييد والتعميم والتخصيص الا ان يكون معاني كلام الناس بخلافه فيحمل اللفظ عليه ويكون ذلك حقيقة عرفية وانها تقضي على الحقيقة الوضعية والاصل فيه ماروى ان رجلا جاء الى ابن عباس رضى الله عنهما وقال ان صاحبا لنا مات وأوصى ببدنة أفتجزي عنه البقرة فقال ابن عباس رضى الله عنهما ممن صاحبكم فقال السائل من بني رباح فقال ابن عباس رضى الله عنهما متى اقتنت بنو رباح البقر انما البقر للازد وذهب وهم صاحبكم الى الابل فهذا الحديث أصل أصيل في حمل مطلق الكلام على ما يذهب اليه أوهام الناس ولان العرف وضع طارئ على الوضع الاصلي والاصطلاح جار من أهل اللغة فالظاهر ان المتكلم يقصد بكلامه ذلك فيحمل عليه مطلق اللفظ وبهذا يبطل قول الشافعي ان الايمان محمولة على الحقائق يؤيد ما قلنا ان الغريم يقول لغريمه والله لاجرنك في الشوك يريد به شدة المطل دون الحقيقة وقول مالك الايمان محمولة على ألفاظ القرآن غير سديد أيضا بدليل ان من حلف لا يجلس في سراج فجلس في الشمس لا يحنث وان سمى الله تعالى الشمس سراجا بقوله عز وجل وجعلنا الشمس سراجا وكذا من حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض لا يحنث وان سماها الله سبحانه وتعالى في القرآن العظيم بساطا بقوله عز وجل والله الذي

جعل لكم الارض بساطا وكذا من حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لا يحنث وان سمى الله عز وجل الجبل وتدا بقوله تعالى والجبال أوتادا فثبت ان ما قاله مالك غير صحيح والله أعلم

﴿ فصل ﴾ أما الحلف على الدخول فالدخول اسم للانفصال من العورة الى الحصن فان حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها فمكث بعد يمينه لا يحنث استحسانا والقياس ان يحنث ذكر القياس والاستحسان في الاصل وجه القياس ان المداومة على الفعل حكمها حكم انشائه كما في الركوب واللبس بان حلف لا يركب ولا يلبس وهو راكب ولابس فمكث ساعة انه يحنث لما قلنا كذا هذا وجه الاستحسان الفرق بين الفصلين وهو أن الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة لان الدوام هو البقاء والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه وانما يراد بالدوام تجدد أمثاله وهذا يوجد في الركوب واللبس ولا يوجد في الدخول لانه اسم للانتقال من العورة الى الحصن والمكث قرار فيستحيل أن يكون انتقالا يحققه ان الانتقال حركة والمكث سكون وهما ضدان والدليل على التفرقة بين الفصلين انه يقال ركبت أمس واليوم ولبست أمس واليوم من غير ركوب ولبس مبتدإ ولا يقال دخلت أمس واليوم الا لدخول مبتدا وكذا من دخل دارا يوم الخميس ومكث فيها الى يوم الجمعة فقال والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة بر في يمينه لذلك افترقا ولو حلف لا يركب أولا يلبس وهو راكب أولا بس فنزل من ساعته أونزع من ساعته لا يحنث عندنا خلافا لزفر وجه قوله ان شرط حنثه الركوب واللبس وقد وجد منه بعد يمينه وان قل (ولنا) ان ما لا يقدر الحالف على الامتناع من يمينه فهو مستثنى منه دلالة لان قصد الحالف من الحلف البر والبر لا يحصل الا باستثناء ذلك القدر وسواء دخل تلك الدار ماشيا أو راكبا لان اسم الدخول ينطلق على الكل ألا ترى انه يقال دخلت الدار ماشيا ودخلتها راكبا ولو أمر غيره فحمله فأدخله حنث لان الدخول فعل لا حقوق له فكان فعل المأمور مضافا اليه كالذبح والضرب ونحو ذلك على ما نذكره ان شاء الله تعالى في موضعه وان احتمله غيره فأدخله بغير أمره لم يحنث لان هذا يسمى ادخالا لا دخولا لما ذكرنا ان الدخول انتقال والادخال نقل ولم يوجد ما يوجب الاضافة اليه وهو الامر وسواء كان راضيا بنقله أو ساخطا لان الرضا لا يجعل الفعل مضافا اليه فلم يوجد منه الشرط وهو الدخول وسواء كان قادرا على الامتناع أو لم يكن قادرا عليه عند عامة مشايخنا وقال بعضهم ان كان يقدر على الامتناع فلم يمتنع يحنث لانه لما لم يمتنع مع القدرة كان الدخول مضافا اليه والصحيح قول العامة لانه لم يوجد منه الدخول حقيقة وامتناعه مع القدرة ان جاز ان يستدل به على رضاه بالدخول لكن الرضا يكون بالامر وبدون الامر لا يكفي لاضافة الفعل اليه فانعدم الدخول حقيقة وتقديرا وسواء دخلها من بابه أو من غيره لانه جعل شرط الحنث مطلق الدخول وقد وجد ولو نزل على سطحها حنث لان سطح الدار من الدار اذ الدار اسم لما أحاط به الدائرة والدائرة أحاطت بالسطح وكذا لو اقام على حائط من حيطانها لان الحائط مما تدور عليه الدائرة فكان كسطحها ولو قام على ظلة لها شارعة أو كنيف شارع فان كان مفتح ذلك الى الدار يحنث والا فلا لانه اذا كان مفتحه الى الدار يكون منسوبا الى الدار فيكون من جملة الدار والا فلا وان قام على أسكفة الباب فان كان الباب اذا أغلق كانت الاسكفة خارجة عن الباب لم يحنث لانه خارج وان كان أغلق الباب كانت الاسكفة داخلة الباب حنث لانه داخل لان الباب يغلق على ما في داخل الدار لا على ما في الخارج وان أدخل الحالف احدى رجليه ولم يدخل الاخرى لم يحنث لانه لم ينتقل كله بل بعضه وقد روى عن بريدة رضى الله عنه انه قال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد فقال لى انى لاعلم آية لم تنزل على نبي بعد سليمان بن داود عليه الصلاة والسلام الا على فقلت وما هى يارسول الله فقال لا أخرج من المسجد حتى أعلمكها فلما أخرج احدى رجليه فقلت في نفسي لعله قد نسى فقال لى بم تفتتح القراءة فقلت بسم الله الرحمن الرحيم فقال صلى الله عليه وسلم هى هى فلو كان هذا القدر خروجا لكان تأخير التعليم اليه خلفا في الوعد ولا يتوهم ذلك بالانبياء عليهم الصلاة والسلام ودل الحديث على ان التسمية آية من القرآن لان النبي صلى الله عليه وسلم سماها آية ومن

اصحابنامن قال موضوع هذه المسئلة فى دار داخلها وخارجها سطح واحد فان كانت الدار منهبطة فادخل اليها احدى رجليه حنث لان أكثره حصل فيها وللاكثر حكم الكل فان أدخل رأسه ولم يدخل قدميه أوتناول منها لم يحنث لان ذلك ليس بدخول ألا ترى ان السارق لوفعل ذلك لا يقطع ولوحلف لا يدخل دارا فدخل خرابا قد كان دارا وذهب بناؤها لا يحنث ولو كانت حيطانها قائمة فدخل يحنث ولوعين فقال أدخل هذه الدار فذهب بناؤها لا يحنث ولو كانت حيطانها قائمة ودخل يحنث ولوعين فقال لا أدخل هذه الدار فذهب بناؤها بعد يمينه ثم دخلها يحنث فى قولهم لان قوله دارا وان ذكر مطلقا لكن المطلق ينصرف الى المتعارف وهى الدار المبنية فيراعى فيه الاسم والصفة وهى البناء لانه جار مجرى الصفة فما لم يوجد لا يحنث وقوله هذه الدار اشارة الى المعين الحاضر فيراعى فيه ذات المعين لا صفته لان الوصف للتعريف والاشارة كافية للتعريف وذات الدار قائمة بعد الانهدام لان الدار فى اللغة اسم للعرصة والعرصة قائمة والدليل على ان الدار اسم للعرصة بدون البناء قول النابغة

يادارمية بالعلياء فالسند * أقوت فطال عليها سالف الأبد

الا اوارى لأيا ما أبينها * والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

سماها دارا بعدما خلت من أهلها وخربت ولم يبق فيها الأوارى والنؤى ولو أعيد البناء فدخلها يحنث أما فى المعين فلا شك فيه لانه لو دخلها بدون البناء يحنث فمع البناء أولى وأما فى المنكر فلوجود الاسم والصفة وهى البناء وان بنيت مسجدا أوحماما أو بستانا فدخله لا يحنث لان اسم الدار قد بطل ألا ترى انه لا يسمى دارا فبطلت اليمين ولو أعادها دارا فدخلها لا يحنث لانها غير الدار الاولى وعن أبى يوسف اذا قال والله لا أدخل هذا المسجد فهدم فصار صحراء ثم دخله فانه يحنث قال هو مسجد وان لم يكن مبنيا ولان المسجد عبارة عن موضع السجود وذلك موجود فى الخراب ولهذا قال أبو يوسف ان المسجد اذا خرب واستغنى الناس عنه انه يبقى مسجدا الى يوم القيامة ولوحلف لا يدخل هذا البيت أو بيتا فدخله بعدما انهدم ولا بناء فيه لا يحنث لان البيت اسم مشتق من البيتوتة سمى بيتا لانه يبات فيه ولا يبات الا فى البناء ولهذا تسمى العرب الاخبية بيوتا فصار البناء فيه فى حق استحقاق الاسم ملتحقا بذات المسمى كاسم الطعام للمائدة والشراب للكأس والعروس للاريكة فيزول الاسم بزواله ولو بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث أيضا فى المعين لان المعاد عين أخرى غير الاول فلا يحنث بالدخول فيه وفى غير المعين يحنث لوجود الشرط وهو دخول البيت ولو انهدم السقف وحيطانه قائمة فدخله يحنث فى المعين ولا يحنث فى المنكر لان السقف بمنزلة الصفة فيه وهى فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبرة ولوحلف لا يدخل فى هذا الفسطاط وهو مضروب فى موضع فقلع وضرب فى موضع آخر فدخل فيه يحنث وكذلك القبة من العيدان ونحوه وكذلك درج من عيدان بدار أو منبر لان الاسم فى هذه الاشياء لا يزول بنقلها من مكان الى مكان ومن هذا الجنس من حيث المعنى اذا حلف لا يجلس الى هذه الاسطوانة أو الى هذا الحائط فهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث لان الحائط اذا هدم زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين وكذا اذا حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لان غير المبرى لا يسمى قلما وانما يسمى أنبوبا فاذا كسر فقد زال الاسم فبطلت اليمين وكذلك اذا حلف على مقص فكسره ثم جعله مقصا غير ذلك لان الاسم قد زال بالكسر وكذلك كل سكين وسيف وقدر كسر ثم صنع مثله ولو نزع مسمار المقص ولم يكسره ثم أعاد فيه مسمارا آخر حنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذلك اذا نزع نصاب السكين وجعل عليه نصابا آخر لان السكين اسم للحديد ولوحلف على قميص لا يلبسه أو قباء محشوا أو مبطنا أو جبة مبطنة أو محشوة أو قلنسوة أو خفين فنقض ذلك كله ثم أعاده يحنث لان الاسم بقى بعد النقض يقال قميص منقوض وجبة منقوضة واليمين المنعقدة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين وكذلك لوحلف لا يركب هذا السرج ففتقه ثم أعاده ولوحلف لا يركب هذه السفينة فنقضها ثم استأنف بذلك الخشب فركبها لا يحنث لانها لا تسمى سفينة بعد النقض

و زوال الاسم يبطل اليمين ولوحلف لا ينام على هـذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه بحشو وخاطه ونام عليـه حنث لان فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه ولوحلف لا يلبس شـقة خز بعينها فنقضها وغزلت وجعلت شـقة أخرى لم يحنث لانهـا اذا نقضت صارت خيوطا و زال الاسم عن المحلوف عليه ولوحلف على قميص لا يلبسـه فقطعه جبة محشوة فلبسـه لا يحنث لان الاسم قـد زال فزالت اليمـين ولوحلف لا يقرأ في هـذا المصحف فخلعه ثم لف و رقه وغير زدفتيه ثم قرأ فيه يحنث لان اسم المصحف باق وان فرق ولوحلف على نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره ثم لبسها حنث لان اسم النعـل يتناولها بعـد قطع الشراك ولوحلفت امرأة لا تلبس هـذه الملحفـة فخيط جانباها فجعلت درعا وجعـل لهـا جيبا ثم لبسـتها لم تحنث لانها درع وليست بملحفـة فان أعيـدت ملحفة فلبستها حنثت لانها عادت ملحفة بغير تأليف ولا زيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليـه وقال ابن سماعة عن محمـد في رجل حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طائفة فدخلها لم يحنث لان اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها ولوقال مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث وكذلك الدار لانه عقد يمينه على الاضافة وذلك موجود في الزيادة ولوحلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجدا أو بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو دخل الـكعبة أو حماما أو دهليزا أو ظلة باب دار لا يحنث لان هذه الاشياء لا تسمى بيتاً على الاطلاق عرفا وعادة وان سمى الله عز وجل الكعبة بيتاً في كتابه في قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة وسمى المساجد بيوتاً حيث قال تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع و يذكر فيها اسمه لان مبنى الايمان على العرف والعادة لا على نفس اطلاق الاسم ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكا لا يحنث وان سماه الله تعالى لحما في كتابه الكريم بقوله عز وجل لتأكلوا منه لحماً طريا لما لم يسم لحماً في عرف النـاس وعاداتهم كذا هذا وقيـل الجواب المذكور في مثل الدهليز في دهليز يكون خارج باب الدار لانه لا يبات فيه فان كان داخل البيت وتمكن فيه البيتوتة يحنث والصحيح ما أطلق في الـكتاب لان الدهليز لا يبات فيه عادة سواء كان خارج الباب أو داخله ولو دخل صفة يحنث كذا ذكر في الـكتاب وقيـل انما وضع المسألة على عادة أهل الـكوفة لان صفافهم تغلق عليها الابواب فـكانت بيوتاً لوجود معنى البيت وهو ما يبات فيه عادة ولذا سمي ذلك بيتاً عرفا وعادة فاما على عادة أهل بلادنا فلا يحنث لانعدام معـنى البيت وانعـدام العرف والعـادة والتسمية أيضاً ولوحلف لا يدخل من باب هـذه الدار فدخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فان نقب للدار بابا آخر فدخل يحنث لانه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب الى الدار وقد وجد والباب الحادث كذلك فيحنث وان عني به الباب الاول يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان لفظه يحتمله ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر حيث أراد بالمطلق المقيد وان عين الباب فقال لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لا يحنث وهذا مما لا شك فيه لانه لم يوجد الشرط ولوحلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان بملك أو اجارة أو إعارة فهو سواء يحنث في يمينه ذكر ذلك أبو يوسـف وذكر محمد في الاصل وضع المسألة في المستأجر وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي لا يحنث وجه قوله أن قوله دار فلان اضافة ملك اذ الملك في الدار للآجر وانما المستأجر ملك المنفعة فلا يتناوله اليمين (ولنا) أن الدار المسكونة بالاجارة والاعارة تضاف الى المستأجر والمستعير عرفا وعادة والدليل عليه أيضاً ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال رافع بن خديج لي يارسول الله استأجرته اضافه الى نفسه ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبتت الاضافة عرفا وشرعا فاما اذا حلف لا يدخل داراً لفلان فدخل داراً له قد آجرها لغيره قال محمد يحنث لانه حلف على دار يملكها فلان والملك له سواء كان يسكنها أو لا يسكنها وروى هشام عن محمد أنه لا يحنث لانها تضاف الى الساكن بالسكنى فيسقط اضافة الملك والجواب أنه غير ممتنع أن تضاف دار واحدة الى المالك بجهة الملك والى الساكن بجهة السكنى لان عند اختلاف الجهة تذهب الاستحالة فان قال لا أدخل حانوتاً لفلان فدخل حانوتاً له قد آجره فان كان فلان ممن له حانوت يسكنه فانه لا يحنث بدخول هـذا الحانوت لانه

يضاف الى ساكنه ولا يضاف الى مالكه وان كان المحلوف عليه لا يعرف بسكنى حانوت يحنث لانا نعلم أنه أراد به اضافة الملك لا اضافة السكنى كما يقال حانوت الامير وان كان لا يسكنها الامير وان حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً بين فلان و بين آخر فان كان فلان فيها ساكنا حنث وان لم يكن ساكنا لا يحنث لانه اذا كان ساكنا فيها كانت مضافة اليه بالسكنى وان لم يملك شيأ منها فاذا ملك نصفها أولى واذا لم يسكن فيها كانت الاضافة اضافة الملك والكل غير مضاف اليه وفرق بين هذا و بين ما اذا حلف لا يزرع أرضاً لفلان فزرع أرضاً بينه و بين غيره انه يحنث لان كل جزء من الأرض يسمى أرضاً و بعض الدار لا يسمى داراً ولو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل داره وفلان فيها ساكن لا يحنث حتى يدخل البيت لان البيت اسم لموضع يبات فيه عادة ولا يبات فى صحن الدار عادة فان نواه يصدق لانه شدد على نفسه وقال ابن رستم قال محمد فى رجل حلف لا يدخل دار رجل بعينه مثل دار عمرو بن حريث وغيرها من الدور المشهورة بأربابها فدخل الرجل وقد كان باعها عمرو بن حريث أو غيره ممن تنسب قبل اليمين اليه ثم دخلها الحالف بعد ذلك حنث لان الدور المشهورة انما تضاف الى أربابها على طريق النسبة لا على طريق الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين وان كانت هذه اليمين على دار من هذه الدور التى ليست لها نسبة تعرف بها لم يحنث فى يمينه لانه يراد بهذه الاضافة الملك لا النسبة فاذا زال الملك زالت الاضافة وقال ابن رستم عن محمد فى رجل حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت الحجرة فدخلها بعد ما كسرت لا يحنث وليست الحجرة كالدار لان الحجرة اسم لما حجر بالبناء فكان كالبيت فاذا انهدمت فقد زال الاسم وقال ابن رستم عن محمد فى رجل حلف لا يدخل دار فلان فصعد السطح يحنث لان سطح الدار منها الا أن يكون نوى صحن الدار فلا يحنث فيما بينه و بين الله لانهم قد يذكرون الدار و يريدون به الصحن دون غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث لان سطح المسجد من المسجد ألا ترى لو انتقل المعتكف اليه لا يبطل اعتكافه فان كان فوق المسجد مسكن لا يحنث لان ذلك ليس بمسجد ولو انتقل المعتكف اليه بطل اعتكافه ولو حلف لا يدخل هذه الدار الا مجتازاً قال ابن سماعة روى عن أبى يوسف أنه ان دخل وهو لا يريد الجلوس فانه لا يحنث لانه عقد يمينه على كل دخول واستثنى دخولا بصفة وهو ما يقصد به الاجتياز وقد دخل على الصفة المستثناة فان دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده حنث لانه دخل لا على الصفة المستثناة فان دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس لا يحنث لانه لم يحنث حين دخوله لوجوده على الوصف المستثنى ولم يوجد الدخول بعد ذلك اذ المكث ليس بدخول فلا يحنث وذكر فى الاصل اذا حلف لا يدخل هذه الدار الا عابر سبيل فدخلها ليقعد فيها أو ليعود مريضا فيها أو ليطعم فيها ولم يكن له نية حين حلف فانه يحنث ولكن ان دخلها مجتازاً ثم بدا له فقعد فيها لم يحنث لان عابر السبيل هو المجتاز فاذا دخلها لغير اجتياز حنث قال الا أن ينوى لا يدخلها يريد النزول فيها فان نوى ذلك فانه يسعه لانه قد يقال دخلت عابر سبيل بمعنى انى لم أدم على الدخول ولم أستقر فقد نوى ما يحتمله كلامه ولو حلف لا يطأ هذه الدار بقدمه فدخلها راكبا يحنث لانه قد يراد به الدخول فى العرف لا مباشرة قدمه الارض ألا ترى أنه لو كان فى رجله حذاء نعل يحنث فعلم أن المراد منه الدخول وان حلف لا يضع قدمه فى هذه الدار فدخلها راكبا حنث لان وضع القدم فى عرف الاستعمال صار عبارة عن الدخول فان كان نوى أن لا يضع قدمه ماشيا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق وكذلك اذا دخلها ماشيا وعليه حذاء أولا حذاء عليه لما قلنا وروى هشام عن محمد فيمن حلف لا يدخل هذه الدار فدخل حانوتاً مشرعا من هذه الدار الى الطريق وليس له باب فى الدار فانه يحنث لانه من جملة ما أحاطت به الدائرة قال هشام وسألت أبا يوسف ان دخل بستاناً فى تلك الدار قال لا يحنث وهذا محمول على بستان متصل بالدار فان كان فى وسط الدار يحنث لاحاطة الدائرة به هكذا روى عن محمد وقال ابن سماعة فى نوادره عن محمد فى رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سربا فبلغ داره وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها فدخل الحالف ذلك السرب حتى مضى فيه تحت دار فلان فانه لا يحنث

الا أن يكون من هذه القناة مكان مكشوف الى الدار يستقي منه أهل الدار فدخل الحالف القناة فبلغ ذلك المكشوف فيحنث وان لم يبلغ لم يحنث وان كان المكشوف شيأ قليلا لا ينتفع به أهل الدار وانما هو للضوء فمر الحالف بالقناة حتى بلغ الموضع فليس بحانث لان القناة تحت الدار اذا لم يكن منفذ لا تعد من الدار لان المقصود من دخول داره اما كرامة واما هتك حرمة وذلك لا يوجد فيما لا منفذ له واذا كان لها منفذ يستقي منه الماء فانه يعد من مرافق الدار بمنزلته بئر الماء فاذا بلغ اليه كان كمن دخل في بئر داره واذا كان لا ينتفع به الا للضوء لا يكون من مرافق الدار فلا يصير بدخوله داخلا في الدار فلا يحنث ولو دخل فلان سربا تحت داره وجعله بيوتا وجعل له أبوابا الى الطريق فدخلها رجل حلف لا يدخل دار فلان فهو حانث لان السرب تحت الدار من بيوت الدار ولو عمد فلان الى بيت من داره أو بيتين فسد أبوابهما من قبل داره وجعل ابوابهما الى دار الحالف فدخل الحالف هذين البيتين فانه لا يحنث لانه لما جعل أبوابهما الى دار الحالف فقد صارت منسوبة الى الدار الاخرى وقال ابن سماعة في السرب اذا كان بابه الى الدار ومحتفره في دار أخرى أنه من الدار التي مدخله اليها وبابه اليها لانه بيت من بيوتها وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل في سفينة فمر بدجلة لا يحنث فان خرج فمضى فمشى على الجسر حنث وان قدم الى الشط ولم يخرج لم يحنث ولم يكن مقيما ان كان أهله ببغداد وان خرج الى الشط حنث وقال ابن سماعة عن محمد اذا انحدر في سفينة من الموصل الى البصرة فمر في شط الدجلة فهو حانث فصارت المسألة مختلفة بينهما وجه قول محمد أن الدجلة من البلد بدليل أنه لو عقد عليها جسر كانت من البلد فكذا اذا حصل في هذا الموضع في سفينة ولابي يوسف أن موضع الدجلة ليس موضع قرار فلا يكون مقصودا بعقد اليمين على الدخول فلا تنصرف اليمين اليه قال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته ان دخلت هذه الدار ولم تعطيني ثوب كذا فأنت طالق فدخلت الدار ثم اعطته الثوب بعد ذلك فان الطلاق يقع عليها وان كانت اعطته الثوب قبل أن تدخل لم يقع عليها الطلاق لانه جعل شرط وقوع الطلاق دخولها الدار لا على صفة الاعطاء وهو أن لا يكون الزوج معطى حال الدخول لان هذه الواو للحال بمنزلة قوله ان دخلت الدار وأنت راكبة أنه يعتبر كونها راكبة حال الدخول ولا يعتبر الركوب بعده كذا هذا وكذلك لو قال ان خرجت ولم تأكلي أو خرجت وليس عليك ازار أو خرجت ولم تتخمري لما قلنا ولو قال لها ان لم تعطني هذا الثوب ودخلت هذه الدار فأنت طالق ولا نية له فان الطلاق لا يقع عليها حتى يجتمع الامران جميعا وهو ان لا تعطيه الثوب الى أن يموت أحدهما أو يهلك الثوب ويدخل الدار فاذا اجتمع هذان وقع الطلاق والا فلا لانه جعل ترك العطية والدخول جميعا شرطا لوقوع الطلاق لان قوله ودخلت الدار شرط معطوف على ترك العطية وليس بوصف له فيتعلق وقوع الطلاق بوجودهما ثم لا يتحقق الترك الا بموت أحدهما أو بهلاك الثوب فاذا مات أحدهما أو هلك الثوب ودخلت الدار فقد وجد الشرطان فيحنث ولو قال والله لا تدخلين هذه الدار ولا تعطيني هذا الثوب فأيهما فعلت حنث لان كلمة النفي دخلت على كل واحد منهما على الانفراد فيقتضي انتفاء كل واحد منهما على الانفراد كما في قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ومن هذا الجنس ما روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال والله لا أشترى بهذا الدرهم غير لحم فاشترى بنصفه لحما وبنصفه خبزا يحنث استحسانا ولا يحنث في القياس وجه القياس انه جعل شرط حنثه أن يشتري بجميع الدرهم غير اللحم وما اشترى بجميعه بل ببعضه فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث وجه الاستحسان ان مبنى الايمان على العادة وعادة الناس انهم يريدون بمثل هذا الكلام أن يشتري الحالف بجميع الدرهم اللحم ولم يشتر بجميعه اللحم فيحنث فان كان نوى أن لا يشتري به كله غير اللحم لم يحنث ويدين في القضاء لانه نوى ظاهر كلامه فيصدق ولو قال والله لا أشتري بهذا الدرهم الا لحما فلا يحنث حتى يشتري بالدرهم كله غير لحم وهذا يؤيد وجه القياس في المسألة الاولى لان الا وغير كلاهما من الفاظ الاستثناء وانا نقول قضية القياس هذا في المسألة الاولى ألا يرى أنه لو نوى أن يشتري به كله غير اللحم صدق في القضاء لانا تركنا هذا القياس هناك

للعرف والعادة ولا عرف ههنا يخالف القياس فعمدنا للقياس فيه ولو قال والله لا أشتري بهذا الدرهم الا ثلاثة أرطال لحم فاشترى ببعض الدرهم لحماً أقل من ثلاثة أرطال و ببقيته غير لحم حنث لان قوله والله لا أشتري بهذا الدرهم يقع على كل شراء بهذا الدرهم ثم استثنى من هذه الجملة شراء بصفة وهوان يشتري به ثلاثة أرطال ولم يوجد فلم يوجد المستثنى فبقي ماشراه داخلا في اليمين فيحنث به ومن هذا القبيل ما اذا قال لرجلين والله لا تبيتان الا في بيت فبات أحدهما في بيت والآخر في بيت آخر حنث لانه جعل شرط حنثه بيتوتتهما جميعاً في غير بيت واحد وقد باتا في غير بيت واحد لانهما باتا في بيتين فوجد شرط الحنث فهو الفرق وذكر محمد في الجامع في رجل قال ان كنت ضربت هذين الرجلين الا في دار فلان فعبدي حر وقد ضرب واحدا منهما في دار فلان وواحدا في غيرها فانه لا يحنث لانه جعل شرط حنثه ضربهما في غير دار فلان ولم يوجد ولو قال ان لم أكن ضربته هذين السوطين في دار فلان فعبدي حر والمسألة بحالها حنث لان شرط الحنث أن يجتمع الشرطان في دار فلان ولم يجتمعا فيحنث ولو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بيتــه فان قصــده بالدخول يحنث وان لم يقصده لا يحنث وكذلك اذا دخل عليه بيت غيره وانما اعتبر القصد ليكون داخلا عليه لان الانسان انما يحلف ان لا يدخل على غيره استخفافا به وتركا لاكرامه عادة وذا لا يكون الا مع القصد وذكر الكرخي عن ابن سماعة في نوادره خلاف هذا فقال في رجل قال والله لا أدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولم يعلم به الحالف فانه حانث بدخوله فلم يعتبر القصد للدخول على فلان لاستحالة القصد بدون العلم ووجهه انه جعل شرط الحنث الدخول على فلان والعلم بشرط الحنث ليس بشرط في الحنث كمن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو لا يعرف أنه زيد وظاهر المذهب ما تقــدم ولو علم أنه فيهم فدخل ينوي الدخول على القوم لا عليــه لا يحنث فيما بينه و بين الله عز وجل لانه اذا قصد غيره لم يكن داخلا عليه ولا يصدق في القضاء لان الظاهر دخوله على الجماعة وما في اعتقاده لا يعرفه القاضي فان دخل عليه في مسجد أو ظلة أو سقيفة أو دهليز دار لم يحنث لان ذلك يقع على الدخول المعتاد وهو الذي يدخل الناس بعضهم على بعض ولا يكون ذلك الا في البيوت فان دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت شعر لم يحنث الا أن يكون الحالف من أهل البادية لانهــم يسمون ذلك بيتاً والتعويل في هذا البــاب على العرف والعادة وقال ابن سماعة عن محمد اذا حلف لا يدخل على فلان هــذه الدار فدخل الدار وفلان في بيت من الدار لا يحنث وان كان في صحن الدار يحنث لانه لا يكون داخلا عليه الا اذا شاهده ألا ترى ان السقا يدخل دار الامير ولا يقال انه دخل على الامير وفي الاول شاهده وفي الثاني لم يشاهده وكذا لو حلف لا يدخل على فلان هــذه القرية أنه لا يكون داخلا عليه الا اذا دخل في بيته وتخصيص القرية يمنع وقوع الحنث بالدخول في غــيرها وقال ابن رستم عن محمد اذا قال والله لا أدخل على فلان ولم يذكر بيتا ولا غيره فدخل عليه فسطاطاً أو دارا حنث وهــذا محمول على أن من عادة فلان أن يدخل عليــه في الفساطيط وان دخل عليــه في المسجد أو الكعبة أو الحمام لا يحنث لان المقصود بهــذه اليمين الامتناع من الدخول في المواضع التي يكرم الناس بالدخول عليه فيها وهذا لا يوجــد في الحمام والكعبة والمسجد قال محمد ولو دخل على فلان بيته وهو يريد رجــلا غيره يزوره لم يحنث لانه لم يدخل على فلان لما لم يقصده وان لم يكن له نية حنث لانه يكون داخلا على كل من في الدار فيحنث كمن حلف لا يسلم على رجــل فسلم على جماعة وهو فيهم ولا نية له قال بشر سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال لامرأته ان دخلت هــذه الدار وخرجت منها فانت طالق فاحتملها انسان وهي كارهة فادخلها ثم خرجت من قبــل نفسها ثم دخلتها ولم تخرج وقع الطلاق لان الواو لا تقتضي الترتيب لانها للجمع المطلق ولا عادة في تقدم أحد الشرطين على الآخر فيتعلق الطلاق بوجودهما من غير مراعاة الترتيب وكذلك القيــام والقعود والسكوت والــكلام والصوم والافطار ونحو ذلك لما قلنا ولو قال لها ان حضت وطهرت فأنت طالق فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت لم يقع الطلاق حتى تطهر ولا يقع الطلاق في هذا الموضع حــتى يتقدم الحيض الطهر وكذلك اذا قال لها اذا حبلت وولدت وهي حبلى وكذلك اذا قال اذا زرعت

وحصدت لابد من تقدم الزرع الحصاد والحمل الولادة والحيض الطهر لان احد الامرين يتعقب الآخر عادة فلزم مراعاة الترتيب بالعادة ولو قال لامرأته ان تزوجتك وطلقتك فعبدي حر ولانية له فطلقها واحدة بائنة ثم تزوجها عتق عبده لانها لا تحتمل التزوج للحال لكونها زوجة له وتحتمل الطلاق فيراعى فيه معنى الجمع المطلق لا الترتيب ومتى طلقها وتزوجها فقد جمع بينهما فوجد الشرط.

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الخروج فالخروج هو الانفصال من الحصن الى العورة على مضادة الدخول فلا يكون المكث بعد الخروج خروجا كما لا يكون المكث بعد الدخول دخولا لانعدام حده وحقيقته ثم الخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت يكون من الاخبية والفساطيط والخيم والسفن لوجود حده كالدخول والخروج من الدور المسكونة أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما اذا حلف لا يسكن والخروج من البلدان والقرى أن يخرج الحالف ببدنه خاصة وهذا يشهد لقول من قال من أصحابنا ان من حلف لا يسكن فى بلد فخرج بنفسه دون عياله لا يحنث والتعويل فى هذا على العرف فان من خرج من الدار وأهله ومتاعه فيها لا يعد خارجا من الدار و يقال لم يخرج فلان من الدار اذا كان أهله ومتاعه فيها ومن خرج من البلد يعد خارجا من الدار وان كان أهله ومتاعه فيه وقال هشام سمعت أبا يوسف قال اذا قال والله لا أخرج وهو فى بيت من الدار فخرج الى صحن الدار لم يحنث لان الدار والبيت فى حكم بقعة واحدة فالحلف على الخروج المطلق يقتضى الخروج منهما جميعا فما لم يوجد لا يحنث الا أن تكون نيته أن لا يخرج من البيت فاذا خرج الى صحن الدار حنث لانه نوى ما يحتمله لفظه وهو الانفصال من داخل الى خارج وفيه تشديد على نفسه فان قال نويت الخروج الى مكة أو خروجا من البلد فانه لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى تخصيص المكان وهو ليس بمذكور وغير المذكور لا يحتمل نية التخصيص وكذلك قال محمد فى الجامع لو قال ان خرجت فعبدى حر وقال عنيت به السفر الى بغداد دون ما سواها لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى لما قلنا وقال هشام سألت محمدا عن رجل حلف لا يخرج من الرى الى الكوفة فخرج من الرى يريد مكة وطريقه على الكوفة قال محمد ان كان حين خرج من الرى نوى ان يمر بالكوفة فهو حانث وان كان حين خرج من الرى نوى أن لا يمر بها ثم بدا له بعد ما خرج وصار من الرى الى الموضع الذى تقصر فيه الصلاة أن يمر بالكوفة فمر بها لم يحنث لان النية تعتبر حين الخروج وفى الفصل الاول وجدت نية الخروج الى الكوفة لانه لما نوى أن يخرج الى مكة و يمر فقد نوى الخروج الى الكوفة والى غيرها فيحنث وفى الفصل الثانى لم توجد النية وقت الخروج فلا يحنث وان كان نيته أن لا يخرج الى الكوفة خاصة ليست الى غيرها ثم بدا له الحج فخرج ونوى أن يمر بالكوفة قال محمد هذا لا يحنث فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى تخصيص ما فى لفظه وقال ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل قال لامرأته ان خرجت من هذه الدار الا الى المسجد فانت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت الى غير المسجد لم تطلق لانه جعل الخروج الى المسجد مستثنى من اليمين ولما خرجت تريد المسجد فقد تحقق الخروج الى المسجد فوجد الخروج المستثنى فبعد ذلك وان قصدت غير المسجد لكن لا يوجد الخروج بل المكث فى الخارج وانه ليس بخروج لعدم حده فلا يحنث وقال عمر بن أسد سألت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من البلدة ما الخروج قال اذا جعل البيوت خلف ظهره لان من حصل فى هذه المواضع جاز له القصر ولا يجوز له القصر الا بالخروج من البلد فعلم انه خرج من البلد قال عمر سألت محمدا عن رجل قال لامرأته ان خرجت فى غير حق فانت طالق فخرجت فى جنازة والدها أو أخ لا تطلق وكذلك كل ذى رحم محرم وكذلك خروجها الى العرس أو خروجها فيما يجب عليها لان الحق المذكور فى هذا الموضع لا يراد به الواجب عادة وانما يراد به المباح الذى لا مأثم فيه ولو قال لها ان خرجت من هذه الدار فانت طالق فخرجت منها من الباب أى باب كان ومن أى موضع كان من فوق حائط أو سطح أو نقب حنث لوجود الشرط وهو الخروج من الدار ولو قال ان خرجت من باب هذه الدار فخرجت من أى باب كان من

الباب

الباب القديم أو الحادث بعد اليمين حنث لوجود الشرط وهو الخروج من باب الدار ولا يحنث بالخروج من السطح أو فوق الحائط أو النقب لعدم الشرط ولو عين بابا في اليمين يتعين ولا يحنث بالخروج من غيره لان التعيين مقيد في الجملة فيعتبر ولو قال ان خرجت من هذه الدار الا في أمر كذا فهذا وقوله الا باذني واحد وسنذكره ان شاء الله تعالى ولو قال ان خرجت من هذه الدار مع فلان فانت طالق فخرجت وحدها أو مع فلان آخر ثم خرج فلان ولحقها لم يحنث لان كلمة مع للقران فيقتضي مقارنتها في الخروج ولم يوجد لان المكث بعد الخروج ليس بخروج لانعدام حده ولو قال ان خرجت من هذه الدار فانت طالق فصعدت الصحراء الى بيت علو أو كنيف شارع الى الطريق الاعظم لا يحنث لان هذا في العرف لا يسمى خروجا من الدار ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فخرج منها ماشيا أو راكبا أو اخرجه رجل بأمره أو بغير أمره أو أخرج احدى رجليه فالجواب فيه كالجواب في الدخول وقد ذكرناه ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج من بلده يريد مكة حنث لان خروجه من بيته هو انفصال من داخل بلده الى خارجه على نية الحج وقد وجد وقد ذكرنا تفسير خروجه من بلده وهو ان يجعل بيوت بلده خلف ظهره ولو قال لا آتي مكة فخرج اليها لا يحنث مالم يدخلها لان اتيان الشئ هو الوصول اليه ولو قال لا يذهب الى مكة فلا رواية فيه واختلف المشايخ قال بعضهم هو والخروج سواء وقال بعضهم هو والاتيان سواء ولو قال أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا باذني أو بامري أو برضائي أو بعلمي أو قال ان خرجت من هذه الدار بغير اذني أو أمري أو رضائي أو علمي فهو على كل مرة عندهم جميعا وههنا ثلاث مسائل احداها هذه والثانية أن يقول أنت طالق ان خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو آمر أو أرضى أو أعلم والثالثة أن يقول أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا أن آذن لك أو آمر أو أعلم أو أرضى أما المسئلة الاولى فالجواب ماذكرنا ان ذلك يقع على الاذن في كل مرة حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن حنث وكذلك لو أذن لها مرة فقبل أن تخرج نهاها عن الخروج ثم خرجت بعد ذلك يحنث وانما كان كذلك لانه جعل كل خروج شرطا لوقوع الطلاق واستثنى خروجا موصوفا بكونه ملتصقا بالاذن لان الباء في قوله الا باذني حرف الصاق هكذا قال أهل اللغة ولا بد من شيئين يلتصقان بآلة الالصاق كما في قولك كتبت بالقلم وضربت بالسيف التصق الضرب بالسيف والكتابة بالقلم وليس ههنا شئ مظهر يلتصق به الاذن فلا بد من ان يضمر كما في قوله بسم الله انه يضمر فيه ابتدئ وفي باب الحلف قوله بالله لا فعلن كذا انه يضمر فيه أقسم لتكون الباء ملصقة للاسم بقوله ابتدئ واسم الله في باب الحلف بقوله أقسم بالله ولا بد لكل مضمر من دليل عليه اما حال واما لفظ مذكور لان الوصول الى ماخفي غير ممكن الا بواسطة الحال ولا حال ههنا يدل على اضمار شئ فاضمرنا مادل عليه اللفظ المذكور في صدر الكلام وهو قوله ان خرجت وليس ذلك الا الخروج فصار تقدير الكلام ان خرج فلان من هذه الدار خروجا الا خروجا باذني والمصدر الاول في موضع النفي فيعم فيصح استثناء الثاني منه لانه بعض المستثنى منه وهو خروج موصوف بصفة الالتصاق بالاذن فقد نفى كل خروج واستثنى خروجا موصوفا بكونه ملتصقا بالاذن فبقي كل خروج غير موصوف بهذه الصفة تحت المستثنى منه وهو الخروج العام الذي هو شرط وقوع الطلاق فاذا وجد خروج اتصل به الاذن لم يكن شرطا لوقوع الطلاق واذا وجد خروج غير متصل به الاذن كان شرطا لوقوع الطلاق كما اذا قال لها أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا بملحفة ان كل خروج يوصف بهذه الصفة وهو ان يكون بملحفة يكون مستثنى من اليمين فلا يحنث به وكل خروج لا يكون بهذه الصفة يبقى تحت عموم اسم الخروج فيحنث به كذا هذا فان أراد بقوله الا باذني مرة واحدة يدين فيما بينه و بين الله تعالى وفي القضاء أيضا في قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى أيضا عنه انه لا يدين في القضاء لانه نوى خلاف الظاهر لان ظاهر هذا الكلام يقتضي تكرار الاذن في كل مرة لما بينا (وجه) ظاهر الرواية ان تكرار الاذن ما ثبت بظاهر اللفظ وانما ثبت باضمار الخروج فاذا نوى مرة واحدة فقد نوى ما يقتضيه ظاهر كلامه

فيصدق ثم فى قوله الا باذنى لو أراد الخروج لا يحنث وتقدر المرأة على الخروج فى كل وقت من غير حنث فالحيلة فيه ان يقول الزوج لها أذنت لك أبدا أو أذنت لك الدهر كله أو كلما شئت الخروج فقد أذنت لك وكذلك لو قال لها أذنت لك عشرة أيام فدخلت مرارا فى العشرة لا يحنث فلو انه أذن لها اذنا عاما ثم نهاها عن الخروج هل يعمل نهيه قال محمد يعمل نهيه و يبطل اذنه حتى انها لو خرجت بعد ذلك بغير اذنه يحنث وقال أبو يوسف لا يعمل فيه نهيه ورجوعه عن الاذن (وجه) قول محمد انه لو أذن لها مرة ثم نهاها صح نهيه حتى لو خرجت بعد النهى يحنث فكذا اذا أذن لها فى كل مرة وجب أن يعمل نهيه و يرتفع الاذن بالنهى (وجه) قول أبى يوسف ان الاذن الموجود على طريق العموم فى الخرجات كلها مما يبطل الشرط لان شرط وقوع الطلاق الخروج الذى ليس بموصوف بكونه ملتصقا بالاذن وهذا لا يتصور بعد الاذن العام لان كل خروج يوجد بعده لا يوجد الا ملتصقا بالاذن فخرج الشرط من ان يكون متصور الوجود ولا بقاء لليمين بدون الشرط كما لا بقاء لها بدون الجزاء لانها تتركب من الشرط والجزاء فلم يبق اليمين فوجد النهى العام ولا يمين فلم يعمل بخلاف الاذن الخاص بمرة واحدة ثم النهى عنها لان هناك بالاذن بالخروج مرة لم ترتفع اليمين فجاء النهى واليمين باقية فصح النهى وأما المسئلة الثانية فجوابها ان ذلك على الاذن مرة واحدة حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن لا يحنث وكذا اذا أذن لها مرة ثم نهاها قبل أن تخرج ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث لان كلمة حتى كلمة غاية وهى بمعنى الى وكلمة الى كلمة انتهاء الغاية فكذا كلمة حتى ألا ترى انه لا فرق بين قوله حتى آذن و بين قوله الى ان آذن ومعنى قوله حتى ان آذن وكلمة ان مضمرة لان حتى لما كانت من عوامل الاسماء وما كان من عوامل الاسماء لا يدخل الافعال البتة فلم يكن بد من اضمار ان لتصير هى بالفعل الذى هو صلتها بمنزلة المصدر تقول أحب أن تقوم أى أحب قيامك فيكون قوله حتى آذن أى حتى اذنى وهو قوله الى اذنى ولهذا ادخلوا كلمة ان بعد الى فقالوا الى ان آذن الا ان هناك اعتادوا الاظهار مع الى وههنا مع حتى اعتادوا الاضمار واذا كان كذلك صار وجود الاذن منه غاية لحظر الخروج والمضروب له الغاية ينتهى عند وجود الغاية فينتهى حظر الخروج ومنعه باليمين عند وجود الاذن مرة واحدة بخلاف الاول فان أراد بقوله حتى آذن فى كل مرة فهو على ما نوى فى قولهم جميعا و يجعل حتى مجازا عن الى لوجود معنى الانتهاء فى الاستثناء على ما بينا وفيه تشديد على نفسه فيصدق (وأما) المسئلة الثالثة فلا يجوز فيها فالجواب فى قوله حتى آذن فى قول العامة وقال الفراء الجواب فيها كالجواب فى قوله الا باذنى وجه قوله ان كلمة الا استثناء فلا بد من تقديم المستثنى منه عليها وتأخير المستثنى عنها وان مع الفعل المستقبل بمنزلة المصدر على ما مر فصار تقدير الكلام ان خرجت من الدار الا خروجا باذنى وهذا ليس بكلام مستقيم فلا بد من ادراج حتى يصح الكلام فندرج الباء و يجعل معناه الا خروجا باذنى واسقاط الباء فى اللفظ مع ثبوتها فى التقدير جائز فى اللغة كما روى عن رؤبة بن العجاج انه قيل له كيف أصبحت فقال خير عافاك الله أى بخير وكذا يحذفون الباء فى القسم فيقولون الله مكان قولهم بالله وانما اختلفوا فى الخفض والنصب واذا كان هذا جائزا أدرجت لضرورة تصحيح الكلام والدليل عليه قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم أى الا باذن لكم حتى كان محتاجا الى الاذن فى كل مرة فكذا فيما نحن فيه ولنا ان هذا الكلام لما لم يكن بنفسه صحيحا لما قاله الفراء ولا بد من القول بتصحيحه ولكن تصحيحه على التقدير الذى قاله الفراء وأمكن تصحيحه أيضا بجعله الا بمعنى حتى والى لان كلمة الا كلمة استثناء وما وراء كلمة الا استثناء وهو المستثنى منه ينتهى عند كلمة الاستثناء وعند وجود المستثنى فصارت كلمة الاستثناء على هذا التقدير للغاية فاقيم مقام الغاية فصار كانه قال ان خرجت من هذه الدار الى اذنى أو حتى اذنى وهذا أولى مما قاله الفراء لان تصحيح الكلام بجعل كلمة قائمة مقام أخرى أولى من التصحيح بطريق الاضمار لان جعل الكلمة قائمة مقام أخرى وان كان فيه ضرب تغيير لكن التغيير تصرف فى الوصف والاضمار اثبات أصل الكلام والتصرف فى الوصف بالتغيير والتبديل أولى

من اثبات الاصل بلا شك فكان هذا أولى على ان فيما قاله اضمار شيئين أحدهما الباء والآخر الجالب للباء وهو قوله الاخر وجاوليس فيما ذهبنا اليه ادراج شيء بل إقامة ما فيه معنى الغاية مقام الغاية ولا شك ان هذا أدون فكان التصحيح به أولى ولهذا كان معنى قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم أى الى ان تقطع قلوبهم والله عز وجل أعلم أى الى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت وفى قوله عز وجل الا أن يؤذن لكم انما احتيج الى الاذن فى كل مرة لا بمقتضى اللفظ بل بدليل آخر وهو أن دخول دار الغير بغير اذنه حرام الا يرى انه قال عز وجل فى آخر قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى ومعنى الاذى موجود فى كل ساعة فشرط الاذن فى كل مرة والله عز وجل أعلم فان قال الا باذن فلان فمات المحلوف على اذنه بطلت اليمين عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هى على حالها وهذا فرع اختلافهم فيمن حلف ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز وليس فى الكوز ماء انه لا تنعقد اليمين فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تنعقد بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان تصور وجود المحلوف عليه حقيقة فى المستقبل شرط انعقاد اليمين وبقاؤه متصور الوجود حقيقة شرط بقاء اليمين عندهما وعنده ليس بشرط فان أذن لها بالخروج من حيث لا تسمع فخرجت بغير الاذن يحنث عند أبى حنيفة ومحمد ولا يحنث عند أبى يوسف وجه قوله ان الاذن يتعلق بالاذن لانه كلامه وقد وجد فاما السماع فانما يتعلق بالمأذون فلا يعتبر لوجود الاذن كما لو وقع الاذن بحيث يجوز ان تسمع وهى نائمة لانه كلامه ولان شرط الحنث خروج غير مأذون فيه مطلقا وهذا مأذون فيه من وجه لوجود كلام الاذن فلم يوجد شرط الحنث ولان المقصود من الاذن أن لا تخرج وهو كاره وقد زالت الكراهة بقوله أذنت وان لم تسمع ولهما ان الاذن اعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام وقوله أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث ولان هذه اليمين اشتملت على الحظر والاطلاق فان قوله ان خرجت من هذه الدار يجرى مجرى الحظر والمنع وقوله الا باذنى يجرى مجرى الاطلاق وحكم الحظر والاطلاق من الشارع والشرائع لا تثبت بدون البلوغ كذا من الحالف الا ترى انه قيل فى قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات انه نزل فى قوم شربوا الخمر بعد نزول تحريم الخمر قبل علمهم به وذكر محمد فى الزيادات أن الوكيل لا يصير وكيلا قبل علمه بالوكالة حتى يقف تصرفه على اجازة الموكل والتوكيل اذن واطلاق ولهما أن الاذن اعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام وقوله أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث ولان الخروج مذكور فى محل النفى فيعم كل خروج الا الخروج المستثنى وهو الخروج المأذون فيه مطلقا وهو ان يكون مأذونا فيه من كل وجه ولم يوجد فلم يكن هذا خروجا مستثنى فبقى داخلا تحت عموم الخروج فيحنث بخلاف ما اذا ما كانت نائمة فاذن لها بحيث يجوز ان تسمع لان مثل هذا يعد سماعا عرفا وعادة كما اذا أذن لها وهى تسمع الا انها غافلة ومسئلتنا مفروضة فيما اذا اذن لها من حيث لا تسمع عادة ومثل هذا لا يعد سماعا فى العرف فهو الفرق بين الفصلين وقيل ان النائم يسمع لان ذلك بوصول الصوت الى صماخ أذنه والنوم لا يمنع منه وانما يمنع من فهم المسموع فصار كما لو كلمه وهو يقظان لكنه غافل وحكى ابن شجاع انه لا خلاف فى هذه المسئلة انه لا يحنث لانه قد عقد على نفسه بالاذن وقد أذن قال وانما الخلاف بينهم فى الامر وروى نصر بن يحيى عن أبى مطيع عن أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف الا ان أبا سليمان حكى الخلاف فى الاذن والله عز وجل أعلم وقال ابن سماعة عن محمد لو ان رجلا قال لعبده ان خرجت من هذه الدار الا باذنى فأنت حر ثم قال له أطع فلانا فى جميع ما يأمرك به فأمره فلان بالخروج فخرج فالمولى حانث لوجود شرط الحنث وهو الخروج بغير اذن المولى لان المولى لم يأذن له بالخروج وانما أمره بطاعة فلان وكذلك لو قال المولى لرجل ائذن له فى الخروج فاذن له الرجل فخرج لانه لم يأذن له بالخروج وانما أمر فلانا بالاذن وكذلك لو قال له قل يا فلان مولاك قد أذن لك فى

الخروج فقال له نخرج فان المولى حانث لانه لم يأذن له وانما أمر فلانا بالاذن ولو قال المولى لعبده بعد يمينه ما أمرك
به فلان فقد أمرتك به فأمره الرجل بالخروج فخرج فالمولى حانث لان مقصود المولى من هذا انه لا يخرج الا برضاه
فاذا قال ما أمرك به فلان فقد أمرتك به فهو لا يعلم ان فلانا يأمره بالخروج والرضا بالشئ بدون العلم به لا يتصور فلم
يعلم كون هذا الخروج مرضيا به فلم يعلم كونه مستثنى فبقى تحت المستثنى منه ولو قال المولى للرجل قد أذنت له فى
الخروج فاخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى لان الاذن من المولى قد وجد الا انه لم يبلغ العبد فاذا أخبره به فقد بلغه فلا
يحنث ولو قال لامرأته ان خرجت الا باذنى ثم قال لها ان بعت خادمك فقد أذنت لك لم يكن منه هذا اذنا لانه مخاطرة
يجوز أن تبيع ويجوز ان لا تبيع فلا يعد ذلك رضا وقال ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال لها ان خرجت الا بأمرى
فالامر على ان يأمرها ويسمعها أو يرسل بذلك رسوله اليها فان أشهد قوما انه قد أمرها ثم خرجت فهو حانث فقد
فرق أبو يوسف بين الامر وبين الاذن حيث لم يشترط فى الاذن اسماعها وارسال الرسول به وشرط ذلك فى
الامر ووجه الفرق له ان حكم الامر لا يتوجه على المأمور بدون العلم به كما فى أمر الشرع والمقصود من الاذن هو
الرضا وهو ان لا تخرج مع كراهته وهذا يحصل بنفس الاذن بدون العلم به قال محمد ولو غضبت وتهيأت للخروج فقال
دعوها تخرج ولا نية له فلا يكون هذا اذنا الا ان ينوى الاذن لان قوله دعوها ليس باذن نصا بل هو أمر بترك
التعرض لها وذلك بان لا تمنع من الخروج أو بتخلية سبيلها فلا يحصل اذنا بدون النية ولو قال لها فى غضبه اخرجى
ولا نية له كان على الاذن لانه نص على الامر الا أن ينوى به اخرجى حتى تطلقى فيكون تهديدا والامر يحتمل التهديد
كما فى أمر الشرع قال الله تعالى اعملوا ما شئتم فاذا نوى التهديد وفيه تشديد عليه صحت نيته ولو قال عبده حر ان دخل
هذه الدار الا ان نسى فدخلها ناسيا ثم دخل بعد ذلك ذاكرا لم يحنث وهذا على ما ذكرنا من قول العامة فى قوله أنت
طالق ان خرجت من هذه الدار الا ان آذن لك أن قوله الا أن لانتهاء الغاية بمنزلة قوله حتى فلما دخلها ناسيا فقد انتهت
اليمين فلا يتصور الحنث بدخول هذه الدار بهذه اليمين بحال ولو قال ان دخل هذه الدار الا ناسيا فدخلها ناسيا ثم
دخلها ذاكرا حنث لانه عقد يمينه على كل دخول وحظر على نفسه ومنعها منه واستثنى منه دخولا بصفة وهو انه
يكون عن نسيان فبقى ما سواه داخلا تحت اليمين فيحنث به قال ابن سماعة عن محمد فى رجل قال عبدى حر ان دخلت
هذه الدار دخلة الا ان يأمرنى فلان فأمره فلان مرة واحدة فانه لا يحنث ان دخل هذه الدخلة ولا بعدها وقد
سقطت اليمين وهذا على أن الامر واحد لما ذكرنا ان الا ان لانتهاء الغاية كحتى فاذا وجد الامر مرة واحدة انحلت
اليمين ولو قال ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يأمرنى بها فلان فامره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره فانه يحنث
ولا بد ههنا من الامر فى كل مرة لانه وصل الامر بالدخلة بحرف الوصل وهى حرف الباء فلا بد من الامر فى كل دخلة
كما لو قال الا بأمر فلان قال هشام عن محمد فى رجل حلف لا تخرج امرأته الا بعلمه فأذن لها أن تخرج فخرجت بعد
ذلك وهو لا يعلم فهو جائز لان قوله الا بعلمى أى الا باذنى وقد خرجت فكان خروجا مستثنى فلا يحنث واذا حلف
رجل على زوجته أو مولى على عبده أن لا يخرج من داره الا باذنه أو سلطان حلف رجلا أن لا يخرج من كورة الا باذنه
ثم بانت المرأة من الزوج أو خرج العبد من ملك المولى أو عزل السلطان عن عمله فكان الخروج بغير اذن من واحد
منهم فلا حنث على الحالف وتقع اليمين على الحال التى يملك الحالف فيها الاذن فان زالت تلك الحالة سقطت اليمين
وانما كان كذلك لان غرض المستحلف من ذلك تنفيذ ولايته وهو ان لا يخرج من له عليه ولاية الا بأمره فيتقيد
بحال قيام الولاية فاذا زالت زالت اليمين فان عادت المرأة الى ملك الزوج أو العبد الى ملك المولى أو اعيد السلطان الى
ولايته لا تعد اليمين لانها قد سقطت لما بينا فلا تحتمل العود وكذلك الغريم اذا حلف المطلوب ان لا يخرج من بلده
الا باذنه فاليمين مقيدة بحال قيام الدين فان قضاه المطلوب أو أبرأ الطالب سقطت اليمين فان عاد عليه ذلك الدين أو
غيره لم تعد اليمين لان غرض المستحلف ان لا يخرج لاجل ذلك الدين الذى له عليه وقت الحلف فاذا أسقط ذلك

بطل اليمين فلا يحتمل العود وعلى هذا قالوا فى عامل استحلف رجلا أن يرفع اليه كل من علم به من فاسق أو ذاعر أو سارق فى محلته ولم يعلم من ذلك حتى عزل العامل عن عمله ثم علم فليس عليه أن يرفعه وقد خرج عن يمينه و بطلت عنه لانها تقيدت بحال عمله بدلالة الغرض لان غرض العامل أن يرفع اليه مادام واليا فاذا زالت ولايته ارتفعت اليمين فان عاد العامل عاملا بعد عزله لم يكن عليه أيضا أن يرفع ذلك اليه لان اليمين قد بطلت فلا تعود سواء عاد عاملا بعد ذلك أولم يعد ولو كان الحالف علم ببعض ما استحلف عليه فاخر رفع ذلك حتى عزل العامل حنث فى يمينه ولم ينفعه رفع ذلك اليه بعد عزله لان الرفع تقيد بحال قيام الولاية فاذا زالت الولاية فقد فات شرط البر قال محمد فى الزيادات الا ان يعنى أن يرفع اليهم على كل حال فى السلطان وغيره وأدينه فيما بينه و بين الله عز وجل وفى القضاء لانه نوى ظاهر كلامه وهو العموم فيصدق ديانة وقضاء وقال محمد فى الزيادات اذا حلف أن لا تخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه أو خرج العبد عن ملكه ثم خرجت حنث ولا يتقيد بحال قيام الزوجية والملك لانعدام دلالة التقييد وهى قوله الا باذنه فيعمل بعموم اللفظ فان عنى به مادامت امرأته يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه عنى ما يحتمله لفظه ولا يدين فى القضاء لانه نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر وكذلك من طولب بحق فحلف أن لا يخرج من دار مطالبه حنث بالخروج زال ذلك الحق أو لم يزل لما قلنا وان أرادت المرأة أن تخرج وقد أخذت فى ذلك أو العبد أو أراد الرجل أن يضرب عبده وقد تهيأ لذلك فقال أنت طالق ان خرجت أو قال المولى أنت حر ان خرجت أو قال رجل للضارب عبدى حر ان ضربته فكفوا عن ذلك فقد سقطت اليمين حتى لو خرج المحلوف عليه بعد ذلك أو ضرب الرجل عبده لا يحنث الحالف لان غرضه من هذه اليمين المنع من الخروج فى الحال أو الضرب فتقيدت بالحال بدلالة الغرض فتزول اليمين بزوال الحال فلا يتصور الحنث بالخروج بعد ذلك وهذه من مسائل يمين الفور ونظائرها تأتى ان شاء الله تعالى فى مواضعها

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الكلام فالمحلوف عليه وهو الكلام قد يكون مؤبدا وقد يكون مطلقا وقد يكون مؤقتا أما المؤبد فهو ان يحلف أن لا يكلم فلانا أبدا فهو على الابد لا شك فيه لانه نص عليه وأما المطلق فهو ان يحلف ان لا يكلم فلانا ولا يذكر الابد وهذا أيضا على الابد حتى لو كلمه فى أى وقت كلمه فى ليل أو نهار وفى أى مكان كان وعلى أى حال حنث لانه منع نفسه من كلام فلان ليبقى الكلام من قبله على العدم ولا يتحقق العدم الا بالامتناع من الكلام فى جميع العمر فان نوى شيأ دون شىء بان نوى يوما أو وقتا أو بلدا أو منزلا لا يدين فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى تخصيص ما ليس بملفوظ فلا يصدق رأسا ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستأنف بعد اليمين فينقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث بان قال ان كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو فقومى فلا يحنث بقوله فاذهبى أو فقومى كذا قال أبو يوسف لانه متصل باليمين وهذا لان قوله لا أكلم أو ان كلمتك يقع على الكلام المقصود باليمين وهو ما يستأنف بعد تمام الكلام الاول وقوله فاذهبى أو فقومى وان كان كلاما حقيقة فليس بمقصود باليمين فلا يحنث به ولانه لما ذكره بحرف العطف دل انه ليس بكلام مبتدأ وكذا اذا قال واذهبى لما قلنا فان أراد به كلاما مستأنفا يصدق لانه كلام حقيقة وفيه تشديد على نفسه وان أراد بقوله فاذهبى الطلاق فانها تطلق بقوله فاذهبى لانه من كنايات الطلاق و يقع عليها تطليقة أخرى باليمين لانه لما نوى به الطلاق فقد صار كلاما مبتدأ فيحنث به وان كان فى الحال التى حلف ما يدل على تخصيص اليمين كانت خاصة بان قال له رجل كلم لى زيدا اليوم فى كذا فيقول والله لا أكلمه يقع هذا على اليوم دون غيره بدلالة الحال وعلى هذا قالوا لو قال إئتنى اليوم فقال امرأتى طالق ان أتيتك فهذا على اليوم وكذا اذا قال إئتنى فى منزلى فحلف بالطلاق لا يأتيه فهو على المنزل وهذا اذا لم يطل الكلام بين دلالة التخصيص و بين اليمين فان طال كانت اليمين على الابد فان قال لم لا تلقنى فى المنزل وقد أسأت فى تركك لقائى وقد أتيتك غير مرة فلم ألقك فقال الآخر امرأته طالق ان أتاك فهذا على الابد وعلى كل منزل لان

الكلام كثير فيما بين ابتدائه بذكر المنزل و بين المنزل و بين الحلف فانقطعت اليمين عنه وصارت يمينا مبتدأة فان
نوى هذا الاتيان فى المنزل دين فيما بينه و بين الله تعالى ولم يدين فى القضاء لانه يحتمله كلامه لكنه خلاف الظاهر
ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه فسها الامام فسبح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث لان هذا لا يسمى كلاما
فى العرف وان كان كلاما فى الحقيقة ألا ترى ان الكلام العرفى يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها وقد قالوا فيمن حلف
لا يتكلم فصلى ان القياس ان يحنث لان التكبير والقراءة كلام حقيقة وفى الاستحسان لا يحنث لانه لا يسمى كلاما
عرفا ألا ترى انهم يقولون فلان لا يتكلم فى صلاته وان كان قد قرأ فيها ولو قرأ القرآن خارج الصلاة يحنث لانه تكلم
حقيقة وقيل هذا اذا كان الحالف من العرب فان كان الحالف من العجم أو كان لسانه غير لسان العرب لا يحنث
سواء قرأ فى الصلاة أو خارج الصلاة لانه لا يعد متكلما ولو سبح تسبيحة أو كبر أو هلل خارج الصلاة يحنث عندنا
وعند الشافعى لا يحنث والصحيح قولنا لانه وجد الكلام حقيقة الا أنا تركنا الحقيقة حالة الصلاة بالعرف ولا عرف
خارج الصلاة وقيل هذا فى عرفهم فاما فى عرفنا فلا يحنث خارج الصلاة أيضا لانه لا يسمى كلاما فى الحالين جميعا
ولو فتح عليه فى غير الصلاة حنث لانه كلام حقيقة الا انه ترك الحقيقة فى الصلاة للعرف فان كان الامام هو الحالف
والمحلوف عليه خلفه فسلم لم يحنث بالتسليمة الاولى وان كان على يمينه ونواه لانه فى الصلاة وسلام الصلاة
لا يعد كلاما كتكبيرها والقراءة فيها الا ترى انه لا يفسد الصلاة ولو كان من كلام الناس لكان مفسدا
وان كان على يساره فنواه اختلف المشايخ فيه قد قال بعضهم يحنث وقال بعضهم لا يحنث وان كان المقتدى هو الحالف
فكذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف بناء على ان المقتدى لا يصير خارجا عن الصلاة بسلام الامام عندهما وعند
محمد يحنث لانه خارج عن صلاته بسلام الامام عنده فقد تكلم كلاما خارج الصلاة فيحنث ولو مر الحالف على جماعة
فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث لانه كلم جماعتهم بالسلام فان نوى القوم دونه لم يحنث فيما بينه و بين الله تعالى لان
ذكر الكل على ارادة البعض جائز ولا يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر ولو نبه الحالف المحلوف عليه من النوم حنث
وان لم ينتبه لان الصوت يصل الى سمع النائم لكنه لا يفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل ولان مثل هذا يسمى كلاما
فى العرف كتكلم الغافل فيحنث ولو دق عليه الباب فقال من هذا أو من أنت حنث لانه كلمه بالاستفهام ولو كان فى
مكانين فدعاه أو كلمه فان كان ذلك بحيث يسمع مثله لو أصغى اليه فانه يحنث وان لم يسمعه وان كان فى موضع
لا يسمع فى مثله عادة فان أصغى اليه لبعد ما بينهما لم يحنث لان الموضع اذا كان قريبا بحيث يسمع مثله عادة يسمى مكلما
اياه لما ذكرناه وان لم يسمع لعارض وليس كذلك اذا كان بعيدا ولانه اذا كان قريبا يحمل على انه وصل الصوت الى
سمعه لكنه لم يفهمه فاشبه الغافل واذا كان بعيدا لا يصل اليه رأسا وقالوا فيمن حلف لا يكلم انسانا فكلم غيره وهو
يقصد أن يسمعه لم يحنث لان مثل هذا لا يسمى مكلما اياه اذا لم يقصده بالكلام ولو حلف لا يكلم امرأته فدخل داره
وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا أو أين هذا حنث لانه كلمها حيث استفهم وليس هناك غيرها لئلا يكون لاغيا
فان كان فى الدار غيرها لم يحنث لجواز انه استفهم غيرها فان قال ليت شعرى من وضع هذا لم يحنث لانه لم يكلمها وانما
كلم نفسه ولو حلف لا يكلم فلانا فكتب اليه كتابا فانتهى الكتاب اليه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة اليه لا يحنث
لان الكتابة لا تسمى كلاما وكذا الرسالة (وأما) الموقت فنوعان معين ومبهم (أما) المعين فنحو ان يحلف
الرجل بالليل لا يكلم فلانا يوما فيحنث بكلامه من حين حلف الى أن تغيب الشمس من الغد فيدخل فى يمينه بقية
الليل حتى لو كلمه فيما بقى من الليل أو فى الغد يحنث لان قوله لا أكلم فلانا يقع على الابد و يقتضى منع نفسه عن كلام
فلان أبدا لولا قوله يوما فكان قوله يوما لاخراج ما وراءه عن اليمين فيبقى زمان ما بعد اليمين بلا فصل داخلا تحتها
فيدخل فيها بقية تلك الليلة وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة انه يحنث بكلامه من حين حلف الى طلوع الفجر لما
قلنا ولو حلف فى بعض النهار لا يكلمه يوما فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلة الى مثل تلك الساعة التى حلف فيها من

الغد لانه حلف على يوم منكر فلابد من استيفائه ولا يمكن استيفاؤه الا باتمامه من اليوم الثانى فيدخل الليل من طريق التبع وكذلك اذا حلف ليلا لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة الى ان يجىء مثلها من الليلة المقبلة ويدخل النهار الذى بينهما فى ذلك لانه حلف على ليلة منكرة فلابد من الاستيفاء منها وذلك فيما قلنا فان قال فى بعض اليوم والله لا أكلمك اليوم فاليمين على باقى اليوم فاذا غربت الشمس سقطت اليمين وكذلك اذا قال بالليل والله لا أكلمك الليلة فاذا طلع الفجر سقطت لانه حلف على زمان معين لانه أدخل لام التعريف على اليوم والليلة فلا يتناول غير المعرف بخلاف قوله يوما لانه ذكر اليوم منكرا فلابد من استيفائه وذلك من اليوم الثانى ولو حلف لا يكلمه شهرا يقع على ثلاثين يوما ولو قال الشهر يقع على بقية الشهر ولو حلف لا يكلمه السنة يقع على بقية السنة ولو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غدا فاليمين على بقية اليوم وعلى غد ولا تدخل الليلة التى بينهما فى اليمين روى ذلك ابن سماعة عن أبى يوسف ومحمد لانه أفرد كل واحد من الوقتين بحرف النفى فيصير كل واحد منهما منفيا على الانفراد أصله قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج فلا تدخل الليلة المتخللة بين الوقتين ولو قال والله لا أكلمك اليوم وغدا دخلت الليلة التى بين اليوم والغد فى يمينه لان ههنا جمع بين الوقت الثانى وبين الاول بحرف الجمع وهو الواو فصار وقتا واحدا فدخلت الليلة المتخللة وروى بشر عن أبى يوسف ان الليلة لا تدخل لانه عقد اليمين على النهار ولا ضرورة توجب ادخال الليل فلا يدخل ولو حلف لا يكلمه يومين تدخل فيه الليلة سواء كان قبل طلوع الفجر أو بعده وكذلك الجواب فى الليل ولو قال والله لا أكلمك يوما ولا يومين فهو مثل قوله والله لا أكلمك ثلاثة أيام فى قول أبى حنيفة ومحمد حتى لو كلمه فى اليوم الاول أو الثانى أو الثالث يحنث وكذلك روى بشر عن أبى يوسف هكذا ذكر الكرخى فى مختصره وذكر محمد فى الجامع انه على يومين حتى لو كلمه فى اليوم الاول أو الثانى يحنث وان كلمه فى اليوم الثالث لا يحنث وجه ما ذكره الكرخى ظاهر لانه عطف اليومين على اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه فاقتضى يومين آخرين غير الاول فصار كانه قال والله لا أكلم فلانا يوما ويومين أو قال ثلاثة أيام وجه ما ذكره محمد فى الجامع ان كل واحد منهما يمين مفردة لانفراد كل واحد منهما بكلمة النفى والواو للجمع بين اليمينين وصار تقديره أكلم فلانا يوما ولا أكلمه يومين لئلا تلغو كلمة النفى فصار لكل يمين مدة على حدة فصار على اليوم الاول يمينان وعلى اليوم الثانى يمين واحد بخلاف ما اذا قال والله لا أكلم فلانا يوما ويومين فكلمه فى اليوم الثالث انه يحنث لانه لما لم يعد كلمة النفى فلم يوجد ما يدل على انه اراد نفى الكلام فى كل مرة على حدة ليكون يمينين فبقى يمينا واحدة والواو للجمع بين المدتين كما لو جمع بين المدتين بكلمة الجمع فقال والله لا أكلم فلانا ثلاثة أيام والدليل على التفرقة بينهما انه لو قال والله لا أكلم زيدا ولا عمرا فكلم أحدهما يحنث ولو قال والله لا أكلم زيدا وعمرا فلم يكلمهما لا يحنث وقال بشر عن أبى يوسف لو قال والله لا أدخل الدار يوما ويوما فهو مثل حلفه على يومين قال أبو يوسف ولا يشبه هذا قوله ولا أدخلها اليوم وغدا لان قوله يوما ويوما عطف زمان منكر على زمان منكر فصار كقوله يومين فيدخل الليل وقوله اليوم وغدا عطف زمان معين على زمان معين ولا ضرورة الى ادخال الليل فيه فلا يدخل ولو قال والله لا أكلم زيدا يوما والله لا أكلمه يومين والله لا أكلمه ثلاثة أيام فاليوم الاول من حين فرغ من اليمين الثالثة عليه ثلاثة أيام واليوم الثانى عليه يمينان الثانية والثالثة واليوم الثالث عليه يمين واحدة وهى الثالثة لأن كل يمين ذكرها تختص بما يعقبها فانعقدت اليمين الاولى على الكلام فى يوم عقيب اليمين والثانية فى يومين عقيب اليمين والثالثة فى ثلاثة أيام عقيب اليمين فانعقدت على الكلام فى اليوم الاول ثلاثة أيمان وعلى الثانى يمينان وعلى الثالث واحدة ونظير هذه المسائل ما روى داود بن رشيد عن محمد فيمن قال والله لا أكلمك اليوم سنة أو لا أكلمك اليوم شهرا فعليه أن يدع كلامه فى ذلك اليوم شهرا وفى ذلك اليوم سنة حتى يكمل كلما دار ذلك اليوم فى ذلك الشهر أو فى تلك السنة لان اليوم الواحد يستحيل أن يكون شهرا أو سنة فلم يكن ذلك مراد الحالف فكان مراده أن لا يكلمه فى مثله شهرا أو سنة فان قال لا أكلمك اليوم عشرة أيام وهو فى يوم السبت فهذا على سبتين

لان اليوم لا يكون عشرة أيام فلم يكن ذلك مرادا فيقع على عشرة أيام لانه لا بد و رفى عشرة أيام أ كثر من سبت واحد وكذلك لو قال والله لا أ كلمك السبت مرتين كان على سبتين لان السبت لا يكون يومين فكان المراد منه مرتين وكذلك لو قال لا أ كلمك يوم السبت ثلاثة أيام كان كلها يوم السبت لما بينا ولو قال لا أ كلمك يوما ما أولا أ كلمك يوم السبت يوما فله أن يجعله أى يوم شاء لانه عقد يمينه على يوم شائع فى أيام فكان التعيين اليه ولو قال ابن سماعة عن محمد فيمن قال لا أ كلمك يوما بين يومين ولا نية له قال فكل يوم بين يومين وهو عندى بمنزلة قوله لا أ كلمك يوما فيكون على يوم من ساعة حلف والله عز وجل أعلم (وأما) المبهم فنحو ان يحلف ان لا يكلم فلانا زمنا أو حينا أو الزمان أو الحين فان لم يكن له نية يقع على ستة أشهر لان الحين يذكر و يراد به الوقت القصير قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون قيل حين تمسون صلاة المغرب والعشاء وحين تصبحون صلاة الفجر و يذكر و يراد به الوقت الطويل قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر قيل المراد منه أربعون سنة و يذكر و يراد به الوسط قال الله تعالى تؤتى أ كلها كل حين باذن ربها قيل أى ستة أشهر من وقت طلوعها الى وقت ادراكها كما قال ابن عباس رضى الله عنهما هى النخلة ثم عند الاطلاق لا يحمل على الوقت القصير لان اليمين تعقد للمنع ولا حاجة الى اليمين للمنع فى مثل هذه المدة لانه يمنع بدون اليمين ولا يحمل على الطويل لانه لا يراد ذلك عادة ومن أراد ذلك بلفظة الابد فتعين الوسط وكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه حمله على ذلك ولان كل واحد من الطرفين فى غاية البعد عن صاحبه والوسط قريب منهما فيحمل عليه واذا ثبت هذا فى الحين ثبت فى الزمان لكونهما من الاسماء المترادفة وعن ثعلب ان الزمان فى كلام العرب ستة أشهر وان نوى الحالف شيأ مما ذكرنا فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولفظه لما بينا ومنهم من قال يصدق فى الوقت اليسير فى الحين ولا يصدق فى الزمان لانه قد ثبت استعمال اللفظ فى اليسير فى الحين كما فى قوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ولم يثبت فى الزمان وذكر الكرخى فى الجامع عن أبى حنيفة انه يدين فى الزمان والحين فى كل ما نوى من قليل أو كثير وهو الصحيح و روى عن أبى يوسف أنه لا يدين فيما دون ستة أشهر فى القضاء ولو قال لا أ كلمه دهرا او الدهر فقال أبو حنيفة ان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم تكن له نية فلا أدرى ما الدهر وقال أبو يوسف ومحمد اذا قال دهرا فهو ستة أشهر واذا قال الدهر فهو على الابد ومن مشايخنا من قال لا خلاف فى الدهر المعروف انه الابد وانما توقف أبو حنيفة رضى الله عنه فى الدهر المنكر فانه قال اذا قال دهرا لا أدرى ما هو وذكر فى الجامع الكبير أن قوله الدهر ينصرف الى جميع العمر ولم يذكر فيه الخلاف وقوله دهرا لا يدرى تفسيره وفى الجامع الصغير أشار الى التوقف فى الدهر المعرف أيضا فانه قال والدهر لا أدرى ما هو وروى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة فى قوله دهرا او الدهر انهما سواء فهما جعلا قوله دهرا كالحين والزمان لانه يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك من دهر وما رأيتك من حين على السواء فاذا أدخل عليه الالف واللام صار عبارة عن جميع الزمان و روى عن أبى يوسف أن قوله الدهر يقع على ستة أشهر لكنه خلاف ظاهر الرواية عنهما وأبو حنيفة كانه رأى الاستعمال مختلفا فلم يعرف مراد المتكلم عند اطلاق الاسم فتوقف وقال لا أدرى أى لا أدرى بماذا يقدر اذ لا نص فيه عن أحد من أرباب اللسان بخلاف الحين والزمان فان فيهما نصا عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه فسر قوله تعالى تؤتى أ كلها كل حين باذن ربها بستة أشهر والزمان والحين ينبآن عن معنى واحد وهذا على قول من قال من مشايخنا انه توقف فى المنكر لا فى المعرف أو لم يعرف حقيقة معناه لغة فتوقف فيه والتوقف فيما لا يعرف لعدم دليل المعرفة ولتعارض الادلة وانعدام ترجيح البعض على البعض امارة كمال العلم وتمام الورع فقد روى أن ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن شئ فقال لا أدرى وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل البقاع فقال لا أدرى فلما نزل جبريل عليه الصلاة والسلام سأله فعرج الى السماء ثم هبط فقال سألت ربى عز وجل عن أفضل البقاع فقال المساجد وأفضل أهلها من جاءها أولا وانصرف آخرا وشر أهلها من جاءها آخرا

وانصرف أولا ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق ولا نية له فكلمه ليلا أونهارا يحنث وكذا اذا قال يوم أدخل هذه الدار لان اليوم اذا قرن بفعل غير ممتد يراد به مطلق الوقت فى متعارف أهل اللسان قال الله عز وجل ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله الآية ومن ولى دبره بالليل يلحقه الوعيد كما لو ولى بالنهار فان نوى به الليل خاصة دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وروى عن أبى يوسف انه لا يدين لان اللفظ جعل عبارة عن مطلق الوقت فى عرف الاستعمال فلا يصدق فى الصرف عنه وان قال ليلة أكلم فلانا أو ليلة يقدم فلان فأنت طالق فكلمه نهارا أو قدم نهارا لا تطلق لان الليلة فى اللغة اسم لسواد الليل يقال لليلة المظلمة ليلة ليلاء وليل أليل ولا عرف ههنا يصرف اللفظ عن مقتضاه لغة حتى لو ذكر الليالى حملت على الوقت المطلق لانهم تعارفوا استعمالها فى الوقت المطلق معروف ذلك فى أشعارهم كما قالوا * ليالى لاقتنا جذام وحميرا * ولو قال لامرأته يوم يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان ليلا لا يكون لها من الامر شئ لان ذكر اليوم فى حال ذكر الامر يراد به الوقت المعين لان ذكر الامر يقتضى الوقت لا محالة وهو المجلس لان الصحابة رضى الله عنهم جعلوا للمخيرة الخيار مادامت فى مجلسها فقد وقتوا للامر وقتا فاذا كان كذلك استغنى عن الوقت فيقع ذكر اليوم على بياض النهار فاذا قدم نهارا صار الامر بيدها علمت أو لم تعلم ويبطل بمضى الوقت لان هذا أمر موقت فيبطل بمضى الوقت والعلم ليس بشرط كما اذا قال أمرك بيدك اليوم فمضى اليوم أنه يخرج الامر من يدها وأما فى الامر المطلق فيقتصر على مجلس علمها ولو قال ليلة يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم نهارا لم يثبت لها ذلك الامر لما ذكرنا أن الليلة عبارة عن سواد الليل وذكر فى الجامع اذا قال والله لا أكلمك الجمعة فله أن يكلمه فى غير يوم الجمعة لان الجمعة اسم ليوم مخصوص فصار كما لو قال لا أكلمك يوم الجمعة وكذلك لو قال جمعا له أن يكلمه فى غير يوم الجمعة لان الجمع جمع جمعة وهى يوم الجمعة فلا يتناول غيره بخلاف ما اذا قال لا أكلمه أياما أنه يدخل فيه الليالى لانا اعرفناذلك بعرف الاستعمال قال الله تعالى فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الا رمزا وقال تعالى فى موضع آخر ثلاث ليال سويا والقصة واحدة ومثل هذا الاستعمال لم يوجد فى مثل قوله جمعا ثم اذا قال والله لا أكلمك جمعا فهو على ثلاث جمع لان أقل الجمع الصحيح ثلاثة عندنا فيحمل عليه لكونه متيقنا واذا قال الجمع فهو على عشر جمع فى قول أبى حنيفة وكذلك الايام والازمنة والاحايين والشهور والسنين أن ذلك يقع على عشرة أيام وعشرة أحايين أو أزمنة وعشرة أشهر وعشرة سنين وقال أبو يوسف ومحمد فى الجمع والسنين انه يقع على الابد وكذا فى الاحايين والازمنة وفى الايام على سبعة وفى الشهور على اثنى عشر والاصل عندهما فيما دخل عليه حرف التعريف وهو اللام من أسماء الجمع ان ينظر ان كان هناك معهود ينصرف اليه كالسبعة فى الايام والاثنى عشر فى الشهور وان لم يكن هناك معهود ينصرف الى جميع الجنس فيستغرق العمر كالسنين والاحايين والازمنة والاصل عند أبى حنيفة أنه ينصرف ذلك الى أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد وذلك عشرة (وجه) قولهما أن اللفظ المعرف اذا لم يصرف الى الجنس فاما ان يصرف الى المعهود واما أن يصرف الى بعض الجنس والصرف الى المعهود أولى لانه لا يحتاج فيه الى الادراج وفى الصرف الى البعض يحتاج الى ادراج لفظة البعض فكان الصرف الى المعهود أولى والمعهود فى الايام السبعة التى يتركب منها الشهر وهى من السبت الى الجمعة وفى الشهور الاثنى عشر التى تركب منها السنة واذا لم يكن هناك معهود فالصرف الى الجنس أولى فيصرف اليه ولابى حنيفة استعمال أرباب أهل اللغة وأهل اللسان فى الجموع فان أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد هو العشرة ويقال ثلاثة رجال وأربعة رجال وعشرة رجال ثم اذا جاوز العشرة يقال احد عشر رجلا وعشرون رجلا ومائة رجل وألف رجل ولان لفظ الجمع يطلق على كل قدر من هذه الاقدار التى ذكرنا الى العشرة فى حالة الابهام والتعيين جميعا ويطلق على ماوراءها من الاقدار فى حالة الابهام ولا يطلق فى حالة التعيين والاسم متى كان ثابتا للشئ فى حالين كان أثبت مما هو اسم له فى حال دون حال بل يكون نازلا من الاول منزلة المجاز من الحقيقة فكان الصرف الى ما هو اسم له فى

الحالين أولى فلهذا اقتصر على العشرة ولو حلف لا يكلمه أياما فقد ذكر فى الاصل أنه على عشرة أيام فى قول أبى حنيفة وسواء بينه و بين الامام وذكر فى الجامع أنه على ثلاثة أيام ولم يذكر فيها الخلاف وهو الصحيح لانه ذكر لفظ الجمع منكرا فيقع على أدنى الجمع الصحيح وهو ثلاثة عندنا ولو قال لا أكلمك سنين فهو على ثلاث سنين فى قولهم جميعا لما ذكرنا فى الايام ولو حلف لا يكلمه العمر فهو على جميع العمر اذا لم تكن له نية ولو قال عمرا فعن أبى يوسف روايتان فى رواية يقع على يوم وفى رواية يقع على ستة أشهر كالحين وهو الاظهر ولو حلف لا يكلمه حقبا فهو على ثمانين سنة لانه اسم له ولو حلف لا يكلمه أياما كثيرة فهو على عشرة أيام فى قياس قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف مثله لانه أدخل الكثرة على اسم الجمع فصار كما لو ذكر بلام الجنس وذكر فى الجامع الصغير أن على قول أبى يوسف ومحمد يقع على سبعة أيام ولو قال لا أكلمك كذا وكذا يوما فهو على أحد وعشرين لانه أقل عدد يعطف على عدد بحرف العطف ولو قال كذا كذا يوما فهو على أحد عشر يوما ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر يوما لان البضع من ثلاثة الى تسعة فيحمل على أقلها ولو حلف لا يكلمه الى بعيد يقع على شهر فصاعدا ولو حلف لا يكلمه الى قريب ولا نية له فهو على أقل من شهر ولو حلف لا يكلمه عاجلا ولا نية له فهو على أقل من شهر لان الشهر فى حكم الكثير لانه يجعل أجلا فى الديون فكان بعيدا وآجلا ومادونه عاجلا ولو حلف لا يكلمه مليا يقع على شهر كالبعيد سواء الا أن يعنى به غيره وذكر الكرخى اذا قال والله لاهجرنك مليا فهو على شهر وأكثر فان نوى أقل من ذلك لم يدين فى القضاء لانه جاء فى تأويل قوله واهجرنى مليا أى طويلا وهذا يقتضى مازاد على الشهر ولو حلف أن لا يكلمه الشتاء فاول ذلك اذا لبس الناس الحشو والفراء وآخر ذلك اذا ألقوها على البلد الذى حلف فيه والصيف على ضده وهو من حين القاء الحشو الى لبسه والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف الى أن ييبس العشب والخريف فصل بين الشتاء والصيف والمرجع فى ذلك كله الى اللغة وقال خلف بن أيوب سألت محمدا عن رجل حلف لا يكلم رجلا الى الموسم قال يكلمه اذا أصبح يوم النحر لانه أول الموسم وقال أبو يوسف يكلمه اذا زالت الشمس يوم عرفة لانه وقت الركن الاصلى وهو الوقوف بعرفة وقال عمر وعن محمد غرة الشهر ورأس الشهر أول ليلة ويومها وأول الشهر الى مادون النصف وآخره الى مضى خمسة عشر يوما وقد روى عن أبى يوسف فيمن قال لله على أن أصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فعليه صوم اليوم الخامس عشر والسادس عشر لان الخامس عشر آخر أوله والسادس عشر أول آخره اذا قال والله لا كلمنك أحد يومين أولا خرجن أحد يومين أو قال اليومين أو قال أحد أيامى فهذا كله على أقل من عشرة أيام ان كلمه قبل العشرة أو خرج قبل العشرة لم يحنث ويدخل فى ذلك الليل والنهار لان مثل هذا لا يراد به يومان باعيانهما وانما يذكر على طريق التقريب على طريق العشرة ومادونها فى حكم الزمان الحاضر فان قال احد يومى هذين فهذا على يومه ذلك والغد لانه أشار الى اليومين والاشارة تقع على المعين ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا هذه السنة الا يوما فان جمع كلامهما فى يوم له استثناه لا يحنث لان اليوم الذى يكلمهما فيه مستثنى من اليمين فان كلم أحدهما فى يوم والآخر فى يوم حنث لان المستثنى يوم يكلمهما جميعا فيه ولو يوجد فقد كلمهما فى غير اليوم المستثنى فيحنث فان كلم أحدهما ثم كلمهما جميعا فى يوم لم يحنث لان اليوم الذى كلمهما فيه مستثنى وشرط الحنث فى غيره كلامهما لا كلام أحدهما وان كلمهما فى يوم آخر لم يحنث لان الاستثناء وقع على يوم منكر يكلمهما فيه فكأنه قال الا يوم أكلمهما فيه ولو استثنى يوما معروفا فكلم أحدهما فيه والآخر فى الغد لم يحنث لان شرط الحنث فى غير اليوم المستثنى كلامهما ولم يوجد فلم يوجد الشرط بل بعضه وقال محمد اذا قال لا أكلمهما الا يوما لم يحنث بكلامهما فى يوم واحد وان كلمهما فى يوم آخر حنث لانه لم يستثن الا يوما واحدا وقد وجد فصارت اليمين بعده مطلقة وروى هشام عن محمد اذا قال لا أكلمك شهرا الا يوما أو قال غير يوم أنه على ما نوى وان لم تكن له نية فله أن يتحرى أى يوم شاء لانه استثنى يوما منكرا وكل يوم من الشهر يصلح للاستثناء فان قال نقصان يوم فهذا على تسعة

وعشرين يوما لان نقصان الشهر يكون من آخره والله عز وجل أعلم ولو حلف لا يكلم فلانا أو فلانا فكلم أحدهما حنث لان كلمة أو اذا ذكرت عقيب كلمة النفي أوجبت انتفاء كل واحد من المذكورين على الانفراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا أي ولا كفورا وكذلك لو قال ولا فلانا ولا فلانا لأن كلمة النفي اذا أعيدت تناولت كل واحد من المذكورين على حياله قال الله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث حتى يكلمهما لان حرف الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكأنه حلف لا يكلمهما فقد علق الجزاء بشرطين فلا ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا أو فلانا فان كلم أحد الاولين لا يحنث ما لم يكلمهما وان كلم الثالث حنث لانه جعل شرط الحنث كلام الاولين جميعا أو كلام الثالث فأي ذلك وجد حنث ولو قال لا أكلم هذا أو هذا وهذا فان كلم الاول حنث وان كلم أحد الآخرين لم يحنث لانه جعل شرط الحنث كلام الاول أولا ثم الآخرين فيراعى شرطه ولو حلف لا يكلم الناس أو لا يكلم بني آدم فكلم واحدا منهم يحنث لانه لا يمكن حمله على الجنس والعموم لان الحالف انما يمنع نفسه عما في وسعه وليس في وسعه تكليم الناس كلهم فلم يكن ذلك مراده والى هذا أشار محمد في الجامع فقال ألا ترى أنه لا يقدر ان يكلم بني آدم كلهم وليس ههنا معهود يصرف اللفظ اليه فتعين الصرف الى بعض الجنس ويضمر فيه لفظة البعض وان عنى به الكل لا يحنث أبدا ويكون مصدقا فيما بينه وبين الله عز وجل وفي القضاء أيضا لانه نوى حقيقة كلامه وهي الجنس وروي عن أبي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه لا يراد الجنس بهذا الكلام فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وعلى هذا اذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشتري العبيد ولو حلف لا يبتدئ فلانا بكلامه أبدا فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه معا لم يحنث الحالف لعدم شرط الحنث وهو ابتداؤه فلانا بالكلام لان ذلك بتكليمه قبل تكليم صاحبه ولم يوجد وكذلك لو قال ان كلمتك قبل أن تكلمني فانه لما خرج كلاهما معا فلم يكلم الحالف قبل تكليمه فلم يوجد شرط الحنث ولو قال ان كلمتك حتى تكلمني فتكلما معا لم يحنث في قول أبي يوسف وقال محمد يحنث وجه قوله أن الحالف بقوله ان كلمتك منع نفسه عن تكليمه مطلقا وجعل تكليم صاحبه اياه غاية لانحلال اليمين فاذا كلمه قبل وجود الغاية حنث ولابي يوسف أن غرض الحالف من هذا الكلام أن يمنع نفسه عن تكليم المحلوف عليه قبل كلامه ولم يوجد ذلك فصار كانه قال ان بدأتك وعلى هذا الخلاف اذا قال لا أكلمك الا أن تكلمني لان كلمة الا أن اذا دخلت على ما يتوقت كانت بمعنى حتى قال الله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم وكذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وحلف الآخر على مثل ذلك فدخلا جميعا لم يحنث عند أبي يوسف ويحنث عند محمد والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الاظهار والافشاء والاعلان والكتمان والاسرار والاخفاء والاخبار والبشارة والقراءة ونحوها اذا حلف لا أظهر سرك لفلان أو لا أفشي أو حلف ليكتمن سره أو ليسترنه أو ليخفينه فكلم فلانا بسره أو كتب اليه فبلغه الكتاب، أو أرسل اليه رسولا فبلغه الرسالة أو سأله فلان عن ذلك وقال أكان من الامر كذا فأشار الحالف برأسه أي نعم فهو حانث لوجود شرط الحنث وهو اظهار السر اذ الاظهار اثبات الظهور وذلك لا يقف على العبارة بل يحصل بالدلالة والاشارة ألا ترى أنه يقال ظهر لي اعتقاد فلان اذا فعل ما يدل على اعتقاده وكذا الاشارة بالرأس عقيب السؤال يثبت به ظهور المشار اليه فكان اظهارا فان نوى به الكلام أو الكتاب دون الايماء دين في ذلك لانه نوى تخصيص ما في لفظه فيدين فيما بينه وبين الله عز وجل وكذلك لو حلف لا يعلم فلانا بمكان فلان فسأله المحلوف عليه أفلان في موضع كذا وكذا فأومأ برأسه أي نعم يحنث لوجود شرط الحنث وهو الاعلام اذ هو اثبات العلم الذي يحد بأنه صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هي به فان نوى به الاخبار بالكلام أو بالكتاب يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص العموم وانه جائز وان كان خلاف الظاهر فيصدق فيما بينه وبين الله

تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر ولو كان مكان الاعلام اخبار بان حلف لا يخبر فلانا بمكان فلان لا يحنث الا بالكلام أو بالكتاب أو بالرسالة ولو أومأ برأسه لا يحنث وكذا لو ذهب به حتى أوقفه على رأس فلان لا يحنث لان شرط الحنث هو الاخبار والاشارة ليست بخبر وكذا الايقاف على رأسه اذ الخبر من أقسام الكلام ألا ترى أنهم قالوا أقسام الكلام أربعة أمر ونهى وخبر واستخبار ويحد بانه كلام عرى عن معنى التكليف والاشارة ليست بكلام فلم تكن خبرا والايقاف على رأسه من باب الاعلام لا من باب الخبر وكل خبر اعلام وليس كل اعلام خبرا والدليل عليه أن الكتاب اذا قرئ على انسان وقيل له أهو كما كتب فيه فاشار برأسه أى نعم لا يصير مقراً وكل اقرار اخبار وكذا لو حلف لا يقر لفلان بمال فقيل له الفلان عليك ألف درهم فأشار برأسه أى نعم لا يكون ذلك منه اقراراً وكذا اذا قرأ على انسان كتاب الاخبار فقيل له أهو كما قرأت عليك فأومأ برأسه أى نعم لا يصير مقرا وكل اقرار اخبار وكذا اذا قرأ على انسان كتاب الاخبار فقيل له أهو كما قرأت عليك فأومأ برأسه أى نعم ليس له أن يروى عنه بحدثنا ولا بأخبرنا فدل أن الايماء ليس باخبار ولو نوى بالاخبار الاظهار أو الاعلام يحنث اذا أومأ لانه جعله مجازا عن الاظهار لمناسبة بينهما وفيه تشديد على نفسه فيصدق ثم فى يمين الاظهار والاعلام لو أراد الحالف أن لا يحنث ويحصل العلم والظهور ينبغى أن يقال له انا نعد عليك أمكنة أو أشياء من الاسرار فان لم تتكلم بمكان فلان ولا سره فقل لنا ليس كما تقولون وان تكلمنا بسره أو بمكانه فاسكت ففعل ذلك لا يحنث لانعدام شرط الحنث وهو الاظهار والاعلام لما ذكرنا ان الاظهار هو اثبات الظهور والاعلام هو اثبات العلم ولم يوجد لان الظهور والعلم حصل من غير صنعه وهذه الحيلة منقولة عن أبى حنيفة والقصة مشهورة وكذلك لو حلف لا يدلهم ففعل مثل ذلك فهذا ليس بدلالة لان الحالف حلف على فعل نفسه وهو الدلالة لا على فعلهم وهو الاستدلال والموجود ههنا فعلهم لا فعله فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث ولو أومأ اليهم برأسه أو أشار اليهم كان ذلك دلالة الا أن يعنى بالدلالة الخبر باللسان أو بالكتاب فيكون على ما عنى لان اسم الدلالة يقع على الفعل والقول لوجود معناها فيهما فاذا نوى به أحدهما فقد نوى تخصيص ما فى لفظه فيصدق والبشارة حكمها حكم الخبر فى أنها لا تتناول الا الكلام أو الكتاب لانها خبر الا أنها خبر موصوف بصفة وهو الخبر الذى يؤثر فى بشرة وجه المخبر له باظهار أثر السرور وقد يستعمل فيما يؤثر فى بشرته باظهار أثر الحزن مجازا كما فى قوله عز وجل فبشرهم بعذاب اليم لكن عند الاطلاق يقع على الاول وانما يقع على الثانى بالقرينة وكذا الاقرار بأن حلف ان لا يقر لفلان بحقه فهو على مثل الخبر ولا يحنث بالاشارة لان الاقرار اخبار عن الماضى ثم يقع الفرق بين البشارة والاعلام وبين الاخبار من حيث ان الاعلام والبشارة يشترط لثبوتهما الصدق فلا يثبتان بالكذب ولا بما علمه المخاطب قبل الاعلام والبشارة سواء وصل ذلك بحرف الباء أو بكلمة ان حتى انه لو قال لغيره ان أعلمتنى ان فلانا قدم أو قال ان اعلمتنى بقدوم فلان فاخبره كاذباً لا يحنث لان الاعلام اثبات العلم والكذب لا يفيد العلم وكذا لو كان المخاطب عالماً بقدومه لان اثبات الثابت محال وكذا فى البشارة لانها اسم لخبر سار والكذب لا يسر واذا كان عالما بقدومه فالسرور كان حاصلا وتحصيل الحاصل مستحيل واما الخبر فان وصله بحرف الباء بان قال ان اخبرتنى بقدوم فلان فالجواب فيه وفى الاعلام والبشارة سواء وان وصله بكلمة ان بأن قال ان اخبرتنى ان فلانا قدم فأخبره كاذبا أو أخبره بعد ما كان علم المخاطب بقدومه باخبار غيره يحنث والفرق يعرف فى الجامع الكبير ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه فكتب أو أشار لا يحنث لان الكتابة والاشارة ليست بكلام وانما تقوم مقامه ألا ترى أن الله تعالى أنزل الينا كتابا ولا يقال ان الله تعالى فى العرف كلمنا فان سئل عنه فقال نعم فقد تكلم لان قوله نعم لا يستقل بنفسه ويضمر فيه السؤال كما فى قوله تعالى فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم أى وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً فقد أتى بكلام دال على المراد ولو حلف لا يستخدم فلانة فاستخدمها بكلام أو أمرها بشئ من خدمة أو اشار اليها بالخدمة فقد استخدمها فهو حانث لان الاستخدام طلب الخدمة وقد وجد ولو كانت هذه

الايمان كلها وهو صحيح ثم خرس فصار لا يقدر على الكلام كانت ايمانه فى هذا كله على الاشارة والكتاب فى جميع ماوصفنا الا فى خصلة واحدة وهى ان يحلف أن لا يتكلم بسر فلان فلا يحنث الا بالتكلم لان الكلام العرفى اسم لحروف منظومة تدل على معنى مفهوم وذلك لا وجد فى الاشارة والخبر والافشاء والاظهار من الاخرس انما يكون بالاشارة فيحنث بهما وكل شئ حنث فيه من هذه الاشياء بالاشارة فقال أشرت وأنا لا أريد الذى حلفت عليه فان كان فعل ذلك جوابا الشئ مما سئل عنه لم يصدق فى القضاء لان الاشارة فيها احتمال فان كان هناك دلالة حال زال الاحتمال وان لم يكن يرجع الى نيته وذكر ابن سماعه فى نوادره عن محمد اذا قال والله لا أقول كذا لفلان فهو عندى مثل الخبر والبشارة ألا يرى ان رجلا لو قال والله لا أقول لفلان صبحك الله بخير ثم أرسل اليه رسولا فقال قل لفلان يقول لك فلان صبحك الله بخير فانه حانث قال ألا ترى ان القائل هو المرسل وان الرسول هو القائل ذلك لفلان ولو كان هو هذا الذى حلف عليه لم يحنث ألا ترى ان الرجل يقول قال الله عز وجل لنا فى كتابه الكريم كذا ولو قال والله لا أكلم فلانا بهذا الامر فهذا على الكلام بعينه لا يحنث بكتاب ولا رسول ألا ترى انك لا تقول كلمنا الله تعالى بكذا وأما الحديث فهو على المشافهة لان ماسوى الكلام ليس بحديث ولو قال أى عبيدى يبشرنى بكذا فهو حر فبشروه جميعاً عتقوا لوجود البشارة من كل واحد منهم لوجود حد البشارة وهو ماذكرناه ولو بشره واحد بعد واحد لم يعتق الثانى لانه ليس بمبشر وانما هو مخبر ألا ترى ان خبر الثانى لا يؤثر فى وجه المخبر له ولهذا قال ابن مسعود رضى الله عنه لما بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد وأخبره بذلك أبو بكر ثم عمر رضى الله عنهما فقال رضى الله عنه بشرنى به أبو بكر ثم أخبرنى به عمر رضى الله عنهما فان أرسل اليه أحدهم رسولا فان أضاف الرسول الخبر الى المرسل فقال ان عبدك فلان يخبرك بكذا عتق العبد لان المرسل هو المبشر وان أخبر الرسول ولم يضف ذلك الى العبد لم يعتق العبد لان البشارة منه لا من المرسل ولو حلف لا يكتب الى فلان فامر غيره فكتب فقد روى هشام عن محمد انه قال سألنى هرون الرشيد أمير المؤمنين أصلحه الله عن هذا فقلت ان كان سلطانا يأمر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب فانه يحنث لانه اذا كان لا يباشر الكتابة بنفسه عادة بل يستكتب غيره فيمينه تقع على العادة وهو الامر بالكتابة قال هشام قلت لمحمد فما تقول اذا حلف لا يقرأ لفلان كتابا فنظر فى كتابه حتى أتى آخره وفهمه ولم ينطق به قال سأل هرون أبا يوسف عن ذلك وقد كان ابتلى بشئ منه فقال لا يحنث ولا أرى أنا ذلك وقد روى خلف بن أيوب وداود بن رشيد وابن رستم أيضاً عن محمد انه يحنث فابو يوسف اعتبر الحقيقة لانه لم يقرأه حقيقة اذ القراءة لا تكون الا بتحريك اللسان بالحروف ولم يوجد ألا ترى ان المصلى القادر على القراءة اذا لم يحرك لسانه بالحروف لا تجوز صلاته وكذا لو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها وفهمها ولم يحرك لسانه لم يحنث ومحمد اعتبر العرف والعادة ومعانى كلام الناس وهم انما يريدون بمثل هذه اليمين الامتناع عن الوقوف على ما فى الكتاب وقد وقف على ما فيه فيحنث قال هشام عن محمد اذا قرأ الكتاب الا سطراً قال كانه قرأه قلت فان قرأ نصفه قال لا يعنى لم يقرأه قال محمد اذا قرأ بعضه فان أتى على المعانى التى يحتاج اليها فكانه قد قرأه لان تلك المعانى هى المقصودة بالكتاب ولو حلف لا يقرأ سورة فترك منها حرفا حنث وان ترك آية طويلة لم يحنث لانه يسمى قارئا للسورة مع ترك حرف منها ولا يسمى مع ترك ما هو فى حكم الآية الطويلة وروى ابن رستم عن محمد انه قال لا أبلغك مثل لا أخبرك وكذلك أذكرك بشئ أو لا أذكرك شيأ فانه يحنث بالكتاب فاما الذكر والاخبار والاعلام والابلاغ على الكتاب والقول والكلام على الكتاب أيضاً قال عمر وسألت محمداً عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف بيت قال لا يحنث قال قلت فان كان نصف البيت من شعر آخر قال لا أدرى ما هذا لا يحنث لان الشعر ما ظهر فيه النظم وذلك لا يكون الا فى بيت قال وسألت محمدا عن رجل فارسى حلف أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن قال لا يحنث وان حلف رجل فصيح أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن

حنث اذا لم يكن لاحدهما نية لان العربى انما أراد بيمينه أن يقرأ بموضوع العرب وذلك المعرب دون الملحون فاما العجمى فانما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الاكل والشرب والذوق والغداء والعشاء والسحور والضحوة والتصبيح فلابد من بيان معانى هذه الاشياء فالاكل هو ايصال ما يحتمله المضغ بفيه الى الجوف مضغ أو لم يمضغ كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها والشرب ايصال ما لا يحتمل المضغ من المائعات الى الجوف مثل الماء والنبيذ واللبن والعسل الممخوض والسويق الممخوض وغير ذلك فان وجد ذلك يحنث والا فلا يحنث الا اذا كان يسمى ذلك أكلا أو شربا فى العرف والعادة فيحنث اذا عرف هذا فنقول اذا حلف لا يأكل كذا أو لا يشربه فادخله فى فيه ومضغه ثم ألقاه لم يحنث حتى يدخله فى جوفه لانه بدون ذلك لا يكون أكلا وشربا بل يكون ذوقا لما نذكر معنى الذوق ان شاء الله تعالى فى موضعه قال هشام سألت محمدا عن رجل حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها قال قد حنث لوجود حد الاكل وهو ما ذكرنا ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فجعل يمضغه و يرمى بثفله و يبلع ماءه لم يحنث فى الاكل ولا فى الشرب لان ذلك ليس بأكل ولا شرب بل هو مص وان عصر ماء العنب فلم يشرب به وأكل قشره وحصرمه فانه يحنث لان الذاهب ليس الا الماء وذهاب الماء لا يخرجه من ان يكون أكلا له ألا ترى انه اذا مضغه وابتلع الماء انه لا يكون أكلا بابتلاع الماء بل بابتلاع الحصرم فدل ان أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث وقال هشام عن محمد فى رجل حلف لا يأكل سكرا فأخذ سكرة فجعلها فى فيه فجعل يبلع ماءها حتى ذابت قال لم يأكل لانه حين أوصلها الى فيه وصلت وهى لا تحتمل المضغ وكذا روى عن أبى يوسف فيمن حلف لا يأكل رمانا فمص رمانة انه لا يحنث ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فأكله بخبز أو تمر أو حلف لا يأكل هذا الخل فأكله بخبز يحنث لان أكل اللبن هكذا يكون وكذلك الخل لانه من جملة الادام فيكون أكله بالخبز كاللبن فان أكل ذلك بانفراده لا يحنث لان ذلك شرب وليس بأكل فان صب على ذلك الماء ثم شربه لم يحنث فى قوله لا آكل لعدم الاكل و يحنث فى قوله لا أشرب لوجود الشرب وكذلك ان حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وصب عليه الماء فشربه لا يحنث لان هذا شرب لا أكل فان أكله مبلولا أو غير مبلول يحنث لان الخبز هكذا يؤكل عادة وكذلك السويق اذا شربه بالماء فهو شارب وليس بآكل ولو حلف لا يأكل طعاما فان ذلك يقع على الخبز واللحم والفاكهة سوى التمر ونحو ذلك و يقع على ما يؤكل على سبيل الادام مع الخبز لان الطعام فى اللغة اسم لما يطعم الا انه فى العرف اختص بما يؤكل بنفسه أو مع غيره عادة ولا يقع على الهليلج والسقمونيا وان كان ذلك مطعوما فى نفسه لانه لا يؤكل عادة وان حلف لا يأكل من طعام فلان فأخذ من خله أو زيته أو كامخه أو ملحه فأكله بطعام نفسه يحنث لان العادة قد جرت بأكل هذه الاشياء مع الخبز اداما قال النبى صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل فكان طعاما عرفا فيحنث فان أخذ من نبيذ فلان أو مائه فأكل به خبزا لا يحنث لانه لا يؤكل مع الخبز عادة فلا يسمى طعاما وكذا قال أبو يوسف الخل طعام والنبيذ والماء شراب وقال محمد الخل والملح طعام لما ذكرنا ان الخل والملح مما يؤكل مع غيره عادة والنبيذ والماء لا يؤكل عادة ولو حلف لا يشترى طعاما فانه يقع على الحنطة ودقيقها وكان ينبغى فى القياس ان يقع على جميع المطعومات كما فى اليمين على الاكل الا ان فى الاستحسان يقع على الحنطة ودقيقها لان البيع لا يتم بنفسه بل بالبائع و بائع الحنطة يسمى بائع الطعام فى العرف والاكل يتم بنفسه فيعتبر نفس الاكل دون غيره وصار هذا كمن حلف لا يشترى حديدا فاشترى سيفا لم يحنث لان بائعه لا يسمى حدادا ولو حلف لا يمس حديدا فمس سيفا يحنث لان المس فعل يتم بنفسه وعلى هذا باب الزيادات وروى عن أبى يوسف فيمن حلف لا يأكل طعاما فاضطر الى ميتة فأكل منها لم يحنث وقال الكرخى وهو احدى الروايتين عن محمد وروى ابن رستم عن محمد انه يحنث وجه هذه الرواية ان الميتة فى حال المخمصة طعام مباح فى حق المضطر بمنزلة الطعام المباح فى غير هذه الحالة فوجد شرط الحنث فيحنث وجه قول أبى يوسف واحدى

الروايتين عن محمد ان اطلاق اسم الطعام لا يتناوله لانه لا يسمى طعاما عرفا وعادة لانه لا يؤكل عادة ومبنى الايمان على معانى كلام الناس وروى عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل حراما فاضطر الى ميتة فأكلها قال لا يحنث وروى عنه انه حانث في يمينه وإثمه موضوع ووجه هذه الرواية ان الميتة محرمة والرخصة أثرها في تغيير الحكم وهو المؤاخذة لا في تغيير وصف الفعل وهو الحرمة كالمكره على أكل مال الغير وجه الرواية الاولى وهي الصحيحة ان الميتة حال المخمصة مباحة مطلقا لا حظر فيها بوجه في حق المضطر وأثر الرخصة في تغيير الحكم والوصف جميعا بدليل انه لو امتنع حتى مات يؤاخذ به ولو بقيت الحرمة لم تثبت المؤاخذة كما لو امتنع من تناول مال الغير حالة المخمصة أو الاكراه وقال خلف ابن أيوب سألت أسد بن عمر رضي الله عنهما في رجل حلف لا يأكل حراما فأكل لحم قرد أو كلب أو حدأة أو غراب قال لا يحنث الا أن يعني ذلك فيحنث لان مطلق الحرام هو ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة هذه الاشياء محل الاجتهاد وقال خلف بن أيوب سألت الحسن فقال هذا كله حرام لقيام دليل الحرمة فيها وان لم يكن مقطوعا به وروى المعلى عن أبي يوسف ومحمد فيمن حلف لا يركب حراما قال هذا على الزنا لان الحرام المطلق ينصرف الى الحرام لعينه وهو الزنا ولانه يراد به الزنا في العرف فينصرف اليه وقال محمد فان كان الحالف خصيا أو مجبوبا فهو على القبلة الحرام وما أشبهها وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن حلف لا يطأ امرأة وطأ حراما فوطئ امرأته وقد ظاهر منها أو وهي حائض قال لا يحنث الا أن ينوي ذلك لان الحرمة تثبت بعارض الحيض والظهار ومطلق التحريم لا يقع على التحريم العارض وقال ابن رستم عن محمد فيمن حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصبه من انسان طعاما فأكله لم يحنث لان مطلق اسم الحرام انما يقع على ما كانت حرمته لحق الله تعالى وحرمة هذا لحق العبد ولو غصب خبزا أو لحما فأكله يحنث بعرف الناس ولو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع آخر حنث الا أن يكون نوى شراءه وحده وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام ملكه فلان لان بعض الطعام طعام حقيقة ويسمى طعاما عرفا أيضا بخلاف ما اذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين آخر انه لا يحنث لان بعض الدار لا يسمى دارا وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا يملكه فلان أو يشتريه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع آخر لا يحنث لان بعض الثوب لا يسمى ثوبا ولو حلف لا يأكل اداما فالادام كل ما يصطبغ به مع الخبز عادة كاللبن والزيت والمرق والخل والعسل ونحو ذلك وما لا يصطبغ به فليس بادام مثل اللحم والشوى والجبن والبيض وهذا قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف وقال محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف ان كل ما يؤكل بالخبز فهو ادام مثل اللحم والشوى والبيض والجبن وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن الجوز اليابس ادام واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سيد ادام أهل الجنة اللحم وسيد رياحين أهل الجنة الفاغية وهي ورد الحناء وهذا نص ولان الادام من الائتدام وهو الموافقة قال النبي صلى الله عليه وسلم لمغيرة حين أراد أن يتزوج امرأة لو نظرت اليها لكان أحرى أن يؤدم بينكما أي يكون بينكما الموافقة ومعنى الموافقة بين الخبز وبين هذه الاشياء في الاكل ظاهر فكانت اداما ولان الناس يأتدمون بها عرفا وعادة ولابي حنيفة ان معنى الادام وهو الموافقة على الاطلاق والكمال لا يتحقق الا فيما لا يؤكل بنفسه مقصودا بل يؤكل تبعا لغيره عادة وأما ما يؤكل بنفسه مقصودا فلا يتحقق فيه معنى الموافقة وما لا يصطبغ يؤكل بنفسه فيختل معنى الادام فيه واللحم ونحوه مما يؤكل بنفسه عادة مع ما ان من سكان البراري من لا يتغذى الا باللحم وبه تبين ان اطلاق اسم الادام عليه في الحديث على طريق المجاز والبطيخ ليس بادام في قولهم جميعا لانه لا يحتمل الاصطباغ به ولا يؤكل بالخبز عادة وكذا البقل ليس بادام في قولهم ألا ترى ان آكله لا يسمى مؤتدما وسئل محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزا مأدوما فقال الخبز المأدوم الذي يثرد ثردا يعني في المرق والخل وما أشبهه فقيل له فان ثرده في ماء أو ملح فلم يرد ذلك مأدوما لان من أكل خبزا بماء لا يسمى مؤتدما في العرف وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ان تسمية هذه الاشياء على ما يعرف أهل تلك البلاد في كلامهم ولو حلف لا يأكل

خبزاولانية له فهو على خبز الحنطة والشعير الا ان كان الحالف فى بلد لا يؤكل فيها الا خبز الحنطة فان يمينه تقع على خبز الحنطة لا غير وان أكل من خبز لوذينج وأشباه ذلك لا يحنث الا ان يكون نواه وان أكل من خبز الذرة والارز فان كان من أهل بلاد ذلك طعامهم حنث وان كان من أهل الكوفة ونحوها ممن لا يا كل ذلك عامتهم لا يحنث الا أن ينوى ذلك لان اسم الخبز يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يراد به خبز القطائف عند الاطلاق فلا يحمل عليه وكذا خبز الارز فى البلاد التى لا يعتاد أكله فيها ولو حلف لا يا كل لحما فاى لحم اكل من سائر الحيوان غير السمك يحنث ثم يستوى فيه المحرم وغير المحرم والمطبوخ والمشوى والضعيف لان اللحم اسم لاجزاء الحيوان الذى يعيش فى البر فيحنث اذا أكل لحم ميتة أو خنزير أو انسان أو لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمدا أو أكل ذبيحة مجوسى أو مرتد أو لحم صيد ذبحه المحرم ويستوى فيه لحم الغنم والبقر والابل لان اسم اللحم يتناول الكل وان أكل سمكا لا يحنث وان سماه الله عز وجل لحما فى القرآن العظيم بقوله تعالى لحما طريا لانه لا يراد به عند الاطلاق اسم اللحم فان الرجل يقول ما أكلت اللحم كذا وكذا يوما وان كان قد أكل سمكا الا ترى أن من حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وان سماه الله عز وجل دابة بقوله عز وجل ان شر الدواب عند الله الذين كفروا وكذا لو حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان سماه الله سبحانه وتعالى بيتا فى كتابه العزيز بقوله وان أوهن البيوت لبيت العنكبوت لو كانوا يعلمون وكذا كل شئ يسكن الماء فهو مثل السمك ولو أكل أحشاء البطن مثل الكرش والكبد والفؤاد والكلى والرئة والامعاء والطحال ذكر الكرخى أنه يحنث فى هذا كله الا فى شحم البطن وهذا الجواب على عادة أهل الكوفة فى زمن أبى حنيفة وفى الموضع الذى يباع مع اللحم وأما فى البلاد التى لا يباع مع اللحم أيضا فلا يحنث به فاما شحم البطن فليس بلحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ولا يباع مع اللحم أيضا فان نواه يحنث لانه شدد على نفسه وكذلك الالية لا يحنث باكلها لانها ليست بلحم فان أكل شحم الظهر أو ما هو على اللحم حنث لانه لحم لكنه لحم سمين ألا ترى أنه يقال لحم سمين وكذا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم وكذلك لو أكل رؤس الحيوانات ما خلا السمك يحنث لان الرأس عضو من أعضاء الحيوان فكان لحمه كلحم سائر الاعضاء بخلاف ما اذا حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا أنه لا يحنث لان مشتريه لا يسمى مشترى لحم وانما يقال اشترى رأسا ولو حلف لا يأكل شحما فاشترى شحم الظهر لم يحنث فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يحنث وذكر فى الجامع الصغير فى رجل حلف لا يشترى شحما فأى شحم اشترى لم يحنث الا ان يشترى شحم البطن وكذا لو حلف لا يا كل شحما ولهما قوله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما والمستثنى من جنس المستثنى منه فدل أن شحم الظهر شحم حقيقة ولابى حنيفة انه لا يسمى شحما عرفا وعادة بل يسمى لحما سمينا فلا يتناوله اسم الشحم عند الاطلاق وتسمية الله تعالى إياه شحما لا يدل على دخوله تحت اليمين اذا لم يكن الاسم متعارفا لان مطلق كلام الناس ينصرف الى ما يتعارفونه كما ضربنا من الامثلة فى لحم السمك وقال الله تعالى وجعل الشمس سراجا وقال سبحانه وتعالى والارض بساطا ثم لا يدخلان فى اليمين على البساط والسراج كذا هذا وقد قالوا فيمن حلف لا يشترى شحما ولا لحما فاشترى الية أنه لا يحنث لانها ليست بشحم ولا لحم وقال عمر وعن محمد فيمن أمر رجلا أن يشترى له شحما فاشترى شحم الظهر أنه لا يجوز على الامر وهذا يدل على أن اطلاق اسم الشحم لا يتناول شحم الظهر كما قاله أبو حنيفة فيكون حجة على محمد ولو حلف لا يا كل لحم دجاج فا كل لحم ديك حنث لان الدجاج اسم للانثى والذكر جميعا قال جرير

لما مررت بدير الهند أرقنى * صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

فاما الدجاجة فانها اسم للانثى والديك اسم للذكر واسم الابل يقع على الذكور والاناث قال النبى صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة ولم يرد به أحد النوعين خاصة وكذا اسم الجمل والبعير والجزور وكذا هذه الاسامى الاربعة تقع على البخاتى والعراب وغير ذلك من أنواع الابل واسم البختى لا يقع على العربى وكذا اسم العربى لا يقع

على البختى واسم البقر يقع على الذكور والاناث قال النبى صلى الله عليه وسلم فى ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وأراد به الذكور والاناث جميعاً وكذا اسم البقرة قال الله عز وجل ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقيل أن بقرة بنى اسرائيل كانت ذكرا وتأنيثها بالذكر بقوله تعالى قالوا ادع لنا ربك يبين لنا ماهى لتأنيث اللفظ دون المعنى كما فى قوله تعالى واذ قالت طائفة وقال سبحانه وتعالى وان من أمة الا خلا فيها نذير والشاة تقع على الذكر والانثى قال النبى صلى الله عليه وسلم فى أربعين شاة والمراد منه الذكور والاناث وكذا الغنم اسم جنس والنعجة اسم للانثى والكبش للذكر والفرس اسم للعراب ذكرها وأنثاها والبرذون اسم لغير العراب من الطحارية ذكرها وأنثاها وقالوا ان البرذون اسم للتركى ذكره وأنثاه والخيل اسم جنس يتناول الافراس العراب والبراذين والحمار اسم للذكر والحمارة والاتان اسم للانثى والبغل والبغلة كل واحد منهما اسم للذكر والانثى وان حلف لا يأكل رأساً فان نوى الرؤس كلها من السمك والغنم وغيرها فأى ذلك أكل حنث لان اسم الرأس يقع على الكل وان لم يكن له نية فهو على رؤس الغنم والبقر خاصة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اليمين اليوم على رؤس الغنم خاصة والاصل فى هذا أن قوله لا آكل رأساً فبظاهره يتناول كل رأس لكنه معلوم أن العموم غير مراد لان اسم الرأس يقع على رأس العصفور ورأس الجراد ويعلم أن الحالف ما أراد ذلك فكان ذلك المراد بعض ما يتناوله الاسم وهو الذى يكبس فى التنور ويباع فى السوق عادة فكان أبا حنيفة رأى أهل الكوفة يكبسون رؤس الغنم والبقر والابل ويبيعونها فى السوق فحمل اليمين على ذلك ثم رآهم تركوا رؤس الابل واقتصروا على رؤس الغنم والبقر فحمل اليمين على ذلك وأبو يوسف ومحمد دخلا بغداد وقد ترك الناس البقر واقتصروا على الغنم فحملا اليمين على ذلك فلم يكن بينهم خلاف فى الحقيقة ولو حلف لا يأكل بيضا فان نوى بيض كل شئ بيض السمك وغيره فاى ذلك أكل حنث وان لم يكن له نية فهو على بيض الطير كله الاوز والدجاج وغيرهما ولا يحنث اذا أكل بيض السمك لان اسم البيض يقع على الكل فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله الاسم واذا لم تكن له نية فيقع على ماله قشر وهو بيض الطير لانه يراد به ذلك عند الاطلاق فيحمل عليه ولو حلف لا يأكل طبيخاً فالقياس ينصرف الى كل ما يطبخ من اللحم وغيره لانه طبيخ حقيقة الا انه صرف الى اللحم خاصة وهو اللحم الذى يجعل فى الماء ويطبخ ليسهل أكله للعرف ألا ترى انه لا يقال لمن أكل الباقلاء انه أكل الطبيخ وان كان طبيخا حقيقة وان أكل سمكا مطبوخا لا يحنث لانه لا يسمى طبيخاً فى العرف فان نوى بقوله لا يأكل طبيخا من اللحم وغيره فهو على مانوى لانه طبيخ حقيقة وفيه تشديد على نفسه وكذا اذا حلف لا يأكل شواء وهو ينوى كل شئ يشوى فاى ذلك أكل حنث وان لم يكن له نية فانما يقع على اللحم خاصة لان حقيقة الشواء هى ما يشوى بالنار ليسهل أكله الا أن عند الاطلاق ينصرف الى اللحم المشوى دون غيره للعرف ألا ترى انه يصح أن يقال فلان لم يأكل الشواء وان أكل الباذنجان المشوى والجزر المشوى ويسمى بائع اللحم المشوى شاويا فان أكل سمكا مشويا لم يحنث لانه لا يراد به ذلك عند الاطلاق وان أكل قلية يابسة أو لونا من الالوان لا مرق فيه لا يحنث لان هذا لا يسمى طبيخا وانما يقال له لحم مقلى ولا يقال مطبوخ الا اللحم طبخ فى الماء فان طبخ من اللحم طبيخا له مرق فأكل من لحمه أو من مرقه يحنث لانه يقال أكل الطبيخ وان لم يأكل لحمه لان المرق فيه أجزاء اللحم قال ابن سماعة فى اليمين على الطبيخ ينبغى أن يكون على الشحم أيضا لانه قد يسمى طبيخا فى العادة فان طبخ عدسا بودك فهو طبيخ وكذلك ان طبخه بشحم أو الية فان طبخه بسمن أو زيت لم يكن طبيخاً ولا يكون الارز طبيخا ولا يكون الطباهج طبيخا ولا الجواذب طبيخا والاعتماد فيه على العرف وقال داود بن رشيد عن محمد فى رجل حلف لا يأكل من طبيخ امرأته فسخنت له قدرا قد طبخها غيرها انه لا يحنث لان الطبيخ فعيل من طبخ وهو الفعل الذى يسهل به أكل اللحم وذلك وجد من الاول لا منها ولو حلف لا يأكل الحلو قال الاصل فى هذا ان الحلو عندهم كل حلو ليس من جنسه حامض وما كان من جنسه حامض فليس بحلو والمرجع فيه الى

العرف فيحنث باكل الخبيص والعسل والسكر والناطف والرب والرطب والتمر وأشباه ذلك وكذا روى المعلى عن محمد اذا أكل تينا رطبا أو يابسا يحنث لانه ليس من جنسها حامض فخلص معنى الحلاوة فيه ولو أكل عنبا حلوا أو بطيخا حلوا أو رمانا حلوا أو اجاصا حلوا لم يحنث لان من جنسه ما ليس بحلو فلم يخلص معنى الحلاوة فيه وكذا الزبيب ليس من الحلو لان من جنسه ما هو حامض وكذلك اذا حلف لا يأكل حلاوة فهو مثل الحلوى وان حلف لا يأكل تمرا ولا نية له فأكل قضبا لا يحنث وكذلك اذا أكل بسرا مطبوخا أو رطبا لان ذلك لا يسمى تمرا في العرف ولهذا يختص كل واحد باسم على حدة الا أن ينوى ذلك لانه تمر حقيقة وقد شدد على نفسه ولو أكل حيسا حنث لانه اسم لتمر ينقع في اللبن ويتشرب فيه اللبن فكان الاسم باقيا له لبقاء عينه وقيل هو طعام يتخذ من تمر ويضم اليه شئ من السمن أو غيره والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا ههنا أربع مسائل ثنتان متفق عليهما وثنتان مختلف فيهما أما الاوليان فان من يحلف لا يأكل بسرا مذنبا أو حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا فيه شئ من البسر يحنث فيهما جميعا في قولهم لان المذنب هو البسر الذى ذنب أى رطب ذنبه فكانت الغلبة للذى حلف عليه فكان الاسم باقيا وأما الاخريان فان من يحلف لا يأكل رطبا فيأكل بسرا مذنبا أو يحلف لا يأكل بسرا فيأكل رطبا فيه شئ من البسر قال أبو حنيفة ومحمد يحنث وقال أبو يوسف لا يحنث وجه قوله ان الاسم للغالب في العرف والمغلوب في حكم المستهلك وكذا المقصود في الأكل هو الذى له الغلبة والغلبة للبسر في الاول وفي الثانى للرطب فلا يحنث ولهما انه أكل ما حلف عليه وغيره لانه يراه بعينه ويسميه باسمه فصار كالو ميز أحدهما عن الآخر فقطعه وأكلهما جميعا وأما قوله ان أحدهما غالب فنعم لكن الغلبة انما توجب استهلاك المغلوب في اختلاط الممازجة أما في اختلاط المجاورة فلا لانه يراه بعينه فلا يصير مستهلكا فيه كما اذا حلف لا يأكل سويقا وسمنا فأكل سويقا قد لت بسمن بحيث يستبين أجزاء السويق في السمن يحنث لقيام كل واحد منهما بعد الاختلاط بعينه كذا هذا ولو حلف لا يأكل حبا فأى حب أكل من سمسم أو غيره مما يأكله الناس عادة يحنث لان مطلق يمينه يقع عليه فان عنى شيئا من ذلك بعينه أو سماه حنث فيه ولم يحنث في غيره لانه نوى تخصيص الملفوظ فيصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر ولا يحنث اذا ابتلع لؤلؤة لان الاوهام لا تنصرف الى اللؤلؤة عند اطلاق اسم الحب ولو حلف لا يأكل عنبا فأكل زبيبا لا يحنث لان اسم العنب لا يتناوله ولو حلف لا يأكل جوزا فأكل منه رطبا أو يابسا حنث وكذلك اللوز والفستق والتين وأشباه ذلك لان الاسم يتناول الرطب واليابس جميعا ولو حلف لا يأكل فاكهة فأكل تفاحا أو سفرجلا أو كمثرى أو خوخا أو تينا أو اجاصا أو مشمشا أو بطيخا حنث وان أكل قثاء أو خيارا أو جزرا لا يحنث وان أكل عنبا أو رمانا أو رطبا لا يحنث في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يحنث ولو أكل زبيبا أو حب الرمان أو تمرا لا يحنث بالاجماع وجه قولهما أن كل واحدة من هذه الاشياء تسمى فاكهة في العرف بل تعد من رؤس الفواكه ولان الفاكهة اسم لما يتفكه به وتفكه الناس بهذه الاشياء ظاهر فكانت فواكه ولابى حنيفة قوله تعالى فأنبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وأبا عطف الفاكهة على العنب وقوله عز وجل فيهما فاكهة ونخل ورمان عطف الرمان على الفاكهة والمعطوف غير المعطوف عليه هو الاصل لان الفاكهة اسم لما يقصد بأكله التفكه وهو التنعم والتلذذ دون الشبع والطعام ما يقصد بأكله التغذى والشبع والتمر عندهم يؤكل بطريق التغذى والشبع حتى روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال بيت لا تمر فيه جياع أهله وقال عليه أفضل الصلاة والسلام يوم الفطر اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم ثم ذكر في جملة ما تقع به الغنية التمر وفى بعضها الزبيب ولان الفاكهة لا يختلف حكم رطبها ويابسها فما كان رطبه فاكهة كان يابسه فاكهة كالتين والمشمش والاجاص ونحو ذلك واليابس من هذه الاشياء ليس بفاكهة بالاجماع وهو الزبيب والتمر وحب الرمان فكذا رطبها وما ذكراه من العرف

ممنوع بل العرف الجاري بين الناس انهم يقولون ليس في كرم فلان فاكهة انما فيه العنب فحسب فالحاصل ان ثمر الشجر كلها فاكهة عندهما وعنده كذلك الا ثمر النخل والكرم وشجر الرمان لان سائر الثمار من التفاح والسفرجل والاجاص ونحوها يقصد بأكلها التفكه دون الشبع وكذا يابسها فاكهة كذا رطبها قال محمد التوت فاكهة لانه يتفكه به والقثاء والخيار والجزر والباقلاء الرطب ادام وليس بفاكهة الا يرى أنه لا يؤكل للتفكه وان عنى بقوله لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان فأكل من ذلك شيئا حنث كذا ذكر في الاصل لان هذه الاشياء مما يتفكه بها وان كان لا يطلق عليها اسم الفاكهة وقال محمد بسر السكر والبسر الاحمر فاكهة لان ذلك مما يتفكه به وقال أبو يوسف اللوز والعناب فاكهة رطب ذلك من الفاكهة الرطبة ويابسه من اليابسة لان ذلك يؤكل على وجه التفكه قال والجوز رطبه فاكهة ويابسه ادام وقال في الاصل وكذلك الفاكهة اليابسة فيدخل فيها الجوز واللوز وأشباههما وروى المعلى عن محمد أن الجوز اليابس ليس بفاكهة لانه يؤكل مع الخبز غالبا فأما رطبه فلا يؤكل الا للتفكه وجه ماذكر في الاصل أنه فاكهة ماذكرنا أن رطبه ويابسه مما لا يقصد به الشبع فصار كسائر الفواكه وذكر المعلى عن محمد في رجل حلف لا يأكل من الثمار شيئا ولا نية له ان ذلك على الرطب واليابس فان أكل تينا يابسا أولوزاً يابسا حنث فجعل الثمار كالفاكهة لان أحد الاسمين كالآخر وقال المعلى قلت لمحمد فان حلف لا يأكل من فاكهة العام أو من ثمار العام ولا نية له قال ان حلف في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب فان أكل من فاكهة ذلك العام شيئا يابسا لم يحنث وكذلك الثمرة وان حلف في غير وقت الفاكهة الرطبة كانت يمينه على الفاكهة اليابسة من فاكهة ذلك العام وكان ينبغي في القياس ان كان وقت الفاكهة الرطبة ان يحنث في الرطب واليابس لان اسم الفاكهة يتناولهما الا أنه استحسن لان العادة في قولهم فاكهة العام اذا كان في وقت الرطب انهم يريدون به الرطب دون اليابس فاذا مضى وقت الرطب فلا تقع اليمين الا على اليابس فيحمل عليه والله عز وجل أعلم ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة أو لا يأكل هذه الحنطة فان عنى بها أن لا يأكلها حبا كما هي فأكل من خبزها أو من سويقها لم يحنث وانما يحنث اذا قضمها وان لم تكن له نية فكذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث وهل يحنث عندهما اذا أكل عينها ذكر محمد في الاصل عنهما مايدل على أنه لا يحنث لانه قال فيه ان اليمين تقع على مايصنع الناس وذكر عنهما في الجامع الصغير مايدل على أنه يحنث فانه قال وقال أبو يوسف ومحمد ان أكلها خبزا حنث أيضا فهذا يدل على أنه اذا قضمها يحنث عندهما كما يحنث اذا أكلها خبزا وجه قولهما أن المتعارف في اطلاق أكل الحنطة أكل المتخذ منها وهو الخبز لا أكل عينها يقال فلان يأكل من حنطة كذا أي من خبزها ومطلق الكلام يحمل على المتعارف خصوصا في باب الايمان وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن اسم الحنطة لا يقع على الخبز حقيقة لانها اسم لذات مخصوصة مركبة فيزول الاسم بزوال التركيب حقيقة فالحمل على الخبز يكون حملا على المجاز فكان صرف الكلام الى الحقيقة أولى وأما قولهما ان مطلق الكلام يحمل على المتعارف فنعم لكن على المتعارف عند أهل اللسان وهو المتعارف في الاستعمال اللغوي كما يقول مشايخ العراق لا على المتعارف من حيث الفعل كما يقول مشايخ بلخ بدليل أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمي أو الخنزير يحنث وان لم يتعارف أكله لوجود التعارف في الاسم واستعمال اسم الحنطة في مسماها متعارف عند أهل اللسان الا أنه يقل استعماله فيه لكن قلة الاستعمال فيه لقلة محل الحقيقة وهذا لا يوجب الحمل على المجاز كما في لحم الآدمي ولحم الخنزير على أن المتعارف فعل ثابت في الجملة لان الحنطة تطبخ وتقلى فتؤكل مطبوخا ومقليا وان لم يكن في الكثرة مثل أكلها خبزا ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات من شعير حنث ولو كان اليمين على الشراء لم يحنث لان من اشترى حنطة فيها حبات شعير يسمى مشتري الحنطة لا مشتري الشعير وصرف الكلام الى الحقيقة المستعملة في الجملة أولى من الصرف الى المجاز وان كان استعماله في المجاز أكثر لان الحقيقة شاركت المجاز في أصل الاستعمال والمجاز ما شارك الحقيقة في الوضع رأسا فكان العمل

بالحقيقة أولى ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه ولم تكن له نية حنث لان الدقيق هكذا يؤكل عادة ولا يستف الا نادرا والنادر ملحق بالعدم فلم يكن له حقيقة مستعملة وله مجاز مستعمل وهو كلما يتخذ منه فحمل عليه وان نوى ان لا يأكل الدقيق بعينه لا يحنث بأكل ما يخبز منه لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يأكل من هذا الكفرى شيئا فصار بسرا أولا يأكل من هذا البسر شيئا فصار رطبا أولا يأكل من هذا الرطب شيئا فصار تمرا أولا يأكل من هذا العنب شيئا فصار زبيبا فأكله أو حلف لا يأكل من هذا اللبن شيئا فأكل من جبن صنع منه أو مصل أو أقط أو شيراز أو حلف لا يأكل من هذه البيضة فصارت فرخا فأكل من فرخ خرج منها أو حلف لا يذوق من هذه الخمر شيئا فصارت خلا لم يحنث في جميع ذلك والاصل أن اليمين متى تعلقت بعين تبقى ببقاء العين وتزول بزوالها والصفة في العين المشار اليه غير معتبرة لان الصفة تميز الموصوف من غيره والاشارة تكفي للتعريف فوقعت الغنية عن ذكر الصفة وغير المعين لا يحتمل الاشارة فيكون تعريفه بالوصف واذا عرف هذا فنقول العين بذات في هذه المواضع فلا تبقى اليمين التي عقدت على الاول والعين في الرطب وان لم تبدل لكن زال بعضها وهو الماء بالجفاف لان اسم الرطب يستعمل على العين والماء الذي فيها فاذا جف فقد زال عنها الماء فصار آكلا بعض العين المشار اليها فلا يحنث كما لو حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل بعضه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا أنه يحنث لان هناك العين قائمة وانما الفائت هو الوصف لا بعض الشخص فيبقى كل المحلوف عليه فبقيت اليمين وفرق آخر ان الصفات التي في هذه الاعيان مما تقصد باليمين منعا وحملا كالرطوبة التي هي في التمر والعنب فان المرطوب تضر به الرطوبات فتعلقت اليمين بها والصبا والشباب مما لا يقصد بالمنع بل الذات هي التي تقصد فتعلقت اليمين بالذات دون هاتين الصفتين كما اذا حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه أنه يحنث لما قلنا كذا هذا وكذا اذا حلف لا يأكل من لحم هذا الحولي فأكله بعد ما صار كبشا أو من لحم هذا الجدي فأكله بعد ما صار تيسا يحنث لما قلنا وكذلك لو حلف لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعد ما صارت امرأة يحنث لما قلنا ولو نوى في الفصول المتقدمة ما يكون من ذلك حنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يأكل من هذه الحدحبة فأكلها بعد ما صارت بطيخا لا رواية فيه واختلف المشايخ فيه والله عز وجل أعلم قال بشر عن أبي يوسف في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيأ أولا يشرب فصب فيه ماء فذاقه أو شربه انه ان كان اللبن غالبا حنث لانه اذا كان غالبا يسمى لبنا وكذلك لو حلف على نبيذ فصبه في خل أو على ماء ملح فصب على ماء عذب والاصل في هذا ان المحلوف عليه اذا اختلط بغير جنسه تعتبر فيه الغلبة بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد غير ان أبا يوسف اعتبر الغلبة في اللون أو الطعم لا في الاجزاء فقال ان كان المحلوف عليه يستبين لونه أو طعمه حنث وان كان لا يستبين له لون ولا طعم لا يحنث سواء كانت أجزاؤه أكثر أو لم تكن واعتبر محمد غلبة الاجزاء فقال ان كانت أجزاء المحلوف عليه غالبا يحنث وان كانت مغلوبة لا يحنث وجه قول محمد أن الحكم يتعلق بالاكثر والاقل يكون تبعا للاكثر فلا عبرة به ولابي يوسف ان اللون والطعم اذا كانا باقيين كان الاسم باقيا ألا ترى أنه يقال لبن مغشوش وخل مغشوش واذا لم يبق له لون ولا طعم لا يبقى الاسم و يقال ماء فيه لبن وماء فيه خل فلا يحنث وقال أبو يوسف فان كان طعمهما واحدا ولونهما واحدا فأشكل عليه تعتبر الغلبة من حيث الاجزاء فان علم ان أجزاء المحلوف عليه هي الغالبة يحنث وان علم ان أجزاء المخالط له أكثر لا يحنث وان وقع الشك فيه ولا يدرى ذلك فالقياس ان لا يحنث لانه وقع الشك في حكم الحنث فلا يثبت مع الشك وفي الاستحسان يحنث لانه عند احتمال الوجود والعدم على السواء فالقول بالوجود أولى احتياطا لما فيه من براءة الذمة بيقين وهذا يستقيم في اليمين بالله تعالى لان الكفارة حق الله تعالى فيحتاط في ايجابها فأما في اليمين بالطلاق والعتاق فلا يستقيم لان ذلك حق العبد وحقوق العباد لا يجرى فيها الاحتياط للتعارض فيعمل فيها بالقياس ولو حلف لا يأكل سمنا فأكل سويقا قد لت بسمن ولا نية له ذكر محمد في الاصل أن أجزاء السمن

اذا كانت تستبين في السويق و يوجد طعمه يحنث وان كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنث لانهما اذا استبانت لم تصر مستهلكة فكأنه أكل السمن بنفسه منفردا واذا لم يستبن فقد صارت مستهلكة فلا يعتد بها وروى المعلى عن محمد انه ان كان السمن مستبينا في السويق وكان اذا عصر سال السمن حنث وان كان على غير ذلك لم يحنث وهذا لا يوجب اختلاف الرواية لأمكان التوفيق بين القولين لانه اذا كان يحنث اذا عصر سال السمن لم يكن مستهلكا واذا لم يسل كان مستهلكا واذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه اذا اختلط بلبن آخر قال أبو يوسف هذا والاول سواء وتعتبر فيه الغلبة وان كانت الغلبة لغير المحلوف عليه لم يحنث وقال محمد يحنث وان كان مغلوبا فن أصل محمد أن الشيء لا يصير مستهلكا بجنسه وانما يصير مستهلكا بغير جنسه واذا لم يصر مستهلكا بجنسه صار كأنه غير مغلوب وقال المعلى عن محمد في رجل حلف لا يشرب من هذه الخمر فصبها في ماء فغلب على الخمر حتى ذهب لونها وطعمها فشربه لم يحنث فقد قال مثل قول أبي يوسف ولو حلف على ماء من ماء زمزم لا يشرب منه شيأ فصب عليه ماء من غيره كثيرا حتى صار مغلوبا فشربه يحنث لما ذكرنا من أصله أن الشيء لا يصير مستهلكا بجنسه ولو صبه في بئر أو حوض عظيم لم يحنث قال لاني لا أدري لعل عيون البئر تغور بما صب فيها ولا أدري لعل اليسير من الماء الذي صب في الحوض العظيم لم يختلط به كله ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب فصبه في ماء مالح فغلب عليه ثم شربه لم يحنث فجعل الماء مستهلكا بجنسه اذا كان على غير صفته قال وكذلك اذا حلف لا يشرب لبن ضأن فخلطه بلبن معز فانه تعتبر الغلبة لانهما نوعان فكانا كالجنسين قال الكرخي ولو قال لا أشرب لبن هذه الشاة لشاة معز اوضأن ثم خلطه بغيره من لبن ضأن أو معز حنث اذا شرب به ولا تعتبر الكثرة والغلبة وعلل فقال لانه ليس في يمينه ضأن ولو معز ومعناه ان يمينه وقعت على لبن واختلاطه بلبن آخر لا يخرجه من أن يكون لبنا واليمين في المسئلة الاولى وقعت على لبن الضأن فاذا غلب عليه لبن المعز فقد استهلكت صفته واستشهد محمد للفرق بين المسئلتين فقال ولا تشبه الشاة اذا حلف عليها بعينها حلفه على لبن المعز الا يرى أنه لو قال والله لا أشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطبتان أو ثلاث لم يحنث لان هذا انما هو الغالب ولو قال والله لا أشترى هذه الرطبة لرطبة في كباسة ثم اشترى الكباسة حنث ونظير هذا ماذكر ابن سماعة عن محمد في رجل قال والله لا آكل مايجيء به فلان يعني مايجيء به من طعام أو لحم أو غيره ذلك مما يؤكل فدفع الحالف الى المحلوف عليه لحما ليطبخه فطبخه وألقى فيه قطعة من كرش بقر ثم طبخ القدر به فأكل الحالف من المرق قال محمد لا أراه يحنث اذا ألقى فيه من اللحم مالا يطبخ وحده ويتخذ منه مرقة لقلته وان كان مثل ذلك يطبخ ويكون له مرقة فانه يحنث لانه جعل اليمين على اللحم الذي يأتي به فلان وعلى مرقته والمرقة لا تكون الا بدسم اللحم الذي جاء به فاذا اختلط به لحم لا يكون له مرق لقلته فلم يأكل ماجاء به فلان واذا كان مما يفرد بالطبخ ويكون له مرق والمرق جنس واحد فلم تعتبر فيه الغلبة وحنث وقد قال محمد فيمن قال لا آكل مما يجيء به فلان فجاء فلان بلحم فشواه وجعل تحته أرزا للحالف فأكل الحالف من جوانبه حنث وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمص فطبخه فأكل الحالف من مرقته وفيه طعم الحمص حنث وكذلك لو جاء برطب فسال منه رب فأكل منه أو جاء بزيتون فعصر فأكل من زيته حنث قال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال والله لا آكل من ثمرة هذا البستان وفيه نخل يحصى أو لا آكل من ثمرة هذا النخل وهي عشرة أو ثلاث أو لا آكل من ثمرة هاتين النخلتين أو من هاتين الرطبتين أو من هذه الثلاث التفاحات أو من هذين الرغيفين أو لا أشرب من لبن هاتين الشاتين فأكل بعض ذلك أو شرب بعضه فانه يحنث لانه منع نفسه من أكل بعض المذكور وشرب بعضه لان كلمة من للتبعيض فاذا أكل البعض أو شرب حنث قال أبو يوسف ولو قال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين ولم يقل من فانه لا يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة لانه حلف على شرب لبنهما فلا يحنث بشرب لبن احداهما واذا شرب جزأ من لبن كل واحدة منهما حنث لان الانسان لا يمكنه أن

يشرب جميع لبن الشاة فلا يقصد بيمينه منع نفسه عن ذلك فينعقد يمينه على البعض كما اذا حلف لا يشرب ماء البحر قال وان كان لبن قد حلب فقال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين للبن بعينه فان كان لبنا يقدر على شربه فى مرة واحدة لم يحنث بشرب بعضه وان كان لبنا لا يستطيع شربه فى مرة واحدة يحنث بشرب بعضه لان يمينه وقعت على شرب الكل حقيقة فاذا استطاع شربه دفعة واحدة أمكن العمل بالحقيقة واذا لم يستطع شربه دفعة يحمل على الجزء كما فى ماء البحر وعلى هذا اذا قال لا آكل هذا الطعام وهو لا يقدر على أكله دفعة واحدة ونظير هذا ما قالوا فيمن قبض من رجل دينا عليه فوجد فيه درهمين زائفين فقال والله لا آخذ منهما شيأ فأخذ أحدهما حنث لان كلمة من للتبعيض وقال ابن رستم عن محمد اذا قال والله لا آكل لحم هذا الخروف فهذا على بعضه لانه لا يمكن أكل كله مرة واحدة عادة وذكر فى الاصل فيمن قال لا آكل هذه الرمانة ان فأكلها الاحبة أوحبتين حنث فى الاستحسان لان ذلك القدر لا يعتد به فانه يقال فى العرف لمن أكل رمانة وترك منها حبة أوحبتين انه أكل رمانة وان ترك نصفها أو ثلثها أو ترك أكثر مما يجرى فى العرف انه يسقط من الرمانة لم يحنث لانه لا يسمى آكلا لجميعها ولو قال والله لا أبيعك لحم هذا الخروف أو خابية الزيت فباع بعضها لم يحنث لانه يمكن حمل اليمين ههنا على الحقيقة لان بيع الكل ممكن وقد قال ابن سماعة فيمن قال لا أشترى من هذين الرجلين انه لا يحنث حتى يشترى منهما ولا يشبه هذا قوله لا آكل هذين الرغيفين لان من للتبعيض ويمكن العمل بالتبعيض فى الاكل ولا يمكن فى الشراء لان البيع لا يتبعض فيحمل على ابتداء الغاية فقد ذكر فى الاصل والجامع فيمن حلف لا يتزوج النساء أو لم يكلم بنى آدم أنه يقع على الواحد لتعذر الحمل على الكل فيحمل على بعض الجنس وقد ذكرناه فيما تقدم ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فالكسب ما صار للانسان ان بفعله كالايجاب والقبول فى البيع والاجارة والقبول فى الهبة والصدقة والوصية والاخذ فى المباحات فأما الميراث فلا يكون كسبا للوارث لانه يملكه من غير صنعه ولو مات المحلوف عليه وقد كسب شيأ فورثه رجل فأكل الحالف منه حنث لان ما فى يد الوارث يسمى كسب الميت بمعنى مكسوبه عرفا فلو انتقل عنه الى غيره بغير الميراث لم يحنث لانه صار للثانى بفعله فبطلت الاضافة الى الاول قال أبو يوسف وكذلك اذا قال لا آكل مما ملكت أو مما يملك له أو من ملكك فاذا خرج من ملك المحلوف عليه الى ملك غيره فأكل منه الحالف لم يحنث لانه اذا ملكه الثانى لم يبق ملك الاول فلم يبق مضافا اليه بالملك قال وكذلك اذا حلف لا يأكل مما اشترى فلان أو مما يشترى فاشترى المحلوف لنفسه أو لغيره فأكل منه الحالف حنث فان باعه المحلوف عليه من غيره بامر المشترى له ثم أكل منه الحالف لم يحنث لان الشراء اذا طرأ على الشراء بطلت الاضافة الاولى وتجددت اضافة أخرى لم تتناولها اليمين وانما كان الشراء لغيره ولنفسه سواء لان حقوق العقد تتعلق بالمشترى فكانت الاضافة اليه لا الى المشترى له قال وكذلك لو حلف لا يأكل من ميراث فلان شيأ ثم مات فلان فأكل من ميراثه حنث فان مات وارثه فاورث ذلك الميراث فأكل منه الحالف لم يحنث لنسخ الميراث الاخير الميراث الاول كذا ذكر لان الميراث اذا طرأ على الميراث بطلت الاضافة الاولى ومن هذا القبيل ما قالوا فيمن حلف لا يأكل مما زرع فلان فباع فلان زرعه فأكله الحالف عند المشترى حنث لان الاضافة الى الاول لا تبطل بالبيع فان بذره المشترى وزرعه فأكل الحالف من هذا الزرع فانه لا يحنث لان الاضافة بالزرع انما تكون الى الثانى دون الاول وعلى هذا لو حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان فتناسخته الباعة ثم أكل الحالف منه فانه يحنث لانه يقال هو من خبز فلان ومن طبيخه وان باعه وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسج فلان ثوبا فباعه لان البيع لا يبطل الاضافة ولو كان ثوب خز فنقض ونسجه آخر ثم لبسه الحالف لم يحنث لان النسج الثانى أبطل الاضافة الاولى ولو حلف لا يشترى ثوبا مسه فلان فمس فلان ثوبا وتناسخته الباعة فانه يحنث اذا اشتراه لان الاضافة بالمس لا تبطل البيع فصار كانه قال لا أشترى ثوبا كان فلان مسه وقال بشر عن أبى يوسف فى رجل حلف أن لا يأكل من هذه

الدراهم فاشترى بها طعاما فأكله حنث وان بدلها بغيرها واشترى مما أبدل طعاما فأكله لم يحنث لان الدراهم بعينها لا تحتمل الاكل وانما أكلها في المتعارف أكل ما يشترى بها ولما اشترى ببدلها لم يوجد أكل ما اشترى بها فلا يحنث وكذلك لو حلف لا يأكل من ثمن هذا العبد فاشترى بثمنه طعاما فأكله ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيأ وأبوه حي فمات أبوه فورث منه مالا فاشترى به طعاما فأكله ففي القياس ينبغي ان لا يحنث لان الطعام المشترى ليس بميراث وفي الاستحسان يحنث لان المواريث هكذا تؤكل ويسمى ذلك أكل الميراث عرفا وعادة فان اشترى بالميراث شيأ فاشترى بذلك الشئ طعاما فأكله لم يحنث لانه مشتر بكسبه وليس بمشتر بميراثه وقال أبو يوسف في الميراث بعينه اذا حلف عليه فغيره واشترى به لم يحنث لما قلنا قال فان كان قال لا آكل ميراثا يكون لفلان فكيف ما غيره فأكله حنث لان اليمين المطلقة تعتبر فيها الصفة المعتادة وفي العادة انهم يقولون لما ورثه الانسان انه ميراث وان غيره وقال المعلى عن أبي يوسف اذا حلف لا يطعم فلانا مما ورث من أبيه شيأ فان كان ورث طعاما فأطعمه منه حنث فان اشترى بذلك الطعام طعاما فأطعمه منه لم يحنث لان اليمين وقعت على الطعام الموروث فاذا باعه بطعام آخر فالثاني ليس بموروث وقد أمكن حمل اليمين على الحقيقة فلا تحمل على المجاز وان كان ورث دراهم فاشترى بها طعاما فأطعمه منه حنث لانه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت على المجاز وقال هشام سمعت محمدا يقول في رجل معه دراهم حلف ان لا يأكلها فاشترى بها دنانير أو فلوسا ثم اشترى بالدنانير أو الفلوس طعاما فأكله لم يحنث فان حلف لا يأكل هذه الدراهم فاشترى بها عرضا ثم باع ذلك العرض بطعام فأكله فانه لا يحنث لان العادة في قوله لا أشترى بهذه الدراهم الامتناع من انفاقها في الطعام والنفقة تارة تكون بالابتياع وتارة بتصريفها بما ينفق فحملت اليمين على العادة فاما ابتياع العروض بالدراهم فليس بنفقة في الطعام في العادة فلا تحمل اليمين عليه وهذا خلاف ما حكاه عن أبي يوسف وقال ابن رستم فيمن قال والله لا آكل من طعامك وهو يبيع الطعام فاشترى منه فأكل حنث لان مثل هذه اليمين يراد بها منع النفس عن الابتياع قال محمد ولو قال والله لا آكل من طعامك هذا الطعام بعينه فأهداه له فأكله لا يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويحنث في قول محمد وهذا فرع اختلافهم فيمن قال لا أدخل دار فلان هذه فباعها فلان ثم دخلها والمسئلة تجيء فيما بعد ان شاء الله تعالى قال محمد ولو حلف لا يأكل من طعامه فأكل من طعام مشترك بينهما حنث لان كل جزء من الطعام يسمى طعاما فقد أكل من طعام المحلوف عليه وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل من غلة أرضه ولا نية له فأكل من ثمن الغلة حنث لان هذا في العادة يراد به استغلال الارض فان نوى أكل نفس ما يخرج منه فأكل من ثمنه دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء قال القدوري وهذا على أصله فيمن حلف لا يشرب الماء ونوى الجنس انه لا يصدق في القضاء فاما على الرواية الظاهرة فيصدق لانه نوى حقيقة كلامه وقال محمد في الجامع اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيأ فأكل من ثمرها أو جمارها أو طلعها أو بسرها والدبس الذي يخرج من رطبها فانه يحنث لان النخلة لا يتأتى أكلها فحملت اليمين على ما يتولد منها والدبس اسم لما يسيل من الرطب لا المطبوخ منه ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيأ فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث لان المراد هو الخارج من الكرم اذ عين الكرم لا تحتمل الاكل كما في النخلة بخلاف ما اذا نظر الى عنب فقال عبده حر ان أكل من هذا العنب فأكل من زبيبه أو عصيره انه لا يحنث لان العنب مما تؤكل عينه فلا ضرورة الى الحمل على ما يتولد منه وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فأكل من لبنها أو زبدها أو سمنها لم يحنث لان الشاة مأكولة في نفسها فامكن حمل اليمين على أجزائها فيحمل عليها لا على ما يتولد منها قال محمد ولو أكل من ناطف جعل من ثمر النخلة أو نبيذ نبذ من ثمرها لم يحنث لان كلمة من لابتداء الغاية وقد خرج هذا محذوف الصيغة عن حال الابتداء فلم يتناوله اليمين ولو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو سمنه لم يحنث لان اللبن مأكول بنفسه فتحمل اليمين على نفسه دون ما يتخذ منه والله عز وجل أعلم وأما الحلف على الشرب

فقد ذكرنا معنى الشرب انه ايصال مالا يحتمله المضغ من المائعات الى الجوف حتى لو حلف لا يشرب فأكل لا يحنث كما لو حلف لا يأكل فشرب لا يحنث لان الاكل والشرب فعلان متغايران قال الله تبارك وتعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض عطف الشرب على الاكل والمعطوف غير المعطوف عليه واذا حلف لا يشرب ولا نية له فاى شراب شرب من ماء أو غيره يحنث لانه منع نفسه عن الشرب عاما وسواء شرب قليلا أو كثيرا لان بعض الشراب يسمى شرابا وكذا لو حلف لا يأكل طعاما فأكل شيأ يسيرا يحنث لان قليل الطعام طعام ولو حلف لا يشرب نبيذا فأى نبيذ شرب حنث لعموم اللفظ وان شرب سكرا لا يحنث لان السكر لا يسمى نبيذا لانه اسم لخمر التمر وهو الذى من ماء التمر اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وكذا لو شرب فضيخا لانه لا يسمى نبيذا اذ هو اسم للمثلث يصب فيه الماء وكذا لو شرب عصيرا لانه لا يسمى نبيذا وان حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشربا فى مجلس واحد من شراب واحد حنث وان كان الاناء الذى يشربان فيه مختلفا وكذا لو شرب الحالف من شراب وشرب الآخر من شراب غيره وقد ضمهما مجلس واحد لان المفهوم من الشرب مع فلان فى العرف هو ان يشربا فى مجلس واحد اتحد الاناء والشراب أو اختلفا بعد ان ضمهما مجلس واحد يقال شربنا مع فلان وشربنا مع الملك وان كان الملك يتفرد بالشرب من اناء فان نوى شرابا واحدا ومن اناء واحد يصدق لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات قال أبو حنيفة لا يحنث ما لم يشرب منه كرعا وهو ان يضع فاه عليه فيشرب منه فان أخذ الماء بيده أو باناء لم يحنث وعند أبى يوسف ومحمد يحنث شرب كرعا أو باناء أو اغترف بيده وجه قولهما ان مطلق اللفظ يصرف الى المتعارف عند أهل اللسان والمتعارف عندهم ان من رفع الماء من الفرات بيده أو بشئ من الاوانى انه يسمى شاربا من الفرات فيحمل مطلق الكلام على غلبة المتعارف وان كان مجازا بعد ان كان متعارفا كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر انه ينصرف ذلك الى ما يخرج من الشجرة من الثمر والى ما يطبخ فى القدر من الطعام كذلك ههنا ولابى حنيفة ان مطلق الكلام محمول على الحقيقة وحقيقة الشرب من الفرات هو ان يكرع منه كرعا لان كلمة من ههنا استعملت لابتداء الغاية بلا خلاف لتعذر حملها على التبعيض اذ الفرات اسم للنهر المعروف والنهر اسم لما بين ضفتى الوادى لا للماء الجارى فيه فكانت كلمة من ههنا لابتداء الغاية فتقتضى ان يكون الشرب من هذا المكان ولن يكون شربه منه الا وان يضع فاه عليه فيشرب منه وهو تفسير الكرع كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز ألا ترى انه لو شرب من اناء أخذ فيه الماء من الفرات كان شاربا من ذلك الاناء حقيقة لا من الفرات والماء الواحد لا يشرب من مكانين من كل واحد منهما حقيقة ولهذا لو قال شربت من الاناء لا من الفرات كان مصدقا ولو قال على القلب كان مكذبا فدل ان الشرب من الفرات هو الكرع منه وانه ممكن ومستعمل فى الجملة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى قوما فقال هل عندكم من ماء بات فى شن والا كرعنا ويستعمله كثير فى زماننا من أهل الرساتيق على انه ان لم يكن فعلا مستعملا فذا لا يوجب كون الاسم منقولا عن الحقيقة بعد ان كان الاسم مستعملا فيه تسمية ونطقا كما لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الخنزير انه يحنث وان كان لا يؤكل عادة لانطلاق الاسم عليه حقيقة تسمية ونطقا وبهذا تبين ان قلة الحقيقة وجودا لا يسلب اسم الحقيقة عن الحقيقة بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر لان ههنا كما لا يمكن جعل هذه الكلمة لتبعيض ما دخلت عليه لخروج الشجرة والقدر من ان يكون محلا للاكل لا يمكن جعلها لابتداء الغاية الاكل لان حقيقة الاكل لا تحصل من المكان بل من اليد لان المأكول مستمسك فى نفسه والاكل عبارة عن البلع عن مضغ ولا يتأتى فيه المضغ بنفسه فلم يمكن جعلها لابتداء الغاية فاضمر فيه ما يتأتى فيه الاكل وهو الثمرة فى الشجرة والمطبوخ فى القدر فكان من للتبعيض وههنا أمكن جعلها لابتداء الغاية لان الماء يشرب من مكان لا محالة لانعدام استمساكه فى نفسه اذ الشرب هو البلع من غير مضغ وما يمكن ابتلاعه من غير مضغ لا يكون له فى نفسه استمساك فلا بد من حامل له يشرب منه والله عز وجل أعلم ولو شرب من نهر يأخذ من

الفرات لم يحنث فى قولهم جميعاً أما عنده فلا يشكل لان هذا النهر ليس بفرات فصار كما لو شرب من آنية وأما عندهما فلانهما يعتبران العرف والعادة ومن شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يعرف شارباً من الفرات لان الشرب من الفرات عندهما هو أخذ الماء المفضى الى الشرب من الفرات ولم يوجد ههنا لانه أخذ من نهر لا يسمى فراتاً ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ الماء من الفرات فان شرب منه بالاغتراف بالآنية أو بالاستقاء براوية يحنث بالاجماع وان كرع منه يحنث فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يحنث ووجهه ان النهر لما أخذ الماء من الفرات فقد صار مضافاً اليه فانقطعت الاضافة الى الفرات ووجه ظاهر الرواية انه منع نفسه عن شرب جزء من ماء الفرات لان كلمة من دخلت فى الماء صلة للشرب وهو قابل لفعل الشرب فكانت للتجزئة وبالدخول فى نهر انشعب من الفرات لا تنقطع اليه النسبة كما لا تنقطع بالاغتراف بالآنية والاستقاء بالراوية ألا ترى ان ماء زمزم ينقل الينا ونتبرك به ونقول شربنا من ماء زمزم ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة فهذا وقوله لا أشرب من دجلة سواء لانه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يشرب من نهر يجرى ذلك النهر الى دجلة فأخذ من دجلة من ذلك الماء فشرب به لم يحنث لانه قد صار من ماء دجلة لزوال الاضافة الى النهر الاول بحصوله فى دجلة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فهو على الاختلاف حتى لو اغترف من مائه فى اناء آخر فشرب لم يحنث حتى يضع فاه على الجب فى قول أبى حنيفة وعندهما يحنث ومن مشايخنا من قسم الجواب فى الجب فقال ان كان ملآن فهو على الاختلاف لان الحقيقة مقصورة الوجود وان كان غير ملآن فاغترف يحنث بالاجماع لعدم تصور الحقيقة فتنصرف يمينه الى المجاز ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز انصرفت يمينه الى الحقيقة اجماعاً لتصور الحقيقة عنده وعندهما للعرف فان نقل الماء من كوز الى كوز وشرب من الثانى لا يسمى شارباً من الكوز الاول وان حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فاغترف منه باناء فشرب حنث بالاجماع لانه عقد يمينه على ماء ذلك الجب وقد شرب من مائه فان حول ماءه الى جب آخر فشرب منه فالكلام فيه كالكلام فيمن حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ الماء من الفرات وقد مر ولو قال لا أشرب من ماء هذا الجب فالكلام فيه كالكلام فى قوله لا أشرب من ماء دجلة وقد ذكرناه ولو حلف لا يشرب من هذه البئر أو من مائها فاستقى منها وشرب حنث لان الحقيقة غير متصورة الوجود فيصرف الى المجاز وقالوا فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث لانه اذا حصل فى الدجلة انقطعت الاضافة الى المطر فان شرب من ماء واد سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو جاء من ماء مطر مستنقع فى قاع حنث لانه لما لم يضف الى نهر بقيت الاضافة الى المطر كما كانت ولو حلف لا يشرب من ماء فرات فشرب من ماء دجلة أو نهر آخر أو بئر عذبة يحنث لانه منع نفسه من شرب ماء عذب اذ الفرات فى اللغة عبارة عن العذب قال الله عز وجل وأسقيناكم ماء فراتاً ولما أطلق الماء ولم يضفه الى الفرات فقد جعل الفرات نعتاً للماء وقد شرب من الماء المنعوت فيحنث وفى الفصل الاول أضاف الماء الى الفرات وعرف الفرات بحرف التعريف فيصرف الى النهر المعروف المسمى بالفرات (وأما) الحلف على الذوق فالذوق هو ايصال المذوق الى الفم ابتلعه أولا بعد ان وجد طعمه لانه من أحد الحواس الخمس الموضوعة للعلم بالمذوقات كالسمع والبصر والشم واللمس للعلم بالمسموعات والمبصرات والمشمومات والملموسات والعلم بالطعم يحصل بحصول الذوق فى فمه سواء ابتلعه أو مجه فكل أكل فيه ذوق وليس كل ذوق أكلا اذا عرف هذا فنقول اذا حلف لا يذوق طعاماً أو شراباً فادخله فى فيه حنث لحصول الذوق لوجود معناه وهو ما ذكرنا فان قال أردت بقولى لا أذوقه لا آكله ولا أشربه دين فيما بينه وبين الله عز وجل ولا يدين فى القضاء لانه قد يراد بالذوق الاكل والشرب يقال فى العرف ما ذقت اليوم شيأ وما ذقت الا الماء ويراد به الاكل والشرب فاذا نوى ذلك لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى حتى يأكل أو يشرب لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق فى القضاء لعدوله عن الظاهر قال هشام وسألت محمداً عن رجل حلف

لا يذوق فی منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق منه شيأ أدخله فاه ولم يصل الى جوفه فقال محمد هذا على الذوق الا ان يكون تقدم كلام قلت فان كان قال له الحلوف عليه تغد عندى اليوم فحلف لا يذوق فی منزله طعاما ولا شرابا فقال محمد هذا على الاكل ليس على الذوق وانما كان كذلك لما بينا ان حقيقة الذوق هی اكتساب سبب العلم بالمذوق وقد يستعمل ذلك فی الاكل والشرب فان تقدمت هناك دلالة حال خرج الكلام عليه حملت اليمين عليها والا عملت بحقيقة اللفظ ولو حلف لا يذوق الماء فتمضمض للصلاة لا يحنث وان حصل له العلم بطعم الماء لان ذلك لا يسمى ذوقا عرفا وعادة اذ المقصود منه التطهير لا معرفة طعم المذوق ولو حلف لا يأكل طعاما أو لا يشرب شرابا أو لا يذوق ونوى طعاما دون طعام أو شرابا دون شراب فجملة الكلام فی هذا ان الحالف لا يخلو اما ان ينوى تخصيص ما هو مذكور واما ان نوى تخصيص ما ليس بمذكور فان نوى تخصيص ما هو مذكور بان ذكر لفظا عاما وأراد به بعض ما دخل تحت اللفظ العام من حيث الظاهر يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ولا يصدق فی القضاء لان التكلم بالعام على ارادة الخاص جائز الا انه خلاف الظاهر لان اللفظ وضع دلالة على العموم والظاهر من اللفظ الموضوع دلالة على العموم فی اللغة ارادة العموم فكان نية الخصوص خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وان نوى تخصيص ما ليس بمذكور لا يصدق فی القضاء ولا فيما بينه و بين الله عز وجل سواء كان التخصيص راجعا الى الذات أو الى الصفة أو الى الحال لان الخصوص والعموم من صفات الالفاظ دون المعانی فغير الملفوظ لا يحتمل التعميم والتخصيص والتقييد فاذا نوى التخصيص فقد نوى مالا يحتمله كلامه فلم تصح نيته رأسا واذا عرف هذا فتخرج عليه مسائل اذا قال ان أكلت طعاما أو شربت شرابا أو ان ذقت طعاما أو شرابا فعبدى حر وقال عنيت اللحم أو الخبز فأكل غيره لا يصدق فی القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى التخصيص من اللفظ المذكور فی موضع العموم كما بينا فيما تقدم ان قوله ان أكلت طعاما يعنى قوله لا آكل طعاما فيتناول بظاهره كل طعام فاذا نوى به بعض الاطعمة دون بعض فقد نوى الخصوص فی اللفظ العام وانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل وان قال ان أكلت أو ذقت أو شربت فعبدى حر وهو ينوى طعاما بعينه أو شرابا بعينه فأكل أو شرب غيره فان عبده يعتق فی القضاء وفيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى التخصيص من غير المذكور اذ الطعام والشراب ليسا بمذكورين بل يثبتان بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له وعند الشافعی يدين فيما بينه و بين الله عز وجل و يزعم ان للمقتضى عموما والصحيح قولنا لما ذكرنا ان العموم والخصوص من صفات الموجود دون المعدوم اذ المعدوم لا يحتمل الصفة حقيقة الا انه يجعل موجودا بطريق الضرورة لصحة الكلام فيبقى فيما وراءه على حكم العدم وأما التخصيص الراجع الى الصفة والحال فنحو ما حكى بشر عن أبی يوسف فی رجل قال والله لا أكلم هذا الرجل وهو قائم وعنى به ما دام قائما لكنه لم يتكلم بالقيام كانت نيته باطلة وحنث ان كلمه لان الحال والصفة ليست بمذكورة فلا تحتمل التخصيص ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعنى به ما دام قائما وسعه فيما بينه و بين الله تعالى لورود التخصيص على الملفوظ وكذلك اذا قال والله لاضربن فلانا خمسين وهو ينوى بسوط بعينه فبأى سوط ضربه فقد خرج عن يمينه والنية باطلة لان آلة الضرب ليست بمذكورة فبطلت نية التخصيص ونظير هذا ما حكى ابن سماعة عن محمد فی رجل حلف وقال والله لا أتزوج امرأة وهو ينوى كوفية أو بصرية فقال ليس فی هذا نية فلا يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل ولا فی القضاء ولو قال والله لا أتزوج امرأة يعنى امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا فهذا كله لا تجوز فيه النية ولو قال والله لا أتزوج امرأة يعنى امرأة عربية أو حبشية قال هذا جائز يدين فيما نواه فقد جعل قوله عربية أو حبشية بيان النوع وقوله كوفية أو بصرية وصفا فجوز تخصيص النوع ولم يجوز تخصيص الوصف لان الصفة ليست بمذكورة والجنس مذكور وهو قوله امرأة لانه يتناول كل امرأة لانه فی موضع النفی فتعمل نيته فی نوع دون نوع لاشتمال اسم الجنس على الانواع وقال ابن سماعة عن محمد فی رجل قال والله لا أتزوج امرأة على ظهر الارض ينوى امرأة بعينها قال يصدق فيما بينه

و بين

و بين الله تعالى لان اللفظ عام يحتمل تخصيص جنس أفراد العموم الا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء قال ولو قال لا أشترى جارية ونوى مولدة فان نيته باطلة لأنه ليس بتخصيص نوع من جنس وانما هو تخصيص صفة فاشبه الكوفية والبصرية ولو قال والله لا آكل الطعام أولا أشرب الماء أولا أتزوج النساء فيمينه على بعض الجنس لما بينا فيما تقدم وان أراد به الجنس صدق لانه نوى حقيقة كلامه وأما الحلف على الغداء والعشاء فلابد من معرفة معنى الغداء والعشاء ومعرفة وقتهما أما الاول فالغداء والعشاء كل واحد منهما عبارة عن أكل ما يقصد به الشبع عادة فيعتبر فى ذلك العادة فى كل بلد فما كان غداء عندهم حملت اليمين عليه ولهذا قالوا فى أهل الحضر اذا حلفوا على ترك الغداء فشربوا اللبن لم يحنثوا الا انهم لا يتناولون ذلك للشبع عادة ولو حلف البدوى فشرب اللبن حنث لان ذلك غداء فى البادية واذا حلف لا يتغدى فاكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيره حتى شبع لم يحنث ولم يكن ذلك غداء وكذلك اذا أكل لحما بغير خبز لم يحنث فى قول أبى يوسف ومحمد كذا ذكر الكرخى قال وقالا ليس الغداء فى مثل الكوفة والبصرة الا على الخبز والمرجع فى هذا الى العادة فما كان غداء معتادا عند الحالف حنث ومالا فلا وروى هشام عن أبى حنيفة فى أكل الهريسة والارز انه يحنث وروى عن أبى يوسف فى الهريسة والفالوذج والخبيص انه لا يحنث الا أن يكون ذلك غداءه والأصل ان غداء كل بلد ما تعارفونه غداء فيعتبر عادة الحالف فيما يحلف عليه فان كان الحالف كوفيا يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق وفى بلادنا يقع على خبز الحنطة وأما الثانى فنقول وقت الغداء من طلوع الفجر الى وقت الزوال لأن الغداء عبارة عن أكل الغدوة وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة والعشاء من وقت الزوال الى نصف الليل لانه مأخوذ من أكل العشية وأول أوقات العشاء ما بعد الزوال وقد روى ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاتى العشاء ركعتين يريد الظهر والعصر وفى عرف ديارنا العشاء ما بعد وقت صلاة العصر وأما السحور فما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر وهو وقت السحر ولم يذكر فى ظاهر الرواية مقدار الغداء والعشاء وقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال لامته ان لم تتعشى الليلة فعبدى حر فأكلت لقمة واحدة لم تزد عليها فليس هذا بعشاء ولا يحنث حتى تأكل أكثر من نصف شبعها الا ان من أكل لقمة يقول فى العادة ما تغديت ولا تعشيت فاذا أكل أكثرأكله يسمى ذلك غداء فى العادة وروى المعلى عن محمد فيمن حلف ليأتينه غدوة انه اذا أتاه بعد طلوع الفجر الى نصف النهار فقد بر وهو غدوة لما ذكرنا ان هذا وقت الغداء ولو قال ليأتينه ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التى تحل فيها الصلاة الى نصف النهار لان هذا وقت صلاة الضحى قال محمد اذا حلف لا يصبح فالتصبيح عندى ما بين طلوع الشمس و بين ارتفاع الضحى الاكبر فاذا ارتفع الضحى الاكبر ذهب وقت التصبيح لان التصبيح تفعيل من الصباح والتفعيل للتكثير فيقتضى زيادة على ما يفيده الاصباح وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فليكلمه لان وقت السحر ما قرب من الفجر قال هشام عن محمد والمساء مسا آن أحدهما اذا زالت الشمس ألا ترى انك تقول اذا زالت الشمس كيف أمسيت والمساء الأخير اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثانى والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحلف على اللبس والكسوة اذا حلف لا يلبس قميصا أو سراويل أورداء فاتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث وكذا اذا اعتم بشئ من ذلك لان المطلق تعتبر فيه العادة والاتزار والتعمم ليس بمعتاد فى هذه الاشياء فلا يحنث ولو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذا الرداء فعلى أى حال لبس ذلك حنث وان اتزر بالرداء وارتدى بالقميص أو اغتسل فلف القميص على رأسه وكذلك اذا حلف لا يلبس هذه العمامة فالقاها على عاتقه لأن اليمين اذا تعلقت بعين اعتبر فيها وجود الاسم ولا تعتبر فيها الصفة المعتادة لأن الصفة فى الحاضر غير معتبرة

والاسم باق وهذا اللبس بمعتاد فيحنث به ولو حلف لا يلبس حريرا فلبس مصمتا لم يحنث لان الثوب ينسب الى اللحمة
دون السداء لانها هي الظاهرة منه والسداء ليس بظاهر و نظير مسائل الباب ما قال في الجامع فيمن حلف لا يلبس
قميصين فلبس قميصا ثم نزعه ثم لبس آخر فانه لا يحنث حتى يلبسهما معا لان المفهوم من لبس القميصين في العرف
هو ان يجمع بينهما ولو قال والله لا ألبس هذين القميصين فلبس أحدهما ثم نزعه ولبس الآخر حنث لان اليمين
ههنا وقعت على عين فاعتبر فيها الاسم دون اللبس المعتاد وقالوا فيمن حلف لا يلبس شيأ ولا نية له فلبس درعا من
حديد أو درع امرأة أو خفين أو قلنسوة انه يحنث لان ذلك كله يتناوله اسم اللبس ولو حلف لا يلبس سلاحا فتقلد
سيفا أو تنكب قوسا أو ترسا لم يحنث لان هذا لا يسمى لبسا يقال تقلد السيف ولا يقال لبسه ولو لبس درعا من حديد
أو غيره حنث لان السلاح هكذا يلبس وقالوا فيمن حلف لا يلبس قطنا فلبس ثوب قطن يحنث لان القطن لا يحتمل
اللبس حقيقة فيحمل على لبس ما يتخذ منه فان لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن لم يحنث الا أن يعني الحشو لان
الحشو ليس بملبوس فلا تتناوله اليمين فان لبس ثوبا من قطن وكتان حنث لان اليمين على القطن تتناول ما يتخذ منه
و بعض الثوب يتخذ منه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصا وسراويل
فقطعه قميصا فلبسه ما شاء ثم قطع من القميص سراويل فلبسه فانه يبر في يمينه لان القميص يسمى ثوبا فقد قطع الثوب
سراويل واسم الثوب لم يزل فلا يحنث وان حلف على قميص ليقطعن منه قباء وسراويل فقطع منه قباء فلبسه أولم
يلبسه ثم قطع من القباء سراويل فانه قد حنث في يمينه حين قطع القميص قباء لأنه قطع السراويل مما لا يسمى قميصا
و يمينه اقتضت أن يقطع السراويل من قميص لا من قباء وقال في الزيادات اذا قال عبده حر ان لم يجعل من هذا الثوب
قباء وسراويل ولا نية له فجعله كله قباء وخاطه ثم نقض القباء وجعله سراويل فانه لا يحنث الا أن يكون عنى أن
يجعل من بعضه هذا أو بعضه هذا وهو على الحالة الاولى وقال عمرو عن محمد في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب
فقطعه سراويلين فلبس سراويل بعد سراويل لا يحنث وقال محمد اذا صار سراويلين خرج من أن يكون ثوبا
لان لبس الثوب المشار اليه يلبس جميعه دفعة واحدة وروى عن محمد أنه قال سمعت أبا يوسف فيمن حلف لا يلبس
هذا الثوب فاخذ منه قلنسوات فلبسها لم يحنث لانه لما قطعه قلنسوات لم يبق اسم الثوب لان القلنسوة لا تسمى ثوبا
وان قطعه قميصا ففضل منه فضلة عن القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لبنة أو ما أشبه ذلك فانه يحنث لان هذا القدر مما
لا يعتد به فكان لابسا كمن حلف لا يأكل رمانة فأكلها الا حبة وكذا لو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لا يحنث لانه لما
قطعه جوارب زال اسم الثوب عنها ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فقطع بعضه فلبسه فان كان لا يكون ما قطع
ازارا أو رداء لم يحنث فان بلغ ذلك حنث وان قطعه سراويل فلبسه حنث لان اسم الثوب انما يقع على ما تستر به العورة
وأدنى ذلك الازار فما دونه ليس بلبس ثوب وكذا المرأة اذا حلفت لا تلبس ثوبا فلبست خمارا أو مقنعة لم تحنث والمراد
بذلك الخمار الذي لم يبلغ مقدار الازار فاذا بلغ ذلك الازار حنث بلبسه وان لم تستر به العورة وكذلك اذا لبس الحالف
عمامة لم يحنث الا أن يلف على رأسه و يكون قدر ازار أو رداء أو يقطع من مثلها قميصا أو درعا أو سراويل لان العمامة
اذا لم تبلغ مقدار الازار فلابسها لا يسمى لابس ثوب فلم يحنث واذا بلغت مقدار الازار أو الرداء فقد لبس ما يسمى ثوبا
الا أنه لبس في موضع مخصوص من بدنه فهو كما لو لبس القميص على رأسه ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل
ثوبا لم يحنث في التكة والزر والعروة واللبنة روى ذلك عن محمد لان هذا ليس بلبس في العادة ولا يقال لمن كان عليه لابس
وقال أبو يوسف ان لبس رقعة في ثوب شبرا في شبر حنث لان هذا عنده في حكم الكثير فصار لابسا له وقال محمد اذا
حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث في العمامة والمقنعة و يحنث في السراويل وقد قالوا اذا حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس
ثوب خز غزلته حنث لان ذلك ينسب الى الثوب فانه كان كساء من غزلها سداه قطن فان كان ذلك يسمى ثوبا حنث
والا لم يحنث ولو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسجه غلمانه فان كان فلان يعمل بيده لم يحنث الا أن يلبس من

عمله وان كان فلان لا يعمل بيده حنث لان حقيقة النسج ما فعله الانسان بنفسه فان أمكن الحمل على الحقيقة يحمل عليها وان لم يمكن يحمل على المجاز فاذا كان فلان لا ينسج بيده لم تكن الحقيقة مرادة باليمين فيحمل على المجاز وهو الامر بالعمل وروى بشر عن أبي يوسف فيمن حلف لا يلبس شيأ من السواد قال هذا على ما يلبس مثله ولا يحنث في التكة والزر والعروة لان ذلك ليس بلبس وان حلف لا يكسو فلانا شيأ ولا نية له فكساه قلنسوة أوخفين أوجورين حنث لان الكسوة اسم لما يكسى به وذلك يوجد في القليل والكثير وروى عمرو عن محمد اذا حلف لا يكسو امرأة فبعث اليها مقنعة قال لا يحنث فجعل الكسوة عبارة عما يجزئ في كفارة اليمين وأجرى ذلك مجرى قوله لا ألبس ثوبا ولو حلف لا يكسو فلانا ثوبا فاعطاه دراهم يشترى بها ثوبا لم يحنث لانه لم يكسه وانما وهب له دراهم وشاوره فيما يفعل بها ولو أرسل اليه بثوب كسوة حنث لان الحقوق لا تتعلق بالرسول وانما تتعلق بالمرسل

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الركوب اذا حلف لا يركب دابة فهو على الدواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع اقامتهم فان ركب بعيرا أو بقرة لم يحنث والقياس أن يحنث في ركوب كل حيوان لان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض قال الله تعالى ومامن دابة في الارض الا على الله رزقها وقال عزوجل ان شر الدواب عند الله الذين كفروا الا انهم استحسنوا وحملوا اليمين على ما يركبه الناس في الامصار ولقضاء الحوائج غالبا وهو الخيل والبغال والحمير تخصيصا للعموم بالعرف والعادة لانا نعلم أنه ما أراد به كل حيوان فحملنا مطلق كلامه على العادة ومعلوم أن الفيل والبقرة والبعير لا يركب لقضاء الحوائج في الامصار عادة فان نوى في يمينه الخيل خاصة دين فيما بينه وبين الله عزوجل لان اللفظ يحتمله ولا يدين في القضاء لانه خلاف ظاهر العموم وان حلف لا يركب فرسا فركب برذونا أوحلف لا يركب برذونا فركب فرسا لم يحنث لان الفرس عبارة عن العربي والبرذون عن الشهري فصار كمن حلف لا يكلم رجلا عربيا فكلم عجميا ولو حلف لا يركب وقال نويت الخيل لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عزوجل لان الركوب ليس بمذكور فلا يحتمل التخصيص فان حلف لا يركب الخيل فركب برذونا أوفرسا يحنث لان الخيل اسم جنس قال الله عزوجل والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال صلى الله عليه وسلم الخيل في نواصيها الخير الى يوم القيامة والمراد به الجنس فيعم جميع أنواعه ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفا أوسائرا حنث لما ذكرنا أن الركوب يحتمل الابتداء ويتجدد أمثاله وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لابس أولا يجلس على هذا الفرش وهو جالس لما قلنا فان نزل عقيب يمينه أونزع أوقام لم يحنث عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبد فلان وعليه دين أولا دين عليه لا يحنث في قول أبي حنيفة وعند محمد يحنث أما اذا كان عليه دين فلانه لا يملكها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي مضافة الى العبد دون المولى وأما اذا لم يكن عليه دين فهي مضافة الى العبد فلم يحنث وعند محمد هي ملك المولى حقيقة فيحنث بركوبها ولو حلف لا يركب مركبا ولا نوى شيأ فركب سفينة أومحملا أودابة باكاف أوسرج حنث لوجود الركوب اما في الدابة بالسرج والاكاف فلا شك فيه وأما في السفينة فلان الله تعالى سمى ذلك ركوبا بقوله عزوجل وقال اركبوا فيها بسم الله مجريها والله عزوجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الجلوس فاذا حلف لا يجلس على الارض فانه لا يحنث الا أن يجلس عليها وليس بينه وبينها غير ثيابه فان كان بينه وبين الارض حصير او بوري أو بساط أوكرسي أوشئ بسطه لم يحنث لان الجالس على الارض من باشر الارض ولم يحل بينه وبينها شئ هذا هو الجلوس على الارض حقيقة الا أن الجلوس عليها بما هو متصل به من ثيابه يسمى جلوسا على الارض عرفا واذا حال بينهما ما هو منفصل عنه من البساط والحصير لا يسمى جلوسا ألا ترى أنه يقال جلس على البساط والحصير لا على الارض فاذا حلف لا يجلس على هذا الفراش أوهذا الحصير أوهذا البساط فجعل عليه مثله ثم جلس لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثاني دون الاول ألا ترى ان الطنفسة اذا جعلت على البوري لا يقال جلس على البوري بل يقال جلس على الطنفسة وكذلك اذا جعل الفراش

على الفراش أوالبساط على البساط وخالف أبو يوسف فى الفراش خاصة فقال اذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر ونام عليه حنث لانهما جميعا مقصودان بالنوم لان ذلك انما يجعل لزيادة التوطئة وأجمعوا على أنه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قراما أو محبسا حنث لان ذلك لا يمنع أن يقال نام على الفراش ولو حلف لا يجلس على هذا السرير أو على هذا الدكان أو لا ينام على هذا السطح فجعل فوقه مصلى أو فرشا أو بساطا ثم جلس عليه حنث لانه يقال جلس الامير على السرير وان كان فوقه فراش و يقال نام على السطح وان كان نام على فراش فلو جعل فوق السرير سريرا أو بنى فوق الدكان دكانا أو فوق السطح سطحا لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثانى دون الاول وقال محمد اذا كان نوى مباشرته وهى أن لا يكون فوقه شئ لم يدين فى القضاء يعنى به اذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير لانه نوى غير ظاهر كلامه ولو قال والله لا أنام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث لانه ما نام على ألواح وذكر فى الاصل اذا حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها وفى رجله خف أو نعل يحنث لان المشى على الارض هكذا يكون عادة ألا ترى انه لم يجعل بينه و بينها ما هو منفصل عنه وان مشى على بساط لم يحنث لانه يقال مشى على البساط وجاء فى الشعر

نحن بنات طارق * نمشى على النمارق

ولو مشى على السطح حنث لانه يقال هذه أرض السطح و يقال لمن على السطح لا تم على الارض

﴿فصل﴾ وأما الحلف على السكنى والمساكنة والايواء والبيتوتة أما السكنى فاذا حلف لا يسكن هذه الدار اما ان كان فيها ساكنا أو لم يكن فان لم يكن فيها ساكنا فالسكنى فيها أن يسكنها بنفسه و ينقل اليها من متاعه ما يتأثث به و يستعمله فى منزله فاذا فعل ذلك فهو ساكن وحانث فى يمينه لان السكنى هى الكون فى المكان على طريق الاستقرار فان من جلس فى المسجد و بات فيه لا يسمى ساكن المسجد ولو أقام فيه بما يتأثث به يسمى به فدل ان السكنى ما ذكرنا وذلك انما يكون بما يسكن به فى العادة وذلك ما قلنا وان كان فيها ساكنا فحلف لا يسكنها فانه لا يبر حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وولده الذين معه ومتاعه ومن كان يأوى بها لخدمته والقيام بامره فى منزله فان لم يفعل ذلك ولم يأخذ فى النقلة من ساعته وهى ممكنة حنث ههنا ثلاثة فصول أحدها اذا حلف لا يسكن فانتقل باهله ومتاعه فى الحال لم يحنث فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحنث وهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الراكب حلف لا يركب واللابس حلف لا يلبس فنزل ونزع فى الحال وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والثانى اذا انتقل بنفسه ولم ينتقل باهله ومتاعه قال أصحابنا يحنث وقال الشافعى لا يحنث وجه قوله ان شرط حنثه سكناه ولم يسكن فلا يحنث كما لو حلف لا يسكن فى بلد فخرج بنفسه وترك أهله فيه وقال الشافعى محتجا علينا اذا خرجت من مكة وخلفت دفيترات بها أفأكون ساكنا بمكة ولنا ان سكنى الدار انما يكون بما يسكن به فى العادة لما ذكرنا انه اسم للسكون على وجه الاستقرار ولا يكون السكون على هذا الوجه الا بما يسكن به عادة فاذا حلف لا يسكنها وهو فيها فالبر فى ازالة ما كان به ساكنا فاذا لم يفعل حنث وهذا لانه بقوله لا أسكن هذه الدار فقد منع نفسه عن سكنى الدار وكره سكناها لمعنى يرجع الى الدار والانسان كما يصون نفسه عما يكره يصون أهله عنه عادة فكانت يمينه واقعة على السكنى وما يسكن به عادة فاذا خرج بنفسه وترك أهله ومتاعه فيه ولم يوجد شرط البر فيحنث والدفاتر لا يسكن بها فى الدور عادة فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى فهذا كان تشنيعا فى غير موضعه ولان من حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وأهله ومتاعه فيها يسمى فى العرف والعادة ساكن الدار ألا ترى انه اذا قيل له وهو فى السوق أين تسكن يقول فى موضع كذا وان لم يكن هو فيه وبهذا فارق البلد لانه لا يقال لمن بالبصرة انه ساكن بالكوفة والثالث انه اذا انتقل بنفسه وأهله وماله ومتاعه وترك من أثاثه شيأ يسيرا قال أبو حنيفة يحنث وقال أبو يوسف اذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتا ولا بعض الدار لا يحنث ولست أجد فى هذا حدا وانما هو على الاستحسان وعلى ما يعرفه الناس وقيل معنى قول أبى حنيفة اذا ترك

شيئا

شيأ يسيراً يعني مالا يعتد به و يسكن بمثله فاما اذا خلف فيها وتدا أو مكنسة لم يحنث لابي يوسف ان اليسير من الاثاث لا يعتد به لانه يسكن بمثله فصار كالوتد ولابي حنيفة ان شرط البر ازالة ما به صار ساكنا فاذا بقي منه شيء لم يوجد شرط البر بكماله فيحنث فان منع من الخروج والتحول بنفسه ومتاعه وأوقعوه وقهروه ولا يحنث وان أقام على ذلك أياما لانه ما يسكنها بل أسكن فيها فلا يحنث ولان البقاء على السكنى يجري مجرى الابتداء ومن حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج الدار فحمل اليها مكرها لم يحنث كذا البقاء اذا كان باكراه وقال محمد اذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب المنزل أياما ثلاثا فلم يجد ما يستأجره وكان يمكنه ان يخرج من المنزل و يضع متاعه خارج الدار لا يحنث لان هذا من عمل النقلة اذ النقلة محمولة على العادة والمعتاد هو الانتقال من منزل الى منزل ولانه مادام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال كما لو خرج يطلب من يحمل رحله وقال محمد ان كان الساكن موسرا وله متاع كثير وهو يقدر على انه يستأجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل وجعل ينقل بنفسه الاول فالاول فمكث في ذلك سنة قال ان كان النقلان لا يفتر انه لا يحنث لان الحنث يقع بالاستقرار بالدار والمتشاغل بالانتقال غير مستقر ولانه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه ألا يرى انه بالانتقال المعتاد لا يحنث وان كان غيره أسرع منه فان تحول ببدنه وقال ذلك أردت فان كان حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه وان كان حلف وهو غير ساكن وقال نويت الانتقال ببدني دين لانه نوى ما يحتمله وفيه تشديد على نفسه وأما المساكنة فاذا كان رجل ساكنا مع رجل في دار فحلف أحدهما ان لا يساكن صاحبه فان أخذ في النقلة وهي ممكنة والا حنث والنقلة على ما وصفت لك اذا كان ساكنا في الدار فحلف لا يسكنها لان المساكنة هي ان يجمعهما منزل واحد فاذا لم ينتقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة فيحنث فان وهب الحالف متاعه للمحلوف عليه أو أودعه أو أعاره ثم خرج في طلب منزل فلم يجد منزلا أياما ولم يأت الدار التي فيها صاحبه قال محمد ان كان وهب له المتاع وقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود اليه فليس بساكن له فلا يحنث وكذلك ان أودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود الى ذلك المنزل وكذلك العارية لانه اذا وهبه وأقبضه وخرج فليس بساكن اياه بنفسه ولا بماله واذا أودعه فليس بساكن به فلا يحنث وكذلك ان أودعه المتاع ثم خرج وانما هو في يد المودع وكذلك اذا أعاره فلا يحنث ولو كان له في الدار زوجة فراودها على الخروج فابت وامتنعت وحرص على خروجها واجتهد فلم تفعل فانه لا يحنث اذا كانت هذه حالها لانه لو بقي هو في الدار مكرها لم يحنث لعدم اختياره السكنى به فكذا اذا بقي ما يسكن به بغير اختياره واذا حلف لا يساكن فلانا فساكنه في عرصة دار أو بيت أو غرفة حنث لان المساكنة هي القرب والاختلاط فاذا سكنها في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه فيحنث فان ساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة أو هذا في منزل وهذا في منزل حنث الا أن يكون دارا كبيرة قال أبو يوسف مثل دار الرقيق ونحوها ودار الوليد بالكوفة فانه لا يحنث وكذا كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل وقال هشام عن محمد اذا حلف لا يساكن فلانا ولم يسم دارا فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحنث الا ان يساكنه في حجرة واحدة قال هشام قلت فان حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة قال يحنث لمحمد ان الحجرتين المختلفتين كالدارين بدليل ان السارق من احداهما اذا نقل المسروق الى الاخرى قطع وليس كذلك اذا حلف لا يساكنه في دار لانه حلف على ان لا يجمعهما دار واحدة وقد جمعتهما وان كانا في حجرها ولابي يوسف ان المساكنة هي الاختلاط والقرب فاذا كانا في حجرتين في دار صغيرة فقد وجد القرب فهو كبيتين من دار وان كانا في حجرتين من دار عظيمة فلا يوجد القرب فهو كدارين في محلة فان سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت وقد حلف لا يساكنه ولم يسم دارا حنث في قولهم لان بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد ألا ترى ان السارق لو نقل المسروق

من أحد البيتين الى الآخر لم يقطع وقال أبو يوسف فان ساكنه فى حانوت فى السوق يعملان فيه عملا أو يبيعان فيه تجارة فانه لا يحنث وانما اليمين على المنازل التى هى المأوى وفيها الاهل والعيال فاما حوانيت البيع والعمل فليس يقع اليمين عليها الا انه ينوى أو يكون بينهما قبل اليمين بدل يدل عليها فتكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما لان السكنى عبارة عن المكان الذى يأوى اليه الناس فى العادة ألا ترى انه لا يقال فلان يسكن السوق وان كان يتجر فيها فانه جعل السوق مأواه قيل انه يسكن السوق فان كان هناك دلالة تدل على انه أراد باليمين ترك المساكنة فى السوق حملت اليمين على ذلك وان لم يكن هناك دلالة فقال نويت المساكنة فى السوق أيضا فقد شدد على نفسه قالوا اذا حلف لا يساكن فلانا بالكوفة ولا نية له فسكن أحدهما فى دار والآخر فى دار أخرى فى قبيلة واحدة أو محلة واحدة أودرب فانه لا يحنث حتى تجمعهما السكنى فى دار لان المساكنة هى المقاربة والمخالطة ولا يوجد ذلك اذا كانا فى دارين وذكر الكوفة لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بمساكنته فى غيرها فان قال نويت ان لا أسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة صدق لانه شدد على نفسه وكذلك اذا حلف لا يساكنه فى الدار فاليمين على المساكنة فى دار واحدة على ما بينا ولوان ملاحا حلف لا يساكن فلانا فى سفينة واحدة ومع كل واحد منهما أهله ومتاعه واتخذها منزله فانه يحنث وكذلك أهل البادية اذا جمعتهم خيمة وان تفرقت الخيام لم يحنث وان تقاربت لان السكنى محمولة على العادة وعادة الملاحين السكنى فى السفن وعادة أهل البادية السكنى فى الاخبية فتحمل يمينهم على عاداتهم واما الايواء فاذا حلف لا يأوى مع فلان أولا يأوى فى مكان أودار او فى بيت فالايواء الكون ساكنا فى المكان فاوى مع فلان فى مكان قليلا كان المكث أو كثيرا ليلا كان أونهارا أحنث وهو قول أبى يوسف الاخير وقول محمد الا ان يكون نوى أكثر من ذلك يوما أو أكثر فيكون على مانوى وروى ابن رستم فى رجل حلف بالطلاق لا يأويه وفلانا بيت وذلك لان الايواء عبارة عن المصير فى الموضع قال الله عز وجل سآوى الى جبل يعصمنى من الماء أى ألتجئ وذلك موجود فى قليل الوقت وكثيره وقد كان قول أبى يوسف الاول ان الايواء مثل البيتوتة وانه لا يحنث حتى يقيم فى المكان أكثر الليل لانهم يذكرون الايواء كما يذكرون البيتوتة فيقولون فلان يأوى فى هذه الدار كما يقولون يبيت فيها وأما اذا نوى أكثر من ذلك فالامر على مانوى لان اللفظ محتمل فانهم يذكرون الايواء ويريدون به السكنى والمقام وقد روى ابن رستم عن محمد فى رجل قال ان آوانى واياك بيت أبدا على طرفة عين فى قول أبى يوسف الاخير وقولنا الا ان يكون نوى أكثر من ذلك يوما أو أكثر فالامر على مانوى لان اللفظ يوما أو أكثر وقال ابن سماعة عن أبى يوسف اذا حلف لا يأوى فلانا وقد كان المحلوف عليه فى عيال الحالف ومنزله لا يحنث الا ان يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه وان لم يكن المحلوف عليه فى عيال الحالف فهذا على نية الحالف ان نوى ان لا يعوله فهو كما نوى وكذلك ان نوى لا يدخله عليه بيته لان قوله لا يأويه يذكر ويراد به ضمه الى نفسه ومنزله وقد يراد به القيام بامره فان كان فى اللفظ دليل على شئ والا يرجع الى بيته فان دخل المحلوف عليه بغير اذنه فرآه فسكت لم يحنث لانه حلف على فعل نفسه فاذا لم يأمره لم يوجد فعله وقال عمرو عن محمد الايواء عند البيتوتة والسكنى فان نوى المبيت فهو على ذهاب الاكثر من الليل وان لم ينو شيأ فهو على ذهاب ساعة (وأما) البيتوتة فاذا حلف لا يبيت مع فلان أولا يبيت فى مكان كذا فالمبيت بالليل حتى يكون فيه أكثر من نصف الليل واذا كان أقل لم يحنث وسواء نام فى الموضع أولم ينم لان البيتوتة عبارة عن الكون فى مكان أكثر من نصف الليل الا يرى أن الانسان يدخل على غيره ليلا يقيم عنده قطعة من الليل ولا يقال بات عنده واذا أقام أكثر الليل يقال بات عنده ويقال فلان بائت فى منزله وان كان فى أول الليل فى غيره ولا يعتبر النوم لان اللفظ لا يقتضيه لغة كما لا يقتضى اليقظة فلم يكن شرطا فيه وقال ابن رستم عن محمد فى رجل حلف لا يبيت الليلة فى هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل قال لا يحنث لان البيتوتة اذا كانت تقع على أكثر الليل فقد حلف على مالا يتصور فلا تنعقد يمينه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الاستخدام فاذا حلف الرجل لا يستخدم خادمة له قد كانت تخدمه ولا نية له فجعلت الخادمة تخدمه من غير ان يأمرها حنث لانه لما مكنها من الخدمة فقد تركها على الاستخدام السابق ولانه لما لم يمنعها فقد استخدمها دلالة وان لم يستخدم نصا صريحا ولو كان الحالف على خادمة لا يملكها فخدمته بغير أمره لا يحنث لعدم سبق الاستخدام ليكون التمكين من الخدمة ابقاءها على الاستخدام ولتعذر جعل التمكين دلالة الاستخدام لان استخدام جارية الغير بغير اذنه محظور فلا يكون اذنا به من طريق الدلالة فهو الفرق حتى لو كان نهى خادمته التي كانت تخدمه عن خدمته ثم خدمته بغير أمره قيل لم يحنث لانه بالتمكين قطع استخدامها السابق فقد وجد منها بغير استخدام فلا يحنث ولو حلف لا تخدمه فلانة فخدمته بغير أمره أو بأمره وهي خادمته أو خادمة غيره حنث لانه عقد اليمين على فعلها وهو خدمتها الا على فعله وهو استخدامه وقد خدمته وكل شيء من عمل بيته فهو خدمته لان الخدمة عبارة عن عمل البيت الذي يحتاج اليه في الغالب ولو حلف لا يستخدم خادمة لفلان فسألها وضوأ أو شرابا أو أومأ اليها ولم يكن له نية حين حلف حنث ان فعلت ذلك أو لم تفعل الا أن يكون نوى حين حلف ان لا يستعين بها فتعينه فلا يحنث حتى تعينه لانه عقد يمينه على فعله وهو الاستخدام وقد استخدم وان لم تجبه فان عنى ان تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى وان حلف لا يخدمني خادم لفلان فهو على الجارية والغلام والصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سواء لان اسم الخادم يجمع الذكر والانثى والصغير والكبير اذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على المعرفة فاذا حلف على انسان انه لا يعرفه وهو يعرفه بوجهه لكنه لا يعرف اسمه فقد بر في يمينه ولا يحنث لانه اذا لم يعرف اسمه لم يعرفه بدليل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سأل رجلا عن رجل وقال له هل تعرفه فقال الرجل نعم فقال هل تدري ما اسمه فقال لا فقال انك لم تعرفه ولانه اذا لم يعرفه باسمه وان عرفه بوجهه لم يكن عارفا به على الاطلاق بل من وجه دون وجه ومن شرط حنثه المعرفة على الاطلاق ولم توجد فلا يحنث وقال خلف بن أيوب عن محمد في رجل تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري ما اسمها فحلف أنه لا يعرفها قال لا يحنث لما بينا ولو أن رجلا ولد له مولود فأخرجه الى جاره ولم يكن سماه بعد فحلف جاره هذا انه لا يعرف هذا الصبي لا يحنث لان معرفته بمعرفة اسمه فلا يعرف قبل التسمية

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على أخذ الحق وقبضه وقضائه واقتضائه اذا حلف الرجل ليأخذن من فلان حقه أو ليقبضن من فلان حقه فأخذ منه بنفسه أو أخذ منه وكيله أو أخذ من ضامن عنه أو محتال عليه بأمر المطلوب بر لان حقوق القضاء لا ترجع الى الفاعل فترجع الى الآمر فكأن قبض وكيل الطالب قبضه معنى وكذا القبض من وكيل المطلوب أو كفيله أو المحتال بأمره عليه قبضا منه من حيث المعنى ولو قبض من رجل بغير أمر المطلوب أو كانت الكفالة أو الحوالة بغير أمره حنث في يمينه ولم يبر لانه لم يقبض من المطلوب حقه حقيقة في الوجهين جميعا الا أنه جعل قابضا عنه معنى في موضع الامر وجعل القبض من الغير كالقبض منه فاذا لم يكن ذلك بأمره لم تكن اضافته اليه ولهذا لم يرجع الى الدافع اليه بما أعطاه فلم يوجد منه قبض حقه فلم يبر وكذلك لو كان الحالف هو الذي عليه المال فحلف ليقضين فلانا حقه أو ليعطين فأعطاه بنفسه أو برسول أو باحالة أو أمر من ضمنه له فأخذه الطالب بر الحالف في يمينه لان حقوق القضاء لا تتعلق بالفاعل فتتعلق بالآمر فكان هو القاضي والمعطي من حيث المعنى ولو كان ذلك بغير أمره حنث الحالف لانه لم يقض حقه ولا أعطاه أصلا ورأسا الا ترى انه لا يرجع الدافع اليه وان قال الحالف في هذين الوجهين أردت ان يكون ذلك بنفسي كان كما قال فان لم يفعل ذلك بنفسه حنث لانه شدد على نفسه وان كان المطلوب حلف ان لا يعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه حنث فان قال انما أردت ان لا أعطيه أنا بنفسي لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله تعالى لان العطاء بفعله وبفعل غيره سواء في القصد فتناوله اليمين فاذا نوى ان لا يعطيه بنفسه

فقد نوى خلاف الظاهر وأراد التخفيف على نفسه فلا يصدق في القضاء ولو أخذ به ثوبا أو عرضا فقبض العرض فهو بمنزلة القبض للمال لانه يصير مستوفيا بأخذ العوض كما يصير مستوفيا بأخذ نفس الحق ولو حلف الطالب ليأخذن ماله منه أو ليقضينه أو ليستوفينه ولم يوقت وقتا فأبرأه من المال أو وهبه له حنث في يمينه لان الابراء ليس بقبض ولا استيفاء ففات شرط البر فحنث ولو كان وقت وقتا فقال اليوم أو الى كذا وكذا فأبرأه قبل ذلك أو وهبه له لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد اذا جاوز ذلك الوقت وعند أبي يوسف يحنث بناء على أن اليمين الموقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت عندهما فكأنه قال في آخر الوقت لاقبضن منه ديني ولا دين عليه فلا تنعقد اليمين عندهما وتنعقد عند أبي يوسف فيحنث أصل المسئلة اذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فاهريق الماء قبل انقضاء اليوم وقد ذكرناها فيما تقدم فان قبض الدين فوجده زيوفا أو نبهرجة فهو قبض وبر في يمينه سواء كان حلف على القبض أو على الدفع لانها من جنس حقه من حيث الاصل ألا ترى انه يجوز أخذهما في ثمن الصرف فوقع بهما الاقتضاء وان كانت ستوقة فليس هذا بقبض لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف وكذلك لو رد الثوب الذي أخذ عن الدين بعيب أو استحق كان قد بر في يمينه وكان هذا قبضا لان العيب لا يمنع صحة القبض وكذا المستحق يصح قبضه ثم يبطل لعدم الاجازة فانحلت اليمين فلا يتصور الحنث بعد ذلك وقد قالوا اذا اشترى بدينه بيعا فاسدا وقبضه فان كان في قيمته وفاء بالحق فهو قابض لدينه ولا يحنث وان لم يكن فيه وفاء حنث لان المضمون في البيع الفاسد القيمة لا المسمى ولو غصب الحالف مالا مثل دينه بر لانه وقع الاقتضاء به وكذلك لو استهلك له دنانير أو عروضا لان القيمة تجب في ذمته فيصير قصاصا وقال محمد اذا قال ان لم أتزن من فلان مالي عليه أو لم أقبض مالي عليه في كيس أو قال ان لم أقبض مالي عليك دراهم أو بالميزان أو قال ان لم أقبض دراهم قضاء من الدراهم التي لي عليك فأخذ بذلك عرضا أو شيأ مما يوزن من الزعفران أو غيره فهو حانث لانه لما ذكر الوزن والكيس والدراهم فقد وقعت يمينه على جنس حقه فاذا أخذ عوضا عنه حنث

﴿ فصل ﴾ وأما الحالف على الهدم قال ابن سماعة وسمعت أبا يوسف يقول في رجل قال والله لا هدمن هذه الدار فان هدم سقوفها بر لانه لا يقدر على ان يزيل اسم الدار بالهدم لانه لو هدم جميع بنائها لكانت بذلك تسمى دارا لما ذكرنا انها اسم للعرصة فحملت اليمين على الكسر قال محمد اذا حلف لينقضن هذا الحائط أو ليهدمنه اليوم فنقض بعضه أو هدم بعضه ولم يهدم ما بقي حتى مضى اليوم يحنث قال والهدم عندنا ان يهدم حتى يبقى منه مالا يسمى حائطا لان الحائط يمكن هدمه حتى يزيل الاسم عنه فوقعت اليمين على ذلك بخلاف الدار فان نوى هدم بعضه صدق ديانة لان ذلك يسمى هدما بمعنى الكسر ولو حلف ليكسرن هذا الحائط فكسر بعضه بر لانه يقال له حائط مكسور فلا يعتبر ما يزيل به اسم الحائط فالحاصل أن ههنا ألفاظ ثلاثة الهدم والنقض والكسر والمسائل مبنية على معرفة معنى كل لفظ فالهدم اسم لازالة البناء لانه ضد البناء فان فعل في الحائط فعلا ينظر ان بقي بعده ما يسمى مبنيا حنث لانه لا وجود للشيء مع وجود ما يضاده وان لم يبق ما يسمى مبنيا بر لتحققه في نفسه قال الله تعالى ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع والمراد منه استئصالها لا احداث صدع أو وهن في ابنيتها وكذلك النقض يقال فلان نقض بيته كذا أي ازالها ولو نقض بعض الحائط أو هدم بعضه وقال عنيت به بعضه يصدق فيما بينه و بين الله تعالى عز وجل لانه نوى تخصيص العموم وانه محتمل فلا يصدقه القاضي لأنه عدول عن الظاهر والكسر عبارة عن احداث صدع أو شق فيما صلب من الاجسام بمنزلة الخرق فيما استرخى منها فاذا ثبت فيه هذا فقد بر في يمينه وان بقي التركيب والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحالف على الضرب والقتل قال المعلى سألت محمدا عن رجل حلف بطلاق امرأته ليضربنها حتى يقتلها أو حتى ترفع ميتة ولا نية له قال ان ضربها ضربا شديدا كاشد الضرب بر في يمينه لانه يراد بمثل هذا القول في العادة

شدة الضرب دون الموت قال فان حلف ليضربنها حتى يغشى عليها أو حتى تبول ثم لم يوجد ذلك لم يبر في يمينه لان هذا
يحدث عند شدة الضرب غالبا فيراعى وجوده للبر ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق و باطل فمعنى ذلك ان يضربه
في كل ما شكى بحق او بباطل لانه لا يمكن حمله على الحقيقة وهو الضرب عند كل حق و باطل لان العبد لا يخلو من ذلك
فاذا يكون عند الشكاية فاذا يكون المولى في ضربه أبدا فحمل الضرب على الشكاية للعرف ولا يكون الضرب في هذا
عند الشكاية أي لا يحمل الضرب على فور الشكاية لان اليمين الواقعة على فعل مطلق عن زمان لا تتوقت بزمان دون
زمان بل تقع على العمر الا ان يعني به الحال فيكون قد شدد على نفسه فان شكى اليه فضربه ثم شكى اليه في ذلك الشئ
مرة أخرى والمولى يعلم انه في ذلك الشيء أو لا يعلم فذلك سواء وليس عليه ان يضربه للشكاية الثانية لانه قد ضربه
فيها مرة واحدة ولا يتعلق بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عليه أكثر من ضرب واحد في العرف كما لو قال ان
أخبرتني بكذا فلك درهم فاخبره مرة بعد مرة انه لا يجب الا درهم واحد وان كان الثاني اخبارا كالاول كذا هذا او قال
المعلى سألت محمدا عن رجل حلف ليقتلن فلانا ألف مرة فقتله ثم قال انما نويت ان آلى على نفسي بالقتل قال أدينه في
القضاء لان العادة انهم يريدون بهذا تشديد القتل دون تكرره لعدم تصوره وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال
لامرأته ان لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة فهذا على ان يضربها ضربا شديدا يوجعها فاذا فعل ذلك فقد بر لان
المراد منه ان لا يتركها حية سليمة ولا ميتة وذلك بالضرب الشديد فينصرف اليه وقال محمد فيمن حلف بالطلاق لقد
سمع فلانا يطلق امرأته ألف مرة وقد سمعه طلقها ثلاثا فانه يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان حكم الثلاث حكم
الالف في الايقاع ولانه يراد بمثله أكثر عدد الطلاق في العادة وهو الثلاث ولو قال امرأته طالق ان لم يكن لقي فلانا
ألف مرة وقد لقيه مرارا كثيرة لان ذلك لا يكون ألف مرة وانما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد اني أدينه لان مثل هذا
يذكر في العادة والعرف للتكثير دون العدد المحصور وقد قال الله تعالى استغفر لهم أو لا تستغفر لهم ان تستغفر لهم
سبعين مرة فلن يغفر الله لهم وليس ذلك على عدد السبعين بل ذكره سبحانه وتعالى للتكثير كذا هذا ولو قال والله
لا أقتل فلانا بالكوفة أو قال والله لا أتزوج فلانة بالكوفة فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفة أو زوجه الولي امرأة
كبيرة ببغداد فبلغها الخبر بالكوفة فاجازت حنث في اليمينين جميعا وكذلك لو حلف على الزمان فقال لا أفعل ذلك يوم
الجمعة فمات يوم الجمعة أو أجازت النكاح يوم الجمعة حنث الحالف ولو كان حلف ليفعلن ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة
فكان ما ذكرنا بر في يمينه وانما كان ذلك لان الفعل الذي هو قتل ان وجد ببغداد و يوم السبت لكنه موصوف
بصفة الاضافة الى المخاطب وانما يصير موصوفا بالاضافة وقت ثبوت أثره وهو زهوق الروح وذلك وجد بالكوفة
يوم الجمعة فيحنث في يمينه ونظيره لو قال ان خلق الله تعالى لفلان ابنا في هذه السنة فعبدي حر فحصل له ولد في هذه
السنة يحنث وان كان خلق الله أزليا لكن الاضافة الى المخلوق انما تثبت عند وجود أثره وهو وجود الولد كذا ههنا
والنكاح في الشرع اسم لما بعد الحل وذلك انما يوجد عند الاجازة وكذلك العبد اذا اشترى عبدا بغير اذن مولاه ثم
بلغ المولى فاجاز فانه مشتري يوم أجازه المولى لانه يوم ثبوت الملك وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد انه بائع يوم باع
ومشتر يوم اشترى وقال في القتل كما قال أبو يوسف لمحمد ان الملك عند الاجازة يتعلق بالعقد كما يتعلق به عند اسقاط
الخيار ولابي يوسف ان الاحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف وانما تتعلق بالاجازة ولو كانت الضربة قبل اليمين ومات
بالكوفة أو يوم الجمعة لا يحنث في يمينه وان وجد القتل المضاف الى المخاطب يوم الجمعة لان هذا القتل وجد منه قبل
اليمين فلا يتصور امتناعه عن اتصافه بصفة الاضافة والانسان لا يمنع نفسه عما ليس في وسعه الامتناع عنه اذ
مقصود الحالف البر لا الحنث ولهذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته لا يحنث فان
وجد السكنى وعرف بدلالة الحال انه أراد منع نفسه عن قتل مضاف الى مخاطب باشره بعد اليمين ونظيره ما ذكره
محمد أنه لو قال لامرأته أنت طالق غدا ثم قال لها ان طلقتك فعبدي حر فجاء غد فطلقت لم يعتق عبده ولو قال لها ان

طلقتك فعبدى حر ثم قال لها اذا جاء غد فانت طالق فجاء غد وطلقت عتق عبده لهذا المعنى كذا هذا

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على المفارقة والوزن وما أشبه ذلك اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى ماعليه واشترى منه شيأ على ان البائع بالخيار ثم فارقه حنث لان الثمن ما يستحق على المشترى فلم يصر مستوفيًا فان أخذ به رهنا أو كفيلا من غير براءة المكفول عنه ثم فارقه يحنث لان الحق فى ذمة الغريم بحاله لم يستوف فان هلك الرهن قبل الافتراق بر فى يمينه لانه صار مستوفيا وان هلك بعد الافتراق لا يبر لانه فارقه قبل الاستيفاء فحنث وقال أبو يوسف فى رجل له على امرأة دين فحلف ان لا يفارقها حتى يستوفى ثم تزوجها عليه وفارقها وكانت عقدة النكاح جائزة فقد بر فى يمينه لانه قد وجب فى ذمته بالنكاح مثل دينه وصار قصاصا فجعل مستوفيا وان كان النكاح فاسدا ولم يدخل بها حنث لان المهر لا يجب بالنكاح الفاسد فلم يصر مستوفيا فان دخل بها قبل ان يفارقها ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر لم يحنث لان المهر وجب عليه بالدخول فصار مستوفيا فان كان العقد صحيحا فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها لم يحنث لان المهر الواجب بالعقد قد سقط وانما عاد له دين بالفرقة بعد انحلال اليمين فلا يحنث ولو حلف ليزنن ماعليه فاعطاه عددا فكانت وازنة حنث لانه حلف على الوزن والوزن فعله ولم يفعله وقال ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال والله لا أقبض مالى عليك الا جميعاً وله عشرة دراهم وعلى الطالب لرجل خمسة دراهم فأمر الذى له الخمسة هذا الحالف ان يحتسب للمطلوب بالخمسة التى عليه وجعلها قصاصا ودفع فلان المطلوب الى الحالف خمسة فكانه قال اذا كان متوافرا فهو جائز فلا يحنث لان الاستيفاء دفعة واحدة يقع على القبض فى حالة واحدة وان يعرف الوزن ألا ترى ان الدين اذا كان مالا كثيرا لا يمكنه دفعه فى وزنة واحدة وقد قبض الخمسة حقيقة والخمسة بالمقاصة وقد روى ابن رستم عن محمد فيمن قال والله لا آخذ مالى عليك الا ضربة واحدة فوزن خمسمائة وأخذها ثم وزن خمسمائة قال فقد أخذها ضربة واحدة لان هذا لا يعد متفرقا قال وكذلك لو جعل يزنها درهما درهما وقال محمد فى الجامع اذا كان له عليه ألف درهم فقال عبده حر ان أخذها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقى لم يحنث لان يمينه وقعت على أخذ الالف متفرقة فى اليوم ولم يأخذ الالف بل بعض الالف ولو قال عبده حر ان أخذ منها اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقى حتى غربت الشمس يحنث حين أخذ الخمسة لان يمينه ما وقعت على أخذ الكل متفرقا بل على أخذ البعض لان كلمة من للتبعيض ولو قال عبده حر ان أخذها اليوم درهما دون درهم فاخذ فى أول النهار بعضها وفى آخر النهار الباقى حنث لانه أضاف الاخذ الى الكل وقد أخذ الكل فى يوم متفرقا وقال أصحابنا اذا حلف لا يفارقه حتى يستوفى ماله عليه فهرب أو كابره على نفسه أو منعه منه انسان كرها حتى ذهب لم يحنث الحالف لانه حلف على فعل نفسه وهو مفارقته اياه ولم يوجد منه فعل المفارقة ولو كان قال لا تفارقنى حتى آخذ مالى عليك حنث لانه حلف على فعل الغريم وقد وجد والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على ما يضاف الى غير الحالف بملك أو غيره فجملة الكلام فيه أن الحالف لا يخلو اما ان اقتصر على الاضافة واما ان جمع بين الاضافة والاشارة والاضافة لا تخلو اما ان تكون اضافة ملك أو اضافة نسبة من غير ملك فان اقتصر فى يمينه على الاضافة والاضافة اضافة ملك فيمينه على ما فى ملك فلان يوم فعل ما حلف عليه حتى يحنث سواء كان الذى أضافه الى ملك فلان فى ملكه يوم حلف أو لم يكن بان حلف لا يأكل طعام فلان أو لا يشرب شراب فلان أو لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابة فلان أو لا يلبس ثوب فلان أو لا يكلم عبد فلان ولم يكن شئ منها فى ملكه ثم استحدث الملك فيها هذا جواب ظاهر الرواية فى الاصل والزيادات وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه رواية أخرى ان الاضافة اذا كانت فيما يستحدث الملك فيه حالا فحالا فى العادة فان اليمين تقع على ما فى ملكه يوم فعل كالطعام والشراب والدهن وان كانت الاضافة فيما يستدام فيه الملك ولا يستحدث ساعة فساعة عادة فاليمين على ما كان فى ملكه يوم حلف كالدار والعبد والثوب وذكر ابن سماعة فى

نوادره عن محمد ان ذلك كله ما فى ملكه يوم حلف ولا خلاف فى انه اذا حلف لا يكلم زوج فلانة أو امرأة فلان
أو صديق فلان أو ابن فلان أو أخ فلان ولا نية له ان ذلك على ما كان يوم حلف ولا تقع على ما يحدث من الزوجية
والصداقة والولد ففرق فى ظاهر الرواية بين الاضافتين وسوى بينهما فى النوادر وجه رواية النوادر ان الاضافة
تقتضى الوجود حقيقة اذ الموجود يضاف لا المعدوم فلا تقع يمينه الا على الموجود يوم الحلف ولهذا وقعت على الموجود
فى احدى الاضافتين وهى اضافة النسبة كذا فى الاخرى وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الاضافتين ان فى
اضافة الملك عقد يمينه على مذكور مضاف الى فلان بالملك مطلقا عن الجهة وهى ان يكون مضافا اليه بملك كان وقت
الحلف أو بملك استحدث فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجدت الاضافة عند الفعل فيحنث وفى اضافة
النسبة قام دليل التقييد وهى ان أعيانهم مقصودة باليمين لاجلهم عرفا وعادة لما تبين فانعقدت على الموجود وصار كما لو
ذكرهم باساميهم أو أشار اليهم فاما الملك فلا يقصد باليمين لذاته بل للمالك فيزول بزوال ملكه وأبو يوسف على ما روى
عنه ادعى تقييد المطلق بالعرف وقال استحداث الملك فى الدار ونحوها غير متعارف بل هو فى حكم الندرة حتى يقال
الدار هى أول ما يشترى وآخر ما يباع وتقييد المطلق بالعرف جائز فتقييد اليمين فيها بالموجود وقت الحلف للعرف
بخلاف الطعام والشراب ونحوهما لان استحداث الملك فيها معتاد فلم يوجد دليل التقييد والجواب ان دعوى العرف
على الوجه المذكور ممنوعة بل العرف مشترك فلا يجوز تقييد المطلق بعادة مشتركة ولو حلف لا يدخل دار فلان
فالصحيح انه على هذا الاختلاف لان كل اضافة تقدر فيها اللام فكان الفصلان من الطعام والعبد ونحوهما على
الاختلاف ثم فى اضافة الملك اذا كان المحلوف عليه فى ملك الحالف وقت الحلف فخرج عن ملكه ثم فعل لا يحنث
بالاجماع (وأما) فى اضافة النسبة من الزوجة والصديق ونحوهما اذا طلق زوجته فبانت منه أو عادى صديقه
ثم كلمه فقد ذكر فى الجامع الصغير انه لا يحنث وذكر فى الزيادات انه يحنث وقيل ما ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة وأبى
يوسف وما ذكر فى الزيادات قول محمد المذكور فى النوادر وجه المذكور فى الزيادات ان يمينه وقعت على الموجود
وقت الحلف فحصل تعريف الموجود بالاضافة فيتعلق الحكم بالعرف لا بالاضافة وجه ما ذكر فى الجامع الصغير ان
الانسان قد يمنع نفسه عن تكليم امرأة لمعنى فيها وقد يمنع من تكليمها لمعنى فى زوجها فلا يسقط اعتبار الاضافة مع
الاحتمال وان جمع بين الملك والاشارة بان قال لا أكلم عبد فلان هذا أو لا أدخل دار فلان هذه أو لا أركب دابة
فلان هذه أو لا ألبس ثوب فلان هذا فباع فلان عبده أو داره أو دابته أو ثوبه فكلم أو دخل أو ركب أو لبس لم يحنث
فى قول أبى حنيفة الا ان يعنى غير ذلك الشئ خاصة وعند محمد يحنث الا ان يعنى ما دامت ملكا لفلان فهما يعتبران
الاشارة والاضافة جميعا وقت الفعل للحنث فالم يوجد الا يحنث ومحمد يعتبر الاشارة دون الاضافة وأما فى اضافة
النسبة فلا يشترط قيام الاضافة وقت الفعل للحنث بالاجماع حتى لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذا أو صديق فلان
هذا فبانت زوجته منه أو عادى صديقه فكلم يحنث وجه قول محمد فى مسئلة الخلاف ان الاضافة والاشارة كل
واحد منهما للتعريف والاشارة أبلغ فى التعريف لانها تخصص العين وتقطع الشركة فتلغو الاضافة كما فى اضافة
النسبة وكما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ انه يحنث لما قلنا كذا هذا ولهما ان الحالف لما جمع بين
الاضافة والاشارة لزم اعتبارهما ما أمكن لان تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن وأمكن اعتبار الاضافة ههنا مع
وجود الاشارة لانه باليمين منع نفسه عن مباشرته المحلوف والظاهر ان العاقل لا يمنع نفسه عن شئ منعا مؤكدا باليمين
الا لداع يدعوه اليه وهذه الاعيان لا تقصد بالمنع لذاتها بل لمعنى فى المالك أما الدار ونحوها فلا شك فيه وكذا العبد لانه
لا يقصد بالمنع لخسته وانما يقصد به مولاه وقد زال بزوال الملك عن المالك وصار كانه قال مهما دامت لفلان ملكا
بخلاف المرأة والصديق لانهما يقصدان بالمنع لانفسهما فتتعلق اليمين بذاتيهما والذات لا تتبدل بالبينونة والمعاداة
فيحنث كما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا ولو حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباع

الطيلسان فكلمه حنث لان الطيلسان مما لا يقصد بالمنع وانما يقصد ذات صاحبه وانها باقية وذكر محمد فى الزيادات اذا حلف لا يركب دواب فلان أولا يلبس ثيابه أولا يكلم غلمانه ان ذلك على ثلاثة لان أقل الجمع الصحيح ثلاثة وكذلك لو قال لا آكل أطعمة فلان أولا أشرب أشربة فلان ان ذلك على ثلاثة أطعمة وثلاثة أشربة لما قلنا و يعتبر قيام الملك فيها وقت الفعل لا وقت الحلف فى ظاهر الروايات على ما بينا فان قال أردت جميع ما فى ملكه من الاطعمة لم يدين فى القضاء لانه خلاف ظاهر كلامه كذا ذكر القدورى وذكر فى الزيادات انه يدين فى القضاء لانه نوى حقيقة ما تلفظ به فيصدق فى القضاء كما اذا حلف لا يتزوج النساء أولا يشرب الماء أولا يكلم الناس ونحو ذلك ونوى الجميع ولو كانت اليمين على اخوة فلان أو بنى فلان أو نساء فلان لا يحنث مالم يكلم الكل منهم عملا بحقيقة اللفظ و يتناول الموجودين وقت الحلف لان هذه اضافة نسبة وقال أبو يوسف ان كان ذلك مما يحصى فاليمين على جميع ما فى ملكه لانه صار معرفا بالاضافة و يمكن استيعابه فكان كالمعرف بالالف واللام وان كان لا يحصى الا بكتاب حنث بالواحد منه لانه تعذر استغراق الجنس فيصرف الى أدنى الجنس كقوله لا أتزوج النساء ومما يجانس مسائل الفصل الاول ما قال خلف بن أيوب سألت أسد أعن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان أو بنتا لفلان فولدت له بنت ثم تزوجها أو قال والله لا أتزوج من بنات فلان ولا بنات له ثم ولد له أو قال والله لا أشرب من لبن بقرة فلان ولا بقرة له ثم اشترى بقرة فشرب من لبنها أو قال لصبى صغير والله لا أتزوج من بناتك فبلغ فولد له فتزوج منهن أيحنث أم لا أو قال لا آكل من ثمرة شجرة فلان ولا شجرة لفلان ثم اشترى شجرة فأكل من ثمرها قال أما اذا حلف لا يتزوج بنت فلان ولا يشرب من لبن بقرة فلان ولا يأكل من ثمرة شجرة فلان فلا يحنث فى شئ من هذا وأما قوله لا أتزوج بنتا من بنات فلان أو بنتا لفلان فانه يحنث وتلزمه اليمين فى قول أبى حنيفة وأما أنا فأقول لا يحنث لانه حلف يوم حلف على مالم يخلق حال حلف وسألت الحسن فقال مثل قول أبى حنيفة لابى حنيفة ان قوله لا أتزوج بنت فلان يقتضى بنتا موجودة فى الحال فلم تعقد اليمين على الاضافة واذا قال بنتا لفلان فقد عقد اليمين على الاضافة فيعتبر وجودها يوم الحلف كقوله عبدا لفلان وأما أسد فاعتبر وجود المحلوف عليه وقت اليمين فما كان معدوما لا تصح الاضافة فيه فلا يحنث وقال خلف سألت أسدا عن رجل حلف لا يتزوج امرأة من أهل هذه الدار وليس للدار أهل ثم سكنها قوم فتزوج منهم قال يحنث فى قول أبى حنيفة ولا يحنث فى قولى وهو على ما بينا من اعتبار الاضافة

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على ما يخرج من الحالف أولا يخرج اذا قال ان دخل دارى هذه أحد أو ركب دابتى أو ضرب عبدى ففعل ذلك الحالف لم يحنث لان قوله أحد نكرة والحالف صار معرفة بياء الاضافة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة لان المعرفة ما يكون متميز الذات من بنى جنسه والنكرة مالا يكون متميز الذات عن بنى جنسه بل يكون مسماه شائعا فى جنسه أو نوعه و يستحيل أن يكون الشئ الواحد متميز الذات غير متميز الذات وكذلك لو قال لرجل ان دخل دارك هذه أحد أو لبس ثوبك أو ضرب غلامك ففعله المحلوف عليه لم يحنث لان المحلوف صار معرفة بكاف الخطاب فلا يدخل تحت النكرة وان فعله الحالف حنث لانه ليس بمعرفة لانعدام ما يوجب كونه معرفة فجاز أن يدخل تحت النكرة ولو قال ان ألبست هذا القميص أحدا فألبسه المحلوف عليه لم يحنث لانه صار معرفة بتاء الخطاب وان ألبسه المحلوف عليه الحالف حنث لان الحالف نكرة فيدخل تحت النكرة وان قال ان مس هذا الرأس أحد وأشار الى رأسه لم يدخل الحالف فيه وان لم يضفه الى نفسه بياء الاضافة لان رأسه متصل به خلقة فكان أقوى من اضافته الى نفسه بياء الاضافة ولو قال ان كلم غلام عبد الله بن محمد أحد فعبدى حر فكلم الحالف وهو غلام الحالف واسمه عبد الله بن محمد حنث وطعن القاضى أبو حازم عبد الحميد العراقى فى هذا فى الجامع وقال ينبغى أن لا يحنث لان الحلف تحت اسم العلم والاعلام معارف وهى عند أهل النحو أبلغ فى التعريف من الاشارة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة وكذا عرفه بالاضافة الى أبيه بقوله ابن محمد فامتنع دخوله تحت النكرة وجه ظاهر الرواية أنه

يجوز

يجوز استعمال العلم فى موضع النكرة لان اسم الاعلام وان كانت معارف لكن لا بد من سبق المعرفة من المتكلم والسامع حتى يجعل هذا اللفظ علما عنده وعند سبق المعرفة منهما بذلك اما بتعين المسمى بالعلم باسمه اذا لم يكن يزاحمه غيره والعلم واحتمال المزاحمة ثابت واذا جاز استعمال العلم فى موضع النكرة وقد وجد ههنا دليل انصراف التسمية الى غير الحالف وهو أن الانسان فى العرف الظاهر من اهل اللسان أنه لا يذكر نفسه باسم العلم بل يضيف غلامه اليه بياء الاضافة فيقول غلامى فالظاهر انه لم يرد نفسه وانه مادخل تحت العلم الذى هو معرفة فلم يخرج الحالف عن عموم هذه النكرة

﴿ فصل ﴾ وأما النوع الثانى وهو الحلف على أمور شرعية ومايقع منها على الصحيح والفاسد أو على الصحيح دون الفاسد مثل البيع والشراء والهبة والمعاوضة والعارية والنحلة والعطية والصدقة والقرض والتزويج والصلاة والصوم ونحو ذلك اذا حلف لا يشترى ذهبا ولا فضة فاشترى دراهم أو دنانير أو آنية أو تبرا أو مصوغ حلية أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة فانه يحنث فى قول أبى يوسف وقال محمد لا يحنث فى الدراهم والدنانير والاصل فى جنس هذه المسائل أن أبا يوسف يعتبر الحقيقة ومحمد يعتبر العرف لمحمد ان اسم الذهب والفضة اذا أطلق لا يراد به الدرهم والدنانير فى العرف ألا ترى انها اختصت باسم على حدة فلا يتناولها مطلق اسم الذهب والفضة ولابى يوسف ان اسم الذهب والفضة يقع على الكل لانه اسم جنس وكونه مضروبا ومصوغا وتبرا أسماء أنواع له واسم الجنس يتناول الانواع كاسم الآدمى والدليل عليه قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم فدخل تحت هذا الوعيد كانز المضروب وغيره ولو حلف لا يشترى حديدا فهو على مضروب ذلك وتبره سلاحا كان أو غير سلاح بعد أن يكون حديدا فى قول أبى يوسف وقال محمد ان اشترى شيأ من الحديد يسمى بائعه حدادا يحنث وان كان بائعه لا يسمى حدادا لا يحنث و بائع التبر لا يسمى حدادا فلا يتناولها مطلق اسم الحديد ولها اسم يخصها فلا يدخل تحت اليمين ولابى يوسف ان الحديد اسم جنس فيتناول المعمول وغير المعمول وقال أبو يوسف فى باب الذهب والفضة انه ان كان له نية دين فيما بينه و بين الله سبحانه والنية فى هذا واسعة لانها تخصيص المذكور وقال فى باب الحديد لو قال عنيت التبر فاشترى اناء لم يحنث ولو قال عنيت قمقما فاشترى سيفا أو ابرا أو سكاكين أو شيأ من السلاح لم يحنث و يدين فى القضاء وهذا مشكل على مذهبه لان الاسم عنده عام فاذا نوى شيأ منه بعينه فقد عدل عن ظاهر العموم فينبغى أن لا يصدق فى القضاء وإن صدق فيما بينه و بين الله تعالى وقال محمد فى الزيادات لو حلف لا يشترى حديدا ولا نية له فاشترى درع حديد او سيفا أو سكينا أو ساعدين أو بيضة أو ابرا أو مسالا لا يحنث وان اشترى شيأ غير مضروب أو اناء من آنية الحديد أو مسامير او أقفالا أو كانون حديد يحنث قال لان الذى يبيع السلاح والابر والمسال لا يسمى حدادا والذى يبيع ماوصفت لك يسمى حدادا وقال أبو يوسف ان اشترى باب حديد أو كانون حديد أو اناء حديد مكسور أو نصل سيف مكسور حنث فابو يوسف اعتبر الحقيقة وهو أن ذلك كله حديد فتناوله اليمين ومحمد اعتبر العرف وهو أنه لا يسمى حديدا فى العرف حتى لا يسمى بائعه حدادا قال أبو يوسف ولو حلف لا يشترى صفرا فاشترى طشت صفر او كوزا او تورا حنث وكذلك عند محمد أما عند أبى يوسف فلا عتبار الحقيقة وأما عند محمد فلان بائع ذلك يسمى صفارا وقال محمد لو اشترى فلوسا لا يحنث لانها لا تسمى صفرا فى كلام الناس ولو حلف لا يشترى صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث والاصل فيه أن من حلف لا يشترى شيئا فاشترى غيره ودخل المحلوف عليه فى البيع تبعا لم يحنث وان دخل مقصودا يحنث والصوف ههنا لم يدخل فى العقد مقصودا لان التسمية لم تتناول الصوف وانما دخل فى العقد تبعا للشاة وكذلك لو حلف لا يشترى آجرا أو خشبا أو قصبا فاشترى دارا لم يحنث لان البناء يدخل فى العقد تبعا لدخوله فى العقد بغير تسمية فلم يكن مقصودا بالعقد وانما يدخل فيه تبعا وان حلف لا يشترى تمر نخل فاشترى أرضا فيها نخل مثمرة وشرط المشترى الثمرة يحنث لان الثمرة دخلت فى العقد مقصودة

لا على وجه التبع ألا ترى انه لو لم يسمها لا تدخل فى البيع وكذلك لو حلف لا يشترى بقلا فاشترى أرضا فيها بقل واشترط المشترى البقل فانه يحنث لدخول البقل فى البيع مقصودا لا تبعا ولو حلف لا يشترى لحما فاشترى شاة حية لا يحنث لان العقد لم يتناول لحمها لان لحم الشاة الحية محرم لا يجوز العقد عليه وكذلك ان حلف أن لا يشترى زيتا فاشترى زيتونا لان العقد لم يقع على الزيت ألا ترى أنه ليس فى ملك البائع وعلى هذا قالوا فيمن حلف لا يشترى قصبا ولا خوصا فاشترى بوريا أو زنبيلا من خوص لم يحنث لان الاسم لم يتناول ذلك وكذلك لو حلف لا يشترى جديا فاشترى شاة حاملا بجدى وكذلك لو حلف لا يشترى لبنا فاشترى شاة فى ضرعها لبن وكذلك لو حلف لا يشترى مملوكا صغيرا فاشترى أمة حاملا وكذلك لو حلف لا يشترى دقيقا فاشترى حنطة وقالوا لو حلف لا يشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث لان الشعير ليس بمعقود عليه مقصودا وانما يدخل فى العقد تبعا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير لان الاكل فعل فاذا وقع فى عينين لم تتبع احداهما الاخرى فأما الشراء فهو عقد وبعض العين مقصودة بالعقد وبعضها غير مقصودة وقد كان قول أبى يوسف الاول أنه اذا حلف لا يشترى صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف يحنث ولو حلف لا يشترى لبنا فاشترى شاة فى ضرعها لبن لم يحنث وقال لان الصوف ظاهر فتناوله العقد (وأما) اللبن فباطن فلم يتناوله ثم رجع فسوى بينهما لما بينا ولو حلف لا يشترى دهنا فهو على دهن جرت عادة الناس ان يدهنوا به فان كان مما ليس فى العادة أن يدهنوا به مثل الزيت والبزر ودهن الاكارع لم يحنث لان الدهن عبارة عما يدهن به والايمان محمولة على العادة فحملت اليمين على الادهان الطيبة وان حلف لا يدهن بدهن ولا نية له فادهن بزيت حنث وان ادهن بسمن لم يحنث لان الزيت لو طبخ بالطيب صار دهنا فأجراه مجرى الادهان من وجه ولم يجره مجراها من وجه حنث قال فى الشراء لا يحنث وفى الادهان يحنث فأما السمن فانه لا يدهن به بحال فى الوجهين فلم يحنث وكذلك دهن الخروع والبزر ولو اشترى زيتا مطبوخا ولا نية له حين حلف يحنث لان الزيت المطبوخ بالنار والزئبق دهن يدهن به كسائر الادهان ولو حلف لا يشترى بنفسجا أو حناء أو حلف لا يشمهما فهو على الدهن والورق فى البابين جميعا وقد ذكر فى الاصل اذا حلف لا يشترى بنفسجا انه على الدهن دون الورق وهذا على عادة أهل الكوفة لانهم اذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن فأما فى غير عرف الكوفة فالاسم على الورق فتحمل اليمين عليه والكرخى حمله عليهما وهو رواية عن أبى يوسف وأما الحناء والورد فهو على الورق دون الدهن الا أن ينوى الدهن فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء لان اسم الورد والحناء اذا أطلق يراد به الورق لا الدهن وذكر فى الجامع الصغير أن البنفسج على الدهن والورد على ورق الورد وجعل فى الاصل الخيرى مثل الورد والحناء فحمله على الورق ولو حلف لا يشترى بزرا فاشترى دهن بزر حنث وان اشترى حبا لم يحنث لان اطلاق اسم البزر يقع على الدهن لا على الحب ولو حلف لا يبيع أو لا يشترى فأمر غيره ففعل فجملة الكلام فيمن حلف على فعل فأمر غيره ففعل ان فعل المحلوف عليه لا يخلو إما أن يكون له حقوق أو لا حقوق له فان كان له حقوق فاما ان ترجع الى الفاعل أو الى الآمر أو لا فان كان له حقوق ترجع الى الفاعل كالبيع والشراء والاجارة والقسمة لا يحنث لان حقوق هذه العقود اذا كانت راجعة الى فاعلها لا الى الآمر بها كانت العقود مضافة الى الفاعل لا الى الآمر على أن الفاعل هو العاقد فى الحقيقة لان العقد فعله وانما للآمر حكم العقد شرعا لا فعله وعند بعض مشايخنا يقع الحكم له ثم ينتقل الى الآمر فلم يوجد منه فعل المحلوف عليه فلا يحنث الا اذا كان الحالف ممن لا يتولى العقود بنفسه فيحنث بالامر لانه انما يمتنع عما يوجد منه عادة وهو الامر بذلك لا الفعل بنفسه ولو كان الوكيل هو الحالف قالوا يحنث لما ذكرنا أن الحقوق راجعة اليه وأنه هو العاقد حقيقة لا الآمر وان كانت حقوقه راجعة الى الآمر أو كان مما لا حقوق له كالنكاح والطلاق والعتاق والكتابة والهبة والصدقة والكسوة والاقتضاء والقضاء

والحقوق

والحقوق والخصومة والشركة بان حلف لا يشارك رجلا فأمر غيره فعقد عقد الشركة والذبح والضرب والقتل والبناء والخياطة والنفقة ونحوها فاذا حلف لا يفعل شيأ من هذه الاشياء ففعله بنفسه أو أمر غيره حنث لان ما لا حقوق له أو ترجع حقوقه الى الآمر لا الى الفاعل يضاف الى الآمر لا الى الفاعل ألا ترى ان الوكيل بالنكاح لا يقول تزوجت وانما يقول زوجت فلانا والوكيل بالطلاق يقول طلقت امرأة فلان فكان فعل المأمور مضافا الى الآمر واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الصلح روى بشر بن الوليد عنه ان من حلف لا يصالح فوكل بالصلح لم يحنث لان الصلح عقد معاوضة كالبيع وروى ابن سماعة عنه أنه يحنث لان الصلح اسقاط حق كالابراء فان قال الحالف فيما لا ترجع حقوقه الى الفاعل بل الى الآمر كالنكاح والطلاق والعتاق نويت أن الى ذلك بنفسي يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لان هذه الافعال جعلت مضافة الى الآمر لرجوع حقوقها اليه لا الى الفاعل وقد نوى خلاف ذلك الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى المحتمل وان كان خلاف الظاهر ولو قال فيما لا حقوق له من الضرب والذبح عنيت أن الى ذلك بنفسي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء أيضا لان الضرب والذبح من الافعال الحقيقية وأنه بحقيقته وجد من المباشر وليس بتصرف حكمي فيه لتغيير وقوعه حكما لغير المباشر فكانت العبرة فيه للمباشرة فاذا نوى به أن يلي بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق قضاء وديانة ولو حلف لا يبيع من فلان شيأ فأوجب البيع لا يحنث ما لم يقبل المشتري ولو حلف لا يهب لفلان شيأ أو لا يتصدق عليه أو لا يعيره أو لا ينحل له أو لا يعطيه ثم وهب له أو تصدق عليه أو اعاره أو نحله أو أعطاه فلم يقبل المحلوف عليه يحنث عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يحنث ونذكر المسئلة والفرق بين الهبة وأخواتها وبين البيع في كتاب الهبة ان شاء الله تعالى وأما القرض فقد روي عن محمد أنه لا يحنث ما لم يقبل وعن أبي يوسف روايتان في رواية مثل قول محمد وفي رواية يحنث من غير قبول وجه هذه الرواية ان القرض لا تقف صحته على تسمية عوض فأشبه الهبة وجه الرواية الاخرى ان القرض يشبه البيع لانه تمليك بعوض وقد قال أبو يوسف على هذه الرواية لو حلف لا يستقرض من فلان شيأ فاستقرضه فلم يقرضه انه حانث فرق بين القرض وبين الاستقراض لان الاستقراض ليس بقرض بل هو طلب القرض كالسوم في باب البيع ولو حلف لا يبيع فباع بيعا فاسدا وقبل المشتري وقبض يحنث لان اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ولان المقصود من البيع هو الوصول الى العوض وهذا يحصل بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض لانه يفيد الملك بعد القبض ولو باع بالميتة والدم لا يحنث لانه ليس ببيع لانعدام معناه وهو ماذكرنا ولانعدام حصول المقصود منه وهو الملك لانه لا يقبل الملك ولو باع بيعا فيه خيار للبائع أو للمشتري لم يحنث في قول أبي يوسف وحنث في قول محمد وجه قول محمد أن اسم البيع كما يقع على البيع الثابت يقع على البيع الذي فيه خيار فان كل واحد منهما يسمى بيعا في العرف الا أن الملك فيه يقف على أمر زائد وهو الاجازة أو على سقوط الخيار فأشبه البيع الفاسد ولابي يوسف ان شرط الخيار يمنع انعقاد البيع في حق الحكم فأشبه الايجاب بدون القبول قال محمد سمعت أبا يوسف قال فيمن قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فمضت المدة الثلاث ووجب البيع يعتق وانه على أصله صحيح لان اسم البيع عنده لا يتناول البيع المشروط فيه الخيار فلا يصير مشتريا بنفس القبول بل عند سقوط الخيار والعبد في ملكه عند ذلك يعتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في البيع بشرط خيار البائع أو المشتري انه يحنث ولم يذكر الخلاف واصل فيه أصلا وهو أن كل بيع يوجب الملك أو تلحقه الاجازة يحنث به ومالا فلا هذا اذا حلف على البيع والشراء بطلاق امرأته أو عتاق عبده بان قال لامرأته أنت طالق أو عبده حر فأما اذا حلف على ذلك بعتق العبد المشتري أو المبيع فان كان الحلف على الشراء بان قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه ينظر ان اشتراه شراء جائزا باتا عتق بلا شك وكذلك لو كان المشتري فيه بالخيار أما على قولهما فلا يشكل لان خيار المشتري لا يمنع وقوع الملك له واما على قول أبي حنيفة

فلان المعلق بالشرط يصير كالمتكلم به عند الشرط فيصير كأنه أعتقه بعد ما اشتراه بشرط الخيار ولو أعتقه يعتق لان اقدامه على الاعتاق يكون فسخا للخيار ولو اشتراه على أن البائع فيه بالخيار لا يعتق لانه لم يملكه لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف وسواء أجاز البائع البيع أو لم يجز لانه ملكه بالاجازة لا بالعقد وذكر الطحاوي أنه اذا أجاز البائع البيع يعتق لان الملك يثبت عند الاجازة مستندا الى وقت العقد بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العتق قبل الاجازة تدخل في العقد هذا كله ان اشتراه شراء صحيحا فان اشتراه شراء فاسدا فان كان في يد البائع لا يعتق لانه على ملك البائع بعد وان كان في يد المشتري وكان حاضرا عنده وقت العقد لانه صار قابضا له عقيب العقد فملكه وان كان غائبا في بيته أو نحوه فان كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لانه ملكه بنفس الشراء وان كان أمانة أو كان مضمونا بغيره كالرهن لا يعتق لانه لا يصير قابضا عقيب العقد هذا اذا كان الحلف على الشراء فان كان على البيع فقال ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا جائزا أو كان المشتري بالخيار لا يعتق لانه زال ملكه عنه بنفس العقد والعقد لا يصح بدون الملك وان كان الخيار للبائع يعتق لانه كان في ملكه وقد وجد شرطه فيعتق ولو باعه بيعا فاسدا فان كان في يد البائع أو في يد المشتري غائبا عنه بأمانة أو برهن يعتق لانه لم يزل ملكه عنه وان كان في يد المشتري حاضرا أو غائبا مضمونا بنفسه لا يعتق لانه بالعقد زال ملكه عنه ولو حلف لا يتزوج هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد حتى لو تزوجها نكاحا فاسدا لا يحنث لان المقصود من النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد لانه لا يثبت بسببه وهو الملك بخلاف البيع فان المقصود منه الملك وانه يحصل بالفاسد وكذلك لو حلف لا يصلي ولا يصوم فهو على الصحيح حتى لو صلى بغير طهارة أو صام بغير نية لا يحنث لان المقصود منه التقرب الى الله سبحانه وتعالى ولا يحصل ذلك بالفاسد ولو كان ذلك كله في الماضي بان قال ان كنت صليت أو صمت أو تزوجت فهو على الصحيح والفاسد لان الماضي لا يقصد به الحل والتقرب وانما يقصد به الاخبار عن المسمى بذلك والاسم يطلق على الصحيح والفاسد فان عنى به الصحيح دين في القضاء لانه النكاح المعنوي ولو حلف لا يصلي فكبر ودخل في الصلاة لم يحنث حتى يركع ويسجد سجدة استحسانا والقياس ان يحنث بنفس الشروع لانه كما شرع فيه يقع عليه اسم المصلي فيحنث كما لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وشرع فيه وجه الاستحسان وهو الفرق بين الصلاة وبين الصوم أن الحالف جعل شرط حنثه فعل الصلاة والصلاة في عرف الشرع اسم لعبادة متركبة من أفعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أجزاء مختلفة لا يقع اسم كله على بعضه كالسكنجبين ونحو ذلك فما لم توجد هذه الافعال لا يوجد فعل الصلاة بخلاف الصوم لان بصوم ساعة يحصل فعل صوم كامل لانه اسم لعبادة مركبة من أجزاء متفقة وهي الامساكات وما هذا حاله فاسم كله ينطلق على بعضه حقيقة كاسم الماء انه كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه وقطرة من خل من جملة دن من خل أنه يسمى خلا حقيقة فاذا صام ساعة فقد وجد منه فعل الصوم الذي منع نفسه منه فيحنث وبخلاف ما لو حلف لا يصلي صلاة أنه لا يحنث حتى يصلي ركعتين لانه لما ذكر الصلاة فقد جعل شرط الحنث ما هو صلاة شرعا وأقل ما اعتبره الشرع من الصلاة ركعتان بخلاف الفصل الاول لان ثمة شرط الحنث هناك فعل الصلاة وفعل الصلاة يوجد بوجود هذه الافعال وما يوجد بعد ذلك الى تمام ما يصير عبادة معهودة معتبرة شرعا تكرار لهذه الافعال فلا تقف تسمية فعل الصلاة على وجوده وقد وجد ذلك كله في آية واحدة من كتاب الله عز وجل وهو قوله تعالى واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة وأراد به الركعتين جميعا لانه ورد في صلاة السفر ثم قال ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وأراد به ركعة واحدة لان الطائفة الثانية لا يصلون الا ركعة واحدة ولو حلف لا يصوم يوما لا يحنث حتى يصوم يوما تاما لانه جعل شرط الحنث صوما مقدرا باليوم لانه جعل كل اليوم ظرفا له ولا يكون كل اليوم ظرفا له الا باستيعاب الصوم جميع اليوم وكذا لو حلف لا يصوم صوما لانه ذكر المصدر وهو الصوم والصوم اسم لعبادة مقدرة باليوم شرعا فيصرف الى المعهود المعتبر في الشرع

بخلاف

بخلاف ما اذا حلف لا يصوم لانه جعل فعل الصوم شرطا و بصوم ساعة واحدة وجد فعل الصوم ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الاربع لان الظهر أربع ركعات فما لم توجد الاربع لا توجد الظهر فلا يحنث ولو قال عبده حر ان ادرك الظهر مع الامام فادركه فى التشهد ودخل معه حنث لان ادراك الشيء لحوق آخره يقال أدرك فلان زمن النبي صلى الله عليه وسلم و يراد به لحوق آخره وروى عن معاذ بن جبل رضى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك الامام يوم الجمعة فى التشهد فقد أدرك الجمعة وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه انتهى يوما الى الامام فادركه فى التشهد فقال الله أكبر ادركنا معه الصلاة ولو حلف لا يصلي الجمعة مع الامام فادرك معه ركعة فصلاها معه ثم سلم الامام وأتم هو الثانية لا يحنث لانه لم يصل الجمعة مع الامام اذ هى اسم للكل وهو ما صلى الكل مع الامام ولو افتتح الصلاة مع الامام ثم نام أو أحدث فذهب وتوضأ فجاء وقد سلم الامام فاتبعه فى الصلاة حنث وان لم يوجد أداء الصلاة مقارنا للامام لان كلمة مع ههنا لا يراد بها حقيقة القران بل كونه تابعا له مقتديا به ألا ترى ان أفعاله وانتقاله من ركن الى ركن لو حصل على التعاقب دون المقارنة عرف مصليا معه كذا ههنا وقد وجد لبقائه مقتديا به تابعا له ولو نوى حقيقة المقارنة صدق فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يحج حجة أو قال لا أحج ولم يقل حجة لم يحنث حتى يطوف أكثر طواف الزيارة لان الحجة اسم لعبادة ركبت من أجناس أفعال كالصلاة من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة فما لم يوجد كل الطواف أو أكثره لا يوجد الحج فان جامع فيها لا يحنث لان الحج عبادة فيقع اليمين على الصحيح منه كالصلاة ولو حلف لا يعتمر فاحرم وطاف أربعة أشواط حنث لان ركن العمرة هو الطواف وقد وجد لان للاكثر حكم الكل قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف قال فى رجل قال ان تزوجت امرأة بعد امرأة فهى طالق فتزوج واحدة ثم ثنتين فى عقدة فانه يقع الطلاق على احدى الاخيرتين لانه قد تزوج امرأة بعد امرأة وان كان معها غيرها فوقع الطلاق على احداهما فكان له التعيين ولو تزوج امرأتين فى عقدة ثم تزوج امرأة بعدهما طلقت الاخيرة لانه قد تزوج بها بعد امرأة والاوليان كل واحدة منهما لا توصف بانها بعد الاخرى فكانت الاخرى هى المستحقة للشرط ولو قال ان تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج صبية طلقت لان غرضه بهذه اليمين هو الامتناع من النكاح فيتناول البالغة والصبية فصار قوله امرأة كقوله انثى قال ابن سماعة عنه ان قال ان تزوجت امرأتين فى عقدة فهما طالقتان فتزوج ثلاثا فى عقدة فانه تطلق امرأتان من نسائه فوقع على ثنتين من الثلاث لانه قد تزوج باثنتين وان كان معهما ثالثة وليس احداهن بالطلاق باولى من الاخرى فيرجع الى تعيينه قال ابن سماعة عن ابى يوسف فى نوادره فى رجل قال والله لا أزوج ابنتي الصغيرة فزوجها رجل بغير أمره فاجاز قال هو حانث لان حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فتتعلق بالمجيز ولو حلف لا يزوج ابناله كبيرا فامر رجلا فزوجه ثم بلغ الابن فاجاز أو زوجه رجل وأجاز الاب ورضى الابن لم يحنث لان حقوق العقد لم تتعلق بالعاقد تعلقت بالمجيز فنسب العقد اليه وقال هشام عن محمد فى نوادره فى رجل حلف بطلاق امرأته ثلاثا لا يزوج بنتاله صغيرة فزوجها رجل من أهله أو غريب والاب حاضر ذلك المجلس حين زوجت الا انه ساكت حتى قال الذى زوج للذى خطب قد زوجتكها وقال الآخر قد قبلت والاب ساكت ثم قال بعد ما وقعت عقدة النكاح وهو فى ذلك المجلس قد أجزت النكاح فزعم محمد انه لا يحنث لان الذى زوج غيره وانما أجازه هو وكذلك اذا حلف على أمته لانه حلف على التزويج والاجازة تسمى نكاحا وتزويجا فقد فعل ما لم يتناوله الاسم فلا يحنث وقال ابن سماعة عن محمد فى نوادره فى رجل تزوج امرأة بغير أمرها زوجه وليها ثم حلف المتزوج أن لا يتزوجها أبدا ثم بلغها فرضيت بالنكاح أو كان رجل زوجها منه وهو لا يعلم ثم حلف بعد ذلك انه لا يتزوجها ثم بلغه النكاح فاجاز لم يحنث فى واحد من الوجهين لانه لم يتزوج بعد يمينه انما أجاز نكاحا قبل يمينه أو أجازته المرأة قال ابن سماعة عن محمد لو قال لا أتزوج فلانة بالكوفة فزوجها أبوها اياه بالكوفة ثم أجازت ببغداد كان حانثا وانما اجاز الساعة باجازتها النكاح الذى كان بالكوفة وكذلك قال فى الجامع لما ذكرنا ان الاجازة ليست بنكاح لان النكاح هو الايجاب والقبول

فعندا نضمام الاجازة اليهما كان النكاح حاصلا بالكوفة فوجد شرط الحنث فيحنث وقال ابن سماعة عن محمد فى رجل قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فصار معتوها فزوجه اياها أبوه قال هو حانث لان حقوق العقد فى النكاح ترجع الى المعقود له فكان هو المتزوج فحنث قال المعلى سألت محمدا عن امرأة حلفت لا تزوج نفسها من فلان فزوجها منه رجل بأمرها فهى حانثة وكذلك لو زوجها رجل فرضيت وكذلك لو كانت بكرا فزوجها أبوها فسكتت لان العقد لما جاز برضاها وحقوقه تتعلق بها فصار كانها عقدت بنفسها وهذه الرواية تخالف ماذكرنا من رواية هشام وكذلك لو حلف لا يأذن لعبده فى التجارة فرآه يشترى ويبيع انه ان سكت كان حانثا فى يمينه لان السكوت اذن منه فكانه اذن منه له بالنطق وروى بشر بن الوليد وعلى بن الجعد عن أبى يوسف انه لا يحنث لان السكوت ليس باذن وانما هو اسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد ثم العبد يتصرف بمالكية نفسه بعد زوال الحجر فان حلف لا يسلم لفلان شفعة فبلغه انه اشترى دارا هو شفيعها فسكت لا يحنث لان الساكت ليس بمسلم وانما هو مسقط حقه بالاعراض عن الطلب قال عمرو عن محمد فى رجل حلف لا يزوج عبده فتزوج العبد بنفسه ثم أجاز المولى يحنث ولو حلف الاب لا يزوج ابنته فزوجها عمها وأجاز الاب لم يحنث لان غرض المولى باليمين ان لا تتعلق برقبة عبده حقوق النكاح وقد علق بالاجازة وغرض الاب ان لا يفعل ما يسمى نكاحا والاجازة ليست بنكاح وقال على وبشر عن أبى يوسف لو حلف لا يؤخر عن فلان حقه شهرا وسكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر لم يحنث وهذا قول أبى حنيفة لان التأخير هو التاجيل وترك التقاضى ليس بتاجيل قال ولو ان امرأة حلفت لا تاذن فى تزويجها وهى بكر فزوجها أبوها فسكتت فانها لا تحنث والنكاح لها لازم لان السكوت ليس باذن حقيقة وانما أقيم مقام الاذن بالسنة وروى بشر عن أبى يوسف اذا حلف لا يبيع ثوبه الا بعشرة دراهم فباعه بخمسة ودينار حنث لانه منع نفسه عن كل بيع واستثنى بيعه بصفة وهو ان يكون بعشرة ولم يوجد فبقى تحت المستثنى منه فان باعه بعشرة دنانير لم يحنث لانه باعه بعشرة وبغيرها والعشرة مستثنى وروى هشام عن أبى يوسف فى رجل قال والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتى تزيدنى فباعه بتسعة لا يحنث فى القياس وفى الاستحسان يحنث وبالقياس آخذ (وجه) القياس ان شرط حنثه البيع بعشرة وما باع بعشرة بل بتسعة (وجه) الاستحسان ان المراد من مثل هذا الكلام فى العرف ان لا يبيعه الا بالاكثر من عشرة وقد باعه لا بأكثر من عشرة فيحنث وقال المعلى عن محمد اذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة قال ان باعه بأقل من عشرة أو بعشرة فانه حانث وهذا بمنزلة قوله لا أبيعه الا بزيادة على عشرة لانه منع نفسه من كل بيع واستثنى بيعا واحدا وهو الذى يزيد ثمنه على عشرة أن معنى قوله لا أبيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة أى لا أبيعه الا بزيادة على العشرة ليصح الاستثناء وما باعه بزيادة على عشرة فيحنث ولو قال حتى ازداد فباعه بعشرة حنث وان باعه باقل أو أكثر لم يحنث لانه حلف على بيع بصفة وهو ان يكون بعشرة فاذا باع بتسعة لم يوجد البيع المحلوف عليه ولو قال عبده حر ان اشتراه باثنى عشر فاشتراه بثلاثة عشر دينارا حنث لانه اشتراه بما حلف عليه وان كان معه زيادة ولو قال أول عبد اشتريه فهو حر أو آخر عبد او أوسط عبد فالاول اسم لفرد سابق والآخر من المحدثات اسم لفرد لاحق والاوسط اسم لفرد اكتنفته حاشيتان متساويتان اذا عرف هذا فنقول اذا قال أول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا واحدا بعد يمينه عتق لانه أول عبد اشتراه لكونه فردا لم يتقدمه غيره فى الشراء فان اشترى عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لا غير لان نصف العبد لا يسمى عبدا فصار كما لو اشترى عبدا وثوبا بخلاف ما اذا قال أول كر اشتريه صدقة فاشترى كرا ونصفا لم يتصدق بشئ لان الكر ليس باول بدليل انا لو عزلنا كرا فالنصف الباقى مع نصف المعزول يسمى كرا فلم يكن هذا أول كر اشتراه فان كان أول ما اشترى عبدين لم يعتق واحد منهما ولا يعتق ما اشترى بعدهما أيضا لانعدام معنى الانفراد فيهما ولانعدام معنى السبق فيما بعدهما ولو قال آخر عبد اشتريه فهو حر فهذا على ان يشترى عبدا واحدا بعد غيره أو يموت المولى لان عنده يعلم انه آخر لجواز ان يشترى غيره ما دام حيا واختلف فى وقت عتقه فعلى قول أبى حنيفة يعتق

يوم اشتراه حتى يعتق من جميع المال وعلى قولهما يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته و يعتق من الثلث وسنذكر هذه المسائل في كتاب العتاق ولو قال أوسط عبد أشتريه فهو حر فكل فرد له حاشيتان متساويتان فيما قبله وفيما بعده فهو أوسط ولا يكون الاول ولا الآخر وسطا أبدا ولا يكون الوسط الا في وتر ولا يكون في شفع فاذا اشترى عبداً ثم عبداً ثم عبداً فالثاني هو الاوسط فان اشترى رابعا خرج الثاني من ان يكون أوسط فان اشترى خامسا صار الثالث هو الاوسط فان اشترى سادساً خرج من ان يكون أوسط وعلى هذا كلما صار العدد شفعا فلا وسط له وكل من حصل في النصف الاول خرج من ان يكون وسطاً

﴿ فصل ﴾ (وأما) الحلف على أمور متفرقة اذا قال ان كانت هذه الجملة حنطة فامرأته طالق ثلاثا فاذا هي حنطة وتمر لم يحنث لانه جعل شرط حنثه كون الجملة حنطة والجملة ليست بحنطة فلم يوجد الشرط ولو قال ان كانت هذه الجملة الا حنطة فامرأته طالق ثلاثا فكانت تمراً وحنطة يحنث في قول أبي يوسف ولا يحنث عند محمد وان كانت الجملة كلها حنطة لا يحنث بلا خلاف وأبو يوسف يقول ان معنى هذا الكلام ان كان في هذه الجملة غير حنطة فامرأته كذا وقد تبين ان في تلك الجملة غير حنطة فوجد شرط الحنث فيحنث ومحمد يقول ان المستثنى لا يعتبر وجوده لانه ليس بداخل تحت اليمين انما الداخل تحتها المستثنى منه فيعتبر وجوده لا وجود المستثنى واذا لم يعتبر وجوده لا يعلم المستثنى منه انه وجد أم لا فلا يحنث ونظير هذا ما قال في الجامع ان كان لي الا عشرة دراهم فامرأته طالق فكان له أقل من عشرة دراهم لم يحنث لان العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انه ان كان الحلف بطلاق أو عتاق أو حج أو عمرة أو قال لله على كذا يحنث وان كان بالله تعالى لم يلزمه الكذب فيها ولا كفارة عليه لان هذا حلف على أمر موجود فان كان بطلاق أو عتاق أو نذر لزمه وان كان بالله لم تنعقد يمينه وكذلك لو قال ان كانت الجملة سوى الحنطة أو غير الحنطة فهو مثل قوله الا حنطة لان غير وسوى من ألفاظ الاستثناء وروى بشر عن أبي يوسف فيمن قال والله ما دخلت هذه الدار ثم قال عبده حر ان لم يكن دخلها فان عبده لا يعتق ولا كفارة عليه في اليمين بالله تعالى وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف أما عدم وجوب الكفارة في اليمين بالله تعالى فلانه ان كان صادقا في قوله والله ما دخلت هذه الدار فلا كفارة عليه وان كان كاذبا وهو عالم فلا كفارة عليه أيضاً لانها يمين غموس وان كان جاهلا فهي يمين اللغو فلا كفارة فيها وأما عدم عتق عبده فلان الحنث في اليمين الاولى ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير الحكم به اكذابا للثانية لانها يمين بالله تعالى وانها لا تدخل تحت حكم الحاكم فلم يصر مكذبا في اليمين الثانية باليمين الاولى في الحكم فلا يعتق العبد فان كانت اليمين الاولى بعتق أو طلاق حنث في اليمينين جميعاً في قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا قال بعد ما حلف بالاولى أوهمت أو نسيت أو حلف بطلاق آخر أو عتاق انه دخلها لزمه الاول ولم يلزمه الآخر وجه قوله الاول انه أكذب نفسه في كل واحدة من اليمينين بالاخرى واعترف بوقوع ما حلف عليه فيحنث وجه قوله الآخر انه أكذب نفسه في اليمين الاولى بالآخرة ولم يكذب نفسه في اليمين الثانية بعد ما عقدها والاكذاب قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلم يحنث فيها فان رجع فحلف ثالثا لم يعتق الثالث وعتق الثاني لانه أكذب نفسه في اليمين بعد ما حلف عليه والله عز وجل أعلم واذا تزوج الرجل أمة فقال لها اذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين فمات المولى وهو وارثه لا وارث له غيره طلقت اثنتين وحرمت عليه عند أبي يوسف وقال محمد لا تطلق ولا تحرم عليه ولو قال الزوج اذا مات مولاك فانت حرة فمات وهو وارثه لم تعتق في قولهما وتعتق عند زفر والكلام في هذه المسائل يرجع الى معرفة أوان ثبوت الملك للوارث فزفر يقول وقت ثبوت الملك للوارث عقيب موت المورث بلا فصل فكما مات ثبت الملك للوارث فقد أضاف العتق الى حال الملك فتصح اضافته اليه ولم تصح اضافة الطلاق لان حال الملك حال زوال النكاح فلم تصح كما اذا قال لها اذا ملكتك فانت طالق وأبو يوسف يقول ان الملك للوارث يثبت له عقيب زوال ملك المورث فيزول ملك الميت عقيب الموت أولا ثم يثبت للوارث والطلاق والعتاق

مضافا الى ما بعد الموت بلا فصل فاذا لم يكن ذلك زمان ثبوت الملك للوارث لم تصح اضافة العتق اليه اذ العتق لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك وصحة اضافة الطلاق لا نعدام الاضافة الى حالة زوال النكاح فصحت الاضافة ووقع الطلاق وحرمت عليه ومحمد يقول القياس ما قال زفر ان الملك للوارث له يثبت عقيب الموت بلا فصل فقد أضاف الطلاق الى زمان بطلان النكاح فلم يصح وكان ينبغى ان تصح اضافة العتق اليه الا انى استحسنت ان لا تصح لان الاعتاق ازالة الملك والازالة تستدعى تقدم الثبوت والعتق مع الملك لا يجتمعان فى محل واحد فى زمان واحد ولو قال اذا مات مولاك فملكتك فانت حرة فات المولى والزوج وارثه عتقت لانه أضاف العتق الى الملك ولو قال اذا مات مولاك فملكتك فانت طالق لم يقع الطلاق فى قولهم لانه اذا ملكها فقد زال النكاح فلا يتصور الطلاق ولو قال رجل لامته اذا مات فلان فانت حرة ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين ثم مات المولى وهو وارثه قال أبو يوسف يقع الطلاق ولا يقع العتاق وقال محمد لا يقعان جميعا وقال زفر يقع العتاق ولا يقع الطلاق أما وقوع الطلاق على قول أبى يوسف وعدم الوقوع على مذهب محمد وعدم ثبوت العتق على قولهما فلما ذكرنا وزفر يقول وجد عقد اليمين فى ملكه والشرط فى ملكه فما بين ذلك لا يعتبر كمن قال لامته ان دخلت الدار فانت حرة ثم باعها واشتراها فدخلت الدار والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الطلاق ﴾

قال الشيخ رحمه الله تعالى الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل يقع فى خمسة مواضع فى بيان صفة الطلاق وفى بيان قدره وفى بيان ركنه وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكمه أما الاول فالطلاق بحق الصفة نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة وان شئت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه أما طلاق السنة فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى تفسير طلاق السنة انه ما هو والثانى فى بيان الالفاظ التى يقع بها طلاق السنة أما الاول فطلاق السنة نوعان نوع يرجع الى الوقت ونوع يرجع الى العدد وكل واحد منهما نوعان حسن وأحسن ولا يمكن معرفة كل واحد منهما الا بعد معرفة أصناف النساء وهن فى الاصل على صنفين حرائر واماء وكل صنف على صنفين حائلات وحاملات والحائلات على صنفين ذوات الاقراء وذوات الاشهر اذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق احسن الطلاق فى ذوات القرء أن يطلقها طلقة واحدة رجعية فى طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا فى حيضة طلاق ولا جماع ويتركها حتى تنقضى عدتها ثلاث حيضات ان كانت حرة وان كانت أمة حيضتان والاصل فيه ما روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحسنون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضى العدة وفى رواية أخرى قال فى الحكاية عنهم وكان ذلك عندهم أحسن من ان يطلق الرجل ثلاثة فى ثلاثة اطهار وهذا نص فى الباب ومثله لا يكذب ولان الكراهة لمكان احتمال الندم والطلاق فى طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم لان الطهر الذى لا جماع فيه زمان كمال الرغبة والفحل لا يطلق امرأته فى زمان كمال الرغبة الا لشدة حاجته الى الطلاق فالظاهر انه لا يلحقه الندم فكان طلاقه لحاجة فكان مسنونا ولو لحقه الندم فهو أقرب الى التدارك من الثلاث فى ثلاثة أطهار فكان أحسن وانما شرطنا ان يكون فى طهر لا طلاق فيه لان الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين فى طهر واحد مكروه عندنا وانما شرطنا ان لا يكون فى حيضة جماع ولا طلاق لانه اذا جامعها فى حيض هذا الطهر احتمل انه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه فيظهر انه طلق لا لحاجة واذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق فى الطهر الذى بعده لان تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها فى الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه فكذا اذا طلقها فى الحيض ثم طهرت وأما فى الحامل اذا استبان حملها فالاحسن أن يطلقها واحدة رجعية وان كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع لان الكراهة فى ذوات القرء لاحتمال الندامة لا لاحتمال الحبل فتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر

انه لا يندم وكذلك فى ذوات الشهر من الآيسة والصغيرة الاحسن أن يطلقها واحدة رجعية وان كان عقيب طهر جامعها فيه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة و بين جماعهما بشهر وجه قوله ان الشهر فى حق الآيسة والصغيرة أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل فى طلاق السنة بين الوطء و بين الطلاق بحيضة فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطليقتين ولنا ان كراهة الطلاق فى الطهر الذى وجد الجماع فيه فى ذوات الأقراء لاحتمال ان تحبل بالجماع فيندم وهذا المعنى لا يوجد فى الآيسة والصغيرة وان وجد الجماع ولان الاياس والصغر فى الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة فى ذوات الاقراء فلما جاز الايقاع ثمة عقيب الحيضة فلان يجوز ههنا عقيب الجماع أولى وأما الحسن فى الحرة التى هى ذات القرء أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار لا جماع فيها بان يطلقها واحدة فى طهر لا جماع فيه ثم اذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ثم اذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وان كانت أمة طلقها واحدة ثم اذا حاضت وطهرت طلقها اخرى وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا أعرف طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة و يتركها حتى تنقضى عدتها وجه قوله ان الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجة والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة فى الطهر الثانى والثالث تطليقا من غير حاجة فيكره ولهذا أكره الجمع كذا التفريق اذ كل ذلك طلاق من غير حاجة (ولنا) قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى ثلاثا فى ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى ان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما طلق امرأته حالة الحيض فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم أخطأت السنة ما هكذا أمرك ربك ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق للعدة بالثلاث فى ثلاثة أطهار والله عز وجل أمر به وأدنى درجات الامر الندب والمندوب اليه يكون حسنا ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على كونه سنة حيث قال ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة والدليل عليه ما روى عن ابراهيم النخعى فى حكايته عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وكان ذلك عندهم أحسن من ان يطلق الرجل امرأته ثلاثا فى ثلاثة أطهار واذا كان ذلك أحسن من هذا كان هذا احسنا فى نفسه ضرورة وأما قوله ان الثانية والثالثة تطليق من غير حاجة فممنوع فان الانسان قد يحتاج الى حسم باب نكاح امرأته على نفسه لما ظهر له ان نكاحها ليس بسبب المصلحة له دنيا ودينا لكن يميل قلبه اليها لحسن ظاهرها فيحتاج الى الحسم على وجه ينسد باب الوصول اليها ولا يلحقه الندم ولا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة لانها تعقب الندم عسى ولا يمكنه التدارك فيقع فى الزنا فيحتاج الى ايقاع الثلاث فى ثلاثة أطهار فيطلقها تطليقة رجعية فى طهر لا جماع فيه و يجرب نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان لم يمكنه راجعها وان أمكنه طلقها تطليقة أخرى فى الطهر الثانى و يجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة فى الطهر الثالث فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهراً أو غالبا فكان ايقاع الثانية والثالثة فى الطهر الثانى والثالث طلاقا لحاجة فكان مسنونا على ان الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها أمراً باطنا لا يوقف عليه الا بدليل فيقام الطهر الخالى عن الجماع مقام الحاجة الى الطلاق فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة فيبنى الحكم عليه ثم اذا وقع عليها ثلاث تطليقات فى ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة لان العدة بالحيض عندنا و بقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وان كانت أمة فان وقع عليها تطليقتان فى طهرين فقد مضت من عدتها حيضة و بقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وان كانت من ذوات الاشهر طلقها واحدة رجعية واذا مضى شهر طلقها أخرى ثم اذا مضى شهر طلقها أخرى ثم اذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران و بقى شهر واحد من عدتها فاذا مضى شهر آخر فقد انقضت عدتها وان كانت أمة و وقع عليها تطليقتان فى شهر و بقى من عدتها نصف شهر فاذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها وأن كانت حاملا فكذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف

يطلقها ثلاثا للسنة و يفصل بين كل طلاقين بشهر وقال محمد لا يطلق الحامل للسنة الا طلقة واحدة وهو قول زفر وذكر محمد رحمه الله في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم ولا خلاف في ان الممتد طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة وجه قول محمد و زفر ان اباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة لان كل قرء في ذوات الاقراء فصل من فصول العدة وكل شهر في الآيسة والصغيرة فصل من فصول العدة ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبراء به في حق الحامل فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يفصل بالشهر ولهذا لم يفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا ولابي حنيفة وأبي يوسف قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان شرع الثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل اما شرعية طلقة وطلقة فبقوله تعالى الطلاق مرتان لان معناه دفعتان على ماذكران شاء الله تعالى وشرعية الطلقة الثالثة بقوله عز وجل أو تسريح باحسان أو بقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل ولان الحامل ليست من ذوات الاقراء فيفصل بين طلاقيها بشهر كالآيسة والصغيرة والجامع ان الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في العادة فيكون زمان تجدد الحاجة وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل فأما كون الشهر فصلا من فصول العدة فلا أثر له فكان من أوصاف الوجود لا من أوصاف التأثير انما المؤثر ماذكرنا فينبني الحكم عليه وماذكر محمد رحمه الله في الاصل لا حجة له فيه لان لفظ الحديث أفضل طلاق الحامل ان يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تضع حملها و به نقول ان ذلك أفضل ولا كلام فيه وأما الممتد طهرها فانما لا تطلق للسنة الا واحدة لانها من ذوات الاقراء لانها قد رأت الدم وهي شابة لم تدخل في حد الاياس الا انه امتد طهرها لداء فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي أحكام ذوات الاقراء فيها ولا تطلق ذوات الاقراء في طهر لا جماع فيه للسنة الا واحدة والله عز وجل أعلم ولو طلق امرأته تطليقة واحدة في طهر لا جماع فيه ثم راجعها بالقول في ذلك الطهر فله أن يطلقها في ذلك الطهر في قول أبي حنيفة و زفر وقال أبو يوسف لا يطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد وقول محمد مضطرب ذكره أبو جعفر الطحاوي مع قول أبي حنيفة وذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف ولو أبانها في طهر لم يجامعها ثم تزوجها فله أن يطلقها في ذلك الطهر بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف ان الطهر طهر واحد والجمع بين طلاقين في طهر واحد لا يكون سنة كما قبل الرجعة ولابي حنيفة انه لما راجعها فقد أبطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كانه لم يكن في حق الحكم ولانها عادت الى الحالة الاولى بسبب من جهته فكان له أن يطلقها أخرى كما اذا أبانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها وعلى هذا الخلاف اذا راجعها بالقبلة أو باللمس عن شهوة أو بالنظر الى فرجها عن شهوة وعلى هذا الخلاف اذا أمسك الرجل امرأته بشهوة فقال لها في حال الملامسة بشهوة بان كان أخذ بيدها بالشهوة أنت طالق ثلاثا للسنة وذلك في طهر لم يجامعها فيه انه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة في قول أبي حنيفة رحمه الله فتقع التطليقة الاولى و يصير مراجعا لها بالامساك عن شهوة ثم تقع الاخرى و يصير مراجعا بالامساك ثم تقع الثالثة وعند أبي يوسف لا يقع عليها للسنة إلا واحدة والطلاقان الباقيان انما يقعان في الطهرين الباقيين وهذا اذا راجعها بالقول أو بفعل المس عن شهوة فاما اذا راجعها بالجماع بان طلقها في طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعا لها ثم اذا أراد أن يطلقها في ذلك الطهر ليس له ذلك بالاجماع لان حكم الطلاق قد بطل بالمراجعة فبقي ذلك الطهر طهرا مبتدأ جامعها فيه فلا يجوز له أن يطلقها فيه هذا اذا راجعها بالجماع فلم تحمل منه فان حملت منه فله أن يطلقها أخرى في قول أبي حنيفة ومحمد و زفر وعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الاولى أبو يوسف يقول هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في المسئلة الاولى وهم يقولون ان الرجعة أبطلت حكم الطلاق وألحقته بالعدم وكراهة الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه لمكان الندم لاحتمال الحمل فاذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر ولكنه جامعها فيه فحملت كان له أن يطلقها لما قلنا كذا هذا ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله

ان

أن يطلقها أخرى في قولهم جميعا لانها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لان الشهر في حقها بدل من الحيض ولا حكم للبدل مع وجود المبدل وأما اذا طلق امرأته وهي من ذوات الاقراء ثم أيست فله أن يطلقها أخرى حتى تيأس في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يطلقها حتى يمضي شهر وجه قوله ان هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين ولابي حنيفة ان حكم الحيض قد بطل باليأس وانتقل حالها من العدة بالحيض الى العدة بالاشهر وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من الشهور الى الحيض في حق الصغيرة وهذا التفريع انما يتصور على الرواية التي قدرت للاياس حدا معلوما خمسين سنة أو ستين سنة فاذا تمت هذه المدة بعد التطليقة جازله أن يطلقها أخرى عند أبي حنيفة لما ذكرنا فاما على الرواية التي لم تقدر للاياس مدة معلومة وانما علقته بالعادة فلا يتصور هذا التفريع ولو طلق امرأته في حال الحيض ثم راجعها ثم أراد طلاقها ذكر في الاصل انها اذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شاء وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة وذكر الكرخي ان ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكره في الاصل قول أبي يوسف ومحمد وجه ما ذكر في الاصل ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه لما طلق ابنه عبد الله امرأته في حالة الحيض مر ابنك فليراجعها ثم يدعها الى أن تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ثم ليطلقها ان شاء طاهرا من غير جماع أمره صلى الله عليه وسلم بترك الطلاق الى غاية الطهر الثاني فدل ان وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الاول ولان الحيضة التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان ايقاع الطلاق فيها كايقاع الطلاق في الطهر الذي يليها ولو طلق في الطهر الذي يليها لم يكن له أن يطلق فيه أخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوي ان هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثاني وأما الحديث فقد روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله تعالى ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة جعل صلى الله عليه وسلم الطلاق في كل طهر طلاقا على وجه السنة والطهر الذي يلي الحيضة طهر فكان الايقاع فيه ايقاعا على وجه السنة فيجمع بين الروايتين فتحمل تلك الرواية على الاحسن لانه صلى الله عليه وسلم أمر بالتطليقة الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه وهذا أحسن الطلاق وهذه الرواية على الحسن لانه أمره بالثلاث في ثلاثة أطهار جمعا بين الروايتين عملا بهما جميعا بقدر الامكان

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة فالالفاظ التي يقع بها طلاق السنة نوعان نص ودلالة (أما) النص فنحو أن يقول أنت طالق للسنة وجملته ان الرجل اذا قال لامرأته وهي مدخول بها أنت طالق للسنة ولا نية له فان كانت من ذوات الاقراء وقعت تطليقة للحال ان كانت طاهرا من غير جماع وان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم تقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت بها تطليقة واحدة لان قوله أنت طالق للسنة ايقاع تطليقة بالسنة المعرفة باللام لان اللام الاولى للاختصاص فيقتضي أن تكون التطليقة مختصة بالسنة فاذا أدخل لام التعريف في السنة فيقتضي استغراق السنة وهذا يوجب تمحضها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة أو تنصرف الى السنة المتعارفة فيما بين الناس والسنة المتعارفة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشوبها معنى البدعة وليس ذلك الا الواقع في طهر لا جماع فيه وان نوى ثلاثا فثلاث لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار فاذا نوى الثلاثة فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة وان أراد واحدة بائنة لم تكن بائنة لان لفظة الطلاق لا تدل على البينونة وكذا لفظ السنة بل تمنع ثبوت البينونة لان الابانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية ويستحيل أن يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته وان نوى الثنتين لم يكن ثنتين لانه عدد محض بخلاف الثلاث لانه فرد من حيث انه كل جنس الطلاق ولو أراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة أخرى لم يقع لان قوله للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل انه لو قال لامرأته أنت للسنة ونوى الطلاق لا يقع ولو قال أنت طالق ثنتين للسنة أو ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر لم يجامعها تطليقة لانها هي

التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع للحال صحت نيته ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تصح نيته وتتفرق على الاطهار وجه قوله انه نوى مالا يحتمله لفظه فتبطل نيته وبيان ذلك ان قوله أنت طالق ثلاثا للسنة ايقاع التطليقات الثلاث فى ثلاثة أطهار لانها هى التطليقات المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف فصار كانه قال أنت طالق ثلاثا فى ثلاثة أطهار ولو نص على ذلك ونوى الوقوع للحال لم تصح نيته كذا هذا (ولنا) ان الطلاق تصرف مشروع فى ذاته وانما الحظر والحرمة فى غيره لما تبين فكان كل طلاق فى أى وقت كان سنة فكان ايقاع الثلاث فى الحال ايقاعا على وجه السنة حقيقة الا ان السنة عند الاطلاق تنصرف الى مالا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام اياه للعرف والعادة فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته ولان السنة نوعان سنة ايقاع وسنة وقوع لان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لما تبين فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى أحد نوعى السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت وان كانت آيسة أو صغيرة فقال لها أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وان كان قد جامعها وكذا اذا كانت حاملا قد استبان حملها وان نوى الثلاث بقوله للآيسة والصغيرة أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى وكذا فى الحامل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف وأما على قول محمد لا يقع الا واحدة بناء على ان الحامل تطلق ثلاثا للسنة عندهما وعنده لا تطلق للسنة الا واحدة ولو قال أنت طالق تطليقة للسنة فهو مثل قوله أنت طالق للسنة وكذلك اذا قال أنت طالق طلاق السنة (وأما) الدلالة فنحو ان يقول أنت طالق طلاق العدة أو طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الاسلام أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أما طلاق العدة فلانه الطلاق فى طهر لا جماع فيه لقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وطلاق العدل هو المائل عن الباطل الى الحق لان العدل عند الاطلاق ينصرف اليه وان كان الاسم فى اللغة وضع دلالة على مطلق الميل كاسم الجور وعند الاطلاق ينصرف الى الميل من الحق الى الباطل وان وضع فى اللغة دلالة على مطلق الميل والطلاق المائل من الباطل الى الحق هو طلاق السنة وطلاق الدين والاسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والاسلام والقرآن والكتاب وهو طلاق السنة وكذلك طلاق الحق هو ما يقتضيه الدين الى الحق وذلك طلاق السنة وكذلك قوله أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق أو أعدل الطلاق لانه أدخل ألف التفضيل وأضاف الى الطلاق المعرف باللام الواقع على الحسن فيقتضى وقوع طلاق له مزية على جميع أنواع الطلاق بالحسن والجمال والعدالة كما اذا قيل فلان أعلم الناس يوجب هذا مزية له على جميع طبقات الناس فى العلم وهذا تفسير طلاق السنة ولو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة يقع للحال ولو قال أنت طالق تطليقة عدلة أو عدلية أو عادلة أو سنية يقع للسنة فى قول أبى يوسف وسوى بينه وبين قوله أنت طالق للسنة وفرق بينه وبين قوله أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة ذكر محمد فى الجامع الكبير أنه يقع للحال تطليقة رجعية سواء كانت حائضا أو غير حائض جامعها فى طهرها أو لم يجامعها وسوى بينه وبين قوله أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة وفرق بين هذا وبين قوله أنت طالق للسنة وجه قول محمد ان قوله أنت طالق تطليقة سنية وصف التطليقة بكونها سنية والطلاق فى أى وقت كان فهو سنى لانه تصرف مشروع وباقتران الفسخ به لا يخرج من أن يكون مشروعا فى ذاته وهذا القدر يكفى لصحة الاتصاف بكونها سنية ولا يشترط الكمال الا يرى انه لو قال لامرأته أنت بائن يقع تطليقة واحدة ولا ينصرف الى الكمال وهو البينونة الحاصلة بالثلاث كذا ههنا ولهذا وقع الطلاق للحال فى قوله حسنة أو جميلة بخلاف قوله أنت طالق للسنة لان ذلك ايقاع تطليقة مختصة بالسنة لان اللام الاولى للاختصاص كما يقال هذا اللجام للفرس وهذا الاكاف لهذه البغلة وهذا القفل لهذا الباب واللام الثانية للتعريف فان كانت لتعريف الجنس وهو جنس السنة اقتضى صفة التمحض للسنة وهو أن لا يشوبها بدعة وان كانت لتعريف المعهود فالسنة المعهودة فى باب الطلاق مالا يشوبه معنى البدعة وهو الطلاق فى طهر لا جماع فيه وجه قول أبى يوسف ان هذا ايقاع

طلاق موصوف بكونه سنيا مطلقا فلا يقع الا على صفة السنة المطلقة والطلاق السنى على الاطلاق لا يقع فى غير وقت السنة ولهذا يقع فى وقت السنة فى قوله أنت طالق للسنة كذا هذا وفرق أبو يوسف بين الصفية و بين الحسنة والجميلة وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للطلاق يجعل صفة له كقوله سنية وعدلية وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للمرأة يجعل صفة لها كقوله حسنة وجميلة لان المرأة مذكورة فى اللفظ بقوله أنت والتطليقة مذكورة أيضا فيحمل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه ولو قال لامرأته وهى ممن تحيض أنت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة لان الحيضة التى يضاف اليها الطلاق هى اطهار العدة وان كانت ممن لا تحيض فقال لها أنت طالق للحيض لا يقع عليها شئ لانه أضاف الطلاق الى ما ليس بموجود فصار كانه علقه لشرط لم يوجد ولو قال لها وهى ممن لا تحيض أنت طالق للشهور يقع للحال واحدة و بعد شهر أخرى و بعد شهر أخرى لان الشهور التى يضاف اليها الطلاق هى شهور العدة وكذا الحامل على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولو نوى بشئ من الالفاظ التى يقع بها طلاق السنة وهو الطلاق فى الطهر الذى لا جماع فيه الوقوع للحال تصح نيته و يكون على ما عنى لانه نوى ما يحتمله كلامه اما فى لفظ الاحسن والاجمل والاعدل فلان ألف التفضيل قد تذكر و يراد به مطلق الصفة قال الله سبحانه وتعالى وهو أهون عليه أى هين عليه اذ لا تفاوت للاشياء فى قدرة الله تعالى بل هى بالنسبة الى قدرته سواء وقد نوى ما يحتمله لفظه ولا تهمة فى العدول عن هذا الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه فكان مصدقا وكذا فى سائر الالفاظ لما ذكرنا ان الطلاق تصرف مشروع فى نفسه فكان ايقاعه سنة فى كل وقت أولا ان وقوعه عرف بالسنة على ما نذكر وذكر بشر عن أبى يوسف ان هذا النوع من الالفاظ أقسام ثلاثة قسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء نوى أو لم ينو وقسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء إن نوى وان لم ينو لا يكون للسنة و يقع الطلاق للحال وقسم منها ما يصدق فيه اذا قال نويت به طلاق السنة فيما بينه و بين الله تعالى و يقع فى أوقاتها ولا يصدق فى القضاء بل يقع للحال أما القسم الاول فهو أن يقول أنت طالق للعدة أو انت طالق طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الاسلام أو قال أنت طالق طلاقا عدلا أو طلاق عدة أو طلاق سنة أو أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أو قال أنت طالق للسنة أو فى السنة أو بالسنة أو مع السنة أو عند السنة أو على السنة (وأما) القسم الثانى فهو أن يقول أنت طالق فى كتاب الله عز وجل أو بكتاب الله عز وجل أو مع كتاب الله عز وجل لان فى كتاب عز وجل دليل وقوع الطلاق للسنة والبدعة لان فيه شرع الطلاق مطلقا فكان الطلاق تصرفا مشروعا فى نفسه فكان كلامه محتمل الامرين فوقف على نيته وأما القسم الثالث فهو أن يقول أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب أو على قول القضاة أو على قول الفقهاء أو قال أنت طالق طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء لان القضاة والفقهاء يقولون من كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل ولا رطب ولا يابس الا فى كتاب مبين وفى كتاب الله عز وجل دليل الامرين جميعا لما بينا فكان لفظه محتملا للامرين فيصدق فيما بينه و بين الله عز وجل و يقع فى وقت السنة ولا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر والله عز وجل أعلم ولو كان الزوج غائبا فاراد أن يطلقها للسنة واحدة فانه يكتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق وان أراد أن يطلقها ثلاثا يكتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق ثم اذا حضت وطهرت فأنت طالق وذكر محمد فى الرقيات انه يكتب اليها اذا جاءك كتابى هذا فعلمت ما فيه ثم حضت وطهرت فانت طالق وتلك الرواية أحوط والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما طلاق البدعة فالكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى تفسيره وفى بيان الالفاظ التى يقع بها طلاق البدعة وفى بيان حكمه أما الاول فطلاق البدعة نوعان أيضا نوع يرجع الى الوقت ونوع يرجع الى العدد أما الذى يرجع الى الوقت فنوعان أيضا أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية فى حالة الحيض اذا كانت مدخولا بها سواء كانت حرة أو أمة

لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته فى حالة الحيض أخطأت السنة ولان فيه تطويل العدة عليها لان الحيضة التى صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها وذلك اضرار بها ولان الطلاق للحاجة هو الطلاق فى زمان كمال الرغبة وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الاقدام عليه فيه دليل الحاجة الى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون سفها الا أن هذا المعنى يشكل بما قبل الدخول فالصحيح هو المعنى الاول واذا طلقها فى حالة الحيض فالافضل أن يراجعها لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حالة الحيض أمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولانه اذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة فتبين منه بطلاق غير مكروه فكانت الرجعة أولى ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها وذكر فى العيون أن الامة اذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها وهى حائض وكذلك الصغيرة اذا أدركت وهى حائض وكذلك امرأة العنين وهى حائض . والثانى الطلقة الواحدة الرجعية فى ذوات الاقراء فى طهر جامعها فيه حرة كانت أو أمة لاحتمال انها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين انه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفها فلا يكون سنة ولانه اذا جامعها فقد قلت رغبته اليها فلا يكون الطلاق فى ذلك الطهر طلاقا لحاجة على الاطلاق فلم يكن سنة وأما الذى يرجع الى العدد فهو ايقاع الثلاث أو الثنتين فى طهر واحد لا جماع فيه سواء كان على الجمع بان أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفاريق واحدا بعد واحد بعد ان كان الكل فى طهر واحد وهذا قول أصحابنا وقال الشافعى لا أعرف فى عدد الطلاق سنة ولا بدعة بل هو مباح وانما السنة والبدعة فى الوقت فقط احتج بعمومات الطلاق من الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وقوله عز وجل الطلاق مرتان وقوله عز وجل لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن شرع الطلاق من غير فصل بين الفرد والعدد والمفترق والمجتمع وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبى والدليل على ان عدد الطلاق فى طهر واحد مشروع انه معتبر فى حق الحكم بلا خلاف بين الفقهاء وغير المشروع لا يكون معتبرا فى حق الحكم ألا ترى ان بيع الخل والصفر ونكاح الاجانب لما كان مشروعا كان معتبرا فى حق الحكم وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ونكاح المحارم لما لم يكن مشروعا لم يكن معتبرا فى حق الحكم وههنا لما اعتبر فى حق الحكم دل انه مشروع وبهذا عرفت شرعية الطلقة الواحدة فى طهر واحد والثلاث فى ثلاثة أطهار كذا المجتمع (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن أى فى اطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما ذكرنا فيما تقدم أمر بالتفريق والامر بالتفريق يكون نهياً عن الجمع ثم ان كان الامر أمر ايجاب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهى تحريم وان كان أمر ندب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهى ندب وكل ذلك حجة على المخالف لان الاول يدل على التحريم والآخر يدل على الكراهة وهو لا يقول بشئ من ذلك وقوله تعالى الطلاق مرتان أى دفعتان ألا ترى ان من أعطى آخر درهمين لم يجز ان يقال أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين ووجه الاستدلال ان هذا وان كان ظاهره الخبر فان معناه الامر لان الحمل على ظاهره يؤدى الى الخلف فى خبر من لا يحتمل خبره الخلف لان الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على ارادة الجمع قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن أى ليتربصن وقال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أى ليرضعن ونحو ذلك كذا هذا فصار كانه سبحانه وتعالى قال طلقوهن مرتين اذا أردتم الطلاق والامر بالتفريق نهى عن الجمع لانه ضده فيدل على كون الجمع حراما أو مكروها على ما بينا فان قيل هذه الآية حجة عليكم لانه ذكر جنس الطلاق وجنس الطلاق ثلاث والثلاث اذا وقع دفعتين كان الواقع فى دفعة طلقتان فيدل على كون الطلقتين فى دفعة مسنونتين فالجواب ان هذا أمر بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لانه أمر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين أى دفعتين بقوله تعالى فامساك بمعروف أى وهو الرجعة وتفريق الطلاق وهو ايقاعه دفعتين لا يتعقب الرجعة فكان هذا أمرا بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق كل جنس الطلاق وهو الثلاث والامر بتفريق

طلاقين من الثلاث يكون نهيا عن الجمع بينهما فوضح وجه الاحتجاج بالآية بحمد الله تعالى (وأما) السنة فما روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهى صلى الله عليه وسلم
عن الطلاق ولا يجوز ان يكون النهى عن الطلاق لعينه لانه قد بقى معتبرا شرعا فى حق الحكم بعد النهى فعلم ان
ههنا غيرا حقيقيا ملازما للطلاق يصلح ان يكون منهيا عنه فكان النهى عنه لا عن الطلاق ولا يجوز أن يمنع من
المشرع لمكان الحرام الملازم له كما فى الطلاق فى حالة الحيض والبيع وقت النداء والصلاة فى الارض المغصوبة
وغير ذلك وقد ذكر عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثا الا أوجعه ضربا وأجاز ذلك
عليه وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) المعقول فمن وجوه أحدها أن النكاح
عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا والطلاق ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال الله عز وجل
والله لا يحب الفساد وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به الا أنه قد يخرج من أن
يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطبائع أو لفساد يرجع الى نكاحها بأن علم الزوج ان المصالح تفوته
بنكاح هذه المرأة أو ان المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب المصلحة فى الطلاق ليستوفى مقاصد النكاح
من امرأة أخرى الا ان احتمال انه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر فى العاقبة قائمة فالشرع والعقل يدعوانه
الى النظر وذلك فى ان يطلقها طلقة واحدة رجعية حتى ان التباين أو الفساد اذا كان من جهة المرأة تتوب وتعود الى
الصلاح اذا ذاقت مرارة الفراق وان كانت لا تتوب نظر فى حال نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان علم انه لا يمكنه
الصبر عنها يراجعها وان علم انه يمكنه الصبر عنها يطلقها فى الطهر الثانى ثانيا أو يجرب نفسه ثم يطلقها فيخرج نكاحها
من ان يكون مصلحة ظاهرا وغالبا الا انه لا يلحقه الندم غالبا فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث فى ثلاثة اطهار
على تقدير خروج نكاحها من ان يكون مصلحة وصيرورة المصلحة فى الطلاق فاذا طلقها ثلاثا جملة واحدة
فى حالة الغضب وليست حالة الغضب حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من ان يكون مصلحة فكان الطلاق
ابطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة والثانى ان النكاح عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا فى
كتاب النكاح فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب فكان الاصل هو الحظر والكراهة الا انه رخص
للتأديب أو للتخليص والتأديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية لان التباين أو الفساد اذا كان من قبلها فاذا ذاقت
مرارة الفراق فالظاهر انها تتأدب وتتوب وتعود الى الموافقة والصلاح والتخليص يحصل بالثلاث فى ثلاثة اطهار
والثابت بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة وحق الضرورة صار مقضيا بما ذكرنا فلا ضرورة الى الجمع بين
الثلاث فى طهر واحد فبقى ذلك على أصل الحظر والثالث انه اذا طلقها ثلاثا فى طهر واحد فربما يلحقه الندم وقال
الله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قيل فى التفسير أى ندامة على ما سبق من فعله أو رغبة فيها ولا يمكنه
التدارك بالنكاح فيقع فى السفاح فكان فى الجمع احتمال الوقوع فى الحرام وليس فى الامتناع ذلك والتحرز عن مثله
واجب شرعا وعقلا بخلاف الطلقة الواحدة لانها لا تمنع من التدارك بالرجعة وبخلاف الثلاث فى ثلاثة اطهار لان
ذلك لا يعقب الندم ظاهرا لانه يجرب نفسه فى الاطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف
لان الطلاق عندنا تصرف مشروع فى نفسه الا انه ممنوع عنه لغيره لما ذكرنا من الدلائل ويستوى فى كراهة الجمع
أن تكون المرأة حرة أو أمة مسلمة أو كتابية لان الموجب للكراهة لا يوجب الفصل وهو ما ذكرنا من الدلائل
ويستوى فى كراهة الجمع والخلع فى الطهر الذى لا جماع فيه غير مكروه بالاجماع وفى الطلاق الواحد البائن روايتان
ذكر فى كتاب الطلاق انه يكره وذكر فى زيادات الزيادات انه لا يكره وجه تلك الرواية ان الطلاق البائن لا يفارق
الرجعى الا فى صفة البينونة وصفة البينونة لا تنافى صفة السنة ألا ترى ان الطلقة الواحدة قبل الدخول بائنة وانها سنة
وكذا الخلع فى طهر لا جماع فيه بائن وانه سنة (وجه) رواية كتاب الطلاق ان الطلاق شرع فى الاصل بطريق

الرخصة للحاجة على ما بينا ولا حاجة الى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان البائن طلاقا من غير حاجة فلم يكن سنة ولان فيه احتمال الوقوع فى الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة وربما لا توافقه المرأة فى النكاح فيتبعها بطريق حرام وليس فى الامتناع عنه احتمال الوقوع فى الحرام فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق قبل الدخول لانه طلاق لحاجة لانه قد يحتاج الى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعي ولان الطلاق قبل الدخول لا يتصور ايقاعه الا بائنا فكان طلاقا لحاجة فكان مسنونا وكذلك الخلع لانه تقع الحاجة الى الخلع ولا يتصور ايقاعه الا بصفة الابانة ألا ترى انه لا يتصور أن يكون رجعيا ولان الله سبحانه وتعالى رفع الجناح فى الخلع مطلقا بقوله عز وجل لا جناح عليهما فيما افتدت به فدل على كونه مباحا مطلقا ثم البدعة فى الوقت يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها فيكره ان يطلق المدخول بها فى حالة الحيض ولا يكره ان يطلق غير المدخول بها فى حالة الحيض لان الكراهة فى حالة الحيض لمكان تطويل العدة ولا يتحقق ذلك فى غير المدخول بها وأما كونها طاهرا من غير جماع فلا يتصور فى غير المدخول بها وأما البدعة فى العدد فيستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها لان ماذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وكذا يستوى فى السنة والبدعة المسلمة والكتابية والحرة والامة لان الدلائل لا توجب الفصل بين الكل

﴿فصل﴾ وأما الالفاظ التى يقع بها طلاق البدعة فنحو أن يقول أنت طالق للبدعة أو أنت طالق طلاق البدعة أو طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان فان نوى ثلاثا فهو ثلاث لان ايقاع الثلاث فى طهر واحد لا جماع فيه والواحدة فى طهر جامعها فيه بدعة والطلاق فى حالة الحيض بدعة فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت وروى هشام عن محمد انها واحدة يملك بها الرجعة لان البدعة لم يجعل لها وقت فى الشرع لتنصرف الاضافة اليه فيلغو قوله للبدعة و يبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية وكذلك اذا قال أنت طالق طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان ونوى الثلاث وان لم تكن له نية فان كان فى طهر جامعها فيه أو فى حالة الحيض وقع من ساعته وان لم يكن لا يقع للحال ما لم تحض أو يجامعها فى ذلك الطهر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم طلاق البدعة فهو انه واقع عند عامة العلماء وقال بعض الناس انه لا يقع وهو مذهب الشيعة أيضا (وجه) قولهم ان هذا الطلاق منهى عنه لما ذكرنا من الدلائل فلا يكون مشروعا وغير المشروع لا يكون معتبرا فى حق الحكم ولان الله تعالى جعل لنا ولاية الايقاع على وجه مخصوص ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على غير ذلك الوجه كالوكيل بالطلاق على وجه السنة اذا طلقها للبدعة انه لا يقع لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه ان بعض آبائه طلق امرأته ألفا فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم بانت بالثلاث فى معصية وتسعمائة وسبعة وتسعون فيما لا يملك وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال ان أحدكم يركب الاحموقة فيطلق امرأته الفاثم يأتى فيقول يا ابن عباس يا ابن عباس وأن الله تعالى قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا بانت امرأتك وعصيت ربك وروينا عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يؤتى برجل قد طلق امرأته ثلاثا الا أوجعه ضربا وأجاز ذلك عليه وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين فيكون اجماعا منهم على ذلك (وأما) قولهم ان غير المشروع لا يكون معتبرا فى حق الحكم فنعم لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا ما فيه حظر وانما الحظر والحرمة فى غيره وهو ما ذكرنا من الفساد والوقوع فى الزنا والسفه وتطويل العدة واذا كان مشروعا فى نفسه جاز ان يكون معتبرا فى حق الحكم وان منع عنه لغيره كالبيع وقت أذان الجمعة والصلاة فى الارض المغصوبة ونحو ذلك وقد خرج الجواب عن الوجه الثانى وهو ان من ولى تصرفا مشروعا لا يملك ايقاعه الا على الوجه الذى ولى لانه ما وقع الطلاق الا على الوجه الذى ولى ايقاعه لانه تصرف مشروع فى نفسه لا يتصور ايقاعه غير مشروع الا أنه بهذا الطلاق باشر تصرفا مشروعا وارتكب محظورا فيأثم

بارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع كما في البيع وقت النداء ونظائره بخلاف الوكيل لان التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمنه ارتكاب حرام بوجه فاذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع فهو الفرق

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر الطلاق وعدده فنقول وبالله التوفيق الزوجان اما ان كانا حرين واما ان كانا رقيقين واما ان كان أحدهما حرا والآخر رقيقا فان كانا حرين فالحر يطلق امرأته الحرة ثلاث تطليقات بلا خلاف وان كانا رقيقين فالعبد لا يطلق امرأته الامة الا تطليقتين بلا خلاف أيضا واختلف فيما اذا كان أحدهما حرا والآخر رقيقا ان عدد الطلاق يعتبر بحال الرجل في الرق والحرية ام بحال المرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يعتبر بحال المرأة وقال الشافعي يعتبر بحال الرجل حتى ان العبد اذا كانت تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا وعنده لا يملك عليها الا تطليقتين والحر اذا كانت تحته امة لا يملك عليها الا تطليقتين عندنا وعنده يملك عليها ثلاث تطليقات والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم مثل قولنا وعن عثمان وزيد بن ثابت مثل قوله وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه يعتبر بحال أيهما كان رقيقا ولا خلاف في أن العدة تعتبر بحال المرأة احتج الشافعي بما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء والمراد منه اعتبار الطلاق في القدر والعدد لا الايقاع لان ذلك مما لا يشكل وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يطلق العبد ثنتين وتعتد الامة بحيضتين من غير فصل بين ما اذا كانت تحته أمة أو حرة ولان الرق انما يؤثر في نقصان الحل لكون الحل نعمة وانه نعمة في جانب الرجل لا في جانب المرأة لانها مملوكة مرقوقة فلا يؤثر رقها في نقصان الحل (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنص ورد في الحرة أخبر الله تعالى ان حل الحرة يزول بالثلاث من غير فصل بين ما اذا كانت تحت حر أو تحت عبد فيجب العمل باطلاقه والدليل على ان النص ورد في الحرة قرائن الآية الكريمة أحدها انه قال تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والامة لا تملك الافتداء بغير اذن المولى والثاني قوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره والامة لا تملك انكاح نفسها من غير اذن مولاها والثالث قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا أي ينكحا بعد طلاق الزوج الثاني وذا في الحر والحرة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان جعل عليه الصلاة والسلام طلاق جنس الاماء ثنتين لانه أدخل لام الجنس على الاماء كانه قال طلاق كل أمة ثنتان من غير فصل بين ما اذا كان زوجها حرا أو عبدا واما المعقول فمن وجهين أحدهما أن الاصل في الطلاق هو الحظر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم الا انه ابيحت الطلقة الواحدة للحاجة الى الخلاص عند مخالفة الاخلاق لان عند ذلك تصير المصلحة في الطلاق ليزدوج كل واحد منهما بمن يوافقه فتحصل مقاصد النكاح الا ان احتمال الندم من الجانبين قائم بعد الطلاق كما أخبر الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتى يتأمل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة في النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا فابيحت الطلقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة الى الطلقة الثالثة الا ان الشرع ورد بها في الحرة اذا كانت تحت حر او عبد اظهارا لخطر النكاح وابانة لشرفه وملك النكاح في الامة في الشرف والخطر دون ملك النكاح في الحرة لان شرف النكاح وخطره لما يتعلق به من المقاصد الدينية والدنيوية منها الولد والسكن ومعلوم ان هذين المقصودين في نكاح الامة دونهما في نكاح الحرة لان ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق والمقصود من الولد الاستئناس والاستنصار به في الدنيا والدعوة الصالحة في العقبى وهذا المقصود لا يحصل من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولا بخدمة المولى وكذا سكون نفس الزوج الى امرأته الامة لا يكون مثل سكونه الى امرأته الحرة فلم يكن هذا في معنى مورد الشرع فبقيت الطلقة فيه على

أصل الحظر والثانى أن حكم الطلاق زوال الحل وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الامة أنقص من حل الحرة لان الرق ينقص الحل لان الحل نعمة لكونه وسيلة الى النعمة وهى مقاصد النكاح والوسيلة الى النعمة نعمة وللرق أثر فى نقصان النعمة ولهذا أثر فى نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج باربع نسوة والعبد لا يملك التزوج الا بامرأتين واما الحديثان فقد قيل انهما غريبان ثم انهما من الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب العزيز بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به ثم نقول لا حجة فيهما أما الاول فلان قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم بالاسم فيقتضى ملصقا محذوفا والملصق المحذوف يحتمل ان يكون هو الايقاع و يحتمل أن يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال وقوله الايقاع لا يشكل ممنوع بل قد يشكل و بيان الاشكال من وجهين أحدهما ان النكاح مشترك بين الزوجين فى الانعقاد والاصل فى كل عقد كان انعقاده بعاقدين ان يكون ارتفاعه بهما أيضا كالبيع والاجارة ونحوهما والثانى انه مشترك بينهما فى الاحكام والمقاصد فيشكل ان يكون الايقاع بهما على الشركة فحل الاشكال بقوله الطلاق بالرجال وأما الثانى ففيه ان العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفى الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان اضافة الطلاق الى الامة والاضافة للاختصاص فيقتضى أن يكون الطلاق المختص بالامة ثنتان ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص ومثاله قول القائل مال فلان درهمان انه ينفى الزيادة لما قلنا كذا هذا وقد خرج الجواب عن قوله ان الحل فى جانبها ليس بنعمة لانا بينا انه نعمة فى حقها أيضا لكونه وسيلة الى النعمة والملك فى باب النكاح ليس بمقصود بل هو وسيلة الى المقاصد التى هى نعم والوسيلة الى النعمة نعمة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذى جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والارسال ورفع القيد فى الصريح وقطع الوصلة ونحوه فى الكناية أو شرعا وهو ازالة حل المحلية فى النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ أما اللفظ فمثل ان يقول فى الكناية أنت بائن أو أبنتك أو يقول فى الصريح أنت طالق أو طلقتك وما يجرى هذا المجرى الا ان التطليق والطلاق فى العرف يستعملان فى المرأة خاصة والاطلاق يستعمل فى غيرها يقال فى المرأة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفى البعير والاسير ونحوهما يقال أطلق يطلق اطلاقا وان كان المعنى فى اللفظين لا يختلف فى اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعديل وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل فى المرأة وبالخفض يستعمل فى الفرس وان كانا يدلان على معنى واحد لغة وهو المنع والعديل يستعمل فى الآدمى والعدل فيما سواه وان كانا موجودين فى المعادلة فى اللغة كذا هذا ولهذا قالوا ان من قال لامرأته أنت مطلقة مخففا يرجع الى نيته لان الاطلاق فى العرف يستعمل فى اثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقى فلا يحمل على القيد الحكمى الا بالنية و يستوى فى الركن ذكر التطليقة و بعضها حتى لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة أو ربع تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو جزأ من ألف جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا على قول عامة العلماء وقال ربيعة الرأى لا يقع عليها شىء لان نصف تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة و بعض الشىء ليس عين ذلك الشىء ان لم يكن له غيره (ولنا) أن الطلاق لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله كالعفو عن بعض القصاص انه يكون عفوا عن الكل ولو قال أنت طالق طلقة واحدة ونصف أو واحدة وثلث طلقت اثنتين لان البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كانه قال أنت طالق اثنتين بخلاف ما اذا قال أنت طالق واحدة ونصفها أو ثلثها انه لا يقع الا واحدة لان هناك أضاف النصف الى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهنا ذكر نصفا منكرا غير مضاف الى واقع فيكون ايقاع تطليقة أخرى ولو قال أنت طالق سدس تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو ثلثى تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا ان كل جزء من التطليقة تطليقة كاملة هذا اذا كانت مدخولا بها فان كانت غير مدخول بها فلا تقع الا واحدة لانها بانت بالاولى كما اذا قال أنت طالق وطالق وطالق ولو قال أنت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحدة لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بان قال أنت طالق سدس تطليقة وربعها

وثلثها ونصفها لما ذكرهذا في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقع تطليقتان وقال بعضهم يقع تطليقة واحدة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي ثلاث لان نصف التطليقتين تطليقة فثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاثة امثال تطليقة فصار كانه قال انت طالق ثلاث تطليقات ولو كان أربع نسوة فقال بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة لان الطلقة الواحدة اذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة ربعها وربع تطليقة تطليقة كاملة وكذلك اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع لان التطليقتين اذا انقسمتا بين الاربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف التطليقة تطليقة فان قيل لم لا يقسم كل تطليقة بحيالها على الاربع فيلزم تطليقتان فالجواب انه مافعل هكذا بل جعل التطليقتين جميعا بين الاربع لان الجنس واحد لا يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد الذى لا يتفاوت يقع على جملته وانما يقسم الآحاد اذا كان الشئ متفاوتا فان نوى الزوج ان يكون كل تطليقة على حيالها بينهن يكون على مانوى ويقع على كل واحدة منهن تطليقتان لانه نوى مايحتمله كلامه وهو غير متهم فيه لانه شدد على نفسه فيصدق ولو قال بينكن خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين لان الخمس اذا قسمت على الاربع أصاب كل واحدة تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيكون تطليقتين وعلى هذا مازاد على خمسة الى ثمانية فان قال بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات لان التسع اذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة ثلاثة وعلى هذا قالوا لو قال اشركت بينكن في تطليقتين أو في ثلاث أو أربع أو خمس أو ست أو سبع أو ثمان أو تسع ان هذا وقوله بينكن سواء لان لفظة البين تنبي عن الشركة فقوله بينكن كذا معناه أشركت بينكن كذا بخلاف مااذا طلق امرأته تطليقتين ثم قال لاخرى قد اشتركتك في طلاقها انه يقع عليها تطليقتان لان قوله أشركتك في طلاقها اثبات الشركة في الواقع ولا تثبت الشركة في الواقع الا بثبوت الشركة في كل واحد منهما لانه لا يمكن رفع التطليقة الواقعة عنها وايقاعها على الاخرى فلزمت الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد وهذا يوجب وقوع تطليقتين على الاخرى وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق الاصالة أو من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة لان الطلاق مما تجرى فيه النيابة فكان فعل النائب كفعل المنوب عنه وأما الذى يقوم مقام اللفظ فالكتابة والاشارة على مانذكر ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى الزوج وبعضها يرجع الى المرأة وبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الوقت أما الذى يرجع الى الزوج فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذى لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرف لان به يعرف كون التصرف مصلحة وهذه التصرفات ماشرعت الا لمصالح العباد واما السكران اذا طلق امرأته فان كان سكره بسبب محظور بان شرب الخمر أو النبيذ طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن عثمان رضى الله عنه انه لا يقع طلاقه وبه أخذ الطحاوى والكرخي وهو أحد قول الشافعي وجه قولهم ان عقله زائل والعقل من شرائط أهلية التصرف لماذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذى لا يعقل والذى زال عقله بالبنج والدواء كذا هذا والدليل عليه انه لا تصح ردته فلان لا يصح طلاقه أولى (ولنا) عموم قوله عز وجل الطلاق مرتان الى قوله سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين السكران وغيره الا من خص بدليل وقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان عقله زال بسبب هو معصية فينزل قائما عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب المعصية ولهذا لو قذف انسانا أو قتل يجب عليه الحد والقصاص وانهما لا يجبان على غير العاقل دل ان عقله جعل قائما وقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرا اذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث ويجعل المورث حيا زجرا للقاتل وعقوبة عليه بخلاف ما اذا زال بالبنج والدواء لانه ما زال بسبب هو معصية الا انه لا تصح ردة السكران استحسانا نظرا له لان بقاء العقل تقديرا بعد زواله حقيقة للزجر وانما تقع الحاجة الى

الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعى اليه طبعا والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعى اليها فلا حاجة الى استبقاء عقله فيها للزجر ولان جهة زوال العقل حقيقة يقتضى بقاء الاسلام وجهة بقائه تقديرا يقتضى زوال الاسلام فيرجح جانب البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولهذا يحكم باسلام الكافر اذا أكره على الاسلام ولا يحكم بكفر المسلم اذا أكره على اجراء كلمة الكفر فاجرى وأخبر ان قلبه كان مطمئنا بالايمان كذا هذا وان كان سكره بسبب مباح لكن حصل له بلذة بان شرب الخمر مكرها حتى سكر أو شرب بها عند ضرورة العطش فسكر قالوا ان طلاقه واقع أيضا لانه وان زال عقله فانما حصل زوال عقله بلذة فيجعل قائما ويلحق الاكراه والاضطرار بالعدم كانه شرب طائعا حتى سكر وذكر محمد رحمه الله تعالى فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ولكن صدع فزال عقله بالصداع انه لا يقع طلاقه لانه ما زال عقله بمعصية ولا بلذة فكان زائلا حقيقة وتقديرا وكذلك اذا شرب البنج أو الدواء الذى يسكر وزال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا ومنها ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما فلا يقع طلاق هؤلاء لما قلنا فى المجنون وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمعتوه ومنها أن يكون بالغا فلا يقع طلاق الصبى وان كان عاقلا لان الطلاق لم يشرع الا عند خروج النكاح من أن يكون مصلحة وانما يعرف ذلك بالتأمل والصبى لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف وأما كون الزوج طائعا فليس بشرط عند أصحابنا وعند الشافعى شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا وعنده لا يقع ونذكر المسئلة فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وذكر محمد باسناده ان امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لتطلقنى ثلاثا أو لا نفذنها فناشدها الله ان لا تفعل فابت فطلقها ثلاثا فذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة فى الطلاق وكذا كونه جادا ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق وروى النكاح والطلاق والرجعة وعن أبى الدرداء رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق أو عتاق لزمه وقيل فيه نزل قوله سبحانه وتعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا وكان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ثم يراجع فيقول كنت لاعبا و يعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعبا فنزلت الآية فقال صلى الله عليه وسلم من طلق أو حرر أو نكح فقال انى كنت لاعبا فهو جائز منه وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالاشارة المفهومة من الاخرس لان الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والاشارة المفهومة تقوم مقام العبارة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار فى باب الطلاق بغير عوض لان شرط الخيار للتمكن من الفسخ عند الحاجة والذى من جانب الزوج وهو الطلاق لا يحتمل الفسخ لقوله صلى الله عليه وسلم لا قيلولة فى الطلاق وأما الخلو عن شرط الخيار للمرأة فى الطلاق بعوض فشرط لان الذى من جانبها المال فكان من جانبها معاوضة المال وانها محتملة للفسخ فصح شرط الخيار فيها فيمنع انعقاد السبب كالبيع حتى انها لو ردت بحكم الخيار بطل العقد ولا يقع الطلاق وكذا صحة الزوج ليس بشرط وكذا اسلامه فيقع طلاق المريض والكافر لان المرض والكفر لا ينافيان أهلية الطلاق وكذا كونه عامدا ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطئ وهو الذى يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق لان الفائت بالخطأ ليس الا القصد وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق وكذلك العتاق لما قلنا فى الطلاق وذكر الكرخى ان فى العتاق روايتين فان هشاما روى عن محمد عن أبى حنيفة ان من أراد أن يقول لامرأته اسقينى ماء فقال لها أنت طالق وقع ولو أراد ذلك فى العبد فقال أنت حر لم يقع وروى بشر بن الوليد الكندى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انهما يتساويان وهو الصحيح لما ذكرنا (وجه) رواية هشام ان ملك البضع ثبت بسبب يتساوى فيه القصد وعدم القصد وهو النكاح فعلى ذلك زواله بخلاف ملك العبد فانه يثبت بسبب مختلف فيه القصد وعدم القصد وهو البيع ونحو ذلك فكذلك زواله وهذا ليس بسديد لانه

قد يشرط لثبوت الحكم من الشرائط مالا يشرط لزواله فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالا فاسدا

﴿ فصل ﴾ ومنها النية في أحد نوعي الطلاق وهو الكناية وجملة الكلام في هذا الشرط في موضعين أحدهما في بيان الالفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع والثاني في بيان صفة الواقع بها أما الاول فالالفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع نوعان صريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل الا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو التطليق مثل قوله أنت طالق أو أنت الطلاق أو طلقتك أو أنت مطلقة مشددا سمي هذا النوع صريحا لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم صرح فلان بالامر أي كشفه وأوضحه وسمي البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الابنية وهذه الالفاظ ظاهرة المراد لانها لا تستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها الى النية لوقوع الطلاق اذ النية عملها في تعيين المبهم ولا ابهام فيها وقال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن شرع الطلاق من غير شرط النية وقال سبحانه وتعالى الطلاق مرتان مطلقا وقال سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقا عن شرط النية وروينا ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو ولو كانت النية شرطا لسأله ولا مراجعة الا بعد وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية ولو قال لها أنت طالق ثم قال أردت انها طالق من وثاق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا ان ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن ظاهره وكذا لا يسع للمرأة أن تصدقه لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ولو قال أنت طالق وقال أردت انها طالق من العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل فقد نوى مالا يحتمله لفظه أصلا فلا يصدق أصلا وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال أنت طالق وقال نويت الطلاق من عمل أو قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانها مطلقة من هذين الامرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فجاز أن يصدق فيه ولو صرح فقال أنت طالق من وثاق لم يقع في القضاء لان المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به يحمل عليه وان صرح فقال أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق في القضاء لان هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله في الجملة وان كان خلاف الظاهر وعلى قياس رواية الحسن ينبغي أن لا يقع أيضا في القضاء ولو قال أنت أطلق من امرأة فلان وهي مطلقة فذلك على نيته الا أن يكون جوابا لمسئلة الطلاق لان لفظة أفعل ليست صريحا في الكلام ألا ترى ان من قال لآخر أنت أزنى من فلان لم يكن قذفا صريحا حتى لا يجب الحد ومعلوم ان صريح القذف يوجب الحد واذا لم يكن صريحا وقف على النية الا اذا خرج جوابا لسؤال الطلاق فينصرف اليه بقرينة السؤال وكذا اذا قال لها أنت مطلقة وخفف فهو على نيته لما ذكرنا ان الانطلاق لا يستعمل في قيد النكاح وانما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس فلم يكن صريحا فوقف على النية وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي قال أراه واقعا لان قوله كوني ليس أمرا حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو عبارة عن اثبات كونها طالقا كما في قوله تعالى كن فيكون ان قوله كن ليس بامر حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو كناية عن التكوين ولا تكون طالقا الا بالطلاق وكذا قوله اطلقي وكذلك اذا قال لامرأته كوني حرة أو اعتقي ولو قال يا مطلقة وقع عليها الطلاق لانه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون مطلقة الا بالتطليق فان قال أردت به الشتم لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لانه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفا فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضي ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه قد يراد بمثله الشتم ولو كان لها زوج قبله فقال عنيت ذلك الطلاق دين في القضاء لانه نوى ما يحتمله لفظه لانه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الاضافة الى نفسه وقد تكون مطلقته وقد تكون مطلقة

زوجها الاول فالنية صادفت محلها فصدق فى القضاء واذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف الى كونها مطلقة له ولو قال لها أنت طالق طالق أو قال أنت طالق أنت طالق أو قال قد طلقتك قد طلقتك أو قال أنت طالق قد طلقتك يقع ثنتان اذا كانت المرأة مدخولا بها لانه ذكر جملتين كل واحدة منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ وخبرا والمحل قابل للوقوع ولو قال عنيت بالثانى الاخبار عن الاول لم يصدق فى القضاء لان هذه الالفاظ فى عرف اللغة والشرع تستعمل فى انشاء الطلاق فصرفها الى الاخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق فى الحكم الرو يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لان صيغتها صيغة الاخبار ولو قال لامرأته أنت طالق فقال له رجل ماقلت فقال طلقتها أو قال قلت هى طالق فهى واحدة فى القضاء لان كلامه انصرف الى الاخبار بقرينة الاستخبار واما الطلاق بالفارسية فقد روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه انه قال فى فارسى قال لامرأته بهشتم ان زن أو قال ان زن بهشتم أو قال بهشتم لا يكون ذلك طلاقا الا أن ينوى به الطلاق لان معنى هذا اللفظ بالعربية خليت وقوله خليت من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ الا ان أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين أحدهما انه قال اذا نوى الطلاق بقوله خليت يقع بائنا واذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعيا لان هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحا فى لغتهم و يحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك والثانى قال ان قوله خليت فى حال الغضب وفى حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقا حتى لا يدين فى قوله انه ما أراد به الطلاق وهذا اللفظ فى هاتين الحالتين لا يكون طلاقا حتى لو قال ما أردت به الطلاق يدين فى القضاء لان هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال. ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال ان نوى بائنا يكون بائنا وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا كما لو قال خليت ونوى البائن أو الثلاث ولو نوى ثنتين يكون واحدة كما فى قوله خليت الا أن ههنا يكون واحدة يملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا وقال أبو يوسف اذا قال بهشتم ان زن أو قال ان زن بهشتم فهى طالق نوى الطلاق اولم ينو وتكون تطليقة رجعية لان أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ فى لغتهم صريح قال وان قال بهشتم ولم يقل ان زن فان قال ذلك فى حال سؤال الطلاق أو فى حال الغضب فهى واحدة يملك الرجعة ولا يدين انه ما أراد به الطلاق فى القضاء وان قال فى غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين فى القضاء لان معنى قولهم بشتم خليت وليس فى قوله خليت اضافة الى النكاح ولا الى الزوجة فلا يحمل على الطلاق الا بقرينة نية أو بدلالة حال وحال الغضب ومذاكرة الطلاق دليل ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر قال وان نوى بائنا فبائن وان نوى ثلاثا فثلاث لان هذا اللفظ وان كان صريحا فى الفارسية فمعناه التخلية فى العربية فكان محتملا للبينونة والثلاث كلفظة التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية وقال محمد فى قوله بهشتم ان زن أو ان زن بهشتم أن هذا صريح الطلاق كما قال أبو يوسف وقال فى قوله بهشتم انه ان كان فى حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين انه ما أراد به الطلاق وان لم يكن فى حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان فى حال الغضب أو الرضا لان معنى هذا اللفظ بالعربية أنت مخلاة أو قد خليتك وقال زفر اذا قال بهشتم ونوى الطلاق بائنا أو غير بائن فهو بائن وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين فاثنتان وأجرى هذه اللفظة مجرى قوله خليت ولو قال خليتك ونوى الطلاق فهى واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا هذا ما نقل عن أصحابنا فى الطلاق بالفارسية والاصل الذى عليه الفتوى فى زماننا هذا فى الطلاق بالفارسية انه ان كان فيها لفظ لا يستعمل الا فى الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية اذا أضيف الى المرأة مثل أن يقول فى عرف ديارنا دها كنم أو فى عرف خراسان والعراق بهشتم لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان فى الفارسية من الالفاظ ما يستعمل فى الطلاق وفى غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية فى جميع الاحكام والله أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق ونوى به الابانة فقد لغت نيته لانه نوى تغيير الشرع لان الشرع أثبت

البنونة بهذا اللفظ مؤجلا الى ما بعد انقضاء العدة فاذا نوى ابانتها للحال معجلا فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته وان نوى ثلاثا لغت نيته أيضا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة انه تصح نيته و به أخذ الشافعى وجه هذه الرواية ان قوله طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل على ثبوت مأخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الالفاظ المشتقة من المعانى ألا ترى انه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال أنت طالق طلاقا وكما لو قال لها أنت بائن ونوى الثلاث انه تصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الرواية قوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بين ما اذا نوى الثلاث أو لم ينو فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق الا بما قيد بدليل ولانه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيته كما اذا قال لها اسقينى ونوى به الطلاق ودلالة الوصف انه نوى الثلاث وقوله طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين أحدهما ان طالق اسم للذات وذاتها واحد والواحد لا يحتمل العدد الا ان الطلاق ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا لان الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهذا المقتضى غير متنوع فى نفسه فكان عدما فيما وراء صحة التسمية وذلك على الاصل المعهود فى الثابت ضرورة انه يتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة فى قبول نية الثلاث فلا تثبت فيه بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق طلاقا لان الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه فيثبت فى حق قبول النية و بخلاف قوله أنت بائن لان البائن مقتضاه البينونة وانها متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البينونة كاسم الجالس يقال جلس أى قعد و يقال جلس أى أتى نجدا فكان الجالس من الاسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المراد منه الا بمعين فاذا نوى الثلاث فقد عين احدى نوعى البينونة فصحت نيته واذا لم يكن له لا يقع شئ لانعدام المعين بخلاف قوله طالق لانه مأخوذ من الطلاق والطلاق فى نفسه لا يتنوع لانه رفع القيد والقيد نوع واحد والثانى ان سلمنا ان الطلاق صار مذكورا على الاطلاق لكنه فى اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد فى نكاح واحد واحد فيكون الطلاق واحدا ضرورة فاذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته فكان ينبغى أن لا يقع الثلاث أصلا لان وقوعه ثبت شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ولو قال أنت طالق طلاقا فان لم تكن نية فهى واحدة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا كذا ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير عن أبى حنيفة انه لا يكون الا واحدة وجه هذه الرواية انه ذكر المصدر للتأكيد لما ذكرنا ان قوله طالق فيقتضى الطلاق فكان قوله طلاقا تنصيصا على المصدر الذى اقتضاه الطالق فكان تأكيدا كما يقال قمت قياما وأكلت أكلا فلا يفيد الا ما أفاده المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع الا واحدة كما لو قال أنت طالق ونوى به الثلاث وجه ظاهر الروايات ان قوله طلاقا مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لان المصدر يقع على الواحد و يحتمل الكل قال الله تعالى لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا وادعوا ثبورا كثيرا وصف الثبور الذى هو مصدر بالكثرة والثلاث فى عقد واحد كل جنس الطلاق فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته واذا لم يكن له نية يحمل على الواحد لانه متيقن وقد خرج الجواب عما سبق لان الكلام انما يحمل على التأكيد اذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة وههنا أمكن على ما بينا ولو نوى اثنتين لا على التقسيم فى قوله طالق طلاقا لا تصح نيته لان لفظ المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحيد فيه ثم الشئ قد يكون واحدا من حيث الذات وهو ان يكون ذاته واحدا من النوع كزيد من الانسان وقد يكون واحدا من حيث النوع كالانسان من الحيوان ولا توجد فى الاثنين لا من حيث الذات ولا من حيث النوع فكان عددا محضا فلا يحتمله لفظة الواحد بخلاف الثلاث فانه واحد من حيث الجنس لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق فى هذا النكاح وكل جنس من الافعال يكون جنسا واحدا ألا ترى انك متى عددت الاجناس تعده

جنساً واحداً من الاجناس كالضرب يكون جنساً واحدا من سائر أجناس الفعل وكذا الاكل والشرب ونحو ذلك ولو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما ذكر ولو قال أنت الطلاق ونوى الثلاث صحت نيته لان الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الامير أى مضروبه وهذا علم أبى حنيفة أى معلومه فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث لأن النية تتبع المذكور والمذكور يلازم الجنس ولو قال لها أنت طالق بدون الالف واللام ذكر الطحاوى انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث وفرق بينه و بين قوله أنت الطلاق وذكر الجصاص ان هذا الفرق لا يعرف له وجه الا على الرواية التى روى عن أبى حنيفة فى قوله أنت طالق طلاقا انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث فاما على الرواية المشهورة فى التسوية بين قوله أنت طالق الطلاق و بين قوله أنت طالق طلاقا فلا يتبين وجه الفرق بين قوله أنت طلاق و بين قوله أنت الطلاق وحكى ان الكسائى سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر

فان ترفقى ياهند فالرفق أيمن ✻ وان تخرقى ياهند فالخرق اشأم

فانت طلاق والطلاق عزيمة ✻ ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال محمد رحمه الله ان قال والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله أنت طلاق وصار قوله والطلاق عزيمة ثلاث ابتداء وخبرا غير متعلق بالاول وان قال والطلاق عزيمة ثلاثا طلقت ثلاثا كانه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث هى فى الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائى جوابه وكذا لو قال أنت طالق الطلاق ونوى الثلاث لانه ذكر المصدر وعرفه بلام التعريف فيستغرق كل جنس المشروع من الطلاق فى هذا الملك وهو الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته الا ان عند الاطلاق لا ينصرف اليه لقرينة تمنع من التصرف اليه على ماذكره ولو نوى ثنتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا ان الطلاق مصدر والمصدر صيغته صيغة واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازما والاثنان عدد محض لا توجد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحيد لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق فى هذا الملك وكل الجنس جنس واحد بالاضافة الى غيره من الاجناس وأمكن تحقيق معنى التوحيد فيه وان لم يكن له نية لا يقع الا واحدة لانه وان عرف المصدر بلام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه انصرف الى الواحد بدلالة الحال لان ايقاع الثلاث جملة محظور والظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المحظور فانصرف الى الواحد بقرينة وصار هذا كما اذا حلف لا يشرب الماء أو لا يتزوج النساء أو لا يكلم بنى آدم انه ان نوى كل جنس من هذه الاجناس صحت نيته وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا ولو قال أردت بقولى أنت طالق واحدة و بقولى الطلاق أو طلاقا أخرى صدق لانه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح ايقاعا تاما ألا ترى انه اذا قال لها أنت طالق يقع الطلاق ولو قال أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضاً فاذا أراد بذلك صار كانه قال لها أنت طالق وطالق ولو قال لامرأته طلقى نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته حتى لو قالت طلقت نفسى ثلاثا كان ثلاثا لان المصدر يصير مذكورا فى الامر لأن معناه حصلى طلاقا والمصدر يقع على الواحد و يحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيقنا وان نوى ثنتين لا يصح لانه عدد محض فكان معنى التوحد فيه منعدما أصلا ورأسا فلا يحتمله صيغة واحدة ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضاء العدة قد جعلت تلك التطليقة التى أوقعتها عليك ثلاثا أو قال قد جعلتها بائنا اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة يكون ثلاثا و يكون بائنا وقال محمد لا يكون ثلاثا ولا بائنا وقال أبو يوسف يكون بائنا ولا يكون ثلاثا وجه قول محمد ان الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة لان تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى انه لو طلقها ثلاثا فجعلها واحدة لا تصير واحدة وكذا لو طلقها تطليقة بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا وجه قول أبى يوسف ان التطليقة الرجعية يحتمل

ان يلحقها البينونة فى الجملة ألا يرى انه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة فيها أيضاً فاما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثاً أبداً فلغا قوله جعلتها ثلاثاً ولابى حنيفة انه يملك ايقاع هذه التطليقة بائنة من الابتداء فيملك الحاقها بالبائنة لانه يملك انشاء الابانة فى هذه الجملة كما كان يملكها فى الابتداء ومعنى جعل الواحدة ثلاثاً انه الحق بها تطليقتين أخريين لانه جعل الواحد ثلاثاً

﴿ فصل ﴾ (وأما) الكناية فنوعان نوع هو كناية بنفسه وضعاً ونوع هو ملحق بها شرعاً فى حق النية أما النوع الاول فهو كل لفظ يستعمل فى الطلاق ويستعمل فى غيره نحو قوله أنت بائن أنت على حرام خلية برية بتة أمرك بيدك اختارى اعتدى استبرى رحمك أنت واحدة خليت سبيلك سرحتك حبلك على غاربك فارقتك خالعتك ولم يذكر العوض لا سبيل لى عليك لا ملك لى عليك لا نكاح لى عليك أنت حرة قومى اخرجى اغربى انطلقى انتقلى تقنعى استترى تزوجى ابتغى الازواج الحقى باهلك ونحو ذلك سمى هذا النوع من الالفاظ كناية لان الكناية فى اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع وهذه الالفاظ مستترة المراد عند السامع فان قوله بائن يحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة عن الخير أو الشر وقوله حرام يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل والاكل ونحو ذلك وقوله خلية مأخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج والنكاح ويحتمل الخلو عن الخير أو الشر وقوله برية من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح ويحتمل البراءة من الخير أو الشر وقوله بتة من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير أو عن الشر وقوله أمرك بيدك يحتمل فى الطلاق ويحتمل فى أمر آخر من الخروج والانتقال وغير ذلك وقوله اختارى يحتمل اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقاء على النكاح وقوله اعتدى أمر بالاعتداد وانه يحتمل الاعتداد الذى هو من العدة ويحتمل الاعتداد الذى هو من العدد أى اعتدى نعمى التى أنعمت عليك وقوله استبرى رحمك أمر بتعريف براءة الرحم وهو طهارتها عن الماء وانه كناية عن الاعتداد الذى هو من العدة ويحتمل استبرى رحمك لا طلقك وقوله أنت واحدة يحتمل أن تكون الواحدة صفة الطلقة أى طالق واحدة أى طلقة واحدة ويحتمل التوحيد فى الشرف أى أنت واحدة فى الشرف وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الابوين أو لامر آخر وقوله سرحتك يعنى خليتك يقال سرحت ابلى وخليتها بمعنى واحد وقولك حبلك على غاربك استعارة عن التخلية لان الجمل اذا ألقى حبله على غاربه فقد خلى سبيله يذهب حيث شاء وقوله فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة وقوله خالعتك ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك وقوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك وكذا قوله لا ملك لى عليك يحتمل ملك النكاح ويحتمل ملك البيع ونحو ذلك وقوله لا نكاح لى عليك لانى قد طلقتك ويحتمل لا نكاح لى عليك أى لا أتزوجك ان طلقتك ويحتمل لا نكاح لى عليك أى لا أطؤك لان النكاح يذكر بمعنى الوطء وقوله أنت حرام يحتمل الخلوص عن ملك النكاح ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك وقوله قومى واخرجى واذهبى يحتمل أى افعلى ذلك لانك قد طلقت والمرأة اذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشاء ويحتمل التقيد عن نفسه مع بقاء النكاح وقوله اغربى عبارة عن البعد أى تباعدى فيحتمل البعد من النكاح ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك وقوله انطلقى وانتقلى يحتمل الطلاق لانها تنطلق وتنتقل عن بيت زوجها اذا طلقت ويحتمل الانطلاق والانتقال الى بيت أبويها للزيارة ونحو ذلك وقوله تقنعى واستترى أمر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق لانها اذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها ويحتمل تقنعى واستترى أى كونى متقنعة ومستورة لئلا يقع بصر أجنبى عليك وقوله تزوجى يحتمل الطلاق اذ لا يحل لها التزوج بزوج آخر الا بعد الطلاق ويحتمل تزوجى ان طلقتك وكذا قوله ابتغى الازواج وقوله الحقى باهلك يحتمل الطلاق لان المرأة تلحق باهلها اذا

صارت مطلقة و يحتمل الطرد والابعاد عن نفسه مع بقاء النكاح واذا احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد منها عند السامع فافتقرت الى النية لتعيين المراد ولا خلاف فى هذه الجملة الا فى ثلاثة ألفاظ وهى قوله سرحتك وفارقتك وأنت واحدة فقال أصحابنا قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما الا بقرينة النية كسائر الكنايات وقال الشافعى هما صريحان لا يفتقران الى النية كسائر الالفاظ الصريحة وقوله أنت واحدة من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من ألفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وان نوى (أما) المسئلة الاولى فاحتج الشافعى بقوله سبحانه وتعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والتسريح هو التطليق وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف والمفارقة هى التطليق فقد سمى الله عز وجل الطلاق بثلاثة أسماء الطلاق والسراح والفراق ولو قال لها طلقتك كان صريحاً فكذا اذا قال سرحتك أو فارقتك (ولنا) ان صريح الطلاق هو اللفظ الذى لا يستعمل الا فى الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا ان الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملا فيه وفى غيره لا يكون ظاهر المراد بل يكون مستتر المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل فى غير قيد النكاح يقال سرحت ابلى وفارقت صديقى فكان كناية لا صريحاً فيفتقر الى النية ولا حجة له فى الآيتين لانا نقول بموجبهما ان السراح والفراق طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحاً لانعدام معنى الصريح على ما بينا وأما المسئلة الثانية فوجه قوله ان قوله أنت واحدة صفة المرأة فلا يحتمل الطلاق كقوله أنت قائمة وقاعدة ونحو ذلك ولنا انه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتاً لمصدر محذوف أى طلقة واحدة وهذا شائع فى اللغة يقال أعطيته جزيلا وضربته وجيعاً أى عطاء جزيلا وضرباً وجيعاً ولهذا يقع الرجعى عندنا دون البائن واختلف مشايخنا فى محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فيما اذا قال واحدة بالوقف ولم يعرب فاما اذا أعرب الواحدة فلا خلاف فيها لانه ان رفعها لا يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون صفة الشخص وان نصبها يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون نعتاً للمصدر محذوف على ما بينا فكان موضع الخلاف ما اذا وقفها ولم يعرب بها و يحتمل ان يقال ان موضع الرفع محل الاختلاف أيضاً لان معنى قوله أنت واحدة أى أنت منفردة عن النكاح وقال أكثر المشايخ ان الخلاف فى الكل ثابت لان العوام لا يهتدون الى هذا ولا يميزون بين اعراب واعراب ولا خلاف انه لا يقع الطلاق بشئ من الفاظ الكناية الا بالنية فان كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه و بين الله تعالى وان كان لم ينو لا يقع فيما بينه و بين الله تعالى وان ذكر شيأ من ذلك ثم قال ما أردت به الطلاق يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان الله تعالى يعلم سره ونجواه وهل يدين فى القضاء فالحال لا يخلو اما ان كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق واما اذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله واما ان كانت حالة الغضب والخصومة فان كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق يدين فى القضاء فى جميع الالفاظ لما ذكرنا ان كل واحد من الالفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال لا يدل على أحدهما فيسئل عن نيته و يصدق فى ذلك قضاء وان كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة فقد قالوا ان الكنايات أقسام ثلاثة فى قسم منها لا يدين فى الحالين جميعاً لانه ما أراد به الطلاق لا فى حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا فى حالة الغضب والخصومة وفى قسم منها يدين فى حال الخصومة والغضب ولا يدين فى حال ذكر الطلاق وسؤاله وفى قسم منها يدين فى الحالين جميعاً (أما) القسم الاول فخمسة ألفاظ أمرك بيدك اختارى اعتدى استبرى رحمك أنت واحدة لان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على ارادة الطلاق لان فى حال الغضب والخصومة ان كانت تصلح للشتم والتبعيد كما تصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق لكن هذه الالفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال ارادة الشتم والتبعيد فتعينت الحالة دلالة على ارادة الطلاق فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت ارادة الطلاق فى كلامه ظاهراً فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر كما فى صريح الطلاق اذا قال لامرأته أنت طالق ثم قال أردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق فى القضاء لما قلنا كذا هذا (وأما) القسم الثانى فخمسة ألفاظ أيضاً

خلية برية بتة بائن حرام لان هذه الالفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم فان الرجل يقول لامرأته عند ارادة الشتم أنت خلية من الخير برية من الاسلام بائن من الدين بتة من المروءة حرام أى مستخبث أوحرام الاجتماع والعشرة معك وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق فبقي اللفظ فى نفسه محتملا للطلاق وغيره فاذا عنى به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه والظاهر لا يكذبه فيصدق فى القضاء ولا يصدق فى حال ذكر الطلاق لان الحال لا يصلح الا للطلاق لان هذه الالفاظ لا تصلح للتبعيد والحال لا يصلح للشتم فيدل على ارادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جنبة الطلاق بدلالة الحال وروى عن أبى يوسف انه زاد على هذه الالفاظ الخمسة خمسة أخرى لا سبيل لى عليك فارقتك خليت سبيلك لا ملك لى عليك بنت منى لان هذه الالفاظ تحتمل الشتم كما تحتمل الطلاق فيقول الزوج لا سبيل لى عليك لشرك وفارقتك فى المكان لكراهة اجتماعى معك وخليت سبيلك وما أنت عليه ولا ملك لى عليك لانك أقل من أن أملكك وبنت منى لانك بائن من الدين أو الخير وحال الغضب يصلح لهما وحال ذكر الطلاق لا يصلح الا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة (وأما) القسم الثالث فبقية الالفاظ التى ذكرناها لان تلك الالفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق لان الانسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا حال سؤال الطلاق فالحال لا يدل على ارادة أحدهما فاذا قال ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه والظاهر لا يخالفه فيصدق فى القضاء وكذلك لو قال وهبتك لاهلك قبلوها أولم يقبلوها لانها هنا تحتمل الطلاق لان المرأة بعد الطلاق ترد الى أهلها ويحتمل التبعيد عن نفسه والنقل الى أهلها مع بقاء النكاح والحال لا يدل على ارادة أحدهما فبقى محتملا وسواء قبلها أهلها أولم يقبلوها لان كون التصرف هبة فى الشرع لا يقف على قبول الموهوب له وانما الحاجة الى القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة الى القبول وكذا اذا قال وهبتك لابيك أولامك أوللازواج لان العادة ان المرأة بعد الطلاق ترد الى أبيها وأمها وتسلم اليهما ويملكها الازواج بعد الطلاق فان قال وهبتك لاخيك أولاختك أولخالتك أولعمتك اولفلان الاجنبى لم يكن طلاقا لان المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة ولو قال لامرأته لست لى بامرأة ولو قال لها ما أنا بزوجك أوسئل فقيل له هل لك امرأة فقال لا فان قال أردت الكذب يصدق فى الرضا والغضب جميعا ولا يقع الطلاق وان قال نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق وان نوى ولو قال لم أتزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالاجماع وكذا اذا قال والله ما أنت لى بامرأة أوقال على حجة ما أنت لى بامرأة انه لا يقع الطلاق وان نوى بالاتفاق وجه قولهما ان قوله لست لى بامرأة أولا امرأة لى أوما أنا بزوجك كذب لانه اخبار عن انتفاء الزوجية مع قيامها فيكون كذبا فلا يقع به الطلاق كما اذا قال لم أتزوجك أوقال والله ما أنت لى بامرأة ولابى حنيفة ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق فانه يقول لست لى بامرأة لانى قد طلقتك فكان محتملا للطلاق وكل لفظ يحتمل الطلاق اذا نوى به الطلاق كان طلاقا كقوله أنت بائن ونحو ذلك بخلاف لم أتزوجك لانه لا يحتمل الطلاق لانه نفى فعل التزوج أصلا ورأسا وانه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله والله ما أنت لى بامرأة لان اليمين على النفى تتناول الماضى وهو كاذب فى ذلك فلا يقع به شئ ولو قال لا حاجة لى فيك لا يقع الطلاق وان نوى لان عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية فان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجة له الى تزوجها فلم يكن ذلك دليلا على انتفاء النكاح فلم يكن محتملا للطلاق وقال محمد فيمن قال لامرأته افلحى يريد به الطلاق انه يقع به الطلاق لان قوله افلحى بمعنى اذهبى فان العرب تقول للرجل افلح بخير أى اذهب بخير ولو قال لها اذهبى يريد به الطلاق كان طلاقا كذا هذا ويحتمل قوله افلحى أى اظفرى بمرادك يقال افلح الرجل اذا ظفر بمراده وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا القول محتملا للطلاق فاذا نوى به الطلاق صحت نيته ولو قال فسخت النكاح بينى وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق لان فسخ النكاح نقضه فكان فى معنى الابانة ولو قال وهبت لك طلاقا وقال أردت به أن يكون

الطلاق فى يدك لا يصدق فى القضاء و يقع الطلاق لان الهبة تقتضى ز وال الملك وهبة الطلاق منها تقتضى ز وال ملكه عن الطلاق وذلك بوقوع الطلاق وجعل الطلاق فى يدها تمليك الطلاق اياها فلا يحتمله اللفظ الموضوع للازالة و روى عن أبى حنيفة رواية أخرى انه لا يقع به شىء لان الهبة تمليك وتمليك الطلاق اياها هو ان يجعل اليها ايقاعه و يحتمل قوله وهبت لك طلاقك أى أعرضت عن ايقاعه فلا يقع به شىء ولو أراد أن يطلقها فقالت له هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال قد وهبت لك طلاقك يصدق فى القضاء لان الظاهر انه أراد به ترك الايقاع لان السؤال وقع به فينصرف الجواب اليه ولو قال تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك وهو يريد الطلاق وقع لان ترك الطلاق وتخلية سبيله قد يكون بالاعراض عنه وقد يكون باخراجه عن ملكه وذلك بايقاعه فكان اللفظ محتملا للطلاق وغيره فتصح نيته ولو قال أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق لان الاعراض عن الطلاق يقتضى ترك التصرف فيه والصفح هو الاعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق وان نوى مثل قوله بارك الله عليك أو قال لها اطعمينى أو اسقينى ونحو ذلك ولو جمع بين ما يصلح للطلاق و بين مالا يصلح له بان قال لها اذهبى وكلى أو قال اذهبى و بيعى الثوب ونوى الطلاق بقوله اذهبى ذكر فى اختلاف زفر و يعقوب ان فى قول أبى يوسف لا يكون طلاقا وفى قول زفر يكون طلاقا وجه قول زفر انه ذكر لفظين احدهما يحتمل الطلاق والآخر لا يحتمله فيلغو مالا يحتمله و يصح ما يحتمله ولابى يوسف ان قوله اذهبى مقرونا بقوله كلى أو بيعى لا يحتمل الطلاق لان معناه اذهبى لتأكلى الطعام واذهبى لتبيعى الثوب والذهاب للاكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته ولو نوى فى شىء من الكنايات التى هى بوائن أن يكون ثلاثا مثل قوله أنت بائن أو أنت على حرام أو غير ذلك يكون ثلاثا الا فى قوله اختارى لان البينونة نوعان غليظة وخفيفة فالخفيفة هى التى تحل له المرأة بعد بينونتها بنكاح جديد بدون التزوج بزوج آخر والغليظة مالا تحل له الا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج آخر فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه والدليل عليه ماروى ان ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته البتة فاستحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أردت ثلاثا فلولم يكن اللفظ محتملا للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى وكذا قوله أنت على حرام يحتمل الحرمة الغليظة والخفيفة فاذا نوى الثلاث فقد نوى احدى نوعى الحرمة فتصح نيته وان نوى ثنتين كانت واحدة فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يقع مانوى وجه قوله ان الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة خفيفة وغليظة ومتوسطة بينهما ولو نوى أحد النوعين صحت نيته فكذا اذا نوى الثلاث لان اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد (ولنا) ان قوله بائن أو حرام اسم للذات والذات واحدة فلا تحتمل العدد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا فى صريح الطلاق ولا توحد فى الاثنين أصلا بل هو عدد محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع ما ان الحاصل بالثنتين والحاصل بالواحدة سواء لان أثرهما فى البينونة والحرمة سواء ألا ترى انها تحل فى كل واحد منهما بنكاح جديد من غير التزوج بزوج آخر فكان الثابت بهما بينونة خفيفة وحرمة خفيفة كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث فى المعنى وعلى هذا قال أصحابنا انه اذا قال لزوجته الامة أنت بائن أو حرام ينوى الثنتين يقع مانوى لان الاثنتين فى الامة كل جنس الطلاق فى حقها فكان الثنتان فى حق الامة كالثلاث فى حق الحرة وقالوا لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها أنت بائن أو حرام ينوى اثنتين كانت واحدة لان الاثنتين بانفسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة ألا ترى انها لا تبين فالاثنتين بينونة غليظة بدونها ولو نوى بقوله اعتدى واستبرى رحمك وأنت واحدة ثلاثا لم تصح لان هذه الالفاظ فى حكم الصريح ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كانه قال أنت طالق ونوى به الثلاث ولان قوله أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث وكذا قوله اعتدى واستبرى رحمك لان الواقع بكل واحدة منهما رجعى فصار كقوله أنت واحدة وكذا لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا بل أولى لان الاثنتين عدد محض والله أعلم

(فصل)

﴿فصل﴾ وأما النوع الثانى فهو ان يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة امرأته طالق فيسئل عن نيته فان قال نويت به الطلاق وقع وان قال لم أنو به الطلاق صدق فى القضاء لان الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكتابة لان الانسان قد يكتب على هذا الوجه و يريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق الا بالنية وان كتبت كتابة غير مستبينة بان كتب على الماء أو على الهواء فذلك ليس بشىء حتى لا يقع به الطلاق وان نوى لان ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم وان كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب أما بعد يا فلانة فانت طالق أو اذا وصل كتابى اليك فأنت طالق يقع به الطلاق ولو قال ما أردت به الطلاق أصلا لا يصدق الا ان يقول نويت طلاقا من وثاق فيصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لان الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة و بالكتاب أخرى و بالرسول ثالثا وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب فدل ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب فصار كانه خاطبها بالطلاق عند الحضرة فقال لها أنت طالق او أرسل اليها رسولا بالطلاق عند الغيبة فاذا قال ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم ان كتب على الوجه المرسوم ولم يعلقه بشرط بان كتب أما بعد يا فلانة فأنت وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا ان كتابة قوله أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها وان علقه بشرط الوصول اليها بان كتب اذا وصل كتابى اليك فأنت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل اليها لانه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط آخر وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وكتب اذا وصل كتابى اليك فانت طالق ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وقد بقى منه كلام يسمى كتابا و رسالة وقع الطلاق لوجود الشرط وهو وصول الكتاب اليها فان محا ما فى الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة لم يقع الطلاق وان وصل لان الشرط وصول الكتاب ولم يوجد لان ما بقى منه لا يسمى كتابا فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق والله أعلم هذا الذى ذكرنا بيان الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى الشرع

﴿فصل﴾ وأما بيان صفة الواقع بها فالواقع بكل واحد من النوعين اللذين ذكرناهما من الصريح والكناية نوعان رجعى و بائن أما الصريح الرجعى فهو ان يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصا ولا اشارة ولا موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو وصف تدل عليها وأما الصريح البائن فبخلافه وهو ان يكون بحروف الابانة أو بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا أو اشارة أو موصوفا بصفة تدل عليها اذا عرف هذا فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائنا لان الاصل فى اللفظ المطلق عن شرط ان يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول الى وقت انقضاء العدة ثبت شرعا بخلاف الاصل فيقتصر على مورد الشرع فبقى الحكم فيما قبل الدخول على الاصل ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق وقال لم أجامعها كان طلاقا بائنا حتى لا يملك مراجعتها وان كان للخلوة حكم الدخول لانها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقا قبل الدخول حقيقة فكان بائنا وكذلك اذا كان مقرونا بعوض وهو الخلع ببدل والطلاق على مال لان الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها فتملك هى العوض الآخر وهو نفسها تحقيقا للمعاوضة المطلقة ولا تملك الا بالبائن فكان الواقع بائنا وكذلك اذا كان مقرونا بعدد الثلاث نصا بان قال لها أنت طالق ثلاثا لقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكذا اذا أشار الى عدد الثلاث بان قال لها أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى وان أشار باصبع واحدة فهى واحدة يملك الرجعة وان أشار باثنتين فهى اثنتان لان الاشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الاعلام والدليل عليه العرف والشرع أيضا أما العرف فظاهر (وأما) الشرع فقول النبى صلى

الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار صلى الله عليه وسلم باصابع يديه كلها فكان بيانا ان الشهر يكون ثلاثين يوما ثم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه فى المرة الثالثة فكان بيانا ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما واذا اقامت الاشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كانه قال أنت طالق ثلاثا والمعتبر فى الاصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة والدليل عليه ان النبى صلى الله عليه وسلم لما قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض ابهامه فى المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحدا وعشرين يوما فدل ان المعتبر فى الاشارة بالاصابع المرسل منها لا المقبوض وكذا اذا كان موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا وقال الشافعى يقع واحدة رجعية وجه قوله انه لما قال أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وانه معقب للرجعة فلما قال بائن فقد أراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال أعرتك عارية لا رد فيها وكما لو قال أنت طالق وقال أردت به الابانة ولنا انه وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الاول وانه مما يحتمل البينونة ألا ترى انه تحصل البينونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة فكان قوله بائن قرينة مبينة لا مغيرة ثم اذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والاخرى بقوله بائن ونحو ذلك لان قوله بائن ونحو ذلك يصلح وصفا للمرأة بالطلاق الاول فلا يثبت الامقتضى واحد لان ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالادنى وكذا اذا قال لها أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة لان الشدة تنبئ عن القوية والقوى هو البائن وكذا اذا قال لها أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة لان الطول والعرض يقتضيان القوة ولو قال لها أنت طالق من ههنا الى موضع كذا فهو رجعى فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو بائن وجه قوله انه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها أنت طالق تطليقة طويلة (ولنا) انه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى لان الطلاق اذا وقع فى مكان يقع فى الاماكن كلها فكان القصر على بعض الاماكن وصفا له بالقصر والطلقة القصيرة هى الرجعية ولو قال أنت طالق أشد الطلاق فان لم يكن له نية أو نوى واحدة فهى واحدة بائنة لان حكم البائن أشد من حكم الرجعى فيقع بائنا وان نوى ثلاثا فثلاث لان ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك فى الواحدة البائنة لانها أشد حكما من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك فى الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وان لم يكن له نية ينصرف الى الادنى لانه متيقن به ولو قال لها أنت طالق ملء البيت فان نوى الثلاث كان ثلاثا وان لم يكن له نية فهو واحدة بائنة لان قوله ملء البيت يحتمل انه أراد به الكثرة والعدد ويحتمل انه أراد به الصفة وهى العظم والقوة فاى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقنا بها ولو قال لها انت طالق أقبح الطلاق قال أبو يوسف هو رجعى وقال محمد هو بائن وجه قول محمد أنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهى عنه وهو البائن فيقع بائنا ولابى يوسف ان قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعى وهو الكراهية الشرعية ويحتمل القبح الطبعى وهو الكراهية الطبيعية وهو ان يطلقها فى وقت يكره الطلاق فيه طبعا فلا تثبت البينونة فيه بالشك وكذا قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الابانة ويحتمل القبح بايقاعه فى زمن الحيض أو فى طهر جامعها فيه فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال أنت طالق للبدعة فهى واحدة رجعية لان البدعة قد تكون فى البائن وقد تكون فى الطلاق حالة الحيض فوقع الشك فى ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال لها أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة وروى عن أبى يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة لان لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين اما إن شبه بالعدد فيما له عدد واما ان شبه بالعدد فيما لا عدد له فان شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها أنت طالق كالف أو مثل ألف فهنا ثلاثة فصول (الاول) هذا (والثانى) ان يقول لها أنت طالق واحدة كالف أو مثل ألف والثالث ان يقول لها أنت طالق

كعدد ألف (أما) الفصل الاول فان نوى ثلاثا فهو ثلاث بالاجماع وان نوى واحدة أولم يكن له نية فهى واحدة بائنة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هو ثلاث ولو قال نويت به واحدة دينته فيما بينه و بين الله تعالى ولم أدينه فى القضاء وجه قوله ان قوله كالف تشبيه بالعدد اذ الالف من أسماء الاعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها أنت طالق كعدد ألف ولو قال ذلك كان ثلاثا كذا هذا ولهما ان التشبيه بالالف يحتمل التشبيه من حيث العدد و يحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة فان الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل فى الشجاعة واذا كان محتملا لهما فلا يثبت العدد الا بالنية فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الادنى لانه متيقن به ولا يحمل على العدد بالشك وأما الفصل الثانى وهو ما اذا قال أنت طالق واحدة كالف فهى واحدة بائنة فى قولهم جميعا لانه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه فى القوة والشدة وذلك فى البائن فيقع بائنا وأما الفصل الثالث وهو ما اذا قال لها أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث فهو ثلاث فى القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة لان التنصيص على العدد ينفى احتمال ارادة الواحد فلا يصدق انه ما أراد به الثلاث أصلا كما اذا قال أنت طالق ثلاثا ونوى الواحدة وان شبه بالعدد فيما لا عدد له بان قال أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا الشئ لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهى واحدة بائنة فى قياس قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف هى واحدة يملك الرجعة وجه قول أبى يوسف ان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه وقوله أنت طالق ولابى حنيفة ان هذا النوع من التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة لا محالة ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة وقالوا فيمن قال لامرأته أنت طالق عدد شعر راحتى أو عدد ما على ظهر كفى من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة لانه شبه بما لا عدد له لانه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته أو على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبيه بالعدد فلغا التشبيه و بقى قوله أنت طالق فيكون رجعيا ولو قال أنت طالق عدد شعر رأسى وعدد شعر ظهر كفى وقد حلقه طلقت ثلاثا لانه شبه بماله عدد لان شعر رأسه ذو عدد وان لم يكن موجودا فى الحال فكان هذا تشبيها بحال وجوده وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسئلة الاولى لان ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال فيلغو التشبيه ولو قال لها أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهى واحدة بائنة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف هى واحدة يملك الرجعة وجه قول أبى يوسف ان قوله مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه فى التوحد لان الجبل بجميع أجزائه شئ واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك ولابى حنيفة ان هذا التشبيه يقتضى زيادة لا محالة وانه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لانه ليس بذى عدد لكونه واحدا فى الذات فيحمل على الزيادة التى ترجع الى الصفة وهى البينونة فيحمل على الواحدة البائنة لانها المتيقن بها ولو قال مثل عظم الجبل أو قال مثل عظم كذا فاضاف ذلك الى صغير أو كبير فهى واحدة بائنة وان لم يسم واحدة وان نوى ثلاثا فهو ثلاث لانه نص على التشبيه بالجبل فى العظم فهذا يقتضى زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم ان كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة لان الزيادة فيها لا تكون الا بالبينونة وان كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة فى الصفة وهى البينونة بواحدة أو بالثلاث فان نوى الثلاث يكون ثلاثا لانه نوى ما يحتمله كلامه وان لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى والادنى متيقن به وفى الزيادة عليه شك ولو قال أنت طالق مثل هذا وهذا وهذا واشار بثلاث أصابع فان نوى به ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة لانه شبه الطلاق بماله عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد و يحتمل التشبيه فى الصفة وهى الشدة فاذا نوى به الثلاث صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه كما فى قوله أنت طالق كالف واذا نوى به الواحدة كانت واحدة لانه أراد به التشبيه فى الصفة وكذا اذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لانه أدنى والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما الكناية فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع بلا خلاف وهى قوله اعتدى واستبرى رحمك

وأنت واحدة أما قوله اعتدى فلما روى عن أبي حنيفة أنه قال القياس في قوله اعتدى أن يكون بائنا وانما اتبعنا الاثر وكذا قال أبو يوسف القياس أن يكون بائنا وانما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها اعتدى فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في جملة أزواجه فراجعها وردعليها يومها ولان قوله اعتدى أمر بالاعتداد والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بالاقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ماسواها ثم قوله اعتدى انما يجعل مقتضيا للطلاق في المدخول بها وأما في غير المدخول بها فانه يجعل مستعارا من الطلاق وقوله استبرى رحمك تفسير قوله اعتدى لان الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله اعتدى وأما قوله أنت واحدة فلانه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة كما يقال أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا واختلف في البواقي من الكنايات فقال أصحابنا رحمهم الله انها بوائن وقال الشافعي رواجع وجه قوله ان هذه الالفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازا عن الطلاق ألا ترى انها لا تعمل بدون نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكنى عنه لا المجاز الذي هو الكناية ولهذا كانت الالفاظ الثلاثة رواجع فكذا البواقي ولنا أن الشرع ورد بهذه الالفاظ وانها صالحة لاثبات البينونة والمحل قابل للبينونة فاذا وجدت من الاهل ثبتت البينونة استدلالا بما قبل الدخول ولا شك ان هذه الالفاظ صالحة لاثبات البينونة فانه تثبت البينونة بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة وثبت به قبول المحل أيضا لان ثبوت البينونة في محل لا يحتملها محال والدليل على ان الشرع ورد بهذه الالفاظ قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وقوله فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف والتسريح والمفارقة من كنايات الطلاق على ما بينا وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فرأى في كشحها بياضا فقال لها الحقي باهلك وهذا من ألفاظ الكنايات وان ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أراد بها الثلاث وقوله البتة من الكنايات فاذا ثبت ان هذا التصرف مشروع فوجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره من أهله وحلوله في محله وقد وجد فتثبت البينونة واذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ولان شرع الطلاق في الاصل لمكان المصلحة لان الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الاخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لانه لا يبقى وسيلة الى المقاصد فتنقلب المصلحة الى الطلاق ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه الا أن المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المرأة فالشرع شرع الطلاق وفوض طريق دفع المخالفة والاعادة الى الموافقة الى الزوج لاختصاصه بكمال العقل والرأي فينظر في حال نفسه فان كانت المخالفة من جهته يطلقها طلاقا واحدا رجعيا أو ثلاثا في ثلاثة أطهار ويجرب نفسه في هذه المدة فان كان يمكنه الصبر عنها ولا يميل قلبه اليها يتركها حتى تنقضي عدتها وان كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها وان كانت المخالفة من جهتها تقع الحاجة الى أن تتوب وتعود الى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعي لانها اذا علمت ان النكاح بينهما قائم لا تتوب فيحتاج الى الابانة التي بها يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود الى الموافقة عسى واذا كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة الى شرع الابانة عاجلا وآجلا تحقيقا لمصالح النكاح بالقدر الممكن وقوله هذه الالفاظ مجاز عن الطلاق ممنوع بل هي حقائق عاملة بانفسها لانها صالحة للعمل بانفسها على ما بينا فكان وقوع البينونة بها لا بالمكنى عنه على انا ان سلمنا انها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل بنفسه أيضا كلفظ الحقيقة فان المجاز أحد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة ولهذا قلنا ان للمجاز عموما كالحقيقة الا أنه يشترط النية لتنوع البينونة والحرمة الى الغليظة والخفيفة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين أحد النوعين لا نية الطلاق والله أعلم ويستوي فيما ذكرنا من الصريح والكناية والرجعي والبائن أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه

بطريق الاصالة او بغيره باذنه أو أمره وذلك نوعان توكيل وتفويض أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته أمرك بيدك وقوله اختاري وقوله أنت طالق ان شئت وما يجري مجراه وقوله طلقي نفسك

﴿فصل﴾ أما قوله أمرك بيدك فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفة هذا التفويض وهو جعل الامر باليد وفي بيان حكمه وفي بيان شرط ثبوت الحكم وفي بيان شرط بقائه وما يبطل به وما لا يبطل وفي بيان صفة الحكم الثابت وفي بيان ما يصلح جواب الامر باليد من الالفاظ و بيان حكمها اذا وجد أما بيان صفته فهو انه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا نهي المرأة عما جعل اليها ولا فسخ ذلك لانه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيأ فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهي والفسخ بخلاف البيع فان الايجاب من البائع ليس بتمليك بل هو أحد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه ولان الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد ايجابه بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ بعد تمامه فيحتمل الفسخ والرجوع بعد ايجابه أيضا ولان هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع عنه والفسخ كسائر التعليقات المطلقة بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق رأسا وكذلك لو قام هو عن المجلس لا يبطل الجعل لان قيامه دليل الابطال لكونه دليل الاعراض فاذا لم يبطل بصريح ابطاله كيف يبطل بدليل الابطال بخلاف البيع اذا أوجب البائع ثم قام قبل قبول المشتري انه يبطل الايجاب لان البيع يبطل بصريح الابطال فجاز أن يبطل بدليل الابطال وأما من جانب المرأة فانه غير لازم لانه لما جعل الامر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها في التطليق و بين اختيارها زوجها والتخيير ينافي اللزوم (وأما) حكمه فهو صيرورة الامر بيدها في الطلاق لانه جعل الامر بيدها في الطلاق وهو من أهل الجعل والمحل قابل للجعل فيصير الامر بيدها (وأما) شرط صيرورة الامر بيدها فشيئان أحدهما نية الزوج الطلاق لانه من كنايات الطلاق فلا يصح من غير نية الطلاق ألا ترى أنه لا يملك ايقاعه بنفسه من غير نية الطلاق فكيف يملك تفويضه الى غيره من غير نية الطلاق حتى لو قال الزوج ما أردت به الطلاق يصدق ولا يصير الامر بيدها لان هذا التصرف يحتمل الطلاق و يحتمل غيره الا اذا كان الحال حال الغضب والخصومة أو حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في القضاء لان الحال تدل على ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر فان ادعت المرأة انه أراد به الطلاق أو ادعت ان ذلك كان في حال الغضب أو في حال ذكر الطلاق وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه الطلاق وهو ينكر فان أقامت البينة ان ذلك كان في حال الغضب أو ذكر الطلاق قبلت بينتها لان حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها و يتعلق علمهم بها فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل ولو أقامت البينة على انه نوى الطلاق لا تقبل بينتها لانه لا وقوف للشهود على النية لانه أمر في القلب فكانت هذه شهادة لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل والثاني علم المرأة بجعل الامر بيدها وهي غائبة أو حاضرة لم تسمع لا يصير الامر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر لان معنى صيرورة الامر بيدها في الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها نفسها بالطلاق أو زوجها بترك الطلاق اختيار الايثار وهذا لا يتحقق الا بعد العلم بالتخيير فاذا علمت بالتخيير صار الامر بيدها في أي وقت علمت ان كان التفويض مطلقا عن الوقت وان كان مؤقتا بوقت وعلمت في شيء من الوقت صار الامر بيدها فاما اذا علمت بعد مضي الوقت كله لا يصير الامر بيدها بهذا التفويض أبدا لان ذلك علم لا ينفع لان التفويض المؤقت بوقت ينتهي عند انتهاء الوقت فلو صار الامر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه وهذا لا يجوز (وأما) بيان شرط بقاء هذا الحكم وما يبطل به وما لا يبطل فلن يمكن معرفته الا بعد معرفة أقسام الامر باليد فنقول و بالله التوفيق جعل الامر باليد لا يخلو اما أن يكون منجزا واما أن يكون معلقا بشرط واما أن يكون مضافا الى وقت والمنجز لا يخلو اما ان يكون مطلقا واما أن يكون مؤقتا فان كان مطلقا بان قال أمرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت في مجلسها فالامر بيدها لان جعل الامر بيدها تمليك الطلاق منها لانه جعل أمرها في الطلاق بيدها تتصرف فيه برأيها وتدبيرها كيف

شاءت بمشيئة الايثار وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئة الايثار والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه
من غيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك مقيد بالمجلس لان الزوج يملك الخطاب وكل مخلوق
خاطب غيره يطلب جواب خطابه فى المجلس فيتقيد جواب التمليك بالمجلس كما فى قبول البيع وغيره وسواء قصر المجلس
أو طال لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة لان اعتبار المجلس لحاجة الى التأمل والتفكر وذلك يختلف
باختلاف الاشخاص والاحوال والاوقات ولا ضابط له الا المجلس فقدر بالمجلس ولهذا اجمع له الصحابة رضى الله
عنهم للمخيرة فيبقى الامر فى يدها ما بقى المجلس فان قامت عن مجلسها بطل لان الزوج يطلب جواب التمليك فى المجلس
والقيام عن المجلس دليل الاعراض عن جواب التمليك فكان ردا للتمليك دلالة ولان المالك لما طلب الجواب فى
المجلس لا يملك الجواب فى غير المجلس لانه ما ملكها فى غيره وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن فى بقاء الامر فائدة
فيبطل وكذلك اذا وجد منها قول أو فعل يدل على اعراضها عن الجواب بان دعت بطعام لتأكل أو أمرت وكيلها
بشئ أو خاطبت انسانا ببيع أو شراء أو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت الى دابة أخرى أو واقفة فسارت أو
امتشطت أو اغتسلت أو مكنت زوجها حتى وطئها أو اشتغلت بالنوم لان هذا كله دليل الاعراض عن الجواب وان
كانت سائرة أو كانا فى محمل واحد فان أجابت على الفور والا بطل خيارها لان سير الدابة بتسيير الراكب وان كانت
سائرة فوقفت الدابة فهى على خيارها وان كانت فى سفينة فسارت لا يبطل خيارها لان حكمها حكم البيت وكل
ما يبطل به الخيار اذا كانت فى البيت يبطل به اذا كانت فى السفينة وما لا فلا وان كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها
بخلاف ما اذا كانت قاعدة فقامت لان القعود يجمع الرأى والقيام يفرقه فكان القعود دليل ارادة التأمل والقيام دليل
ارادة الاعراض وكذلك ان كانت متكئة فقعدت لم يبطل خيارها لما قلنا فان كانت قاعدة فاتكأت ففيه روايتان
فى رواية يبطل خيارها لان المتكئ يقعد ليجتمع رأيه فاما القاعد فلا يتكئ لذلك وفى رواية أخرى لا يبطل لان
المتأمل ينتقل من الاتكاء الى القعود مرة ومن القعود الى الاتكاء أخرى وقد صار الامر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك
فلو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها فى قول زفر وعن أبى يوسف روايتان روى الحسن بن زياد عنه انه
لا يبطل خيارها وروى الحسن بن أبى مالك عنه انه يبطل كما قال زفر وان ابتدأت الصلاة بطل خيارها فرضا كانت
الصلاة أو نفلا أو واجبة لان اشتغالها بالصلاة اعراض عن الجواب فان خيرها وهى فى الصلاة فأتمتها فان كانت فى
صلاة الفرض أو الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لانها مضطرة فى الاتمام لكونها ممنوعة من
الافساد فلا يكون الاتمام دليل الاعراض وان كانت فى صلاة التطوع فان سلمت على رأس الركعتين فهى على
خيارها وان زادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع
بمنزلة الشروع فى الصلاة ابتداء ولو اخبرت وهى فى الاربع قبل الظهر فأتمت ولم تسلم على رأس الركعتين اختلف فيه
المشايخ قال بعضهم يبطل خيارها كما فى التطوع المطلق وقال بعضهم لا يبطل وهو الصحيح لانها فى معنى الواجب
فكانت من أولها الى آخرها صلاة واحدة ولو اخذ الزوج بيدها فأقامها بطل خيارها لانها ان قدرت على الامتناع
فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الاعراض وان لم تقدر على ان تمتنع تقدر على ان تقول قبل الاقامة اخترت
نفسى فلما لم تقل فقد اعرضت عن الجواب فان اكلت طعاما يسيرا من غير ان تدعو بطعام أو شربت شرابا قليلا أو
نامت قاعدة أو لبست ثوبا وهى قائمة أو لبست وهى قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى احضار الشهود
فتحتاج الى اللبس لتستتر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به والاكل اليسير لا يدل على الاعراض
وكذا النوم قاعدة من غير ان تشتغل به وكذا اذا سبحت أو قرأت شيأ قليلا لم يبطل خيارها لان التسبيح اليسير
والقراءة القليلة لا يدلان على الاعراض ولان الانسان لا يخلو عن التسبيح القليل والقراءة القليلة فلو جعل ذلك
مبطلا للخيار لانسد باب التفويض وان طال ذلك بطل الخيار لان الطويل منه يكون دليل الاعراض ولا يكثر

وجوده فان قالت ادع لى شهودا أشهدهم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى ذلك صيانة لاختيارها عن الجحود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن دليل الاعراض وكذلك اذا قالت ادع لى أبى أستشيره لان هذا أمر يحتاج الى المشورة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد تخيير نسائه قال لعائشة رضى الله عنها انى أعرض عليك أمرا فلا تعجلى حتى تستشيرى أبويك ولو كانت المشورة مبطلة للخيار لما ندبها الى المشورة ولو قالت اخترتك أو قالت لا أختار الطلاق خرج الامر من يدها لانها صرحت برد التمليك وانه يبطل بدلالة الرد فبالصريح أولى وسواء كانت التمليك بكلمة كلما أو بدونها بان قال لها أمرك بيدك كلما شئت لما ذكرنا ان اختيارها زوجها رد للتمليك فيرتد ما جعل اليها في جميع الاوقات هذا اذا كان التفويض مطلقا عن الوقت فاما اذا كان موقتا فان أطلق الوقت بان قال أمرك بيدك اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى ما شئت أو حيثما شئت فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس حتى لو ردت الامر لم يكن ردا ولو قامت من مجلسها أو أخذت في عمل آخر أو كلام آخر فلها أن تطلق نفسها لانه ما ملكها الطلاق مطلقا ليكون طالبا جوابها في المجلس بل ملكها في أى وقت شاءت فلها ان تطلق نفسها في أى وقت شاءت الا انها لا تملك أن تطلق نفسها الا مرة واحدة لما ذكر فان وقته بوقت خاص بان قال أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة أو قال اليوم أو الشهر أو السنة أو قال هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة لا يتقيد بالمجلس ولها الامر في الوقت كله تختار نفسها فيما شاءت منه ولو قامت من مجلسها أو تشاغلت بغير الجواب لا يبطل خيارها ما بقى الوقت بلا خلاف لانه فوض الامر اليها في جميع الوقت المذكور فيبقى ما بقى الوقت ولانه لو بطل الامر باعراضها لم يكن للتوقيت فائدة وكان الوقت وغير الوقت سواء غير انه ان ذكر اليوم أو الشهر أو السنة منكرا فلها الامر من الساعة التى تكلم فيها الى مثلها من الغد والشهر والسنة لان ذلك يقع على يوم تام وشهر تام وسنة تامة ولا يتم الا بما قلنا ويكون الشهر ههنا بالايام لان التفويض اذا وجد في بعض الشهر لا يمكن اعتبار الاهلة فيعتبر بالايام وان ذكر ذلك معرفا فلها الخيار في بقية اليوم وفى بقية الشهر وفى بقية السنة لان المعرف منه يقع على الباقى ويعتبر الشهر ههنا بالهلال لان الاصل في الشهر هو الهلال والعدول عنه الى غيره لمكان الضرورة ولا ضرورة ههنا ولو اختارت نفسها في الوقت مرة ليس لها ان تختار مرة أخرى لان اللفظ يقتضى الوقت ولا يقتضى التكرار ولو قالت اخترت زوجى أو قالت لا أختار الطلاق ذكر في بعض المواضع ان على قول أبى حنيفة ومحمد يخرج الامر من يدها في جميع الوقت حتى لا تملك ان تختار نفسها بعد ذلك وان بقى الوقت وعند أبى يوسف يبطل خيارها في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس آخر وذكر في بعضها الاختلاف على العكس من ذلك وجه قول من قال انه لا يخرج الامر من يدها انه جعل الامر بيدها في جميع الوقت فاعراضها في بعض الوقت لا يبطل خيارها في الجميع كما اذا قامت من مجلسها أو اشتغلت بأمر يدل على الاعراض وجه قول من يقول انه يخرج الامر من يدها ان قولها اخترت زوجى رد للتمليك والتمليك تمليك واحد فيبطل برد واحد كتمليك البيع بخلاف القيام عن المجلس لانه ليس برد حقيقة بل هو امتناع من الجواب الا انه جعل ردا في التفويض المطلق من الوقت ضرورة ان الزوج طلب الجواب في المجلس والمجلس يبطل بالقيام فلو بقى الامر بقى خاليا عن الفائدة فبطل ضرورة عدم الفائدة في البقاء وهذه الضرورة منعدمة ههنا لان الزوج طلب منها الجواب في جميع الوقت لا في المجلس فكان في بقاء الامر بعد القيام عن المجلس فائدة فيبقى ولان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها ولو اختارت نفسها يبطل خيارها في جميع المدة فكذا اذا اختارت زوجها وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انه اذا قال أمرك بيدك هذا اليوم كان على مجلسها لان في الفصل الاول جعل اليوم كله ظرفا للامر باليد كما لو قال لله على ان اصوم عمرى انه يلزمه صوم جميع عمره لانه جعل عمره ظرفا للصوم فاذا صار اليوم كله ظرفا للامر باليد فلا يتقيد بالمجلس وفى الفصل الثانى جعل جزأ من اليوم ظرفا كما لو قال لله على ان اصوم في عمرى انه لا يلزمه الا صوم يوم واحد لانه جعل جزأ من عمره ظرفا للصوم واذا صار جزأ من اليوم ظرفا للامر وليس جزء أولى من جزء فيختص

بالمجلس ولوقال أمرك بيدك الى رأس الشهر صار الامر بيدها الى رأس الشهر ولا يبطل بالقيام عن المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وأما التفويض المعلق بشرط فلا يخلو من احد وجهين اما ان يكون مطلقا عن الوقت واما ان يكون مؤقتا فان كان مطلقا بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان فالامر بيدها اذا علمت فى مجلسها الذى يقدم فيه فلان لان المعلق بشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلا عند القدوم أمرك بيدك فاذا علمت بالقدوم كان لها الخيار فى مجلس علمها وان موقتا بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما أو قال اليوم الذى يقدم فيه فلان فاذا قدم فلها الخيار فى ذلك الوقت كله اذا علمت بالقدوم غير انه اذا ذكر اليوم منكرا يقع على يوم تام بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما وان عرفه يقع على بقية اليوم الذى يقدم فيه ولا يبطل بالقيام عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ماذكرنا من الاختلاف وليس لها ان تختار نفسها فى الوقت كله الا مرة واحدة لما بينا ولو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت ثم علمت فلا خيار لها بهذا التفويض أبدا لما مر وأما المضاف الى الوقت بان قال أمرك بيدك غدا أو رأس شهر كذا فجاء الوقت صار الامر بيدها لان الطلاق يحتمل الاضافة الى الوقت فكذا تمليكه وكان على مجلسها من أول الغد ورأس الشهر وأول الغد من حين يطلع الفجر الثانى ورأس الشهر ليلة الهلال و يومها وان قال أمرك بيدك اذا اهل الشهر يصير الامر بيدها ساعة يهل الهلال و يتقيد بالمجلس ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا أو قال أمرك بيدك هذين اليومين فلها الامر فى اليومين تختار نفسها فى أيهما شاءت ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقى شئ من الوقتين وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على مامر من الاختلاف ولو قال لها أمرك بيدك اليوم و بعد غد فاختارت زوجها اليوم فلها ان تختار نفسها بعد غد وكذلك اذا ردت الامر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد حتى كان لها أن تختار نفسها بعد غد ذكر القدورى هذه المسئلة ونسب القول الى أبى حنيفة وأبى يوسف وذكرها فى الجامع الصغير ولم يذكر الاختلاف والوجه انه جعل الامر بيدها فى وقتين وجعل بينهما وقتا لا خيار لها فيه فصار كل واحد من الوقتين شيئا منفصلا عن صاحبه مستقلا بنفسه فى الامر مفردا به فيتعدد التفويض معنى كانه قال أمرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فرد الامر فى احدهما لا يكون ردا فى الآخر بخلاف قوله أمرك بيدك اليوم أو الشهر أو السنة أو اليوم أو غدا أو هذين اليومين على قول من يقول يبطل الامر لان هناك الزمان زمان واحد لا يتخلله مالا خيار لها فيه فكان التفويض واحدا فرد الامر فيه يبطله ولو قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران حتى لو اختارت زوجها اليوم أو ردت الامر فهو على خيارها غدا لانه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد احدهما لا يكون ردا للآخر ولو اختارت نفسها فى اليوم فطلقت ثم تزوجها قبل مجىء الغد فارادت ان تختار فلها ذلك وتطلق أخرى اذا اختارت نفسها لانه ملكها بكل واحد من التفويضين طلاقا فالايقاع باحدهما لا يمنع من الايقاع بالآخر ولو قال لها أمرك بيدك هذه السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها أن تختار فى بقية السنة فى قول أبى يوسف وقال أبو يوسف وقياس قول أبى حنيفة أن يلزمها الطلاق فى الخيار الثانى ولست أروى هذا عنه ولكن هذا قياس قوله ولو كان ترك القياس واستحسن لكان مستقبحا ولو لم تختر نفسها ولا زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها فى تلك السنة فلا خيار لها فى بقية السنة فى قول أبى يوسف وعند أبى حنيفة لها الخيار (وجه) قول أبى يوسف ان الزوج تصرف فيما فوض اليها فيخرج الامر من يدها كالموكل اذا باع ما وكل بيعه انه ينعزل الوكيل ولابى حنيفة ان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق فزوال الملك لا يبطله مادام طلاق الملك الاول قائما كما فى سائر التعليقات وقوله الزوج تصرف فيما فوض اليها ليس كذلك لانه يملك ثلاث تطليقات ولم يفوض اليها الا واحدة فيقتضى خروج المفوض من يده لا غير كما اذا وكل انسانا ببيع ثوبين له فباع الموكل احدهما لم تبطل الوكالة لما قلنا كذا هذا (وأما) بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض فمن صفته أنه غير لازم فى حق المرأة حتى تملك رده صريحا أو

دلالة لما ذكرنا ان جعل الامر بيدها تخييرلها بين ان تختار نفسها و بين أن تختار زوجها والتخيير ينافى اللزوم ومن صفته انه اذا اخرج الامر من يدها لا يعود الامر الى يدها بذلك الجعل أبدا وليس لها أن تختار الامرة واحدة لان قوله أمرك بيدك لا يقتضي التكرار الا اذا قرن به ما يقتضي التكرار بأن قال أمرك بيدك كلما شئت فيصير الامر بيدها فى ذلك وغيره ولها ان تطلق نفسها فى كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها وقال كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله فيقتضي تكرار التمليك عند تكرار المشيئة الا أنها لا تملك أن تطلق نفسها فى كل مجلس الا تطليقة واحدة لانه يصير قائلا لها فى كل مجلس أمرك بيدك فاذا اختارت فقد انتهى موجب ذلك التمليك ثم يتجدد لها الملك بتمليك آخر فى مجلس آخر عند مشيئة أخرى الى أن يستوفى ثلاث تطليقات فان بانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول فلا خيار لها لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج والزوج انما ملكها ما كان يملك بنفسه وهو انما كان يملك بنفسه طلقات ذلك الملك القائم لا طلقات ملك لم يوجد فالا يملك بنفسه كيف يملكه غيره وان بانت بواحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر ثم عادت فلها أن تشاء الطلاق مرة بعد أخرى حتى تستوفى الثلاث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله وهو قول الشافعى بناء على أن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث من التطليقات وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم بخلاف ما اذا قال لها أمرك بيدك اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ماشئت أن لها الخيار فى المجلس أو غيره لكنها لا تملك أن تختار الا مرة واحدة فاذا اختارت مرة لا يتكرر لها الخيار فى ذلك لان اذا ومتى لا تفيد التكرار وانما تفيد مطلق الوقت كأنه قال لها اختيارى فى أى وقت شئت فكان لها الخيار فى المجلس وغيره لكن مرة واحدة فاذا اختارت مرة واحدة انتهى موجب التفويض بخلاف الفصل الاول لان كلما يقتضي تكرار الافعال فيتكرر التفويض عند تكرار المشيئة والله أعلم وأما بيان ما يصلح جواب جعل الامر باليد من الالفاظ ومالا يصلح وبيان حكمه اذا وجد فالاصل فيه أن كل ما يصلح من الالفاظ طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المرأة ومالا فلا الا فى لفظ الاختيار خاصة فانه لا يصلح طلاقا من الزوج ويصلح جوابا من المرأة فى الجملة بخلاف الاصل لان التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فما يملكه بنفسه يملك تمليكه من غيره ومالا فلا هو الاصل اذا عرف هذا فنقول اذا قالت طلقت نفسى أو أبنت نفسى أو حرمت نفسى يكون جوابا لان الزوج لو أتى بهذه الالفاظ كان طلاقا وكذا اذا قالت أنا منك بائن أو أنا عليك حرام لان الزوج لو قال لها أنت منى بائن أو أنت على حرام كان طلاقا وكذا اذا قالت لزوجها أنت منى بائن أو أنت على حرام لان الزوج لو قال لها ذلك كان طلاقا ولو قالت أنا بائن ولم تقل منك أو قالت أنا حرام ولم تقل عليك فهو جواب لان الزوج لو قال لها أنت بائن أو أنت حرام ولم يقل منى وعلى كان طلاقا ولو قالت لزوجها أنت بائن ولم تقل منى أو قالت لزوجها أنت حرام ولم تقل على فهو باطل لان الزوج لو قال لها أنا بائن أو أنا حرام لم يكن طلاقا ولو قالت أنا منك طالق فهو جواب لانه لو قال لها أنت طالق منى كان طلاقا وكذا لو قالت لزوجها أنا طالق ولم تقل منك لان الزوج لو قال أنت طالق ولم يقل منى كان طلاقا ولو قالت لزوجها أنت منى طالق لم يكن جوابا لان الزوج لو قال لها أنا منك طالق لم يكن طلاقا عندنا خلافا للشافعى ولو قالت اخترت نفسى كان جوابا وان لم يكن هذا اللفظ من الزوج طلاقا وانه حكم ثبت شرعا بخلاف القياس بالنص واجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما نذكران شاء الله تعالى وأما الواقع بهذه الالفاظ التى تصلح جوابا فطلاق واحد بائن عندنا ان كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق بان قال لها أمرك بيدك ولم ينو الثلاث اما وقوع الطلقة الواحدة فلانه ليس فى التفويض ما ينبئ عن العدد وأما كونها بائنة فلأن هذه الالفاظ جواب الكناية والكنايات على أصلنا مبينات ولان قوله أمرك بيدك جعل أمرها بيدها فتصير عند اختيارها نفسها مالكة نفسها وانما تصير مالكة نفسها بالبائن لا بالرجعى وان قرن به ذكر الطلاق بان قال أمرك بيدك فى تطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة يملك الرجعة لانه فوض اليها الصريح حيث

نص عليه و به تبين أنه ماملكها نفسها وانما ملكها التطليقة وخيرها بين الفعل والترك عرفنا ذلك بنص كلامه بخلاف ما اذا أطلق لانه لما أطلق فقد ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالبائن ولو قال امرك بيدك ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثا كان ثلاثا لانه جعل أمرها بيدها مطلقا فيحتمل الواحد و يحتمل الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلق الامر فصحت نيته وان نوى اثنتين فهي واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وكذا اذا قالت طلقت نفسي أواخترت نفسي ولم تذكر الثلاث فهي ثلاث لانه جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثا وكذا اذا قالت ابنت نفسي أوحرمت نفسي وغيرذلك من الالفاظ التي تصلح جوابا ولو قالت طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لانه لما نوى ثلاثا فقد فوض اليها الثلاث وهي أتت بالواحدة فيقع واحدة كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فتكون بائنة لانه ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالبائن ولو قالت اخترت نفسي بواحدة فهو ثلاث فرقا بينه و بين قولها طلقت نفسي واحدة وجه الفرق أن معنى قولها بواحدة أي بمرة واحدة وهي عبارة عن توحد فعل الاختيار على وجه لا يحتاج بعده الى اختيار آخر وانقطاع العلقة بينهما بالكلية بحيث لا يبقى بينهما أمر بعد ذلك وذلك انما يكون بالثلاث بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانها جعلت التوحد هناك صفة المختار وهو الطلاق لا صفة فعل الاختيار فهو الفرق بين الفصلين والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما قوله اختاري فالكلام فيه يقع فيما ذكرنا من المواضع في الامر باليد والجواب فيه كالجواب في الامر باليد في جميع ما وصفنا لان كل واحدة منهما تمليك الطلاق من المرأة وتخييرها بين أن تختار نفسها أوزوجها لا يختلفان الا في شيئين احدهما أن الزوج اذا نوى الثلاث في قوله أمرك بيدك يصح وفي قوله اختاري لا يصح نية الثلاث والثاني ان في اختاري لابد من ذكر النفس في أحد الكلامين امافي تفويض الزوج وامافي جواب المرأة بان يقول لها اختاري نفسك وتقول اخترت أو يقول لها اختاري فتقول اخترت نفسي أوذكر الطلاق في كلام الزوج أو في كلام المرأة بان يقول لها اختاري فتقول اخترت الطلاق أوذكر مايدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بان يقول لها اختاري اختاري فتقول اخترت أوذكر الاختيارة في كلام الزوج أوفي كلام المرأة بان يقول لها الزوج اختاري اختيارة فتقول المرأة اخترت اختيارة وانما كان كذلك لان القياس في قوله اختاري أن لا يقع به شيء وان اختارت لانه ليس من الفاظ الطلاق لغة ألا ترى ان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ فان من قال لامرأته اخترت نفسي لا تطلق فاذا لم يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه الى غيره الا أنه جعل من الفاظ الطلاق شرعا بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الى قوله أجرا عظيما أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بين اختيار الفراق والبقاء على النكاح والنبي صلى الله عليه وسلم خيرهن على ذلك ولو لم تقع الفرقة به لم يكن للامر بالتخيير معنى و روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال ياعائشة اني ذاكر لك أمرا فلا عليك أن تعجلي حتى تستأمري أبويك قالت وقد علم الله تعالى ان أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت فقرأ يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الى قوله أجرا عظيما فقلت أفي هذا أستأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة وفي بعض الروايات فقالت بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة وفعل سائر أزواجه مثل مافعلت فدل انه يوجب اختيار التفريق والبقاء على النكاح وأما الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وجابر وعائشة رضى الله عنهم ان المخيرة اذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق وكذا شبهوا أيضا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح وهو خيار المعتقة وامرأة العنين وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا بهذا وكذا اختلفوا في كيفية الواقع على ماذكر وذلك دليل أصل الوقوع اذ الكيفية من باب الصفة والصفة تستدعي

وجود

وجود الموصوف فثبت كون هذا اللفظ من الفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع والشرع ورد به مع قرينة الفراق نصا أو دلالة أو قرينة النفس فان اختيار الفراق مضمر فى قوله تعالى ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها بدليل ما يقابله وهو قوله وان كنتن تردن الله ورسوله فدل على اضمار اختيار الفراق كأنه قال ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ذلك تخييرا لهن بين ان يخترن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ان يخترن الله ورسوله والدار الآخرة فسكن مختارات للطلاق لو اخترن الدنيا أو كان اختيارهن الدنيا وزينتها اختيار الفراق رسول الله صلى الله عليه وسلم اذلم يكن معه الدنيا وزينتها والصحابة رضى الله عنهم جعلوا للمخيرة المجلس وقالوا اذا اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق عليها فهذا مورد الشرع فى هذا اللفظ فيقتصر حكمه على مورد الشرع فاذا قال لها اختارى فقالت اخترت لا يقع به شىء لانه ليس فى معنى مورد الشرع فيبقى الامر فيه على أصل القياس فلا يصلح جوابا ولان قوله اختارى معناه اختارى اياى أو نفسك فاذا قالت اخترت فلم تأت بالجواب لانها لم تختر نفسها ولا زوجها لم يقع فيه شىء واذا قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت فهذا جواب لانها أخرجته مخرج الجواب كقوله اختارى نفسك فينصرف اليها كانها قالت اخترت نفسى وكذا اذا قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى لما ذكرنا ان معنى قوله اختارى أى اختارى اياى او نفسك وقد اختارت نفسها فقد أتت بالجواب وكذا لو قالت أختار نفسى يكون جوابا استحسانا والقياس ان لا يكون جوابا لان قولها أختار يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال فلا يكون جوابا مع الاحتمال وجه الاستحسان ان صيغة أفعل موضوعة للحال وانما تستعمل للاستقبال بقرينة السين وسوف على ما عرف فى موضعه وكذا اذا قال اختارى اختارى فقالت اخترت فيكون جوابا وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعا لان تكرار الاختيار دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذى يتبل التعدد كانه قال اختارى الطلاق فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال اختارى اختيارة فقالت اخترت اختيارة فهو جواب لان قوله اختيارة يفيد معنيين أحدهما تأكيد الامر والثانى معنى التوحد والتفرد فالتقييد بما يوجب التفرد يدل على انه أراد به التخيير فيما يقبل التعدد وهو الطلاق واذا قال لها اختارى الطلاق فقالت اخترت فهو جواب لانه فوض اليها اختيار الطلاق نصا فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال لها اختارى فقالت اخترت الطلاق لان معنى قوله اختارى أى اختارى اياى أو نفسك فاذا قالت اخترت الطلاق فقد اختارت نفسها فكان جوابا ولو قال لها اختارى فقالت اخترت أبى وأمى أو أهلى والازواج فالقياس ان لا يكون جوابا ولا يقع به شىء وفى الاستحسان يكون جوابا وجه القياس انه ليس فى لفظ الزوج ولا فى لفظ المرأة ما يدل على اختيارها نفسها فلا يصلح جوابا وجه الاستحسان ان فى لفظها ما يدل على الطلاق لان المرأة بعد الطلاق تلحق بابويها وأهلها وتختار الازواج عادة فكان اختيارها هؤلاء دلالة على اختيارها الطلاق فكانها قالت اخترت الطلاق (وأما) الواقع بهذه الالفاظ فان كان التخيير واحدا ولم يذكر الثلاث فى التخيير فلا يقع الا طلاق واحد وان نوى الثلاث فى التخيير ويكون بائنا عندنا ان كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق وقال الشافعى اذا أراد الزوج بالتخيير الطلاق فاختارت نفسها ونوت الطلاق يقع واحدة رجعية وهذا مذهبه فى الامر باليد أيضا وقد اختلفت الصحابة رضى الله عنهم فيمن خير امرأته فاختارت زوجها أو اختارت نفسها قال بعضهم ان اختارت زوجها لا يقع شىء وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود وأبى الدرداء وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وروى عن على رضى الله عنه انها اذا اختارت زوجها يقع تطليقة رجعية والترجيح لقول الاولين لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعد ذلك طلاقا وعن مسروق عن عائشة رضى الله عنها انها سئلت عن الرجل يخير امرأته يكون طلاقا فقالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان طلاقا ولان التخيير اثبات الخيار فى الفراق والبقاء على النكاح واختيارها زوجها دليل الاعراض عن ترك النكاح والاعراض عن

ترك النكاح استبقاء النكاح فكيف يكون طلاقا ولو اختارت نفسها قال بعضهم هي واحدة بائنة وهو احدى الروايتين عن علي وقال بعضهم هي واحدة رجعية وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا اختارت نفسها فهو ثلاث والترجيح لقول من يقول يقع بائنا لا رجعيا ولا ثلاثا أما وقوع البائن فلان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها لنفسها وبين ان تختار نفسها الزوجها فاذا اختارت نفسها لنفسها لو كان الواقع رجعيا لم يكن اختيارها نفسها لنفسها بل لزوجها اذ لزوجها ان يراجعها شاءت أو أبت وأما عدم وقوع الثلاث وان وجدت نية الثلاث في التخيير فلما ذكرنا ان القياس ان لا يقع بالاختيار شيء لانه ليس من ألفاظ الطلاق وانما جعل طلاقا بالشرع ضرورة صحة التخيير وحق الضرورة يصير مقضيا بالواحدة البائنة وان كان التفويض مقرونا بذكر الطلاق بان قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية لانه لما صرح بالطلاق فقد خيرها بين نفسها بتطليقة رجعية وبين رد التطليقة كما في قوله أمرك بيدك فان ذكر الثلاث في التخيير بان قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت يقع الثلاث لان التنصيص على الثلاث دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذي يتعدد فقولها اخترت ينصرف اليه فيقع الثلاث ولو كرر التخيير بان قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحدة منهما الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان لان كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه لوجود ركنه وشرطه وهو النية والثاني لا يصلح تفسيرا للاول لان الشيء لا يفسر بنفسه ولا يصلح جوابا أيضا ولا علة ولا حكما للاول فيكون كلاما مبتدأ والتكرار دليل ارادة الطلاق فقولها اخترت يكون جوابا لهما جميعا والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن فيقع تطليقتان بائنتان وكذلك اذا ذكر الثاني بحرف الصلة بان قال لها اختاري واختاري أو قال اختاري فاختاري لان الواو والفاء من حروف العطف الا ان الفاء قد تذكر في موضع العلة وقد تذكر في موضع الحكم كما يقال ابشر فقد أتاك الغوث ويقال قد أتاك الغوث فابشر لكن ههنا لا تصلح علة ولا حكما فتكون للعطف والمعطوف غير المعطوف عليه هو الاصل ولو قال لها اختاري اختاري اختاري أو قال اختاري واختاري واختاري أو قال اختاري فاختاري فاختاري فقالت اخترت فهي ثلاث لما قلنا ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهو ثلاث في قول أبي حنيفة وعندهما يقع واحدة وجه قولهما انها ما أوقعت الا واحدة فلا يقع الا واحدة لان الوقوع باختيارها ولم يوجد منها الا اختيار واحدة فلا تقع به الزيادة على الواحدة كما لو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت واحدة ولابي حنيفة ان الزوج ملكها الثلاث جملة والثلاث جملة ليس فيها أولى ولا وسطى ولا أخيرة فقولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة يكون لغوا فيبطل تعيينها ويبقى قولها اخترت وانه يصلح جواب الكل وعلى هذا الخلاف اذا قال لها اختاري واختاري واختاري أو قال لها اختاري فاختاري فاختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة ولو قال لها اختاري اختاري اختاري أو ذكر التخيير بحرف الواو أو بحرف الفاء فقالت قد اخترت اختيارة فهو ثلاث في قولهم جميعا لان معناه اخترت الكل مرة فيقع الثلاث وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعا لما ذكرنا ان التكرار من الزوج دليل ارادة اختيار الطلاق وكذا اذا قالت اخترت الاختيارة أو قالت اخترت مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة فهو ثلاث لما قلنا ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لما ذكرنا في الامر باليد ولو قال لها اختاري اختاري اختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهو ثلاث وعليها ألف درهم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يقع الا واحدة غير انها ان اختارت نفسها بالاخيرة كانت تطليقة واحدة وعليها ألف درهم وان اختارت نفسها بالاولى أو بالوسطى كانت واحدة ولا شيء عليها والاصل عند أبي حنيفة ان تعيين الاولى أو الوسطى أو الاخيرة لغو لانه ملكها الثلاث جملة والثلاث المملكة جملة ليس لها أولى ولا وسطى ولا أخيرة فكان التعيين ههنا لغوا فبطل التعيين وبقي قولها اخترت ولو قالت اخترت طلقت ثلاثا وعليها الالف كذا

هذا والاصل عندهما ان اختيار الاولى أو الوسطى أو الاخيرة صحيح ولا يقع الا واحدة غير انهما يقولان لا يلزمها الالف الا اذا اختارت الاخيرة لان كل واحد من التخييرات تخيير على حدة لانه كلام تام بنفسه ولم يذكر معه حرف الجمع فيجعل الكل كلاما واحدا فبقى كل واحد منهما تخييرا تاما بنفسه فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسه والبدل لم يذكر الا فى التخيير الاخير فلا يجب الا باختيار الاخيرة ولو ذكر حرف الواو أو حرف الفاء فقال اختارى واختارى واختارى بالف درهم أو قال اختارى فاختارى فاختارى بالف درهم فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فعند أبى حنيفة لا يختلف الجواب فتطلق ثلاثا وعليها ألف درهم لما ذكرنا وعندهما لا يقع الطلاق فى هذه الصورة لانه لما جمع بين التخييرات الثلاث بحرف الجمع جعل الكل كلاما واحدا وقد أمرها أن تحرم نفسها عليه بالف درهم فلا تملك التحريم بأقل من ذلك كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا بألف درهم فطلقت نفسها واحدة انه لا يقع شئ لما قلنا كذا هذا والله أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما قوله أنت طالق ان شئت فهو مثل قوله اختارى فى جميع ما وصفنا لأن كل واحد منهما تمليك الطلاق الا ان الطلاق ههنا رجعى وهناك بائن لان المفوض ههنا صريح وهناك كناية وكذا اذا قال لها أنت طالق ان أحببت أو رضيت أو هويت أو أردت لانه علق الطلاق بفعل من أفعال القلب فكان مثل قوله ان شئت وكذا اذا قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت أو أينما شئت أو حيثما شئت فهو مثل قوله ان شئت لان حيث وأين اسم مكان وما وصلة فيهما ولا تعلق للطلاق بالمكان فيلغو ذكرهما لعدم الفائدة و يبقى ذكر المشيئة فصار كانه قال لها أنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت غير ان لها ان تطلق نفسها فى المجلس ما شاءت واحدة أو ثنتين أو ثلاثا لان كلمة كم للقدر وقدر الطلاق هو العدد والعدد هو الواقع وكذا كلمة ما فى مثل هذا الموضع تذكر لبيان القدر يقال كل من طعامى ما شئت أى القدر الذى شئت ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها فى أى وقت شاءت فى المجلس أو بعده و بعد القيام عنه لما مر وليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة لانه ليس فى هذه الالفاظ ما يدل على التكرار على ما مر بخلاف قوله أنت طالق كلما شئت فان لها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تطلق نفسها ثلاثا لان المعلق بالمشيئة وان كان واحدا وهو الثابت مقتضى قوله أنت طالق وهو الطلاق لكنه علق المشيئة بكلمة كلما وانها تقتضى تكرار الافعال فيتكرر المعلق بتكرر الشرط واذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل التعليق عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول فطلقت نفسها لا يقع شئ وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا فى كلمة واحدة لما ذكرنا فيما تقدم ولان المعلق بكل مشيئة والمفوض اليها تطليقة واحدة وهى البائنة مقتضى قوله أنت طالق فلا تملك الثلاث ولو قال أنت طالق كيف شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله أنت طالق فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يقع عليها شئ ما لم تشأ والحاصل ان عند أبى حنيفة فى قوله أنت طالق كيف شئت لا يتعلق أصل الطلاق بالمشيئة بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع وتتقيد مشيئتها بالمجلس وعندهما تتعلق بالاصل والوصف بالمشيئة وتتقيد مشيئتها بالمجلس وجه قولهما ان الكيفية من باب الصفة وقد علق الوصف بالمشيئة وتعليق الوصف بالمشيئة تعليق الاصل بالمشيئة لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف واذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة لا ينزل ما لم توجد المشيئة ولابى حنيفة ان الزوج بقوله أنت طالق كيف شئت أوقع أصل الطلاق للحال وفوض تكييف الواقع الى مشيئتها لان الكيفية للموجود لا للمعدوم اذ المعدوم لا يحتمل الكيفية فلابد من وجود أصل الطلاق لتتخير هى فى الكيفية ولهذا قال بعض المحققين فى تعليل المسئلة لابى حنيفة ان الزوج كيف المعدوم والمعدوم لا يكيف فلابد من الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع ثم اذا شاءت فى مجلسها فان لم ينو الزوج البينونة ولا الثلاث فشاءت واحدة بائنة أو ثلاثا كان ما شاءت لان الزوج فوض الكيفية اليها فان نوى الزوج البينونة أو الثلاث فاذا وافقت مشيئتها نية

الزوج بان قالت في مجلسها شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهي واحدة بائنة أو ثلاث لان الزوج لو لم تكن منه نية فقالت شئت واحدة بائنة أو ثلاثا كان الواقع ماشاءت فاذا وافقت مشيئتها نية الزوج أولى وان خالفت مشيئتها نية الزوج بان قالت شئت ثلاثا وقال الزوج نويت واحدة لا يقع بهذه المشيئة شئ آخر في قول أبي حنيفة سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله أنت طالق الا اذا قالت شئت واحدة ثانية فتصير تلك الطلقة ثانية لما قلنا وعندهما يقع واحدة بمشيئتها بناء على أن المذهب عند أبي حنيفة أنه اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لا يقع شئ وعندهما يقع واحدة وسنذكر أصل المسئلة في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قالت شئت واحدة وقال الزوج نويت الثلاث لا يقع بهذه المشيئة شيء في قولهم جميعا لان المذهب عندهم أنه اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شئ لما ذكرنا في الفصل الذي يليه الا ان عند أبي حنيفة قد وقعت طلقة واحدة بقوله أنت طالق حال وجوده وان لم تشأ المرأة شيئا حتى قامت من مجلسها ولانية للزوج أو نوى واحدة فهي واحدة يملك الرجعة في قول أبي حنيفة لانها أقل وهي متيقن بها وعندهما لا يقع شئ وان شاءت لخروج الامر عن يدها ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا فان علقت بشئ موجود نحو ما اذا قالت ان كان هذا ليلا أو نهارا وان كان هذا أبي أو أمي أو زوجي ونحو ذلك يقع الطلاق لان هذا تعليق بشرط كائن والتعليق بشرط كائن تنجيز وان علقت بشئ غير موجود فقالت شئت ان شاء فلان يخرج الامر من يدها حتى لا يقع شئ وان شاء فلان لانه فوض اليها التنجيز وهي أتت بالتعليق والتنجيز غير التعليق لان التنجيز تطليق والتعليق يمين فلم تأت بما فوض اليها وأعرضت عنه لاشتغالها بغيره فيبطل التفويض ولو قال لها أنت طالق ان شاء فلان يتقيد بمجلس علم فلان فان شاء في مجلس علمه وقع الطلاق وكذلك اذا كان غائبا وبلغه الخبر يقتصر على مجلس علمه لان هذا تمليك الطلاق فيتقيد بالمجلس بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان دخل فلان الدار أنه يقع الطلاق اذا وجد الشرط في أي وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس لان ذلك تعليق الطلاق بالشرط والتعليق لا يتقيد بالمجلس لان معناه ايقاع الطلاق في زمان ما بعد الشرط فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط ففي أي وقت وجد يقع والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما قوله طلقي نفسك فهو تمليك عندنا سواء قيده بالمشيئة أو لا وهو يقتصر على المجلس كقوله أنت طالق ان شئت وعند الشافعي هو توكيل ولا يقتصر على المجلس قيده بالمشيئة أو لم يقيده وأجمعوا على أن قوله لاجنبي طلق امرأتي توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو فصل التوكيل فان قيده بالمشيئة بان قال له طلق امرأتي ان شئت فهذا تمليك عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو توكيل فوقع الخلاف في موضعين أما الكلام مع الشافعي فوجه قوله أنه لو أضاف الامر بالتطليق الى الاجنبي ولم يقيده بالمشيئة كان توكيلا بالاجماع فكذا اذا أضافه الى المرأة ولم يقيده بالمشيئة لانه لم يختلف الا الشخص والصيغة لا تختلف باختلاف الشخص وكذا اذا قيد بالمشيئة لان التقييد بالمشيئة والسكوت عنه بمنزلة واحدة لانها تطلق نفسها بمشيئتها واختيارها اذ هي غير مضطرة في ذلك فكان ذكر المشيئة لغوا فكان ملحقا بالعدم فيبقى قوله طلقي نفسك وانه توكيل لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس كما في الاجنبي ولنا البيان ان قوله لامرأته طلقي نفسك تمليك وجوه ثلاثة أحدها ان المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف برأيه وتدبيره واختياره والمرأة بهذه الصفة فكانت متصرفة عن ملك فكان تفويض التطليق اليها تمليكا بخلاف الاجنبي لان ثمة الرأي والتدبير للزوج والاختيار له فكان اضافة الامر اليه توكيلا لا تمليكا والثاني أن المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه والمتصرف عن توكيل هو الذي يتصرف لغيره والمرأة عاملة لنفسها لانها بالتطليق ترفع قيد الغير عن نفسها فكانت متصرفة عن ملك فأما الاجنبي فانه عامل لغيره لا لنفسه لان منفعة عمله عائدة الى غيره فكان متصرفا عن توكيل وامر لا عن ملك والثالث أن قوله لامرأته طلقي نفسك لا يمكن ان يجعل توكيلا لان الانسان لا يصلح أن يكون وكيلا في حق نفسه فلم يمكن ان تجعل وكيلة في حق تطليق نفسها ويمكن ان تجعل مالكة للطلاق بتمليك الزوج فتعين حمله على

التمليك بخلاف الاجنبي لانه بالتطليق يتصرف في حق الغير والانسان يصلح وكيلا في حق غيره والله الموفق
وأما الكلام مع زفر فوجه قوله انه لو أطلق الكلام لكان توكيلا فكذا اذا قيده بالمشيئة لما مر أن التقييد فيه
والاطلاق على السواء لانه اذا طلق طلق عن مشيئة ولا محالة لكونه مختارا في التطليق غير مضطر فيه ولنا وجه الفرق
بين المطلق والمقيد وهو ان الاجنبي في المطلق فيتصرف برأي الغير وتدبيره ومشيئته فكان توكيلا لا تمليكا وأما في
المقيد فانما يتصرف عن رأي نفسه وتدبير نفسه ومشيئته وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئته وهذا فرق
واضح بحمد الله تعالى (وأما) قوله التقييد بالمشيئة وعدمه سواء لانه متى طلق طلق عن مشيئة فممنوع انهما سواء
وانه متى طلق طلق عن مشيئة فان المشيئة تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى الذي ينفي الغلبة والاضطرار
وهو المعنى بقولنا المعاصي بمشيئة الله تعالى فان الله تعالى يتولى تخليق أفعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطر
في فعله وهو التخليق بل هو مختار وتذكر ويراد بها اختيار الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم افعل
أي ان شئت آثرت الفعل وان شئت آثرت الترك على الفعل وهو المعنى من قولنا المكره ليس بمختار والمراد
من المشيئة المذكورة ههنا هو اختيار الايثار لا اختيار الفعل وتركه لانا لو حملناه عليه للغا كلامه ولو حملناه على
اختيار الايثار لم يلغ وصيانة كلام العاقل عن اللغو واجب عند الامكان واختيار الايثار في التمليك لا في التوكيل
لما ذكرنا ان الوكيل يعمل عن رأي الموكل وتدبيره وانما يستعير منه العبارة فقط فكان الايثار من الموكل لا من الوكيل
وأما المملك فانما يعمل برأي نفسه وتدبيره وايثاره لا بالمملك فكان التقييد بالمشيئة مفيدا أو الاصل أن التوكيل لغة
هو الانابة والتفويض هو التسليم بالكلية لذلك سمى مشايخنا الاول توكيلا والثاني تفويضا واذا ثبت ان المقيد
بالمشيئة تمليك والمطلق توكيل والتمليك يقتصر على المجلس لما ذكرنا ان المملك انما يملك بشرط الجواب في
المجلس لانه انما يملك بالخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فلا يملك نهيه عنه لما مر ثم
التوكيل لا يقتصر على المجلس لان الوكيل لا يمكنه القيام بما وكل بتحصيله في المجلس ظاهرا وغالبا لان التوكيل في
الغالب يكون بشيء لا يحضره الموكل ويفعل في حال غيبته لانه اذا كان حاضرا يستغني بعبارة نفسه عن استعارة عبارة
غيره فلو تقيد التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة الحميدة فيكون سفها ويملك نهيه عنه لانه وكيله فيملك عزله ولو أراد بقوله
طلقي نفسك ثلاثا فقد صار الثلاث بيدها لان معنى قوله اياها طلقي نفسك أي حصلي طلاقا والمصدر يحتمل
الخصوص والعموم لانه اسم جنس فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولو أراد به الثنتين
لا يصح لان لفظ المصدر لفظ وحدان والاثنان عدد لا توحد فيه أصلا على ما بينا فيما تقدم وان لم يكن له نية تنصرف
الى الواحد لانه متيقن به ولان الامر المطلق بالفعل في الشاهد يصرف الى ما هو المقصود من ذلك الفعل في المتعارف
ألا ترى أن من قال لغلامه اسق هذه الارض وكانت الارض لا تصلح للزراعة الا بثلاث مرات صار مأمورا
به وان كانت تصلح بالسقي مرة واحدة صار مأمورا به ومن قال لغلامه اضرب هذا الذي استخف بي ينصرف
الى ضرب يقع به التأديب عادة ويحصل به المقصود وهو الانزجار ومن أصابت ثوبه نجاسة فقال لجاريته اغسليه
لا تصير مؤتمرة الا بغسل محصل للمقصود وهو طهارة الثوب دل ان الامر المطلق في الشاهد ينصرف الى ما هو
المقصود من الفعل في المتعارف والعرف والمقصود في قوله لامرأته طلقي نفسك مختلف فقد يقصد به الطلاق المبطل
للملك وقد يقصد به الطلاق المبطل لحل المحلية سد الباب التدارك فأي ذلك نوى انصرف اليه ثم اذا صحت نية
الثلاث فان طلقت نفسها ثلاثا أو اثنتين أو واحدة وقع لان الزوج مالكها الثلاث ومالك الثلاث له ان يوقع الثلاث
أو الاثنتين أو الواحدة كالزوج سواء بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان شئت أو أردت أو رضيت أو اذا شئت أو
متى شئت أو متى ما شئت أو اين شئت أو حيث شئت ونحو ذلك ونوى الثلاث انه لا يصح لما مر ان قوله أنت طالق
صفة للمرأة وانما يثبت الطلاق اقتضاء ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا

يثبت فى حقه ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فهى واحدة فى قولهم جميعا لان الزوج ملكها الثلاث
ومالك الثلاث اذا أوقع واحدة تقع كالزوج وهذا لانه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة لانها بعض الثلاث
و بعض المملوك يكون مملوكا ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ فى قول أبى حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد يقع واحدة وجه قولهما انها أتت بما فوض الزوج اليها وزادت على القدر المفوض فيقع القدر
المفوض وتلغو الزيادة كما لو قال لها طلقى نفسك واحدة فقالت طلقت نفسى واحدة واحدة واحدة انه يقع واحدة
وتلغو الزيادة كذا هذا وكذا لو قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى تقع واحدة رجعية وتلغو صفة البينونة لما
قلنا كذا هذا ولابى حنيفة وجوه من الفقه أحدها انه لو وقعت الواحدة اما ان تقع بطريق الاصالة مقصودا أو
ضمنا أو ضرورة وقوع الثلاث لا سبيل الى الاول لانه لم يوجد ايقاع الواحدة بطريق الاصالة لانعدام لفظ
الواحدة ووجود لفظ آخر وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الاصالة لان ذلك عند قولها نفسى وسكوتها
عليه و وقت وقوعها مع الثلاث عند قولها ثلاثا ولا وجه للثانى لانها لم تملك الثلاث اذ الزوج لم يملكها الثلاث فلا
تملك ايقاع الثلاث فلا يقع الثلاث فلا تقع الواحدة ضمنا لوقوع الثلاث فتعذر القول بالوقوع أصلا بخلاف ما اذا
قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ملكها الثلاث فملكت ايقاع الثلاث ومالك ايقاع الثلاث
يملك ايقاع الواحدة لان بعض المملوك مملوك وههنا بخلافه لما بينا و بخلاف ما اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فقالت
طلقت نفسى واحدة واحدة واحدة لان ثم أوقعت الواحدة بطريق الاصالة لوجود لفظ الواحدة ووقت وقوعها
بطريق الاصالة فوقعت واحدة بطريق الاصالة ثم اشتغلت بغيرها وهو غير مملوك لها فلغا و بخلاف ما اذا قال لها
طلقى نفسك فقالت قد أبنت نفسى لان هناك أوقعت ما فوض اليها بطريق الاصالة لان الابانة من ألفاظ الطلاق
لغة على ما نذكر الا انها زادت على القدر المفوض صفة البينونة فلغت و بقى أصل الطلاق والثانى ان المرأة بقولها
طلقت نفسى ثلاثا أعرضت عما فوض الزوج اليها فيبطل التفويض ويخرج الامر من يدها كما اذا اشتغلت بأمر
آخر أو قامت عن مجلسها ودلالة انها أعرضت عما فوض اليها انه فوض اليها الواحدة وهى أتت بالثلاث والواحده
من الثلاث ان لم تكن غير الثلاث ولان الثلاث غير الواحدة ذاتا لان الواحدة منها والشئ لا يكون غير نفسه لكنها
غير الواحدة لفظا وحكما ووقتا (أما) اللفظ فان لفظ الواحدة غير لفظ الثلاث وكذا حكمها غير حكم الثلاث
وأما الوقت فان وقت وقوع الواحدة غير وقت وقوع الثلاث لان الواحدة تقع عند قولها طلقت نفسى والثلاث
تقع عند قولها ثلاثا لما ذكرنا فيما تقدم ان العدد وهو الواقع على معنى انه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق
قبل ذكر العدد و يقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة
لفظا وحكما ووقت وقوع الطلاق لصيرورتها مشتغلة بغير ما ملكت تاركة للمملوك والاشتغال بغير المملوك دليل
الاعراض عما ملكت والاعراض عن ما ملكت يوجب بطلان التمليك وخروج الامر عن يدها بخلاف ما اذا قال
لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ما أعرضت عما فوض اليها لانه فوض اليها الثلاث وتفويض
الثلاث تفويض الواحدة لان التفويض تمليك وتمليك الثلاث تمليك الواحدة لانها من أجزاء الثلاث وجزء المملوك
مملوك فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت ولا تاركة للمملوك فاما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل
فافترقا والثالث ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة وما أتت بالواحدة المنفردة فلم تأت بما ملكها الزوج فلا يقع
شئ كما لو قال لها طلقى نفسك فاعتقت عبده ولا شك ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة لانه نص على التوحد
والتوحد ينبئ عن التفرد فى اللغة فكان المفوض اليها طلقة واحدة منفردة عن غيرها وهى وان أتت بالواحدة باتيانها
بالثلاث فما أتت بالواحدة المنفردة لانها أتت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة لما فيه
من الاستحالة لتضاد بين الاجتماع والافتراق فلم تأت بما فوض اليها فلا يقع شئ بخلاف ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا

فطلقت نفسها واحدة لان هناك أتت بما فوض اليها لكنها زادت على القدر المفوض لانه فوض اليها الثلاث مطلقا
عن صفة الاجتماع والافتراق ألا ترى انها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثا مجتمعة ولو كان
المفوض اليها الثلاث المجتمعة لما ملكت ايقاع الثلاث المتفرقة فاذا صارت الثلاث مطلقا مملوكة لها مجتمعة كانت
أو منفردة صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها منفردة كانت أو مجتمعة فاذا طلقت نفسها واحدة فقد
أتت بالمملوك ضرورة وهو الجواب عما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة وواحدة
واحدة انه يقع واحدة لانها أتت بالمفوض وزيادة فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة وههنا ما أتت بالمفوض اليها
أصلا ورأسا فهو الفرق ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي لان هناك أيضا أتت بالمفوض
اليها وزيادة لان الزوج فوض اليها أصل الطلاق وهي أتت بالاصل والوصف لان الابانة من ألفاظ الطلاق على ما
نذكر فلغا الوصف وهو وصف البينونة وبقي الاصل وهو صريح الطلاق فتقع واحدة رجعية وذكر القدوري
عن أبي يوسف في هذه المسئلة ان قياس قول أبي حنيفة أن لا يقع شئ وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا ما اذا قال
لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلاثا ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها
واحدة أو ثنتين لا يقع شئ في قولهم جميعا لانه ملكها الثلاث بشرط مشيئتها الثلاث فاذا شاءت ما دون الثلاث
لم تملك الثلاث لوجود بعض شرط الملك والحكم المعلق بشرط لا يثبت عند وجود بعض الشرط ولو قال لها
طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في قول أبي
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق نفسها ثلاثا ان شاءت وجه قولهما ان كلمة من في مثل هذا الموضع
تذكر لبيان الجنس فان من قال لغيره كل من هذا الرغيف ما شئت كان له أن يأكل كل الرغيف ولابي حنيفة
ان كلمة ما كلمة عامة وكلمة من للتبعيض حقيقة فلا بد من اعتبار المعنيين جميعا وذلك في أن يصير المفوض
اليها من الثلاث بعضا له عموم وذلك اثنان فتملك ما فوض اليها وهو الثنتان وفي مسئلة الرغيف صرفت كلمة من عن
حقيقتها الى الجنس بدلالة الحال وهو أن الاصل في الطعام هو السماح دون الشح خصوصا في حق من قدم اليه ولو
قال لها طلقي نفسك ان شئت فقالت شئت لا يقع الطلاق ولو قال لها أنت طالق ان شئت يقع لان في الفصل
الاول أمرها بالتطليق فما لم تطلق لا يقع الطلاق ومشيئة التطليق لا تكون تطليقا وفي الفصل الثاني علق طلاقها
بمشيئتها وقد شاءت ولو قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت واحدة تملك الرجعة وان قالت قد اخترت
نفسي لم تطلق ووجه الفرق ان قولها أبنت من ألفاظ الطلاق لان الابانة قطع الوصلة لغة والطلاق رفع القيد لغة الا
أن عمل صريح الطلاق يتأخر شرعا في المدخول بها الى ما بعد انقضاء العدة فكان بين اللفظين موافقة من حيث
الاصل فاذا قالت أبنت نفسي فقد أتت بالاصل وزادت صفة البينونة فتلغو الصفة ويبقى الاصل بخلاف قولها
اخترت لان الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لغة بدليل انه لو قال لامرأته اخترتك أو قال اخترت نفسي لا يقع
الطلاق وكذا اذا قالت المرأة طلقت نفسي أو أبنت نفسي وقف على اجازة الزوج ولو قالت اخترت نفسي لا يقف على
اجازته بل يبطل الا انه جعل من ألفاظ الطلاق شرعا بالنص واجماع الصحابة رضي الله عنهم عند خروجه جوابا
للتخيير وما في معناه وهو الامر باليد فلا يكون جوابا في غيره فيلغو وحكى القدوري قول أبي يوسف فقال قال أبو
يوسف اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي لا يقع شئ على قياس قول أبي حنيفة ووقع عندهما تطليقة رجعية
كأنها قالت أبنت نفسي بتطليقة ولم يذكر خلاف أبي حنيفة في الجامع الصغير ووجه الفرق ان بين هذه المسئلة وبين
قوله طلقي نفسك واحدة على نحو ما بينا ولو قال لها طلقي نفسك تطليقة رجعية فطلقت نفسها بائنا أو قال لها
طلقي نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما أمر به الزوج لا ما أتت به لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك
الزوج لها فتملك ما ملكها الزوج وما أتت به موافق لما ملكها الزوج من حيث الاصل لان كل واحد منهما

من ألفاظ الطلاق وانما خالفه من حيث الوصف فاذا وقع الاصل استتبع الوصف الملك فيقع ما فوض اليها والله الموفق للصواب

﴿ فصل ﴾ وأما الرسالة فهي أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد انسان فيذهب الرسول اليها و يبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق لان الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه ككلامه والله الموفق ومنها عدم الشك من الزوج في الطلاق وهو شرط الحكم بوقوع الطلاق حتى لو شك فيه لا يحكم بوقوعه حتى لا يجب عليه أن يعتزل امرأته لان النكاح كان ثابتا بيقين و وقع الشك في زواله بالطلاق فلا يحكم بزواله بالشك كحياة المفقود انها لما كانت ثابتة و وقع الشك في زوالها لا يحكم بزوالها بالشك حتى لا يورث ماله ولا يرث هو أيضا من أقاربه والاصل في نفي اتباع الشك قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشيء في الصلاة لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا اعتبر اليقين وألغى الشك ثم شك الزوج لا يخلو اما ان وقع في أصل التطليق أطلقها أم لا واما ان وقع في عدد الطلاق وقدره انه طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو صفة الطلاق انه طلقها رجعية أو بائنة فان وقع في أصل الطلاق لا يحكم بوقوعه لما قلنا وان وقع في القدر يحكم بالاقل لأنه متيقن به وفي الزيادة شك وان وقع في وصفه يحكم بالرجعية لانها أضعف الطلاقين فكانت متيقنا بها

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى المرأة فمنها الملك أو علقة من علائقه فلا يصح الطلاق الا في الملك أو في علقة من علائق الملك وهي عدة الطلاق أو مضافا الى الملك وجملة الكلام فيه أن الطلاق لا يخلو اما أن يكون تنجيزا واما أن يكون تعليقا بشرط واما أن يكون اضافة الى وقت أما التنجيز في غير الملك والعدة فباطل بان قال لامرأة أجنبية أنت طالق أو طلقتك لانه ابطال الحل و رفع القيد ولا حل ولا قيد في الاجنبية فلا يتصور ابطاله ورفعه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وان كانت منكوحة الغير وقف على اجازته عندنا خلافا للشافعي والمسئلة تأتي في كتاب البيوع وأما التعليق بشرط فنوعان تعليق في الملك وتعليق بالملك والتعليق في الملك نوعان حقيقي وحكمي أما الحقيقي فنحو أن يقول لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق أو ان كلمت فلانا أو ان قدم فلان ونحو ذلك وانه صحيح بلا خلاف لان الملك موجود في الحال فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين ثم اذا وجد الشرط والمرأة في ملكه أو في العدة يقع الطلاق والا فلا يقع الطلاق ولكن تنحل اليمين لا الى جزاء حتى انه لو قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق فدخلت الدار وهي في ملكه طلقت وكذا اذا أبانها قبل دخول الدار فدخلت الدار وهي في العدة عندنا لان المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا وان أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة ولكن تبطل اليمين حتى لو تزوجها ثانيا ودخلت الدار لا يقع شيء لان المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمنجز والتنجيز في غير الملك والعدة باطل فان قيل أليس أن الصحيح اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار انه يقع طلاقه ولو نجز في تلك الحالة لا يقع فالجواب من وجهين أحدهما ان التطليق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت وجوده وقد وجدت والثاني انا انما اعتبرناه تنجيزا حكما وتقديرا والمجنون من أهل ان يقع الطلاق على امرأته بطريق الحكم فان العنين اذا أجل فمضت المدة وقد جن يفرق القاضي بينهما و يكون ذلك طلاقا فاطرد الكلام بحمد الله تعالى ولو أبانها قبل دخول الدار ولم تدخل الدار حتى تزوجها ثم دخلت يقع الطلاق لان اليمين لم تبطل بالابانة لانه يتصور عود الملك فما قامت الجزاء على وجه لا يتصور عوده ولو قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة أو ثنتين قبل دخول الدار فتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت الى الزوج الاول فدخلت طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي طالق ما بقي من الطلقات الثلاث شيء وأصل هذه المسئلة ان من طلق

امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر ودخل بها وعادت الى الاول انها تعود بثلاث تطليقات فى قولهما وفى قول محمد تعود بما بقى وهو قول زفر ولقب المسئلة أن الزوج الثانى هل يهدم الطلقة والطلقتين عندهما يهدم وعند محمد لا يهدم والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله ابن عمر رضى الله عنهم مثل مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف وروى عن عمر وأبى بن كعب وعمران بن حصين مثل مذهب محمد وزفر واحتجا بقوله سبحانه وتعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حرم المطلقة الثلاث مطلقا من غير فصل بين ما اذا تخللت اصابة الزوج الثانى الثلاث وبين ما اذا لم يتخللها وهذه مطلقة الثلاث حقيقة لان هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة والطلقة الثالثة هى الطلقة التى سبقها طلقتان فدخلت تحت النص ولان الزوج الثانى جعل فى الشرع منهيا الحرمة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وحتى كلمة غاية وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث فلم يكن الزوج الثانى منهيا الحرمة فيلحق بالعدم ولابى حنيفة وأبى يوسف النصوص والمعقول اما النصوص فالعمومات الواردة فى باب النكاح من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله عز وجل وأنكحوا الايامى منكم وقول النبى صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فهذه النصوص وأمثالها تقتضى جواز النكاح من غير فصل بين ان تكون المرأة مطلقة أولا وبين ان تكون مطلقة ثلاثا تخللها اصابة الزوج الثانى أولا الا ان المطلقة الثلاث التى لم يتخللها اصابة الزوج الثانى خصت عن النصوص فبقى ما وراءها تحتها وأما المعقول فمن وجهين أحدهما ان النكاح مندوب اليه ومسنون وعقد ومصلحة لتضمنه مصالح الدين والدنيا فلا يجوز ان يمنع عنه لانه يؤدى الى التناقض لان قطع المصلحة مفسدة والشريعة منزهة عن التناقض الا انه قد يخرج من أن يكون مصلحة بمخالفة الاخلاق ومباينة الطباع أو غير ذلك من المعانى ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى الا ان خروج النكاح من أن يكون مصلحة لا يعرف الا بالتأمل والتجربة ولهذا فوض الطلاق الى الزوج لاختصاصه بكمال الرأى والعقل ليتأمل فاذا طلقها ثلاثا على ظن المخالفة ثم مال قلبه اليها حتى تزوجها بعد اصابة الزوج الثانى الذى هو فى غاية النفار فى طباع الفحل ونهاية المنع دل أن طريق الموافقة بينهما قائم وانه أخطأ فى التجربة وقصر فى التأمل فبقى النكاح مصلحة لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما فى ابتداء النكاح بل أولى لان ثمة لم يوجد الا دليل أصل الموافقة وههنا وجد دليل كمال الموافقة وهو الميل الهامع وجود ما هو النهاية فى النفرة ثم لما حل نكاحها فى الابتداء لتحقيق المقاصد فبعد اصابة الزوج الثانى أولى وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين اصابة الزوج الثانى بعد الطلقات الثلاث وبين ما قبلها فورود الشرع بجواز النكاح ثمة يكون ورودا ههنا دلالة والثانى أن الحل بعد اصابة الزوج الثانى وطلاقه اياها وانقضاء عدتها حل جديد والحل الجديد لا يزول الا بثلاث طلقات كما فى ابتداء النكاح والدليل على ان هذا حل جديد ان الحل الاول قد زال حقيقة لانه عرض لا يتصور بقاؤه الا انه اذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم بتجدد أمثاله فيكون كشئ واحد فكان زائلا حقيقة وتقديرا فكان الثانى حلا جديدا والحل الجديد لا يزول الا بثلاث تطليقات كما فى ابتداء النكاح وأما فى قوله تعالى فان طلقها فنقول هذه الآية الكريمة تتناول طلقة ثالثة مسبوقة بطلقتين بلا فصل لان الفاء للتعقيب بلا فصل واصابة الزوج الثانى ههنا حاصلة فلا يتناولها أو تحمل الآية على ما اذا لم يدخل بها الزوج الثانى حتى طلقها وتزوجها الاول وطلقها واحدة توفيقا بين الدلائل وأما قوله بان الشرع جعل اصابة الزوج الثانى غاية للحرمة فنقول كون الاصابة غاية للحرمة يقتضى انتهاء الحرمة عند عدم الاصابة وقد بينا انه يثبت حل جديد بعد الاصابة ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا قبل الدخول وتزوجت بزوج ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار لا يقع عليها شئ عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يقع عليها ثلاث تطليقات وجه قوله ان المعلق طلقات مطلقة لا مقيدة

بالحل القائم لان الحالف أطلق وما قيد والحل القائم ان بطل بالتنجيز فقد وجد حل آخر فكان التعليق باقيا وقد وجد الملك عند وجود الشرط فينزل المعلق كما اذا قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت على كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا قبل الدخول يبقى تعليق الظهار بالدخول حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول فدخلت الدار يصير مظاهرا لما ذكرنا كذا هذا ولنا أن المعلق طلقات الحل القائم للحال وقد بطل على وجه لا يتصور عوده فلا يتصور الطلاق المبطل للحل القائم عند وجود الشرط فتبقى اليمين كما اذا صار الشرط بحال لا يتصور عوده بان جعل الدار بستانا أو حماما والدليل على أن المعلق طلقات هذا الحل أن المعلق طلاق مانع من تحصيل الشرط لان الغرض من مثل هذه اليمين التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط والمنع لا يحصل الا بكونه غالب الوجود عند وجود الشرط وذلك هو الحل القائم للحال لانه موجود للحال فالظاهر بقاؤه فيصلح مانعا والذى يحدث بعد اصابة الزوج الثانى عدم للحال فالظاهر بقاؤه على العدم فكان غالب العدم عند وجود الشرط فلا يصلح اطلاقه مانعا فلا يكون معلقا بالشرط مالا يكون معلقا به وأما قوله الحالف أطلق فنعم لكنه أراد به المقيد عرفنا ذلك بدلالة الغرض المطلوب من التصرف وهو التقوى على الامتناع وذلك لا يحصل الا بتطليقات هذا الحل فيتقيد بها وأما مسئلة الظهار ففيها اختلاف الرواية روى أبو طاهر الدباس عن أصحابنا انه يبطل بتنجيز الثلاث فلا يصير مظاهرا عند دخول الدار ثم ما ذكرنا من اعتبار الملك أو العدة لوقوع الطلاق فى الملك بشرط واحد فان كان بشرطين هل يشترط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرطين جميعا قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط بل الشرط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرط الاخير وقال زفر يشترط قيام الملك عند وجود الشرطين وصورة المسئلة اذا قال لامرأته ان كلمت زيدا وعمرا فانت طالق فطلقها وانقضت عدتها فكلمت زيدا ثم تزوجها فكلمت عمرا طلقت عندنا وعند زفر لا تطلق وان كان الكلام الاول فى الملك والثانى فى غير الملك بان كلمت زيدا وهى فى ملكه ثم طلقها وانقضت عدتها ثم كلمت عمرا لا يقع الطلاق وجه قول زفر ان الحالف جعل كلام زيد وعمرو جميعا شرطا لوقوع الطلاق ووجود جميع الشرط شرط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط ألا ترى انها اذا كلمت أحدهما دون الآخر لا يقع الطلاق فكذا اذا كلمت أحدهما فى غير الملك فذلك ملحق بالعدم كما اذا وجد الشرطان جميعا فى غير الملك (ولنا) ان الملك عند وجود الشرط فيشترط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء وهو وقت وجود الشرط الاخير فيشترط قيام الملك عنده لا غير وهذا لان الملك انما يشترط اما لصحة التعليق أو لثبوت الحكم وهو نزول المعلق والملك القائم فى الوقتين جميعا فاما وقت وجود الشرط الاول فليس وقت التعليق ولا وقت نزول الجزاء فلا معنى لاشتراط الملك عنده ونظير هذا الاختلاف فى كتاب الزكاة كمال النصاب فى طرفى الحول ونقصانه فى اثناء الحول لا يمنع الوجوب عندنا وعنده يشترط الكمال من أول الحول الى آخره ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت فلانا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الاول وهو الدخول لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين كانه قال لها عند الدخول ان كلمت فلانا فانت طالق واليمين لا تنعقد الا فى الملك أو مضافة الى الملك فان كانت فى ملكه عند دخوله الدار صحت اليمين المتعلقة بالشرط وهو الكلام فاذا كلمت يقع الطلاق وان لم تكن فى ملكه عند الدخو بان طلقها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لم يصح التعليق لعدم الملك والعدة فلا يقع الطلاق وان كلمت وان كان طلقها بعد الدخول بها قبل دخول الدار ثم دخلت الدار وهى فى العدة ثم كلمت فلانا وهى فى العدة طلقت لان المعتدة يلحقها صريح الطلاق تنجيزا فيصح تعليق طلاقها أيضا فى حال قيام العدة كالزوجة واذا صح التعليق ووجد شرطه فى الملك أو فى العدة ينزل المعلق ولو قال لامرأته أنت طالق ان شئت فهذا وقوله أنت طالق ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا سواء من حيث انه يقف وقوع الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها الا أن ذلك تعليق بالشرط وهذا تمليك كقوله أمرك بيدك واختارى ولهذا اقتصر على المجلس ولو حلف لا يحلف لا يحنث لان الحلف بما سوى

الله عز وجل شرط وجزاء ومشيئتها ليست بشرط لان شرط الطلاق ما جعل علما على الطلاق وهو ما يكون دليلا على الطلاق من غير أن يكون وجود الطلاق به لان ذلك يكون علة لا شرطا ومشيئتها يتعلق بها وجود الطلاق بل هي تطليق منها وكذلك مشيئته بان قال لها أنت طالق ان شئت انا ألا ترى اذا قال لامرأته شئت طلاقك طلقت كما اذا قال طلقت فان قيل أليس انه اذا قال لامرأته أنت طالق ان طلقتك كان تعليقا للطلاق بشرط التطليق حتى لو طلقها يقع المنجز ثم ينزل المعلق والتعليق مما يحصل به الطلاق ومع هذا يصلح شرطا فالجواب ان التنجيز يحصل به الطلاق المنجز لا الطلاق المعلق بل الطلاق المعلق يحصل بغيره فكان التنجيز في حق الطلاق المعلق علما محضا فكان شرطا وكذلك اذا قال لها أنت طالق ان هو يت أو أردت أو أحببت أو رضيت فهو مثل قوله ان شئت ويتعلق الطلاق بالخبر عن هذه الاشياء الا بحقائقها والاصل انه متى علق الطلاق بشئ لا يوقف عليه الا من جهتها يتعلق باخبارها عنه ومتى علق بشئ يوقف عليه من جهة غيرها لا يقبل قولها الا ببينة وعلى هذا مسائل اذا قال لها ان كنت تحبيني أو تبغضيني فانت طالق فقالت أحب أو أبغض يقع الطلاق استحسانا والقياس أن لا يقع ووجه القياس انه علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده فاشبه التعليق بمشيئة الله تعالى ووجه الاستحسان انه علقه بامر لا يوقف عليه الا من جهتها فيتعلق باخبارها عنه كانه قال لها ان أخبرتيني عن محبتك أو بغضك اياى فانت طالق ولو نص على ذلك لتعلق بنفس الاخبار كذا هذا وعلى هذا اذا قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله بالنار أو ان كنت تكرهين الجنة فانت طالق فقالت أحب النار أو أكره الجنة وقع الطلاق لما قلنا ولو قال ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت أحبك بقلبي وفي قلبها غير ذلك يقع الطلاق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يقع ووجه قوله انه لما قيد المحبة بالقلب فقد علق الطلاق بحقيقة المحبة لا بالخبر عنها فاذا لم يكن في قلبها محبة لم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق ولهما ان المحبة والكراهة لما كانتا من الامور الباطنة التي لا يوقف عليها الا من جهتها تعلق الطلاق بنفس الاخبار عنهما دون الحقيقة وقد وجد وعلى هذا اذا قال لها ان حضت فانت طالق فقالت حضت طلقت حين رأت الدم واستمر الى ثلاثة أيام لان الحيض لا يوقف عليه الا من قبلها فيقبل قولها في ذلك واذا استمر الدم الى ثلاثة أيام تبين ان ما رأت كان حيضا من حين وجوده فوقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر لان الحيضة اسم للكامل ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ويقع على الكامل حتى يقدر الاستبراء به وكمالها بانقضائها من ذلك باتصال جزء من الطهر بها فكان هذا في الحقائق تعليق الطلاق بالطهر ونظيره اذا قال اذا صمت يوما فانت طالق وقع على صوم كل اليوم وذلك بدخول أول جزء من الليل فكانه علق الطلاق بدخول الليل وكذا هذا وكذا اذا قال ان حضت نصف حيضة فانت طالق لا تطلق ما لم تحض وتطهر لان نصف حيضة حيضة كاملة فكانه قال اذا حضت حيضة وكذا اذا قال اذا حضت سدس حيضة أو ثلث حيضة لما قلنا وكذلك اذا قال اذا حضت نصف حيضة فانت طالق واذا حضت نصفها الآخر فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر فاذا حاضت وطهرت يقع تطليقتان لانه علق طلقة بنصف حيضة ونصف حيضة كاملة وعلق طلقة أخرى بنصف تلك الحيضة بعينها وهي حيضة كاملة فكان هذا تعليق طلاقين بحيضة واحدة كاملة وكمالها بانقضائها واتصال الطهر بها واذا اتصل بها الطهر طلقت تطليقتين ولو قال لها أنت طالق في حيضك أو مع حيضك فحين ما رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر بها الدم الى ثلاثة أيام لان كلمة في للظرف والحيض لا يصلح ظرفا للطلاق فيجعل شرطا فصار كانه قال أنت طالق اذا حضت وكلمة مع للمقارنة فيقتضي كون الطلاق مقارنا لحيضها فاذا رأت الدم ثلاثة أيام تبين ان المرئي كان حيضا من حين وجوده فيقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها أنت طالق في حيضك أو مع حيضتك فلم تحض وتطهر لا تطلق لان الحيضة اسم للكامل وذلك باتصال الطهر ولو كانت حائضا في هذه الفصول كلها لا يقع ما لم تطهر من

هـذه الحيضة وتحيض مرة أخرى لانه جعل الحيض شرطا لوقوع الطلاق والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهو الحيض الذى يستقبل لا الموجود فى الحال فكان هذا تعليق الطلاق بحيض مبتدأ ولو قال لها اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت ان صدقها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعا وان كذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على صاحبتها لانها أمينة فى حق نفسها لا فى حق غيرها فثبت حيضها فى حقها لا فى حق صاحبتها ويجوز أن يكون الكلام الواحد مقبولا فى حق شخص غير مقبول فى حق شخص آخر كما يجوز أن يكون مقبولا وغير مقبول فى حق حكمين مختلفين كشهادة النساء مع الرجال اذا قامت على السرقة انها تقبل فى حق المال ولا تقبل فى حق القطع واذا قال اذا حضت فامرأتى الاخرى طالق وعبدى حر فقالت قد حضت يقع الطلاق والعتاق اذا صدقها الزوج وان كذبها لا يقع لما ذكرنا ان اقرارها على غيرها غير مقبول لانه بمنزلة الشهادة على الغير ولو قال اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع الطلاق اذا شهدت القابلة على الولادة وجه قولهما ان ولادتها قد ثبتت بشهادة القابلة لكون النكاح قائما والولادة تثبت بشهادة القابلة حال قيام النكاح فى تعيين الولد وفيما هو من لوازمه وهو النسب لمكان الضرورة والطلاق ليس من لوازم الولادة فلا تثبت الولادة فى حق الطلاق بهذه الشهادة ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق أو ان كلمت فلانا فانت طالق فقالت دخلت أو كلمت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان بالاجماع لان قولها دخلت أو كلمت اقرار على الغير وهو الزوج بابطال حقه فكان شهادة على الغير فلا تقبل ولو قال لامرأتيه اذا حضتما حيضة فانتما طالقان أو قال اذا حضتما فانتما طالقان الاصل فى جنس هذه المسائل ان الزوج متى أضاف الشئ الواحد الى امرأتين وجعل وجوده شرطا لوقوع الطلاق عليهما ينظر ان كان يستحيل وجود ذلك الشئ منهما كان شرطا لوقوع الطلاق عليهما وجوده من أحدهما وان كان لا يستحيل وجوده منهما جميعاً كان وجوده منهما شرطا لوقوع الطلاق عليهما لان كلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن ان أمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق الحقيقة وان لم يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز اذا عرف هذا فنقول اذا قال لامرأتين له اذا حضتما حيضة فانتما طالقان أو اذا ولدتما ولدا فانتما طالقان فحاضت إحداهما أو ولدت إحداهما يقع الطلاق عليهما لان حيضة واحدة وولادة واحدة من امرأتين محال فلم ينصرف اليه كلام العاقل فينصرف الى وجود ذلك من أحدهما لان اضافة الفعل الى اثنين على ارادة وجوده من أحدهما متعارف بين أهل اللسان قال الله تعالى فى قصة موسى وصاحبه فنسيا حوتهما وانما نسيه صاحبه وهو فتاه وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما وهو البحر المالح دون العذب وقال النبى صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث وعمه اذا سافرتما فأذنا وأقيما ومعلوم ان الامر بالتأذين والاقامة كان لاحدهما فكان هذا تعليق طلاقهما بحيضة إحداهما وبولادة إحداهما ولو قالت إحداهما حضت ان صدقها الزوج طلقتا جميعا لان حيضتها فى حقها ثبت باخبارها وفى حق صاحبتها ثبت بتصديق الزوج وان كذبها طلقت هى ولا تطلق صاحبتها لان حيضها ثبت فى حقها ولم يثبت فى حق صاحبتها ولو قالت كل واحدة منهما قد حضت طلقتا جميعا سواء صدقهما الزوج أو كذبهما أما اذا صدقهما فالامر ظاهر لا يثبت حيضة كل واحدة منهما فى حق صاحبتها وأما اذا كذبهما فكذلك لان التكذيب يمنع ثبوت حيضة كل واحدة منهما فى حق صاحبتها لا فى حق نفسها وثبوت حيضتها فى حق نفسها يكفى لوقوع الطلاق عليها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق وهذه معك فقالت حضت وكذبها الزوج ولو قال اذا حضتما فانتما طالقان واذا ولدتما فانتما طالقان لا تطلقان ما لم يوجد الحيض والولادة منهما جميعاً لانه أضاف الحيض أو الولادة اليهما ويتصور من كل واحدة منهما الحيض والولادة فيعلق الطلاق بوجود الحيض أو الولادة منهما جميعاً عملا بالحقيقة عند الامكان ولو قالت كل

واحدة منهما قد حضت ان صدقهما الزوج طلقتا لانه علق طلاقهما بوجود الحيض منهما جميعا وقد ثبت ذلك بقولهما مع تصديق الزوج وان كذبهما لا تطلق واحدة منهما لان قول كل واحدة منهما مقبول فى حق نفسها لا فى حق صاحبتها فيثبت فى حق كل واحدة منهما حيضها لا حيض صاحبتها وحيض كل واحدة منهما بانفراده شطر الشرط وطلاق كل واحدة منهما متعلق بوجود حيضهما جميعا والمعلق بشرط لا ينزل بوجود بعض الشرط وان صدق احداهما وكذب الاخرى تطلق المكذبة ولا تطلق المصدقة لان حيض المكذبة ثبت فى حقها باخبارها وحيض المصدقة ثبت فى حق المكذبة أيضاً بتصديق الزوج فثبت الحيضتان جميعا فى حق المكذبة فوجد كل الشرط فى حقها فيقع الطلاق عليها ولم يثبت فى حق المصدقة الا حيضها فى حق نفسها ولم يثبت فى حقها حيض المكذبة لتكذيب الزوج المكذبة فى ثبوت حيضها عند المصدقة فكان الموجود فى حق المصدقة شطر الشرط فلا يقع الطلاق وكذلك اذا قال اذا احضتما حيضتين أو اذا ولدتما ولدين فأنتما طالقان فهذا وقوله اذا احضتما أو ولدتما سواء فان لم يحيضا جميعاً أو يلدا جميعا لا يقع الطلاق عليهما لان وجود حيضتين منهما وولادة ولدين منهما يكون بهذا الطريق وهو أن تحيض كل واحدة منهما حيضة وتلد كل واحدة منهما ولدا وكذا اذا قال اذا دخلتما هذه الدار أو كلمتما فلانا أو لبستما هذا الثوب أو ركبتما هذه الدابة أو أكلتما هذا الطعام أو شربتما هذا الشراب فلم يوجد منهما جميعا لا يقع الطلاق لانه يتصور وجوده منهما فيعمل بحقيقة الكلام بخلاف قوله اذا احضتما حيضة أو ولدتما ولدا لان ذلك محال ثم التعليق فى الملك كما يصح بشرط الوجود يصح بشرط العدم لان الشرط علامة محضة والعدم يصلح علما محضاً فيصلح شرطا غير انه ان وقت ينزل المعلق عند انتهاء ذلك الوقت وان أطلق لا ينزل الا فى آخر جزء من أجزاء حياته بيان ذلك اذا قال لامرأته ان لم أدخل هذه الدار فأنت طالق أو قال ان لم آت البصرة فأنت طالق لا يقع الطلاق الا فى آخر جزء من أجزاء حياته لانه علق الطلاق بعدم الدخول والاتيان مطلقا ولا يتحقق ذلك الا فى ذلك الوقت وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته أنت طالق ان لم أطلقك انه لا يقع الطلاق عليها ما لم ينته الى آخر جزء من أجزاء حياته لانه علق الطلاق بشرط عدم التطليق مطلقا والعدم المطلق لا يتحقق الا فى ذلك الجزء ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك واذا ما لم أطلقك فان أراد باذا أن لا يقع الطلاق الا فى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع وان نوى به متى يقع الطلاق اذا فرغ من هذا الكلام وسكت وان لم يكن له نية قال أبو حنيفة هذه بمنزلة قوله ان وقال أبو يوسف ومحمد هى بمعنى متى (وجه) قولهما ان اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت واذا السماء انشقت الى غير ذلك من الآيات الكريمة فكانت فى معنى متى ولو قال متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب الفراغ من هذه اللفظة اذا سكت كذا هذا والدليل انه اذا قال لها أنت طالق اذا شئت لا يقتصر على المجلس كما لو قال متى شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو كانت للشرط لاقتصرت المشيئة على المجلس كما فى قوله ان شئت ولابى حنيفة ان هذه الكلمة كما تذكر ويراد بها الوقت تذكر ويراد بها الشرط كما قال الشاعر

استغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل

ألا ترى انه جزم ما بعده فان قال أريد بها الوقت يقع الطلاق كما فرغ من هذا الكلام وسكت كما فى قوله متى وان قال أريد بها الشرط لا يقع الا فى آخر جزء من أجزاء حياته كما فى كلمة ان فوقع الشك فى وقوع الطلاق عند الفراغ منه فلا يقع مع الشك وانما لا يقتصر على المجلس لانه حصلت المشيئة فى يدها بقوله أنت طالق اذا شئت وانها يستعمل للوقت وللشرط فان أريد بها الشرط يبطل بالقيام عن المجلس كما فى قوله ان شئت وان أريد بها الوقت لا يبطل كما فى قوله متى شئت فوقع الشك فى البطلان بالقيام عن المجلس فلا يبطل مع الشك فاطرد كلام أبى حنيفة فى المعنى بحمد الله سبحانه وتعالى ولو قال لها ان لم أدخل هذه الدار سنة فأنت طالق أو ان لم أكلم فلانا سنة فانت طالق فمضت السنة قبل أن يدخلها أو يكلمه يقع الطلاق وعلى هذا يخرج الايلاء بأن قال لامرأته الحرة والله لا أقربك أربعة أشهر

فمضت المدة ولم يقربها انه يقع طلقة بائنة لان الايلاء فى الشرع جعل تعليق الطلاق بشرط عدم الفىء اليها فى أربعة
أشهر وهو المعنى بالتعليق الحكمى لان الشرع جعل الايلاء فى حق أحد الحكمين وهو البر تعليق الطلاق بشرط البر
فى المدة كأنه قال لها ان لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن قال الله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم
فاذا مضت المدة والمرأة فى ملكه أو فى العدة يقع والا فلا كما فى التعليق الحكمى على ماذكرنا وله حكم آخر وهو الحنث
عند القربان وسنذكره بحكمه فى موضعه وأما التعليق بالملك فنحو أن يقول لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانه
صحيح عند أصحابنا حتى لو تزوجها وقع الطلاق وعند الشافعى لا يصح ولا يقع الطلاق واحتج بقول النبى صلى الله عليه
وسلم لا طلاق قبل النكاح والمراد منه التعليق لان التنجيز مما لا يشكل ولان قوله أنت طالق فى التعليق بالملك تطليق
بدليل ان الطلاق عند وجود الشرط يقع به اذا لم يوجد كلام آخر سواء فكان الكلام السابق تطليقا الا أنه لم يثبت
الحكم للحال للمانع وهو عدم الشرط والتصرف لا ينعقد تطليقا الا فى الملك ولا ملك ههنا فلا ينعقد (ولنا) ان قوله أنت
طالق ليس تطليقا للحال بل هو تطليق عند الشرط على معنى انه علم على الانطلاق عند الشرط فيستدعى قيام الملك عنده
لا فى الحال والملك موجود عند وجود الشرط لان الطلاق يقع بعد وجود الشرط وأما الحديث فنقول بموجبه أن
لا طلاق قبل النكاح وهذا طلاق بغير النكاح لان المتصرف جعله طلاقا بعد النكاح على معنى انه جعله علما على
الانطلاق بعد النكاح لا أن يجعل منشئا للطلاق بعد النكاح أو يبقى الكلام السابق الى وقت وجود النكاح لان
الثانى محال والاول خلاف الحقيقة واضافة الطلاق الى الشرع لا الى الزوج وقيل فى الجواب عن التعليق بالحدوث
ان هذا ليس بطلاق بل هو يمين وتعليق الطلاق بالشرط وقوله التنجيز لا يشكل مسلم بعد ورود الحديث فاما قبله
فقد كان مشكلا فانه روى ان فى الجاهلية كان الرجل يطلق أجنبية ويعتقد حرمتها فابطل الحديث ذلك والجواب
الاول أحق وأدق والله الموفق وعلى هذا الخلاف اذا قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة طلقت عندنا
ولو تزوج تلك المرأة ثانيا لا تطلق وكذا هذا فى قوله ان تزوجتك لانه ليس فى لفظه ما يوجب التكرار ولو قال لاجنبية
كلما تزوجتك فانت طالق طلقت فى كل مرة يتزوجها لان كلمة كل دخلت على العين وكلمة كلما دخلت على الفعل
ولو تزوجها ثلاث مرات وطلقت فى كل مرة وتزوجت بزوج آخر وعادت الى الاول فتزوجها طلقت بخلاف
ما اذا قال لمنكوحة كلما دخلت الدار فانت طالق فدخلت ثلاث مرات وطلقت فى كل مرة ثم تزوجت بزوج
آخر ثم عادت الى الاول فدخلت انها لا تطلق عندنا خلافا لزفر لان المعلق هناك طلقات الملك القائم المبطلة للحال القائم
وقد بطل ذلك بالثلاث ولم توجد الاضافة الى سبب ملك حادث وحل مستأنف فلم يتعلق ما يملك به من الطلقات
وههنا قد علق الطلاق بسبب الملك وأنه صحيح عندنا فيصير عند كل تزوج يوجد منه لامرأة قائلا لها أنت طالق سواء
كانت هذه التى تكرر عليها طلاقها أو غيرها من النساء وعلى هذا الخلاف الظهار والايلاء فان قال لاجنبية ان
تزوجتك فانت على كظهر امى أو قال والله لا أقربك والله أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا أو
قال أنت طالق ان كان هذا نهارا أو ان كان هذا ليلا وهما فى الليل أو فى النهار يقع الطلاق للحال لان هذا تحقيق
وليس بتعليق بشرط اذ الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهذا موجود ولو قال ان دخل الجمل فى سم
الخياط فانت طالق لا يقع الطلاق لان غرضه منه تحقيق النفى حيث علقه بامر محال وأما الاضافة الى الوقت فالزوج
لا يخلو اما ان أضاف الطلاق الى الزمان الماضى واما ان أضافه الى الزمان المستقبل فان أضافه الى الزمان الماضى
ينظر ان لم تكن المرأة فى ملكه فى ذلك الوقت لا يقع الطلاق وان كانت فى ملكه يقع الطلاق للحال وتلغو الاضافة
بيانه ما اذا قال لامرأته أنت طالق قبل ان أتزوجك لا يقع الطلاق لان تصحيح كلامه بطريق الاخبار ممكن لان
المخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء الا بابطال الاسناد الى الماضى فكان التصحيح بطريق
الاخبار ولو قال لها أنت طالق أمس فان كان تزوجها اليوم لا يقع لما قلنا وان كان تزوجها أول من أمس يقع

الساعة لانه حينئذ تعذر تصحيحه بطريق الاخبار لانعدام المخبر به فيكون كذبا فيصحح بطريق الانشاء ثم تعذر تصحيحه انشاء الاضافة لان اسناد الطلاق الموجود للحال الى الزمان الماضى محال فبطلت الاضافة واقتصر الانشاء على الحال فيقع الطلاق للحال ولو قال لاجنبية أنت طالق اذا تزوجتك قبل ان أتزوجك ثم تزوجها وقع الطلاق لانه أوقع الطلاق بعد التزوج ثم أضاف الواقع الى ماقبل التزوج فوقع الطلاق ولغت الاضافة وكذلك اذا قال أنت طالق قبل ان أتزوجك اذا تزوجتك فتزوجها يقع الطلاق و يلغو قوله قبل ان أتزوجك ولو قدم ذكر التزويج فقال اذا تزوجتك فأنت طالق قبل ان أتزوجك أو قبل ذلك ثم تزوجها يقع الطلاق عند أبى يوسف وعند محمد لا يقع وجه قول محمد ان المعلق بالشرط يصير كالمنجز عند وجود الشرط فيصير قائلا عند التزويج أنت طالق قبل ان أتزوجك ولو نص على ذلك لا يقع كذا هذا وجه قول أبى يوسف انه أوقع الطلاق بعد التزوج ثم أضاف الواقع الى زمان ماقبل التزوج فتلغو الاضافة و يبقى الواقع على حاله والله عز وجل اعلم ولو أضاف الزوج الطلاق الى ما يستقبل من الزمان فان أضافه الى زمان لا ملك له فى ذلك الزمان قطعا لم يصح كما لو قال لها أنت طالق بعد موتى وكذا اذا قال لها أنت طالق مع موتى أو مع موتك لان معناه بعد موتى أو بعد موتك لان الطلاق معلق بوجود الموت فصار الموت شرطا اذ الجزاء يعقب الشرط فكان هذا ايقاع الطلاق بعد الموت ولا ملك بعد الموت فيبطل ولو قال لامرأته وهى أمة انت طالق اثنتين مع عتق مولاك فاعتقها مولاها فان زوجها يملك الرجعة لانه تعلق طلاقها بعتق مولاها فصار عتق مولاها شرطا لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط وهى حرة فى ذلك الوقت ولو قال لها اذا جاء غد فانت حرة فجاء غد طلقت اثنتين ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هذا والاول سواء يملك الرجعة ولا خلاف فى ان عدتها ثلاث حيض وجه قول محمد انه علق الطلاق والعتاق بمجىء الغد فكان حال وقوع الطلاق والعتاق واحدا وهو حال مجىء الغد فيقعان معا والعتق حال وقوعه يكون واقعا لان الشئ حال وجوده يكون موجودا والشىء فى حال قيامه يكون قائما وفى حال سواده يكون اسود فالطلقتان يصادفانها وهى حرة فلا تثبت الحرمة الغليظة ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض ولهذا لم تثبت الحرمة الغليظة فى المسئلة الاولى كذا هذا وجه قولهما ان الطلاق والعتاق لما علقا بمجىء الغد وقعا معا ثم العتق يصادفها وهى أمة وكذا الطلاق فيثبت الحرمة الغليظة بثنتين بخلاف المسئلة الاولى لان ثمة تعلق الطلاق بالعتق فيقع بعد ثبوت العتق ضرورة على ما بينا بخلاف العدة فان وجوب العدة يتعقب الطلاق لان الطلاق يصادفها وهى منكوحة ولا عدة على المنكوحة فلا يكون وجوبها مقارنا لوقوع الطلاق فكان عقيب الطلاق ضرورة وهى حرة فى تلك الحالة فكانت عدتها عدة الحرائر والله عز وجل أعلم فان قال لامرأته أنت طالق غدا أو رأس شهر كذا أو فى غد صح لوجود الملك وقت الاضافة والظاهر بقاؤه الى الوقت المضاف اليه فصحت الاضافة ثم اذا جاء غد أو رأس الشهر فان كانت المرأة فى ملكه أو فى العدة أو فى أول جزء من الغد والشهر يقع الطلاق والا فلا كما فى التعليق وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته أنت طالق متى لم أطلقك وسكت انها طلقت لان متى للوقت فقد أضاف الطلاق الى وقت لا يطلقها فيه فكما فرغ من هذه الالفاظ وسكت وجد هذا الوقت فيقع الطلاق وكذا اذا قال لها أنت طالق مالم أطلقك لان معنى قوله مالم أطلقك أى فى الوقت الذى لا أطلقك يقال فى العرف مادمت تفعل كذا أفعل كذا أى فى الوقت الذى تفعل وقال الله تعالى خبرا عن عيسى عليه الصلاة والسلام وأوصانى بالصلاة والزكاة مادمت حيا أى وقت حياتى فيصير كانه قال أنت طالق فى الوقت الذى لا أطلقك فكما فرغ وسكت تحقق ذلك الوقت فيقع الطلاق ولو قال ذلك يطلقها موصولا بان قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق وذكر العبارتين الاخرتين فهى طالق هذه التطليقة دون التطليقة المضافة الى زمان لا يطلقها فيه عند أصحابنا الثلاثة وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق تقع هذه الطلقة لا غير عندنا وعند زفر يقع ثلاث تطليقات وجه قوله انه أضاف الطلاق الى وقت لا طلاق فيه وكما فرغ من

قوله مالم أطلقك قبل قوله طالق وجد ذلك الوقت فيقع المضاف ولنا ان المضاف اليه وقت خال عن الطلاق ولما قال انت طالق موصولا بالكلام الاول فلم يوجد وقت خال عن الطلاق لان قوله انت طالق بجملته طلاق لانه كلام واحد لكونه مبتدأ وخبرا فلم يوجد بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع الطلاق المضاف لانعدام المضاف اليه والله عز وجل أعلم ولو قال أنت طالق غدا وقال عنيت آخر النهار لم يصدق فى القضاء بالاجماع و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ولو قال أنت طالق فى غد وقال عنيت فى آخر النهار يصدق فى القضاء فى قول ابى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يصدق فى القضاء وانما يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لا غير وان لم يكن له نية يقع فى أول جزء من الغد بلا خلاف وجه قولهما ان الغد اسم زمان والزمان اذا قرن بالفعل يصير ظرفا له سواء قرن به حرف الظرف وهو حرف فى أو لم يقرن به فان قول القائل كتبت فى يوم الجمعة و يوم الجمعة سواء فكان ذكر حرف الظرف والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو لم يذكر ولو قال أنت طالق غدا وقال عنيت آخر النهار لم يصدق فى القضاء ولهذا لو لم يكن له نية يقع فى أول جزء من الغد ولابى حنيفة ان ما كان من الزمان ظرفا للفعل حقيقة وهو ان يكون كله ظرفا له يذكر بدون حرف الظرف وما كان منه ظرفا له مجازا وهو ان يكون بعضه ظرفا له والآخر ظرف ظرفه يذكر مع حروف الظرف فلما قال أنت طالق غدا بدون حرف الظرف فقد جعل الغد كله ظرفا للطلاق حقيقة وانما يكون كله ظرفا للطلاق حقيقة اذا وقع الطلاق فى أول جزء منه فاذا وقع فى أول جزء منه يبقى حكما وتقديرا فيكون جميع الغد ظرفا له بعضه حقيقة و بعضه تقديرا اما اذا وقع الطلاق فى آخر النهار لا يكون كل الغد ظرفا له بل يكون ظرف الظرف فاذا قال عنيت آخر النهار فقد أراد العدول من الظاهر فيما يتهم فيه بالكذب فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولما قال أنت طالق فى غد فلم يجعل الغد كلمة ظرف للطلاق حقيقة بل جعله ظرف الظرف و بين ان الظرف الحقيقى للطلاق هو جزء من الغد وذلك غير معين فكان التعيين اليه فاذا قال عنيت آخر النهار فقد عين فيصدق فى التعيين لانه نوى حقيقة كلامه ونظيره ما اذا قال ان صمت فى الدهر فعبدى حر فصام ساعة يحنث ولو قال ان صمت الدهر لا يحنث الا بصوم الابد بالاجماع لما قلنا كذا هذا الا انه اذا لم ينو شيئا يقع الطلاق فى أول جزء من الغد لان الاجزاء قد تعارضت فترجح الاول منها احتياطا لثبوت الاستحقاق له من وجه الاحتمال انه ذكر حرف الظرف لتأكيد ظرفية الغد لا لبيان انه ظرف الظرف فترجح الجزء الاول على سائر الاجزاء عند استواء الكل فى الجواز بثبوت الاستحقاق من وجه فيقع فى الجزء الاول وقد خرج الجواب عن قولهما ان دخول حرف الظرف فى الغد وعدم الدخول سواء لانا قد بينا انهما يستويان والله عز وجل أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق اليوم وغدا يقع الطلاق فى اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا فلكونها طالقا ولن يكون الوقتان جميعا ظرفا الا عند الوقوع فى أولهما لانه لو تأخر الوقوع الى الغد لكان الظرف أحدهما ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذى تفوه به لانه فى الاول أوقع الطلاق فى اليوم ووصف اليوم بانه غد وهو محال فلغا قوله غدا و بقى قوله اليوم فيقع الطلاق فى اليوم وفى الثانى أضاف الطلاق الى الغد و وصف الغد بانه اليوم وهو محال فلغا قوله اليوم و بقى قوله غدا فيقع الطلاق فى غد ولو قال لها أنت طالق متى شئت أو متى ما شئت أو اذا شئت أو اذا ما شئت أو كلما شئت لا يقع الطلاق مالم تشأ فاذا شاءت وقع لانه أضاف الطلاق الى وقت مشيئتها و وقت مشيئتها هو الزمان الذى توجد فيه مشيئتها فاذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ولا يقتصر هذا على المجلس بخلاف قوله ان شئت وما يجرى مجراه لان هذا اضافة وذا تمليك لما نبين فى موضعه وعلى هذا الاصل يخرج الطلاق فى العدة وجملة الكلام فيه ان المرأة لا تخلو اما ان كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن أو خلع فان كانت معتدة من طلاق رجعى يقع الطلاق عليها سواء كان صريحا أو كناية لقيام الملك من كل وجه لان الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولهذا يصح ظهاره وايلاؤه و يثبت اللعان بينهما وهذه الاحكام لا تصح الا فى الملك وان كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهى

المبانة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا وقال الشافعى لا يلحقها وجه قوله ان الطلاق تصرف فى الملك
بالازالة والملك قد زال بالخلع والابانة وازالة الزائل محال ولهذا لم يصح الخلع والابانة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة وهذا نص فى الباب ولانها بالخلع والابانة لم تخرج من
ان تكون محلا للطلاق لان حكم الطلاق ان كان ما ينبئ عنه اللفظ لغة وهو الانطلاق والتخلى وزوال القيد فهى محل
لذلك لانها مقيدة فى حال العدة لانها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر والقيد هو المنع وان كان مالا
ينبئ عنه اللفظ لغة وهو زوال حل المحلية شرعا فحل المحلية قائم لانه لا يزول الا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت
المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين ان قوله الطلاق تصرف فى الملك بالازالة غير سديد لان زوال الملك لا ينبئ عنه
اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعا ألا ترى ان الطلاق الرجعى واقع ولا يزول الملك بالاجماع ولو راجعها لا ينعدم الطلاق
بل يبقى أثره فى حق زوال المحلية وان انعدم أثره فى حق زوال الملك بخلاف الابانة لانها ازالة الملك والملك دليل وأما
الكناية فهل يلحقها ينظر ان كانت رجعية وهى ألفاظ وهى قوله اعتدى واستبرى رحمك وأنت واحدة
يلحقها فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدى لا يلحقها شئ وجه هذه الرواية
ان هذه كناية والكناية لا تعمل الا فى حال قيام الملك كسائر الكنايات وجه ظاهر الرواية ان الواقع بهذا النوع
من الكناية رجعى فكان فى معنى الصريح فيلحق الخلع والابانة فى العدة كالصريح وان كانت بائنة كقوله أنت
بائن ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف لان الابانة قطع الوصلة والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيا بخلاف
الطلاق لانه ازالة القيد وازالة حل المحلية وكل ذلك قائم ولانه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الاخبار لان المخبر
به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء لان ابانة المبان محال فيصحح بطريق الاخبار لانه يكون كذبا
فيصحح بطريق الانشاء ولان الابانة تحريم شرعا وهى محرمة وتحريم المحرم محال وسواء نجز الابانة فى حال قيام
العدة أو علقها بشرط بان قال لها فى العدة ان دخلت هذه الدار فانت بائن ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهى فى
العدة لا يقع الطلاق لان الابانة قطع الوصلة فلا تنعقد الا فى حال قيام الوصلة وهو الملك ولم يوجد فلا ينعقد ولو قال
لامرأته ان دخلت الدار فانت بائن أو حرام ونحو ذلك ثم أبانها أو خالعها ثم دخلت الدار وهى فى العدة وقعت عليها
تطليقة بالشرط فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع ويبطل التعليق وجه قوله ان التعليق بالشرط يصير تنجيزا عند
الشرط تقديرا ولو نجز الابانة عند الشرط لا يقع شئ لعدم الملك (ولنا) ان التعليق وقع صحيحا لقيام الملك عند وجوده
من كل وجه فانعقد موجبا للبينونة وزوال الملك عند وجود الشرط من كل وجه الا ان الابانة الطارئة أوجبت زوال
الملك من وجه للحال وبقى من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من ان يكون سببا لزوال الملك
عند الشرط من كل وجه لزوال الملك من وجه للحال بالتنجيز فبقى سببا لزوال الملك من وجه وفيه تصحيح التصرفين
فى حق الحكم بقدر الامكان فكان أولى من تصحيح أحدهما وابطال الآخر بخلاف تنجيز الابانة على المعتدة
المبانة وتعليقها انهما لا يصحان لان ثمة الملك وقت التنجيز والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه لقيام العدة
يوجب الصحة وزواله من وجه يمنع الصحة ومالم تعرف صحته اذا وقع الشك فى صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق
فى مسألتنا لانه وقع صحيحا بيقين لقيام الملك من كل وجه فتنجيز الابانة المعترضة يقع الشك فى بطلانه فلا يبطل مع
الشك فهو الفرق بين الفصلين والله عز وجل أعلم ولو آلى منها لم يصح ايلاؤه فى حكم البر لان الايلاء فى حق أحد
الحكمين وهو البر تعليق الابانة شرعا وشرط البر وهو عدم القربان فى المدة وقيام الملك شرط صحة الابانة تنجيزا كان أو
تعليقا كما فى التعليق الحقيقى على ما مر لان الطلاق فى الايلاء انما يقع عند مضى المدة من غير قربانها ويصير فيه ظالما
بمنع حقها فى الوطء فى المدة ولا حق للمبانة والمختلعة فى الوطء فلا يصح الايلاء فى حق الطلاق ولو آلى من زوجته ثم
أبانها ونوى الطلاق أو خلعها قبل مضى أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر قبل أن يقربها وهى فى العدة وقع الطلاق

عنـد نا خلافا لزفر بناء على ان الابانة الناجزة يلحقها الابانة بتعليق سابق عنـد نا خلافا له ولا يصح ظهاره من المبانة والمختلعة لان الظهار تحريم والحرمة قد ثبتت بالابانة والخلع السابق وتحريم المحرم ممتنع ولو علق الظهار بشرط في الملك بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت على كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار وهي في العدة لا يصير مظاهر امنها بالاجماع وهذا حجة زفر و وجه الفرق لنا بين الظهار و بين الكناية البائنة من وجهين أحدهما ماذكرنا ان الظهار يوجب حرمة مؤقتة بالكفارة وقد ثبتت الحرمة بالابانة من كل وجه فلا يحتمل التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لانها توجب زوال الملك من وجه دون وجه قبل انقضاء العدة فلا يمنع ثبوت حكم التعليق والثاني ان الظهار يوجب حرمـة ترتفع بالكفارة والابانة توجب حرمة لا ترتفع الا بنكاح جديد فكانت الحرمة الثابتة بالابانة أقوى الحرمتين والثابتـة بالظهار أضعفهما فلا تظهر بمقابلة الاقوى بخلاف تنجيز الكناية وتعليقها فان كل واحد منهما في ايجاب البينونة و زوال الملك على السواء فيعمل بهما بالقدر الممكن وفيما قلنا عمل بهما جميعا على ما بينا ولو خيرها في العـدة لا يصح بان قال لها اختاري فاختارت نفسها في العدة حتى لا يقع شئ بالاجماع لان التنجيز تمليك والتمليـك بلا ملك لا يتصور ولو قال لامرأته اذا جاء غد فاختاري ثم أبانها فاختارت نفسها في العدة لا يقع شئ بالاجماع وهذا أيضا حجة زفر والفرق لنا بين التنجيز و بين تعليق الكناية الثابتة بشرط انه لما قال لها اذا جاء غد فاختاري فقد ملكها الطلاق غـدا ولما أبانها فقد أزال الملك عن المحل من وجه و بقي من وجه على ما بينا والملك من وجه لا يكفي للتمليـك ويكفي للازالة كما في الاستيلاد والتدبير المطلق حتى لا يجوز بيع أم الولد والمدبر المطلق ويجوز اعتاقهما كذا هذا ولان التنجيز يعتبر فيه جانب الاختيار لا جانب التنجيز والتعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل انه لو شهد شاهـدان بالتنجيز وشاهدان بالاختيار ثم رجع الشهود فالضمان على شاهدي الاختيار لا على شاهدي التنجيز و بمثله لو شهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود اليمين لا شهود الدخول واذا كان المعتبر في التنجيـز هو اختيار المرأة لا تخيير الزوج يعتبر قيام الملك وقت اختيارها وهي مبانة وقت اختيارها فلم يقع شئ ولما كان المعتبر في التعليق هو اليمين لا الشرط يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط ولو قذفها بالزنا لا يلاعن لان اللعان لم يشرع الا بين الزوجـين قال الله سبحانه وتعالى والذين يرمون أزواجهم والزوجية قد انقطعت بالابانة والخلع وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة المصاهرة والرضاع فان الطلاق لا يلحقها وان كانت في العدة لان تحريم المحرم لا يتصور ولان الثابت بالطلاق حرمة مؤقتة والثابت بالرضاع والمصاهرة حرمة مؤبدة والحرمة المؤبدة أقوى الحرمتين فلا يظهر الاضعف في مقابلة الاقوى وكذلك لو اشـترى امرأته بعـد ما دخـل بها لا يلحقها الطلاق لانها ليست بمعتدة الا ترى أنه يحـل له وطؤها ولا يحـل وطء المعتـدة بحال وكذا لو قال لمنكوحته وهي أمة الغـير أنت طالق للسـنة ثم اشتراها وجاء وقت السنة لا يقع شئ لما ذكرنا انها ليست بمعتدة والطلاق المعـلق بشرط أو المضاف الى وقت لا يقع في غـير ملك النكاح والعـدة ولو قال العبد لامرأته وهي حرة أنت طالق للسنة ثم أبانها ثم جاء وقت السـنة يقع عليها الطلاق لانها معتدة منـه وكذلك اذا قال الرجـل لامرأته وهي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها فاعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لانهـا معتدة منـه لظهور حكم العدة بعد الاعتاق واذا ارتد الرجـل ولحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقـع على المرأة طلاقـه وان كانت في العـدة لان العصمة قد انقطعت بينهما بلحاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقـه كما لا يقع على المرأة طلاقه بعد انقضاء العـدة فان عاد الى دار الاسلام وهي في العـدة وقع طلاقه عليهـا لان المـانع من الطلاق اختلاف الدارين وقـد زال فان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع طلاق الزوج عليهـا لان العصمة قد انقطعت بلحاقهـا في بدار الحرب فصارت كالمنقضيـة العـدة فان عادت قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يقع طلاقه عليها (وجـه) قول أبي يوسف ان العدة باقية حقيقة الا أنه لم يظهر حكمها للحـال لمانع وهو اللحاق لاختـلاف الدارين فان عادت الى دار الاسـلام فقـد زال المـانع فظهر حكم

العدة كما في جانب الرجل ولابي حنيفة ان المرتدة بلحاقها بدار الحرب صارت كالحربية الاصلية ألا ترى أنها تسترق كالحربية فبطلت العدة في حقها أصلا فلا تعود بعودها الى دار الاسلام بخلاف المرتد وعلى هذا الاصل يخرج عدد الطلاق قبل الدخول انه ان أوقع مجتمعا يقع الكل وان أوقع متفرقا لا يقع الا الاول لان الايقاع اذا كان مجتمعا فقد صادف الكل محله وهو الملك فيقع الكل واذا كان متفرقا فقد بانت بالاول والثاني والثالث صادفها ولا ملك ولا عدة فلا يقع وبيان هذا الاصل في مسائل اذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثا أو قال أنت طالق ثنتين وقع ذلك عند عامة العلماء وقال الحسن البصري لا يقع الا واحدة ويلغو قوله ثلاثا أو ثنتين (وجه) قوله ان قوله أنت طالق كلام تام لكونه مبتدأ وخبرا وقد سبق العدد في الذكر فيسبق في الوقوع فبين بقوله أنت طالق والعدد يصادفها بعد حصول البينونة فيلغو كما اذا قال أنت طالق وطالق (ولنا) انه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة ودلالة الوصف من وجهين أحدهما أن العدد هو الواقع وهو الثلاث وقد أوقع الثلاث مجتمعا والثاني ان الكلام انما يتم بآخره لان المتكلم ربما يعلق كلامه بشرط أو بصفة الى وقت أو يلحق به الاستثناء لحاجته الى ذلك فيقف أول الكلام على آخره واذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة فيقع الكل جملة واحدة ولا يتقدم البعض على البعض ولهذا لو قال لها أنت طالق واحدة فماتت بعد قوله طالق قبل قوله واحدة لم يقع شئ لان الواقع هو العدد وذلك وجد بعد الموت وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثا ان شاء الله فماتت بعد قوله ثلاثا قبل قوله ان شاء الله لا يقع شئ لانه توقف أول الكلام على وجود آخره المغير له فلم يتعلق باوله حكم فلا يقع به شئ في حال الحياة ولا يقع بعد الموت لعدم التطليق عند وجود الاستثناء وعدم المحل أيضا وكذلك اذا ذكر بعده ماهو صفة له وقع بتلك الصفة كما اذا قال أنت طالق بائن أو حرام لان الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا ينفصل البعض عن البعض في الوقوع وفائدة هذا لا تظهر في التنجيز لان الطلاق قبل الدخول لا يقع الا بائنا سواء وصفه بالبينونة أم لم يصفه وانما تظهر في التعليق بان يقول لها أنت طالق بائن ان دخلت الدار انه لا يتنجز بل يتعلق بالدخول لان قوله بائن بين الايقاع والشرط لا يقع فاصلا بينهما لما ذكرنا أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلا بين الايقاع والشرط فلا يمنع التعليق بالشرط ولو قال لها أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للمقارنة فقد أوقع الطلاقين معا فيقعان معا كما لو كانت مدخولا بها وكذا لو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعد واحدة لان هذا ايقاع طلقة واحدة للحال واضافة طلقة أخرى الى الزمان الماضي فيقع في الحال واحدة ولم تصح اضافة الاخرى الى الماضي لما فيه من الاستحالة فيقع في الحال ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعدها واحدة يقع واحدة لانه أوقع تطليقة واحدة وأعقبها بتطليقة أخرى فوقعت الاولى ولغت الثانية لعدم الملك والعدة ولو كرر لفظ الطلاق فالامر لا يخلو اما ان كرر بدون حرف العطف واما ان يكون بحرف العطف وكل ذلك لا يخلو اما ان نجز أو علق فان كرر بغير حرف العطف ونجز بان قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو قال أنت طالق طالق طالق يقع الاولى ويلغو الثانية والثالثة لانه أوقع متفرقا أما في قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلان كل واحد من هذه الالفاظ الثلاثة كلام تام لانه مبتدأ وخبر وكل واحد منهما وجد متفرقا فكان كل واحد منهما ايقاعا متفرقا فيقتضي الوقوع متفرقا فتحصل البينونة بالاولى والثاني والثالث يصادفها ولا ملك ولا عدة فيلغو وكذلك اذا قال أنت طالق طالق طالق لان الثاني والثالث خبر لا مبتدأ له فيعاد المبتدأ كانه قال أنت طالق أنت طالق وان علق بشرط فان قدم الشرط بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق فالاولى يتعلق بالشرط لوجود التعليق الصحيح وهو ذكر شرط وجزاء في الملك والثاني ينزل في الحال لان قوله أنت طالق ايقاع تام وقوله وطالق معناه أنت طالق وانه ايقاع تام لانه مبتدأ وخبر وقد صادف محله وهو المنكوحة فيقع ويلغو الثالث لوقوع البينونة بالايقاع ولو تزوجها ودخلت الدار ينزل المعلق لان اليمين باقية لانها لا تبطل بالابانة فوجد الشرط وهي في ملكه فينزل الجزاء ولو دخلت الدار بعد البينونة قبل التزوج تنحل اليمين ولا

يقع الطلاق وان كانت مدخولا بها فالاول يتعلق بالشرط لما ذكرنا والثانى والثالث ينزلان للحال لان كل واحد منهما ايقاع صحيح لمصادفته محله وان أخر الشرط بأن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق طالق طالق ان دخلت الدار فالاول ينزل فى الحال لانه ايقاع تام صادف محله و يلغو الثانى والثالث بحصول البينونة بالاولى فلم يصح التعليق لعدم الملك وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثانى للحال و يتعلق الثالث بالشرط لان الاول والثانى كل واحد منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ وخبرا وقد صادف محله فوقع للحال والثالث علقه بالشرط فتعلق به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف التعليق محله فصح بخلاف الفصل الاول وان كرر بحرف العطف فان نجز الطلاق بأن قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو قال أنت طالق فطالق فطالق لا يقع الا الاول بلا خلاف لانه أوقع الثلاث متفرقا لوجود حروف موضوعة للتفرق لان ثم للترتيب مع التراخى والفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الطلقة الاولى يمنع من ترتيب الثانية والثالثة عليها وكذلك اذا قال أنت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء وقال مالك يقع الثلاث (وجه) قوله ان الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكان هذا ايقاع الثلاث جملة واحدة كأنه قال أنت طالق ثلاثا (ولنا) ان الواو للجمع المطلق والجمع المطلق فى الوجود لا يتصور بل يكون وجوده على أحد الوضعين عينا اما القران واما الترتيب فان كان الوقوع بصفة الترتيب لا يقع الا الاول وان كان بصفة القران يقع الثانى والثالث فيقع الشك فى وقوع الثانى والثالث فلا يقع بالشك وان علق بشرط فاما ان قدم الشرط على الجزاء واما ان أخره عنه فان قدمه بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق تعلق الكل بالشرط بالاجماع حتى لا يقع شئ قبل دخول الدار فاذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع الا واحدة فى قول أبى حنيفة وان دخلت الدار قبل الدخول بها فيقع الثلاث بالاجماع لكن عند أبى حنيفة على التعاقب وعندهما يقع على الجمع وعلى هذا الخلاف اذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق فتزوجها لا يقع الا واحدة عنده وعندهما يقع الثلاث ولو قال ان تزوجتك فانت طالق وأنت على كظهر أمى فتزوجها طلقت ولم يصر مظاهرا منها عنده خلافا لهما ولو قدم الظهار على الطلاق بان قال ان تزجتك فانت على كظهر أمى وأنت طالق يقع الطلاق والظهار جميعا بالاجماع (وجه) قولهما انه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ودلالة الوصف انه جمع التطليقات الثلاث بحرف الجمع وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع لغة وشرعا أما اللغة فان قول القائل جاءنى زيد وزيد وزيد وقوله جاءنى الزيدون سواء وأما الشرع فان من قال لفلان على الف درهم ولفلان كان الالف بينهما كما لو قال لهذين الرجلين على الف درهم وكذا الفضولى اذا زوج رجل امرأة وفضولى آخر زوج أخت تلك المرأة من ذلك الرجل فبلغه النكاحان فقال أجزت نكاح هذه وهذه بطل النكاحان جميعا كما لو قال أجزت نكاحهما فثبت ان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ثلاثا لوقع الثلاث سواء دخلتها قبل الدخول بها أو بعد الدخول كذا هذا ولا يلزم التنجيز فانه لو ذكر لفظ الجمع قبل الدخول بها بان قال أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث ولو ذكر بحرف الجمع لا يقع الا واحدة بان قال لها أنت طالق وطالق وطالق لان العطف والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع اذا صح العطف والجمع فى التنجيز لم يصح لانه لما قال لها أنت طالق فقد بانت بواحدة لعدم العدة فامتنع وقوع الثانى والثالث لانعدام محل الطلاق بخلاف التعليق بالشرط لان التعليق بالشرط قد صح وصح التكلم بالثانى والثالث لان ملكه قائم بعد التعليق فصح التكلم به واذا صح التكلم بحرف الجمع صار التكلم به كالتكلم بلفظ الجمع ولهذا وقع الثلاث اذا أخر الشرط كذا هذا ولابى حنيفة ان قوله ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق ايقاع الثلاث متفرقا فى زمان ما بعد الشرط فيقتضى الوقوع متفرقا كما اذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق واحدة بعدها أخرى ولا شك ان الايقاع ان كان متفرقا يكون الوقوع متفرقا لان الوقوع على حسب الايقاع لانه حكمه والحكم يثبت

على وفق العلة والدليل عليه انه أوقع الثلاث فى زمان ما بعد الشرط لان الايقاع هو كلامه السابق اذلا كلام منه سواه وكلامه متفرق فان قوله طالق كلام تام مبتدأ وخبر وقوله وطالق معطوف على الاول تابعا فيكون خبر الاول خبرا له كانه قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق وهذه كلمات متفرقة فيكون الاول متفرقا ضرورة فيقتضى الوقوع متفرقا وهوان يقع الاول ثم الثانى ثم الثالث فان لم تكن المرأة مدخولا بها فدخول الاول يمنع وقوع الثانى والثالث عقيبه لانعدام الملك والعدة ولهذا لم يقع فى التنجيز الا واحدة لكون الايقاع متفرقا الا ان هنالك أوقع متفرقا فى الحال فى زمان بعد الشرط ولا يلزم ما اذا قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلتها انه يقع الثلاث لان هنالك ما أوقع الثلاث متفرقا بل أوقعها جملة واحدة لان قوله أنت طالق ثلاثا موضوع العدد معلوم لغة ألا ترى ان فى التنجيز كذلك فكذا فى التعليق ولا يلزم ما اذا أخر الشرط لانهم وضعوا هذا الكلام عند تأخير الشرط ذكرا لايقاع الثلاث جملة وان كان متفرقا من حيث الصورة لضرورة دعتهم الى ذلك وهى ضرورة تدارك الغلط لان الطلاق والعتاق مما يجرى على اللسان غلطا من غير قصد فوضعوا الشرط والاستثناء فى الكلام لتدارك الغلط حتى اذا لم يكن ذلك عن قصد الحق الرجل به الاستثناء فيقول ان شاء الله تعالى أو يقول ان دخلت الدار فصار هذا الكلام عند تأخير الشرط لايقاع الثلاث جملة وضعا وان كان من حيث الصورة متفرقا لحاجتهم الى تدارك الغلط وهم أهل اللسان فلهم ولاية الوضع والحاجة الى تدارك الغلط عند تأخير الشرط لا عند تقديمه فيجب العمل بحقيقة الوضع الآخر عند التقديم ولا يلزم ما اذا قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال فى اليوم الثانى ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال فى اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم دخلت الدار انه يقع الثلاث وان كان الايقاع متفرقا لان هنالك ما أوقع الثلاث متفرقا فى زمان ما بعد الشرط لان ذلك الكلام ثلاثة ايمان كل واحدة منها جعلت علما على الانطلاق فى زمان واحد بعد الشرط فكان زمان ما بعد الشرط وهو دخول الدار وقت الحنث فى الايمان كلها فيقع جملة ضرورة حتى لو قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال فى اليوم الثانى ان دخلت هذه الدار الاخرى فانت طالق ثم قال فى اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق لا يقع بكل دخلة الا طلاق واحد لان الموجود ثلاثة ايمان لكل واحد شرط على حدة بخلاف مسئلتنا فان الموجود يمين واحدة ولها شرط واحد وقد جعل الحالف جزاء هذه اليمين ايقاعات متفرقة فى زمان ما بعد الشرط فلا بد من تفرق الايقاعات فى زمان ما بعد الشرط فيقع كل جزاء فى زمان كما فى قوله ان دخلت هذه الدار فانت طالق واحدة بعدها أخرى بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ونصف لان هنالك ما أوقع متفرقا بل مجتمعا لان قوله طالق ونصف اسم واحد بمسمى واحد وان كان النصف معطوفا على الواحد كقولنا أحد وعشرون ونحو ذلك فكان ذلك تطليقتين على الجمع ولهذا كان فى التخيير كذلك فكذلك فى التعليق وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين لان ذلك ايقاع الثلاث علة فى زمان ما بعد الشرط لانه أوقع الواحدة ثم تدارك الغلط باقامة الثنتين مقام الواحدة والرجوع عن الاول والرجوع لم يصح لان تعليق الطلاق لا يحتمل الرجوع عنه وصح ايقاع التطليقتين فكان ايقاع الثلاث بعد الشرط فى زمان واحد كانه قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا وههنا بخلافه وأما قوله انه جمع بين الايقاعات بحرف الجمع وهو الواو فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان الواو للجمع المطلق من غير التعرض لصفة القران والترتيب والجمع المطلق فى الوجود لا يتصور لانه لا يوجد الا مقيدا باحد الوصفين فبعد ذلك حمله على القران يكون عدولا عن حقيقة الكلمة وجعلها مجازا عن كلمة مع ونحن نحمله على الترتيب ونجعله مجازا عن كلمة ثم فوقع التعارض فسقط الاحتجاج بحرف الواو مع ما ان الترجيح معنا من وجهين أحدهما ان الحمل على الترتيب موافق للحقيقة لوجود الايقاع متفرقا حقيقة لا موجب حرف الواو والحمل على القران يخالف الحقيقة فكان الحمل على الترتيب أولى والثانى ان الحمل على الترتيب يمنع من وقوع الثانى والثالث

والحمل على القران يوجب الوقوع فلا يثبت الوقوع بالشك على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا ووقع الشك في ثبوته لا يثبت بالشك بخلاف مسئلة الفضولي فانه كما لا يجوز الجمع بين الاختين على المقارنة لا يجوز على الترتيب فامكن العمل بحرف الواو فيما يقتضيه وهو الجمع المطلق وفي مسئلة الاقرار توقف أول الكلام على آخره لضرورة تدارك الغلط والنسيان اذ قد يكون على انسان حق لاثنين فيقر بكل الحق لاحدهما على السهو والغفلة ثم يتذكر فيتدارك بهذه اللفظة فوقف أول الكلام على آخره وصارت الجملة اقرارا واحدا لهما للضرورة كما قلنا في تأخير الشرط في الطلاق ومثل هذه الضرورة في مسئلتنا منعدمة فيجب العمل بالحقيقة ولو علق بحرف الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فجعل الكرخي والطحاوي حرف الفاء ههنا كحرف الواو وأثبتا الخلاف فيه والفقيه أبو الليث جعله مثل كلمة بعد وعده مجمع عليه فقال اذا كانت غير مدخول بها لا يقع الا واحدة بالاجماع وهكذا ذكر الشيخ الامام الاجل الاستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى وهذا أقرب الى الفقه لان الفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الاول يمنع من تعقب الثاني والثالث ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فالاول يتعلق بالشرط والثاني يقع للحال ويلغو الثالث في قول أبي حنيفة كما اذا لم يذكر الواو ولا الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق طالق طالق فان تزوج بها ودخلت الدار ولم تكن دخلت قبل ذلك الدار نزل المعلق وان كانت مدخولا بها يتعلق الاول بالشرط وتقع الثانية والثالثة في الحال فان دخلت الدار وهي في العدة أو دخلتها بعد ان راجعها نزل المعلق وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شئ في الحال واذا دخلت الدار يقع واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث على التعاقب كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وبعدها واحدة وبعدها واحدة وكما قال أبو حنيفة في حرف الواو وجه قولهما ان عطف البعض على البعض بحرف العطف لان ثم حرف عطف كالواو فيتعلق الكل بالشرط ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم لانه للترتيب مع التراخي فيعتبر أن معنى العطف في التعليق ومعنى الترتيب في الوقوع على ما نذكر ولابي حنيفة أن قوله ان دخلت الدار فانت طالق يمين تامة لوجود الشرط والجزاء وانها منعقدة لحصولها في الملك فلما قال ثم طالق فقد تراخى الكلام الثاني عن الاول فصار كانه سكت ثم قال لها أنت طالق فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط وأبو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخي في نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الاول والثاني بالتراخي كالفصل بالسكوت على ما نذكر ان شاء الله تعالى ولو أخر الشرط بان قال أنت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق فطالق فطالق ان دخلت الدار تعلق الكل بالشرط فان وجد الشرط يقع الثلاث بالاجماع لان أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لحاجتهم الى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار أنت طالق ان دخلت الدار أنت طالق ان دخلت الدار أو قدم الشرط بان قال ان دخلت فانت طالق قال ذلك ثلاثا يتعلق الكل بالدخول فلم تدخل لا يقع شئ واذا دخلت الدار دخلة واحدة يقع الثلاث بالاجماع لما قلنا ان هذه ايمان ثلاثة لها شرط واحد كل يمين ايقاع الطلاق الثلاث في زمان واحد وهو ما بعد الشرط فكان ايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لا متفرقا فاذا وجد الشرط يقع جملة ولو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار فالاول يقع للحال ويلغو الثاني والثالث في قول أبي حنيفة وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط ولا يقع الا واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها وجعل ثم عندهما في هذه الصورة كالواو والفاء وجه قولهما على ظاهر الرواية عنهما ان ثم حرف عطف كالواو والفاء ولها معنى خاص وهو التراخي فيجب اعتبار المعنيين جميعا فاعتبرنا معنى العطف في تعليق الكل بالشرط كما في حرف الواو والفاء واعتبرنا معنى التراخي في الوقوع وهذا يمنع وقوع الثانية والثالثة قبل الدخول بها وجه قول أبي حنيفه ان كلمة ثم موضوعة

للتراخي وقد دخلت على الايقاع فيقتضي تراخي الثاني عن الاول في الايقاع كانه قال أنت طالق وسكت ثم قال فطالق وطالق ان دخلت الدار فيقع الاول للحال و يلغو الثاني والثالث لانهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالاول فلا يقعان في الحال ولا يتعلقان بالشرط أيضا لانعدام الملك وقت التعليق فلم يصح التعليق فالحاصل انهما يعتبران معنى التراخي في الوقوع لا في الايقاع وأبو حنيفة يعتبر معنى التراخي في الايقاع لان الحكم الايقاع واعتبار أبي حنيفة أولى لان كلمة التراخي دخلت على الايقاع والتراخي في الايقاع يوجب التراخي في الوقوع لان الحكم يثبت على وفق العلة فاما القول بتراخي الوقوع من غير تراخي الايقاع فقول باثبات حكم العلة على وجه لا تقتضيه العلة وهذا لا يجوز وروى عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق استغفر الله ان دخلت الدار موصولا أو قال سبحان الله أو الحمد لله انه يدين فيما بينه و بين الله تعالى و يقع في القضاء في الحال لان هذا كلام لا تعلق له بالطلاق فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط فيمنع التعليق كما لو سكت بينهما من غير ضرورة السعال فيقع في الحال في القضاء ولا يصدق ان أراد به التعليق لانه خلاف الظاهر و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه وكذا اذا تنحنح من غير سعال غشيه أو تساعل لانه لما تنحنح من غير ضرورة أو تساعل فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت ولو قال أنت طالق واحدة وعشرين أو واحدة وثلاثين أو واحدة وأربعين أو قال أحد وعشرين أو أحد وثلاثين أو أحد وأربعين وقعت ثلاثا في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع الا واحدة وجه قوله انه أوقع الثلاث متفرقا لانه عطف عددا على عدد فوقوع الاول يمنع وقوع الثاني كما اذا قال لها أنت طالق وطالق أو فطالق ولنا أن قوله أحد وعشرين في الوضع كلام واحد وضع لمسمى واحد ألا ترى أنه لا يمكن أن يتكلم به الا على هذا الوجه فلا يفصل البعض عن البعض كقوله أنت طالق ثلاثا وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق اثنتين وعشرين أو اثنتين وثلاثين أو اثنتين وأربعين أو قال اثني وعشرين أو اثني وثلاثين أو اثني وأربعين انه ثلاث عندنا وعند زفر اثنتان لما قلنا ولو قال أنت طالق احدى عشرة يمكن أن يتكلم على غير هذا الوجه بان يأتي باللفظ المعتاد فيقول احدى عشرة أو أحد عشر فاذا لم يقل يعتبر عطفا على الواحد فكان ايقاع العشرة بعد الواحد فلا يصح كما لو قال أنت طالق وطالق أو فطالق أو ثم طالق وذكر الكرخي عن أبي يوسف في احدى وعشرة انه ثلاث لانه يفيد ما يفيده قولنا أحد عشر فكان مثله ولو قال أنت طالق واحدة ومائة أو واحدة وألفا كان واحدة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه كان يمكنه أن يتكلم به على غير هذا الوجه وهو أن يقول مائة وواحدة وألفا وواحدة لان هذا هو المعتاد فاذا قدم الواحدة فقد خالف المعتاد فلا يمكن أن يجعل الكل عددا واحدا فيجعل عطفا فيمتنع وقوع ما زاد على الواحدة وقال أبو يوسف اذا قال واحدة ومائة تقع ثلاثا لان التقديم والتأخير في ذلك معتاد ألا ترى انهم يقولون في العادة مائة و واحدة و واحدة ومائة على السواء ولو قال أنت طالق واحدة ونصفا يقع اثنتان في قولهم لان هذه جملة واحدة ألا ترى انه لا يمكنه أن يتكلم بها الا على هذا الوجه فكان هذا اسما لمسمى واحد والطلاق لا يتجزأ فكان ذكرا بعضه ذكرا للكل فكان هذا ايقاع تطليقتين كانه قال لها أنت طالق ثنتين ولو قال أنت طالق نصفا وواحدة يقع عليها اثنتان عند أبي يوسف وعند محمد واحدة له أن التكلم على هذا الوجه غير معتاد بل العادة قولهم واحدة ونصفا فاذا عدل عن المعتاد لم يمكن أن يجعل الكل عددا واحدا فيجعل عطفا وأبو يوسف يقول الاستعمال على هذا الوجه معتاد فانه يقال واحدة ونصفا وواحدة على السواء ومنها الاضافة الى المرأة في صريح الطلاق حتى لو أضاف الزوج صريح الطلاق الى نفسه بان قال أنا منك طالق لا يقع الطلاق وان نوى وهذا عندنا وقال الشافعي الاضافة الى المرأة في صريح الطلاق حتى لو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ونوى الطلاق يصح وجه قوله ان الزوج أضاف الطلاق الى محله فيصح كما اذا قال لها أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ودلالة الوصف ان محل الطلاق المقيد لان التطليق رفع القيد والرجل مقيد اذ المقيد هو الممنوع والزوج ممنوع

عن التزوج باختها وعن التزوج باربع سواها فكان مقيدا فكان محلا لاضافة الكناية المبينة اليه لما ان الابانة قطع
الوصلة وانها ثابتة من جانبه كذا هذا ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن
لعدتهن أمر سبحانه وتعالى بتطليقهن والامر بالفعل نهي عن تركه وتطليق نفسه ترك لتطليق امرأته حقيقة لانه
أضاف الطلاق الى نفسه لا الى امرأته حقيقة فيكون منهيا والمنهي غير المشروع والتصرف الذي ليس بمشروع
لا يعتبر شرعا وهو تفسير عدم الصحة وأما السنة فما روى أبو داود في سننه باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهى عن التطليق مطلقا سواء كان مضافا الى الزوج أو
الى الزوجة وأكد النهي بقوله فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فظاهر الحديث يقتضي أن يكون التطليق منهيا سواء
أضيف الى الزوج أو اليها ثم جاءت الرخصة في التطليق المضاف الى الزوجة في نصوص الكتاب من قوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن وقوله تعالى فان طلقها وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ونحو ذلك فبقي التطليق المضاف
الى الزوج على أصل النهي والمنهي غير مشروع والتصرف الشرعي اذا خرج من أن يكون مشروعا لا وجود له شرعا
فلا يصح ضرورة وأما المعقول فهو أن قوله أنا منك طالق اما أن يعتبر اخبارا عن كونه طالقا كما يقتضيه ظاهر الصيغة
واما أن يعتبر انشاء وهو اثبات الانطلاق ولا سبيل الى الثاني لانه منطلق وليس عليه قيد النكاح واثبات الثابت
محال فتعين الاول وهو أن يكون اخبارا عن كونه طالقا وهو صادق في هذه الاخبار والدليل على انه ليس عليه قيد
النكاح وجهان أحدهما ان قيد النكاح في جانب المرأة انما ثبت لضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح وهو السكن
والنسب لان الخروج والبروز ريب فلا يطمئن قلبه اليها واذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه وهذه الضرورة منعدمة في
جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح والثاني ان قيد النكاح هو ملك النكاح وهو الاختصاص الحاجز والزوج
مالك لان المرأة مملوكة ملك النكاح والمملوك لا بد له من مالك ولا ملك لغير الزوج فيها فعلم ان الزوج مالكها فاستحال
أن يكون مملوكا بخلاف ما اذا أضاف الطلاق اليها فان قال لها أنت طالق انه لا يمكن حمل هذه الصيغة على الاخبار
لانه يكون كذبا لكونها غير منطلقة لثبوت قيد النكاح فيحمل على الانشاء انه ممكن لعدم الانطلاق قبله بخلاف
الكناية المبينة لان الابانة قطع الوصلة وانها ثابتة في الطرفين فاذا زالت من أحد الطرفين تزول من الطرف الآخر
ضرورة لاستحالة اتصال شئ بما هو منفصل عنه والتحريم اثبات الحرمة وانها لا تثبت من أحد الجانبين لاستحالة
أن يكون الشخص حلالا لمن هو حرام بخلاف الطلاق لانه اثبات الانطلاق ورفع القيد والقيد لم يثبت الا من جانب
واحد وانه قائم وأما قوله الزوج ممنوع عن التزوج باختها وأربع سواها فنعم لكن ذلك لم يثبت الا من جانب واحد
وانه قائم لان المنع من ذلك لكونه جمعا بين الاختين في النكاح وهذا كان ثابتا قبل النكاح ألا ترى لو تزوجهما جميعا
لم يجز وسواء كانت الاضافة الى امرأة معينة أو مبهمة عند عامة العلماء حتى لو قال لامرأتيه إحداكما طالق أو قال
لاربع نسوة له احداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها صحت الاضافة وقال نفاة القياس لا تصح اضافة الطلاق
الى المعينة وجه قولهم لم يصلح محلا للنكاح فلا يصلح محلا للطلاق اذ الطلاق يرفع ما ثبت بالنكاح وكذا لم يصلح
محلا للبيع والهبة والاجارة وسائر التصرفات فكذا الطلاق وأما عمومات الطلاق من الكتاب والسنة من نحو
قوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وقوله الطلاق مرتان وقوله سبحانه فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره وقوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وقول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي
والمعتوه من غير فصل بين طلاق وطلاق و بين الطلاق المضاف الى المعين والمجهول ولان هذا ليس بتنجيز الطلاق في
الحقيقة بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط البيان لما نذكر والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط ألا ترى أنه يصح
تعليقه بسائر الشروط فكذا بهذا الشرط بخلاف النكاح فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلا تكون المجهولة محلا
للنكاح وكذا الاجارة والبيع وسائر التصرفات وعلى هذا الوجه لا يكون هذا ايقاع الطلاق في المجهولة لانه تعليق

بشرط

بشرط البيان فيقع الطلاق فى المبينة لا فى المجهولة على انا ان قلنا بالوقوع كما قال بعضهم فهذه جهالة يمكن رفعها بالبيان فالطلاق يحتمل خطر الجهالة ألا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة بحقيقة ان البيع يحتمل جريان الجهالة فانه اذا باع قفيزا من صبرة جاز وكذا اذا باع أحد شيئين على ان المشترى بالخيار يأخذ ايهما شاء ويرد الآخر جاز فالطلاق أولى لانه فى احتمال الخطر فوق البيع ألا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة والبيع لا يحتمل ذلك فلما جاز بيع المجهول فالطلاق أولى وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان طلق واحدة من نسائه عينا ثم نسى المطلقة حتى لا يحل له وطء واحدة منهن لان المقارن لما لم يمنع صحة الاضافة فالطارئ لان لا يرفع الاضافة الصحيحة أولى لان المنع أسهل من الرفع والله عز وجل أعلم ومنها الاضافة الى جميع أجزائها أو الى جزء جامع منها أو شائع وجملة الكلام انه لا خلاف انه اذا أضاف الطلاق الى جزء جامع منها كالرأس والوجه والرقبة والفرج انه يقع الطلاق لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن يقال فلان يملك كذا وكذا رأسا من الرقيق وكذا وكذا رقبة وقال الله تعالى أو تحرير رقبة والمراد بها الجملة وفى الخبر لعن الله الفروج على السروج والوجه يذكر ويراد به الذات قال الله سبحانه وتعالى كل شئ هالك الا وجهه أى الا هو ومن كفل بوجه فلان يصير كفيلا بنفسه فيثبت ان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كانه قال أنت طالق وكذا اذا أضاف الى وجهها لان قوام النفس بها ولان الروح تسمى نفسا قال الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها والتى لم تمت فى منامها ولو أضاف الطلاق الى دبرها لا يقع لان الدبر لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الفرج ولا خلاف أيضا فى انه اذا أضاف الطلاق الى جزء شائع منها بان قال نصفك طالق أو ثلثك طالق أو ربعك طالق أو جزء منك انه يقع الطلاق لان الجزء الشائع محل للنكاح حتى تصح اضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق ولان الاضافة الى الجزء الشائع يقتضى ثبوت حكم الطلاق فيه وانه شائع فى جملة الاجزاء بعذر الاستمتاع بجميع البدن لما فى الاستمتاع به استمتاع بالجزء الحرام فلم يكن فى ابقاء النكاح فائدة فيزول ضرورة واختلف فيما اذا أضاف الطلاق الى الجزء المعين الذى لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والاصبع ونحوها قال أصحابنا لا يقع الطلاق وقال زفر يقع وبه أخذ الشافعى وجه قولهما ان اليد جزء من البدن فيصح اضافة الطلاق اليها كما لو أضاف الى الجزء الشائع منها والدليل على ان اليد جزء من البدن ان البدن عبارة عن جملة أجزاء مركبة منها اليد فكانت اليد بعض الجملة المركبة والاضافة الى بعض البدن اضافة الى الكل كما فى الجزء الشائع ولنا قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أمر الله تعالى بتطليق النساء والنساء جمع المرأة والمرأة اسم لجميع أجزائها والامر بتطليق الجملة يكون نهيا عن تطليق جزء منها لا يعبر به عن جميع البدن لانه ترك لتطليق جملة البدن والامر بالفعل نهى عن تركه والمنهى لا يكون مشروعا فلا يصح شرعا ولان قوله يدك طالق اضافة الطلاق الى ما ليس بمحل الطلاق فلا يصح كما لو أضاف الطلاق الى خمارها ودلالة الوصف انه أضاف الطلاق الى يدها ويدها ليست بمحل للطلاق لوجهين أحدهما انها ليست بمحل للنكاح حتى لا تصح اضافة النكاح اليها فلا تكون محلا للطلاق لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح ألا ترى انها لما لم تكن محلا للاقالة لانها فسخ ما ثبت بالبيع كذا هذا والثانى ان محل الطلاق محل حكمه فى عرف الفقهاء وحكم الطلاق زوال قيد النكاح وقيد النكاح ثبت فى جملة البدن لا فى اليد وحدها لان النكاح أضيف الى جملة البدن ولا يتصور القيد الثابت فى جملة البدن فى اليد وحدها فكانت الاضافة الى اليد وحدها اضافة الى ما ليس بمحل الطلاق فلا يصح وكذا يقال فى الجزء الشائع لانه لا يثبت الحكم فى البدن بالاضافة الى الجزء الشائع بل لمعنى آخر وهو عدم الفائدة فى بقاء النكاح على ما مر بيانه أو يضاف اليه لانه من ضرورات الاضافة الى الجزء الشائع كمن قطع حبلا مملوكا له تعلق به قنديل غيره وههنا لا ضرورة لو ثبت الحرمة فى الجزء المعين مقصورا عليه لامكان الانتفاع بباقى البدن فكان بقاء النكاح مفيدا لكن لا قائل به على ما عرف فى الخلافيات وأما قوله اليد جزء من البدن فنقول ان سلم ذلك لكنه جزء معين فلم يكن محلا للطلاق بخلاف

الجزء الشائع فانه غير معين وهذا لان الجزء اذا كان شائعا فما من جزء يشار اليه الا ويحتمل أن يكون هو المضاف اليه
الطلاق فتعذر الاستمتاع بالبدن فلم يكن في بقاء النكاح فائدة بخلاف المعين على مامر ومنها قبول العوض من المرأة
في أحد نوعي الخلع وفي الطلاق على مال اذا لم يكن هناك قائل آخر سواها أما الخلع فجملة الكلام فيه ان الخلع
نوعان خلع بعوض وخلع بغير عوض أما الذي هو بغير عوض فنحو ان قال لامرأته خالعتك ولم يذكر العوض فان
نوى به الطلاق كان طلاقا والا فلا لانه من كنايات الطلاق عندنا ولو نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى اثنتين فهي
واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر بمنزلة قوله أنت بائن ونحو ذلك على مامر وأما الثاني وهو أن يكون مقرونا
بالعوض لما ذكرنا بان قال خالعتك على كذا وذكر عوضا واسم الخلع يقع عليهما الا انه عند الاطلاق ينصرف الى
النوع الثاني في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية حتى لو قال لاجنبي اخلع امرأتي فخلعها بغير عوض
لم يصح وكذا لو خالعها على ألف درهم فقبلت ثم قال الزوج لم أنو به الطلاق لا يصدق في القضاء لان ذكر العوض
دليل ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر بخلاف ما اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال
ما أردت به الطلاق انه يصدق اذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على ارادة الطلاق من غضب أو ذكر طلاق على ما ذكرنا
في الكنايات لان هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل في الطلاق وفي غيره فلا بد من النية لينصرف الى
الطلاق بخلاف ما اذا ذكر العوض لانه مع ذكر العوض لا يستعمل في العرف والشرع الا للطلاق ثم الكلام في
هذا النوع يقع في مواضع في بيان ماهيته وفي بيان كيفيته وفي بيان شرط صحته وفي بيان شرط وجوب العوض وفي
بيان قدر ما يحل للزوج أخذه منها من العوض وما لا يحل وفي بيان حكمه أما الاول فقد اختلف في ماهية الخلع قال
أصحابنا هو طلاق وهو مروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وللشافعي قولان في قول مثل قولنا وفي قول ليس بطلاق
بل هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وفائدة الاختلاف انه اذا خالع امرأته ثم تزوجها تعود اليه
بطلاقين عندنا وعنده بثلاث تطليقات حتى لو طلقها بعد ذلك تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا وعنده
لا تحرم الا بثلاث احتج الشافعي بظاهر قوله عز وجل الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها ذكر سبحانه الطلاق مرتين
ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم ذكر الطلاق أيضا بقوله عز وجل فان طلقها فلو جعل الخلع طلاقا
لازداد عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز لان الفرقة في النكاح قد تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة
بعدم الكفاءة وخيار العتاقة والردة واباء الاسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل فلا
يكون طلاقا كما لو قال طلقتك على ألف درهم فقبلت ولنا أن هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج
فتكون طلاقا وقوله الفرقة في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصودا اذ النكاح
لا يحتمل الفسخ مقصودا عندنا لان جوازه ثبت مع قيام المنافي للجواز وهو الحرية في الحرة وقيام ملك اليمين في الامة
على ما عرف الا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي وألحقه بالعدم لحاجة الناس وحاجتهم تندفع بالطلاق بعوض
وغير عوض وانفساخه ضرورة فلا حاجة الى الفسخ مقصودا فلا يسقط اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصودا
والانفساخ فيما ذكرنا من المواضع ما ثبت مقصودا بل ضرورة ولا كلام فيه ولان لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على
الفسخ لانه مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع اخراج الشئ من الشئ في اللغة قال الله عز وجل ونزعنا ما في صدورهم
من غل أي أخرجنا وقال سبحانه وتعالى ونزع يده أي أخرجها من جيبه فكان معنى قوله خلعها أي أخرجها عن
ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن وفسخ النكاح رفعه من الاصل وجعله كأن لم يكن رأسا فلا يتحقق فيه
معنى الاخراج واثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى ولان فسخ العقد لا يكون الا بالعوض الذي
وقع عليه العقد كالاقالة في باب البيع والخلع على ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز فلم يكن فسخا وأما الآية فلا حجة
له فيها لان ذكر الخلع يرجع الى الطلاقين المذكورين الا انه ذكرهما بغير عوض ثم ذكر بعوض ثم ذكر سبحانه

وتعالى الثالثة بقوله تعالى فان طلقها فلم تلزم الزيادة على الثلاث بل يجب حمله على هذا لئلا يلزمنا القول بتغيير المشروع مع ما انه قد قيل ان معنى قوله تعالى فان طلقها أى ثلاثا او بين حكم الطلقات الثلاث بقوله سبحانه فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلا يلزم من جعل الخلع طلاقا شرع الطلقة الرابعة والله عز وجل أعلم وأما بيان كيفية هذا النوع فنقول له كيفيتان احداهما انه طلاق بائن لانه من كنايات الطلاق وانها بوائن عندنا ولانه طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد وان تملك هى نفسها تحقيقا للمعاوضة ولا تملك نفسها الا بالبائن فيكون طلاقا بائنا ولانها انما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حبالة الزوج ولا تتخلص الا بالبائن لان الزوج يراجعها فى الطلاق الرجعى فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شئ وهذا لا يجوز فكان الواقع بائنا والثانية انه من جانب الزوج يمين وتعليق الطلاق بشرط وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو تمليك المال بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك على ألف درهم لا يملك الزوج الرجوع عنه ولا فسخه ولا نهى المرأة عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها ولا بشرط حضور المرأة بل يتوقف على ماوراء المجلس حتى لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول لكن فى مجلسها لانه فى جانبها معاوضة لما نذكر وله ان يعلقه بشرط ويضيفه الى وقت نحو ان يقول اذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم أو يقول خالعتك على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا والقبول اليها بعد قدوم زيد وبعد مجىء الوقت حتى لو قبلت قبل ذلك لا يصح لان التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك هدرا ولو شرط الخيار لنفسه بان قال خالعتك على ألف درهم على انى بالخيار ثلاثة أيام لم يصح الشرط ويصح الخلع اذا قبلت وان كان الابتداء من المرأة بان قالت اختلعت نفسى منك بألف درهم فلها ان ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضا ولا يقف على ماوراء المجلس بان كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يتعلق بشرط ولا ينضاف الى وقت ولو شرط الخيار لها بان قال خالعتك على ألف درهم على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت جاز الشرط عند أبى حنيفة وثبت لها الخيار حتى انها اذا اختارت فى المدة وقع الطلاق ووجب المال وان ردت لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال وعند أبى يوسف ومحمد شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم وانما اختلف الجانبان فى كيفية هذا النوع لانه طلاق عندنا ومعلوم ان المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك الزوج لا ملك المرأة فانما يقع بقول الزوج وهو قوله خالعتك فكان ذلك منه تطليقا الا انه علقه بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت لا تحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويقف الغائب عن المجلس ولا يحتمل شرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق وأما فى جانبها فانه معاوضة المال لانه تمليك المال بعوض وهذا معنى معاوضة المال فتراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا من أحكامها الا ان أبا يوسف ومحمدا يقولان فى مسألة الخيار ان الخيار انما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لانه طلاق عندنا وجواب أبى حنيفة عن هذا ان يحمل الخيار فى منع انعقاد العقد فى حق الحكم على أصل أصحابنا فلم يكن العقد منعقدا فى حق الحكم للحال بل هو موقوف فى علمنا الى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم على ما عرف فى مسائل البيوع والله الموفق وأما ركنه فهو الايجاب والقبول لانه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الاول فانه اذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فانه يقع الطلاق عليها سواء قبلت أو لم تقبل لان ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر الى القبول وحضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان وروى عن الحسن وابن سيرين أنه لا يجوز الا عند السلطان والصحيح قول العامة لما روى أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم جوزوا الخلع بدون السلطان ولان النكاح جائز عند غير السلطان فكذا الخلع ثم الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى فى اللغة وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الأمر والاستفهام فجملة الكلام فيه ان العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء وكل ذلك

لا يخلو إما أن يكون بصيغة الامر أو بصيغة الاستفهام فان كان بلفظة الخلع على صيغة الامر يتم اذا كان البدل
معلوما مذكورا بلا خلاف بأن قال لها اخلعي نفسك مني بألف درهم فتقول خلعت وان لم يكن البدل مذكورا من
جهة الزوج بأن قال لها اخلعي نفسك مني فقالت خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج خلعت والفرق ان
الامر بالخلع ببدل متقوم توكيل لها والواحد يتولى الخلع من الجانبين وان كان هذا النوع معاوضة والواحد لا يتولى
عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لان الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا لان الحقوق في باب الخلع
ترجع الى الوكيل ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح وفي المسئلة الاولى لا يمكن جعل
الامر بالخلع توكيلا لجهالة البدل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيدا ومستنقصا وهذا لا يجوز
وان كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها أخلعت نفسك مني بألف درهم فقالت خلعت . اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقبل الزوج و بعضهم فصل فقال ان نوى به التحقيق يتم وان نوى به السوم
لا يتم لان قوله أخلعت نفسك مني يحتمل السوم بل ظاهره السوم لان معناه أطلب منك أن تخلعي نفسك مني فلا
يصرف الى التحقيق الا بالنية فاذا نوى يصير بمعنى التوكيل والامر وان كان بلفظ البيع والشراء بأن قال الزوج لها
اشتري نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بأن قال بألف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت والاول أصح لانه اذا ذكر بدلا معلوما صح
الامر والتوكيل والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع لما بينا وكذا اذا قال لها بالفارسية خويشتن ازمن بخر
بهزار درم يا بكابين وهر نيه وعدت له واجب شودا از بس طلاق فقالت خريدم فهو على هذا وان لم يذكر البدل
بأن قال لها اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وكذلك اذا قال
بالفارسية خويشتن ازمن بخر فقالت خريدم ولم يقل الزوج فروختم لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول الزوج فروختم
فرق بين هذا وبين ما اذا قال لها بلفظة الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق فقالت خلعت انها لا تطلق لان قوله لها
اخلعي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع وأنها تملك الطلاق بأمر الزوج وتوكيله فيصح التوكيل والامر
فيتولى الخلع من الجانبين وقوله لها اشتري نفسك خويشتن ازمن بخر أمر بالخلع بعوض والعوض غير مقدر فلم
يصح الامر وان كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها ابتعت نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بأن قال بألف درهم أو قال
بمهرك ونفقة عدتك فقالت ابتعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم
يقل الزوج بعت وبه أخذ الفقيه أبو الليث وقال أبو بكر الاسكاف يتم ويقع الطلاق وقال بعضهم لا يتم الا اذا
أراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العربية والفرق بين الاستفهام والامر على نحو ما بينا أنها بالامر
صارت وكيلة اذ الامر بالخلع توكيل به اذا كان البدل مقدرا والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع ولم يوجد
الامر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستزيدا ومستنقصا وهذا لا يجوز وان لم يذكر
البدل بأن قال لها ابتعت نفسك مني فقالت ابتعت لا يتم ما لم يقل الزوج بعت لانه لا يتم في الامر فلان لا يتم في
الاستفهام أولى وسواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد ان كان من أهل القبول لانها لو قبلت بنفسها يلزمها البدل
من غير أن تملك بمقابلته شيأ بخلاف ما اذا اشترى لانسان شيأ على أن البدل عليه ان ذلك لا يجوز لان هناك الاجنبي
ليس في معنى المشتري لان المشتري يملك بمقابلة البدل شيأ والاجنبي لا فلا يجوز ايجابه على من لا يملك بمقابلته شيأ
والحاصل ان الاجنبي اذا قال للزوج اخلع امرأتك على أني ضامن لك ألفا أو قال على ألف هو على أو قال على ألفي
هذه أو عبدي هذا أو على هذه الالف أو على هذا العبد ففعل صح الخلع واستحق المال ولو قال على ألف درهم
ولم يزد عليه وقف على قبول المرأة ولو خلع ابنته وهي صغيرة على ما لها ذكر في الجامع الصغير انه لا يجوز ولم يبين انه
لا يجوز الخلع رأسا أو لا يجب البدل على الصغيرة واختلف مشايخنا منهم من قال معناه أنه لا يجب عليها البدل فاما

الطلاق فواقع ومنهم من قال معناه أنه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها وذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء انه غير واقع فى الخلاف ابتداء انه لا يقع الطلاق عند أصحابنا وقيل فى المسئلة روايتان والحاصل أنه لا خلاف فى أنه لا يجب المال عليها لان الخلع فى جانبها معاوضة المال بما ليس بمال والصغيرة تتضرر بها وتصرف الاضرار لا يدخل تحت ولاية الولى كالهبة والصدقة ونحو ذلك وانما الاختلاف فى وقوع الطلاق وجه القول الاول ان صحة الخلع لا تقف على وجوب العوض فان الخلع يصح على ما لا يصلح عوضا كالميتة والدم والخنزير والخمر ونحو ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق وجه الثانى أن الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق وقوع الطلاق بقبول يجب به المال وقبول الاب لا يجب به المال لانه ليس له ولاية القبول على الصغيرة لكونه ضررا بها فان خلعها الاب على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لما ذكرنا ان من شرط صحة الخلع فى حق وقوع الطلاق ووجوب البدل قبول ما يصلح بدلا ممن هو أهل القبول والمرأة والاب والاجنبى فى هذا سواء لما بينا واما شرط وجوب العوض وهو المسمى فى عقد الخلع فله شرطان أحدهما قبول العوض لان قبول العوض كما هو شرط وقوع الفرقة من جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها لما ذكرنا سواء كان العوض المذكور فى الخلع من مهرها الذى استحقته بعقد النكاح من المسمى ومهر المثل أو مالا آخر وهو المسمى بالجعل فهذا الشرط يعم العوضين جميعا والثانى يخص الجعل لان ما يصلح عوضا فى النكاح يصلح عوضا فى الخلع من طريق الاولى وليس كل ما يصلح عوضا فى الخلع يصلح عوضا فى النكاح لان باب الخلع أوسع اذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها النكاح على ما نذكر لذلك اختص وجوب المسمى فيه بشرط لم يشترط فى النكاح لوجوب المسمى وهو تسمية مال متقوم موجود وقت الخلع معلوم أو مجهول جهالة قليلة أو كثيرة واذا لم تكن متفاحشة فان وجد هذا الشرط وجب الجعل والا فلا يجب وهل يجب عليها رد ما استحقته من المسمى أو مهر المثل بعقد النكاح ينظر ان كان المسمى مالا متقوما يجب وان كان معدوما وقت الخلع أو مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس وما يجرى مجراها وان لم يكن المسمى مالا متقوما فلا شئ عليها أصلا وتقع الفرقة ثم الجعل فى الخلع ان كان مما يصح تسميته مهرا فى النكاح فحكمه حكم المهر أعنى ان المسمى فى النكاح ان كان مما يجبر الزوج على تسليم عينه الى المرأة ففى الخلع تجبر المرأة على تسليم عينه الى الزوج وان كان مما يتخير الزوج بين تسليم الوسط منه وبين تسليم قيمته ففى الخلع تتخير المرأة كالعبد والفرس ونحو ذلك لان المسمى فى العقدين جميعا عوض عن ملك النكاح الا انه فى أحدهما عوض عنه ثبوتا وفى الآخر سقوطا فيعتبر أحد العقدين بالآخر فى هذا الحكم والقيمة فيما يوجب الوسط منه أصل لان كونه وسطا يعرف بها على ما مر فى كتاب النكاح وبيان هذه الشرائط فى مسائل اذا خلع امرأته على ميتة أو دم أو خمر أو خنزير وقعت الفرقة ولا شئ له على المرأة من الجعل ولا يرد من مهرها شيأ أما وقوع الفرقة فلان الخلع بعوض معلق بقبول المرأة ما جعل عوضا ذكرا وتسمية سواء كان المسمى مما يصلح عوضا أولا لانه من جانب الزوج تعليق الطلاق بشرط القبول وقد قبلت فصار كانه صرح بتعليق الطلاق بقبولها العوض المذكور فقبلت ولو كان كذلك لوقع الطلاق اذا قبلت كذا هذا وأما عدم وجوب شئ له على المرأة فلان الخلع طلاق والطلاق قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض والميتة والدم ليست بمال فى حق أحد فلا تصلح عوضا والخمر والخنزير لا قيمة لهما فى حق المسلمين فلم يصلحا عوضا فى حقهم فلم تصح تسمية شئ من ذلك فاذا خلعها عليه فقد رضى بالفرقة بغير عوض فلا يلزمها شئ ولان الخلع من جانب الزوج اسقاط الملك واسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض كالاعتاق فاذا ذكر مالا يصلح عوضا أصلا أو مالا يصلح عوضا فى حق المسلمين فقد رضى بالاسقاط بغير عوض فلا يستحق عليها شيأ ولان منافع البضع عند الخروج عن ملك الزوج غير متقومة لان المنافع فى الاصل ليست باموال متقومة الا انها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال المتقوم فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم يبقى على الاصل ولانها انما

أخذت حكم التقوم في باب النكاح عند الدخول في ملك الزوج احتراما لها تعظيما للآدمي لكونها سببا لحصوله فجعلت متقومة شرعا صيانة لها عن الابتذال والحاجة الى الصيانة عند الدخول في الملك لا عند الخروج عن الملك لان بالخروج يزول الابتذال فلا حاجة الى التقوم فبقيت على الاصل وجعل الفرق بما ذكرنا بين الخلع على هذه الاشياء و بين النكاح عليها الا ان هناك يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع الا بعوض لما ذكرنا في مسائل النكاح والمذكور لا يصلح عوضا فالتحق ذلك بالعدم ووجب العوض الاصلي وهو مهر المثل فاما الخلع فالعوض فيه غير لازم بل هو مشروع بعوض و بغير عوض فلم يكن من ضرورة تحققه لزوم العوض وكذا النكاح تمليك البضع بعوض والخلع اسقاط الملك بعوض و بغير عوض وكذا منافع البضع عند الدخول أعطي لها حكم التقوم شرعا لكونها وسيلة الى حصول الآدمي المكرم والخلع ابطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه ولو خلعها على شئ أشارت اليه مجهول فقالت على ما في بطون غنمي أو نعمي من ولد أو على ما في ضروعها من لبن أو على ما في بطن جار يتي من ولد أو على ما في نخلي أو شجري من ثمر فان كان هناك شئ فهو له عندنا وقال الشافعي لا شئ له وجه قوله ان الجنين في البطن واللبن في الضرع لا يصلح عوضا في الخلع لانه غير مقدور التسليم ولهذا لم يصلح عوضا في النكاح وكذا في الخلع والدليل عليه انه لا يجوز بيعه والاصل عنده ان كل ما لا يجوز بيعه لا يصلح عوضا في الخلع ولنا الفرق بين الخلع و بين النكاح وهو أن باب الخلع أوسع من باب النكاح ألا ترى لو خلعها على عبد له آبق صحت التسمية ولو زوجها عليه لم تصح التسمية فتصح اضافته الى ما هو مال متقوم موجود كما تصح اضافته الى العبد الآبق بل أولى لان ذاك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود و بهذا تبين ان القدرة على تسليم البدل ليست بشرط في الخلع فانه جائز على العبد الآبق والقدرة على تسليمه غير ثابتة بخلاف البيع فان القدرة على تسليم المبيع شرط وان لم يكن هناك شئ ردت عليه ما استحقت بعقد النكاح لانها سمت مالا متقوما فقد غرته بتسمية المال المتقوم فصارت ملتزمة تسليم مال متقوم ضامنة له ذلك والزوج لم يرض بزوال ملكه الا بعوض هو مال متقوم وقد تعذر عليه الوصول اليه لعدمه ولا سبيل الى الرجوع الى القيمة المذكورة لجهالتها ولا الى قيمة البضع لما أنه لا قيمة للبضع عند الخروج عن الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع الى ما قوم البضع على الزوج عند الدخول وهو ما استحقته المرأة من المسمى أو مهر المثل وكذلك اذا قالت على ما في بيتي من متاع انه ان كان هناك متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بالمهر لانها غرته بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق لما قلنا ولو قالت على ما في بطن غنمي أو ضروعها أو على ما في نخلي أو شجري ولم تزد على ذلك فان كان هناك شئ أخذه لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول لكن الجهالة ليست بمتفاحشة فلا تمنع استحقاق الشئ ولو لم يكن هناك شئ فلا شئ له لانعدام تسمية مال متقوم لانها ذكرت ما في بطنها وقد يكون في بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة لزوجها بل الزوج هو الذي غر نفسه والرجوع بحكم الغرور ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشئ وان قالت اختلعت منك على ما تلد غنمي أو تحلب أو بثمر نخلي أو شجري أو على ما أرثه العام أو أكسبه أو ما أستغل من عقاري فقبل الزوج وقعت الفرقة وعليها أن ترد ما استحقت من المهر وان ولدت الغنم وأثمر النخل والشجر أما وقوع الفرقة فلما ذكرنا ان ذلك يقف على قبول ما يصلح عوضا صحت تسميته عوضا وأما وجوب رد المستحق فلانه لا سبيل الى استحقاق المسمى لكونه معدوما وقت الخلع و يجوز أن يوجد و يجوز أن لا يوجد واستحقاق المعدوم الذي له خطر الوجود والعدم في عقد المعاوضة لم يرد الشرع به وورد بتحمل الجهالة اذا لم يختلف المعقود في قدر ما يتحمل لاختلافهما في احتمال السعة والضيق ولا سبيل الى اهدار التسمية رأسا لانها سمت مالا متقوما فلزم الرجوع الى المهر المستحق بعقد النكاح ولو قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم أو دنانير أو فلوس فان كان في يدها شئ من ذلك فهو له قل أو كثر لانها سمت مالا متقوما والمسمى موجود فصحت التسمية وان كان المسمى مجهول القيمة وله ما في يدها من الجنس المذكور قل أو كثر لانه ذكر

باسم الجمع فيتناول الثلاث فصاعدا وان لم يكن فى يدها شىء أوكان اقل من ثلاثة فعليها من كل صنف سمته ثلاثة وزنا فى الدراهم والدنانير وعددا فى الفلوس لوجود تسمية المال المتقوم لان الدراهم والدنانير والفلوس اموال متقومة والمذكور بلفظ الجمع واقل الجمع الصحيح ثلاثة فينصرف اليها ويتعين المسمى كما فى الوصية بالدراهم بخلاف النكاح والعتق فانه اذا تزوج امراة على ما فى يده من الدراهم وليس فى يده من الدراهم شىء يجب عليه مهر المثل ولو اعتق عبده على ما فى يده من الدراهم وليس فى يده شىء يجب عليه قيمة نفسه لان منافع البضع ليست بمتقومة عند الخروج عن الملك فلا يشترط كون المسمى معلوما واعتبر المسمى مع جهالته فى نفسه وحمل على المتيقن بخلاف النكاح لان منافع البضع عند الدخول فى الملك متقومة وكذا العبد متقوم فى نفسه فلا ضرورة الى اعتبار المسمى المجهول ولو قالت على ما فى يدى ولم تزد عليه فان كان فى يدها شىء فهو له لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود فصحت واستحق عليها ما فى يدها قل أو كثر لان كلمة ما عامة فيما لا يعلم وان لم يكن فى يدها شىء فلا شىء لانه اذا لم يكن فى يدها شىء فلم توجد تسمية مال متقوم لانها سمت ما فى يدها وقد يكون فى يدها شىء متقوم وقد لا يكون فلم يوجد شرط وجوب شىء فلا يلزمها شىء ولو اختلعت الامة من زوجها على جعل بغير امر مولاها وقع الطلاق ولا شىء عليها من الجعل حتى تعتق اما وقوع الطلاق فلانه يقف على قبول ما جعل عوضا وقد وجد واما وجوب الجعل بعد العتق فلانها سمت مالا متقوما موجودا وهو معلوم ايضا وهى من اهل التسمية فصحت التسمية الا انه تعذر الوجوب للحال لحق المولى فيتأخر الى ما بعد العتق وان كان باذن المولى لزمها الجعل وتباع فيه لانه دين ظهر فى حق المولى فتباع فيه كسائر الديون وكذلك المكاتبة اذا اختلعت من زوجها على جعل يجوز الخلع ويقع الطلاق ويتأخر الجعل الى ما بعد العتاق وان أذن المولى لان رقبتها لا تحتمل البيع فلا تحتمل تعلق الدين بها ولو خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع وعليها ان ترضعه سنتين فان مات ابنها قبل أن ترضعه شيأ يرجع عليها بقيمة الرضاع للمدة وان مات فى بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقى لان الرضاع مما يصح الاستئجار عليه قال الله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فيصح أن يجعل جعلا فى الخلع وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك فى يدها قبل التسليم فيرجع الى قيمته ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك اجلا اربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل وان هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شىء عليها لان النفقة ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شىء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا ولو اختلعت فى مرضها فهو من الثلث لانها متبرعة فى قبول البدل فيعتبر من الثلث فان ماتت فى العدة فلها الاقل من ذلك ومن ميراثه منها ولو خالعها على حكمه أو حكمها او حكم اجنبى فعليها المهر الذى استحقته بعقد النكاح لان الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش الجهالة والخطر ايضا فلم تصح التسمية فلا تستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر لان الخلع على الحكم خلع على ما يقع به الحكم ولا يقع الا بمال متقوم عادة فكان الخلع على الحكم خلعا على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم الا انه لا سبيل الى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس فترجع الى ما استحقته من المهر ثم ينظر ان كان الحكم الى الزوج فان حكم بمقدار المهر تجبر المرأة على تسليم ذلك لانه حكم بالقدر المستحق وكذلك ان حكم باقل من مقدار المهر لانه حط بعضه فهو يملك حط بعضه لانه يملك حط الكل فالبعض اولى وان حكم باكثر من المهر لم تلزمها الزيادة لانه حكم لنفسه باكثر من القدر المستحق فلا يصح الا برضاها وان كان الحكم اليها فان حكمت بقدر المهر جاز ذلك لانها حكمت بالقدر المستحق وكذلك ان حكمت باكثر من قدر المهر لانها حكمت لنفسها بالزيادة وهى تملك بذل الزيادة وان حكمت باقل من المهر لم يجز الا برضا الزوج لانها حطت بعض ما عليها وهى لا تملك حط ما عليها وان كان الحكم الى الاجنبى فان حكم بقدر المهر جاز وان حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة الا برضا المرأة والنقصان الا برضا الزوج لان فى الزيادة ابطال حق المرأة وفى النقصان ابطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو

اختلفا في جنس ما وقع عليه الطلاق أو نوعه أو قدره فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة لان قبول البدل الى المرأة والزوج يدعى عليها شيأ وهي تنكر فكان القول قولها ولو قال لها طلقتك أمس على الف درهم أو بالف درهم فلم تقبلي فقالت لا بل كنت قبلت فالقول قول الزوج فرق بين هذا وبين ما اذا قال لانسان بعتك هذا العبد أمس بالف درهم فلم تقبل فقال لا بل قبلت ان القول قول المشترى ووجه الفرق ان الزوج في مسئلة الطلاق لم يصر مناقضا في قوله فلم تقبلي لان قول الرجل لامرأته طلقتك أمس على ألف يسمى طلاقا على ألف قبلته المرأة أو لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضا بخلاف البيع لان الايجاب بدون القبول لا يسمى بيعا فكان الاقرار بالايجاب اقرارا بالقبول فصار البائع مناقضا في قوله فلم تقبل ولان المرأة في باب الطلاق تدعى وقوع الطلاق لانها تدعى وجود شرط الوقوع والزوج ينكر الوقوع لانكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر والله الموفق (وأما) بيان قدر ما يحل للزوج من أخذ العوض وما لا يحل فجملة الكلام فيه ان النشوز لا يخلو ان كان من قبل الزوج واما ان كان من قبل المرأة فان كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شئ من العوض على الخلع لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ نهى عن أخذ شئ مما آتاها من المهر وأكد النهى بقوله أتأخذونه بهتانا واثما مبينا وقوله ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن أى لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة أى الا ان ينشزن نهى الازواج عن أخذ شئ مما اعطوهن واستثنى حال نشوزهن وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيقتضى حرمة أخذ شئ مما اعطوهن عند عدم النشوز منهن وهذا في حكم الديانة فان أخذ جاز ذلك في الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده لان الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الاسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضا فيجوز في الحكم والقضاء وان كان النشوز من قبلها فلا بأس بأن يأخذ منها شيأ قدر المهر لقوله تعالى الا أن يأتين بفاحشة مبينة أى الا أن ينشزن والاستثناء من النهى اباحة من حيث الظاهر وقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به قيل أى لا جناح على الزوج في الاخذ وعلى المرأة في الاعطاء وأما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان ذكر في كتاب الطلاق انها مكروهة وهكذا روى عن على رضى الله عنه انه كره للزوج ان يأخذ منها أكثر مما أعطاها وهو قول الحسن البصرى وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس وذكر في الجامع الصغير انها غير مكروهة وهو عثمان البتى وبه أخذ الشافعى وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به رفع الجناح عنهما في الاخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما اذا كان مهر المثل أو زيادة عليه فيجب العمل باطلاق النص ولانها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها وقد قال الله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا بخلاف ما اذا كان النشوز من قبله لان النشوز اذا كان من قبل الزوج كانت هى مجبورة في دفع المال لان الظاهر انها مع رغبتها في الزوج لا تعطى اذا كانت مضطرة من جهته بأسباب أو مغترة بأنواع التغرير والتزوير فكره الاخذ وجه رواية الاصل قوله تعالى ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ الا أن يخافا الا يقيما حدود الله الى قوله ولا جناح عليهما فيما افتدت به نهى عن أخذ شئ مما أعطاها من المهر واستثنى القدر الذى أعطاها من المهر عند خوفهما ترك اقامة حدود الله على ما ذكر والنهى عن أخذ شئ من المهر نهى عن اخذ الزيادة على المهر من طريق الاولى كالنهى عن التأفيف انه يكون نهيا عن الضرب الذى هو فوقه بالطريق الاولى وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال لامرأة ثابت بن قيس بن شماس أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين ان المراد من قوله فيما افتدت قدر المهر لا الزيادة عليه وان كان ظاهره عاما عرفنا ببيان النبى صلى الله عليه وسلم الذى هو وحى غير متلو والدليل عليه أيضا قوله تعالى في صدر الآية ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ ذكر في أول الآية ما آتاها فكان المذكور في آخرها وهو قوله فيما افتدت به مردودا الى أولها فكان المراد من قوله فيما افتدت أى بما آتاها

ونحن

ونحن به نقول انه يحل له قدر ما آتاها وأما قوله انها أعطته مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذلك دليل الجواز وبه نقول ان الزيادة جائزة فى الحكم والقضاء ولان الخلع من جانبها معاوضة حالة عن الطلاق واسقاط ما عليها من الملك ودفع المال عوضا عما ليس بمال جائز فى الحكم اذا كان ذلك مما يرغب فيه ألا ترى انه جاز العتق على قليل المال وكثيره وأخذ المال بدلا عن اسقاط الملك والرق وكذلك الصلح عن دم العمد وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها وهو بدل البضع فكذا جاز ان تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها لانه بدل من سلامة البضع فى الحالين جميعا الا انه نهى عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى فى نفس العقد بل لمعنى فى غيره وهو شبهة الربا والاضرار بها ولا يوجد ذلك فى قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الخلع فنقول وبالله التوفيق يتعلق بالخلع أحكام بعضها يعم كل طلاق بائن وبعضها يخص الخلع أما الذى يعم كل طلاق بائن فنذكره فى بيان حكم الطلاق ان شاء الله تعالى وأما الذى يخص الخلع فالخلع لا يخلو اما ان كان بغير بدل واما ان كان ببدل فان كان بغير بدل بان قال خالعتك ونوى الطلاق فحكمه انه يقع الطلاق ولا يسقط شئ من المهر وان كان ببدل فان كان البدل هو المهر بان خلعها على المهر فحكمه ان المهر ان كان غير مقبوض انه يسقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية وان كان مقبوضا فعليها ان ترده على الزوج وان كان البدل مالا آخر سوى المهر فحكمه حكم سقوط كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية ووجوب البدل حتى لو خلعها على عبد أو على مائة درهم ولم يذكر شيأ آخر فله ذلك ثم ان كان لم يعطها المهر برئ ولم يكن لها عليه شئ سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها وان كان قد أعطاها المهر لم يرجع عليها بشئ سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها وكذلك اذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع فى جميع ما وصفنا وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف فى المبارأة مثل قول أبى حنيفة وقال فى الخلع انه لا يسقط به الا ما سميا وقال محمد لا يسقط فى الخلع والمبارأة جميعا الا ما سميا حتى انه لو طلقها على مائة درهم ومهرها ألف درهم فان كان المهر غير مقبوض فانها لا ترجع عليه بشئ سواء كان الزوج لم يدخل بها أو كان قد دخل بها فى قول أبى حنيفة وله عليها مائة درهم وعندهما ان كان قبل الدخول بها فلها ان ترجع عليه بنصف المهر وذلك خمسمائة وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصا فيرجع عليه بأربعمائة وان كان بعد الدخول فلها ان ترجع عليه بكل المهر الا قدر المائة فترجع عليه بتسعمائة وان كان المهر مقبوضا فله عليها المائة لا غير وليس له ان يرجع عليها بشئ من المهر سواء كان قبل الدخول بها أو بعده فى قول أبى حنيفة وعندهما ان كان قبل الدخول يرجع الى الزوج عليها بنصف المهر وان كان بعده لا يرجع عليها بشئ وهكذا الجواب فى المبارأة عند محمد والحاصل ان ههنا ثلاث مسائل الخلع والمبارأة والطلاق على مال ولا خلاف بينهم فى الطلاق على مال انه لا يبرأ به من سائر الحقوق التى وجبت لها بسبب النكاح ولا خلاف أيضا فى سائر الديون التى وجبت لا بسبب النكاح وانها لا تسقط بهذه التصرفات وانما الخلاف بينهم فى الخلع والمبارأة واتفق جواب أبى حنيفة وأبى يوسف فى المبارأة واختلف جوابهما فى الخلع واتفق جواب أبى يوسف ومحمد فى الخلع واختلف فى المباراة فابو يوسف مع أبى حنيفة فى المبارأة ومع محمد فى الخلع وجه قول محمد ان الخلع طلاق بعوض فاشبه الطلاق على مال والجامع بينهما ان حق الانسان لا يسقط من غير اسقاطه ولم يوجد فى الموضعين الا اسقاط ما سميا فلا يسقط ما لم تجز به التسمية ولهذا لم يسقط به سائر الديون التى لم تجب بسبب النكاح وكذا لا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية وان كانت من أحكام النكاح كذا هذا وجه قول أبى يوسف وهو الفرق بين الخلع والمباراة ان المباراة صريح فى ايجاب البراءة لانها اثبات البراءة نصا فيقتضى ثبوت البراءة مطلقا فيظهر فى جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح فاما الخلع فليس نصا فى ايجاب البراءة لانه ليس فى لفظه ما ينبئ عن البراءة وانما تثبت البراءة مقتضاه والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتا من جميع الوجوه فثبتت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير ولابى حنيفة ان الخلع فى معنى المبارأة لان المبارأة مفاعلة من البراءة

والابراء اسقاط فكان اسقاطا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون اذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة والخلع مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع اخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها أي اخرجها من النكاح وذلك باخراجها من سائر الاحكام بالنكاح وذلك انما يكون بسقوط الاحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وأما قول محمد انه لم يوجد منها اسقاط غير المسمى فنقول ان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لما ذكرنا ان لفظ الخلع دليل عليه ولان قصدهما من الخلع قطع المنازعة وازالة الخلاف بينهما والمنازعة والخلاف انما وقعا في حقوق النكاح ولا تندفع المنازعة والخلاف الا باسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون لانه لا تعلق لها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها ولا في سببها فلا ينصرف الاسقاط اليها بخلاف الطلاق على مال لانه لا يدل على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصا ولا دلالة وأما نفقة العدة فلانها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور اسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية لانها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع اسقاطا بعد الوجوب فصح ولو خلعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الابراء وتجب النفقة لان النفقة في النكاح تجب شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الابراء عنها ابراء قبل الوجوب فلم يصح فاما نفقة العدة فانما تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة مانعا من وجوبها ولا يصح الخلع على السكنى والابراء عنه لان السكنى تجب حقا لله تعالى قال الله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فلا يملك العبد اسقاطه والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع لان كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر الا انهما يختلفان من وجه وهو ان العوض اذا أبطل في الخلع بان وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم يبقى الطلاق بائنا وفي الطلاق على مال اذا أبطل العوض بان سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا لان الخلع كناية والكنايات مبينات عندنا فأما الطلاق على مال فصريح وانما تثبت البينونة بتسمية العوض اذا صحت التسمية فاذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا ولو قال لها أنت طالق بألف درهم فقبلت طلقت وعليها ألف لان حرف الباء حرف الصاق فيقتضي الصاق البدل بالمبدل وكذلك لو قال أنت طالق على ألف درهم لان على كلمة شرط يقال زرتك على ان تزورني أي بشرط أن تزورني وكذا اقال لامرأته أنت طالق على ان تدخلين الدار كان دخول الدار شرطا كما لو قال ان دخلت الدار وهي كلمة الزام أيضا فكان هذا ايقاع الطلاق بشرط ان تعطيه الالف عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الالف فيقع الطلاق بقبولها وتجب عليها الالف ولو قال أنت طالق وعليك ألف درهم طلقت المرأة الرجعية ولا شيء عليها من الالف سواء قبلت أو لم تقبل في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا قبلت طلقت بائنة وعليها الالف وعلى هذا الخلاف اذا قالت المرأة لزوجها طلقني ولك ألف درهم فطلقها انه يقع طلقة رجعية ولا يلزمها البدل في قول أبي حنيفة وعندهما يقع الطلاق وعليها الالف وعلى هذا الخلاف اذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف درهم انه يعتق سواء قبل أو لم يقبل في قول أبي حنيفة وعندهما اذا قبل يعتق وعليه الالف وجه قولهما ان هذه الواو واو حال فيقتضي ان وجوب الالف حال وقوع الطلاق والعتاق ولان هذه اللفظة تستعمل في الابدال فان من قال لآخر احمل هذا الشيء الى مكان كذا ولك درهم فحمل يستحق الاجرة كما لو قال له احمل بدرهم ولابي حنيفة ان كل واحدة من الكلامين كلام تام بنفسه أعني قوله أنت طالق وقوله وعليك ألف درهم لان كل واحد منهما مبتدأ وخبر فلا يجعل الثاني متصلا بالاول الا لضرورة والضرورة فيما كان الغالب فيه ان يكون بعوض كما في قوله احمل هذا الى بيتي ولك ألف ولا ضرورة في الطلاق والعتاق لان الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلا بالاول من غير ضرورة وأما قولهما الواو واو حال فممنوع بل واو عطف في الاخبار معناه أخبرك

انك

انك طالق وأخبرك ان عليك ألف درهم ولو قالت المرأة لزوجها طلقنى ثلاثا على ألف درهم فطلقها ثلاثا يقع عليها ثلاث تطليقات بالف وهذا مما لا اشكال فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شئ في قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقطع واحدة بائنة بثلث الالف ولو قالت طلقنى ثلاثا بالف درهم فطلقها ثلاثا يقع ثلاثة بالف درهم لا شك فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الالف في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان كلمة على في المعاملات وحرف الباء سواء يقال بعت عنك بالف و بعت منك على ألف و يفهم من كل واحدة منهما كون الالف بدلا وكذا قول الرجل لغيره احمل هذا الشئ الى بيتى على درهم وقوله بدرهم سواء حتى يستحق البدل فيهما جميعا والاصل أن اجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل اذا كان متعددا فى نفسه فتنقسم الالف على الثلاث فيقع واحدة بثلث الالف كما لو ذكرت بحرف الباء فكانت بائنة لانها طلاق بعوض ولابى حنيفة ان كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الالف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط فلما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيأ من الالف بخلاف حرف الباء فانه حرف مبادلة فيقتضى انقسام البدل على المبدل فتنقسم الالف على التطليقات الثلاث فكان بمقابلة كل واحدة ثلث الالف ولا يشكل هذا القدر بما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا بالف فطلقت نفسها واحدة أنه لا يقع شيء لان الزوج لم يرض بالبينونة الا بكل الالف فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها فاذا أمرته بالطلاق فقالت طلقنى ثلاثا بالف درهم فقد سألت الزوج ان يبينها بالف وقد أبانها باقل من ذلك فقد زادها خيرا والاشكال انها سألته الابانة الغليظة بالف ولم يأت بها بل أتى بالخفيفة ولعل لها غرضا فى الغليظة والجواب ان غرضها فى استيفاء مالها مع حصول البينونة التى وضع لها الطلاق أشد (وأما) قولهما ان كلمة على تستعمل فى الابدال فنعم لكن مجاز الاحقيقة ولا تترك الحقيقة الا لضرورة وفى البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة فى الطلاق على ما بينا على أن اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا واعتبار البدل يوجب فيقع الشك فى الوجوب فلا يجب مع الشك ولو قالت امرأتان له طلقنا بالف درهم أو على ألف درهم فطلقهما يقع الطلاق ثلاثا عليهما بالالف وهذا لا يشكل ولو طلق احداهما وقع الطلاق عليها بحصتها من الالف بالاجماع والفرق لابى حنيفة بين هذه المسئلة و بين مسئلة الخلاف انه لا غرض لكل واحدة من المرأتين فى طلاق الاخرى فلم يعتبر معنى الشرط وللمرأة غرض فى اجتماع تطليقاتها لان ذلك أقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط ولو قالت طلقنى واحدة بالف فقال أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث مجانا بغير شيء فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع ثلاث تطليقات كل واحدة منها بالف وهذه فريعة أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن من أصل أبى حنيفة أن الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة فاذا قال ثلاثا فقد عدل عما سألته فصار مبتدئا بالطلاق فتقع الثلاث بغير شيء ومن أصلهما ان فى الثلاث ما يصلح جوابا للواحدة لان الواحدة توجد فى الثلاث فقد أتى بما سألته وزيادة فيلزمها الالف كانه قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة ولو طلقنى واحدة بالف فقال أنت طالق ثلاثا بالف وقف على قبولها عند أبى حنيفة ان قبلت جاز والا بطل لانه عدل عما سألته فصار مبتدئا طلاقا بعوض فيقف على قبولها وعند أبى يوسف ومحمد يقع الثلاث واحدة منها بالف كما سألت واثنتان بغير شيء وحكى الجصاص عن الكرخى أنه قال رجع أبو يوسف فى هذه المسئلة الى قول أبى حنيفة وذكر أبو يوسف فى الامالى ان الثلاث يقع واحدة منها بثلث الالف والاثنتان تقفان على قبول المرأة قال القدورى وهذا صحيح على أصلهما لانها جعلت فى مقابلة الواحدة الفا فاذا أوقعها بثلث الالف فقد زادها خيرا وابتدأ تطليقتين بثلثى الالف فوقف ذلك على قبولها والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس الركن فمنها أن لا يلحقه استثناء أصلا ورأسا سواء كان وضعيا أو عرفيا عند عامة العلماء وعند مالك الاستثناء العرفى لا يمنع وقوع الطلاق وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى والكلام فى هذا الشرط يقع فى مواضع فى بيان أنواع الاستثناء وفى بيان ماهية كل نوع وفى بيان شرائط صحته أما الاول فالاستثناء فى

الاصل نوعان استثناء وضعي واستثناء عرفي اما الوضعي فهو أن يكون بلفظ موضوع للاستثناء وهو كلمة الا وما يجري مجراها نحو سوى وغير واشباه ذلك وأما العرفي فهو تعليق بمشيئة الله تعالى وأنه ليس باستثناء في الوضع لانعدام كلمة الاستثناء بل الموجود كلمة الشرط الا انهم تعارفوا اطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع قال الله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون أي لا يقولون ان شاء الله تعالى و بينه و بين الاول مناسبة في معنى ظاهر لفظ الاستثناء وهو المنع والصرف دون الحقيقة فاطلق اسم الاستثناء عليه و بعض مشايخنا قال الاستثناء نوعان استثناء تحصيل واستثناء تعطيل فسمي الاول استثناء تحصيل لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا والثاني تعطيلا لما أنه يتعطل الكلام به وأما الكلام في بيان ماهية كل نوع أما النوع الاول فهو تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذه العبارة هي المختارة دون قولهم استخراج بعض الجملة الملفوظة لان القدر المستثنى اما أن يدخل بعد نص المستثنى منه واما أن لا يدخل فان لم يدخل لا يتصور الاخراج وان دخل يتناقض الكلام لان نص المستثنى منه يثبت ونص الاستثناء ينفي و يستحيل أن يكون الحكم الواحد في زمان مثبتا ومنفيا ولهذا فهم من قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ماذكرنا حتى يصير في التقدير كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لا معنى الاخراج لئلا يؤدي الى الخلف في خبر الله تعالى (وأما) النوع الثاني فهو تعليق بالشرط الا ان الشرط اذا كان مما يتوقف عليه و يعلم وجوده ينزل المعلق عند وجوده وان كان مما لا يعلم لا ينزل وهذا النوع من التعليق من هذا القبيل لما نذكره ان شاء الله تعالى (وأما) شرط صحته فلصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين و بعضها يخص أحدهما أما الذي يعمهما جميعا فهو أن يكون الاستثناء موصولا بما قبله من الكلام عند عدم الضرورة حتى لو حصل الفصل بينهما بسكوت أو غير ذلك من غير ضرورة لا يصح وهذا قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وعامة العلماء الا شيأ روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان هذا ليس بشرط و يصح متصلا ومنفصلا واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى ولو لم يصح لما قال ولان الاستثناء في معنى التخصيص لان كل واحد منهما بيان ثم التخصيص يصح مقارنا ومتراخيا فكذا الاستثناء يجب أن يكون متصلا ومنفصلا ولنا أن الاصل في كل كلام تام بنفسه فان كان مبتدأ وخبرا أن لا يقف حكمه على غيره والوقف عند الوصل لضرورة وهي ضرورة استدراك الغلط والضرورة تندفع بالموصول فلا يقف عند عدم الوصل ولهذا لم يقف على الشرط المنقطع فكذا على الاستثناء المنقطع ولانه عند عدم الوصول ليس باستثناء لغة لان العرب لم تتكلم به ومن تكلم به لا يعدونه استثناء بل يسخرون منه و بهذا تبين أن الرواية عن ابن عباس رضي الله عنهما لا تكاد تصح لانه كان اماما في اللغة كما كان اماما في الشريعة وأما التخصيص المتراخي فعند بعض مشايخنا ليس ببيان بل هو فسخ فلا يلزم وعند بعضهم بيان لكن الحاق البيان بالمجمل والعام الذي يمكن العمل بظاهره متراخيا مشهور عندهم وانه كثير النظير في كتاب الله عز وجل وأما الحديث ففيه أنه قال بعد تلك المقالة بسنة ان شاء الله تعالى وليس فيه انه قصد به تصحيح الاستثناء فيحتمل انه أراد به استدراك الاستثناء المأمور به في الكتاب العزيز قال عز وجل ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله أي الا أن تقول ان شاء الله فنسي ذلك فتذكره بعد سنة فأتى باستدراكه بقوله سبحانه وتعالى واذكر ربك اذا نسيت و يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام أضمر في نفسه أمرا وأراد في قلبه وعزم عليه فاظهر الاستثناء بلسانه فقال ان شاء الله ومثل هذا معتاد فيما بين الناس فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال هذا الذي ذكرنا اذا كان الفصل من غير ضرورة فاما اذا كان لضرورة التنفس فلا يمنع الصحة ولا يعد ذلك فصلا الا أن يكون سكتة هكذا روى هشام عن أبي يوسف لان هذا النوع من الفصل مما لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر فصلا و يعطى له حكم الوصل للضرورة وأما كون الاستثناء مسموعا فهل هو شرط ذكر الكرخي انه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح وان لم يكن مسموعا وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني أنه شرط ولا يصح الاستثناء بدونه وجه ماذكره الكرخي ان الكلام هو الحروف المنظومة

وقد وجدت فاما السماع فليس بشرط لكونه كلا فان الاصم يصح استثناؤه وان كان لا يسمع والصحيح ماذكره الفقيه أبو جعفر لان الحروف المنظومة وان كانت كلاما عند الكرخي وعند ناهي دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام في الغائب والشاهد جميعا فلم توجد الحروف المنظومة ههنا لان الحروف لا تتحقق بدون الصوت فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الاصوات المتقطعة بتقطيع خاص فاذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف فلم يوجد الكلام عنده ولا دلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء والله الموفق وأما الذي يخص أحد النوعين وهو الاستثناء الوضعي فهو ان يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله لما ذكرنا ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا يكون تكلما بالباقي الا ان يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ولان الاستثناء يجرى مجرى التخصيص والتخصيص يرد على بعض أفراد العموم لا على الكل لان ذلك يكون نسخا لا تخصيصا وكذا الاستثناء نسخ الحكم ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ فبطل الاستثناء ومن مشايخنا من قال ان استثناء الكل من الكل انما يصح لانه رجوع والطلاق مما لا يحتمل الرجوع عنه وكذا العتاق وكذا الاعتاق وكذا الاقرار وهذا غير سديد لانه لو كان كذلك لصح فيما يحتمل الرجوع وهو الوصية ومع هذا لا يصح حتى لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لم يصح الاستثناء وتصح الوصية فدل ان عدم الصحة ليس لمكان الرجوع بل لما قلنا انه ليس باستثناء و يصح استثناء البعض من الكل سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر عند عامة العلماء وعامة أهل اللغة وروى عن أبي يوسف انه لا يصح استثناء الاكثر من الاقل وهو قول الفراء وجه قولهما ان الاستثناء من باب اللغة وأهل اللغة لم يتكلموا باستثناء الاكثر من الاقل ولان الاستثناء وضع في الاصل لاستدراك الغلط والغلط يجرى في الاقل لا في الاكثر ولنا ان أهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا من غير فصل بين الاقل والاكثر الا انه قل استعمالهم الاستثناء في مثله لقلة حاجتهم اليه لقلة وقوع الغلط فيه وهذا لا يكون منهم اخراجا للفظ من ان يكون استثناء حقيقة كمن أكل لحم الخنزير لا يمتنع أحد من أهل اللسان من اطلاق القول بانه أكل لحم الخنزير وان كان يقل استعمال هذه اللفظة لكن قلة استعمالها لقلة وجود الاكل لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة كذا هذا وعلى هذا تخرج مسائل هذا النوع اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا واحدة يقع ثنتان لان هذا استثناء صحيح لكونه تكلما بالباقي بعد الثنيا والباقي بعد استثناء الواحدة من الثلاث ثنتان الا ان للثنتين اسمين أحدهما ثنتان والآخر ثلاث الا واحدة ولو قال الا اثنتين يقع واحدة لان استثناء الاكثر من الاقل استثناء صحيح أيضا لما ذكرنا ولو قال الا ثلاثا وقع الثلاث لان الاستثناء لم يصح لانه استثناء الكل من الكل ولو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة وقع الثلاث و بطل الاستثناء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف جاز استثناء الاولى والثانية و بطل استثناء الثالثة وتلزمه واحدة وجه قوله ان استثناء الاولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح الا انه لو سكت عليه لجاز فأما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل فلم يصح فالتحق بالعدم فيقع واحدة ولابي حنيفة ومحمد ان أول الكلام في الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح كما لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه لما قال الا واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار كانه قال الا ثلاثا ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا يقع الثلاث ويبطل الاستثناء في قولهم جميعا لان الاستثناء اذا كان موصولا يقف أول الكلام على آخره فكان الاستثناء راجعا الى الكل فبطل ولانه ذكر جملتين وجمع بين كل جملة بحرف الجمع فكان استثناء الجملة من الجملة فلا يصح واذا قال انت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين يقع ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد وقال زفر يقع ثلاث كذا ذكر القدوري ولم يذكر قول أبي حنيفة وجه قول زفر ان الاصل في الاستثناء انه ينصرف الى ما يليه لانه أقرب اليه وهو متصل به أيضا ولا ينصرف الى غيره الا بدليل ومتى انصرف الى ما يليه كان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولهما ان الاستثناء يصحح ما أمكن ولو جعلناه مما يليه لبطل ولو صرف الى الجملتين يصح

لانه يصير مستثنيا من كل ثنتين واحدة فبقى من كل جملة واحدة وروى هشام بن عبد الله الرازى عن محمد فيمن قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا ثلاثا انه يقع ثلاث لانه لا يمكن تصحيح الاستثناء ههنا لان أول الكلام فى كل واحدة من الجملتين وقف على آخره فصار كانه قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا لانه لا يمكن ان يجعل الاستثناء فى الجملتين على السواء لانه يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة ونصفا وهذا استثناء جميع الجملة لان استثناء واحدة ونصف استثناء ثنتين لان ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله فيكان استثناء الكل من الكل ولا يمكن ان يجعل من احدى الجملتين لانه يكون استثناء الكل من الكل وزيادة ولا يمكن ان يصرف اثنتان من الثلاث أو جملة واحدة الى جملة أخرى لان هذا خلاف تصرفه وانشاء تصرف آخر لم يوجد منه فتعذر تصحيح هذا الاستثناء من جميع الوجوه فبطل والاشكال على القسم الاول ان ذكر البعض فيما لا يتبعض لا يكون ذكرا للكل فى الاستثناء بل هو ملحق بالعدم بدليل انه لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة ونصفا يقع عليها ثنتان ولو كان ذكر بعض الطلاق ذكرا لكله فى الاستثناء لوقع عليها واحدة لانه يصير كانه قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين وكان الفقه فى ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا فينظر الى الباقى والباقى ههنا تطليقة ونصف ونصف تطليقة تطليقة كاملة فيقع ثنتان كانه قال أنت طالق اثنتين واذا لم يصر ذكر البعض ذكرا للكل فى الاستثناء يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة واحدة وتلغو واحدة من الاستثناء وهذا أولى من الغاء الكل فيجب ان يقع ثنتان كما فى المسئلة الاولى عندهما وفى هذه المسئلة اشكال على ما روى هشام عن محمد وروى هشام أيضا عن محمد فيمن قال أنت طالق اثنتين وأربعا الا خمسا انها تطلق ثلاثا لانه لا يمكن تصحيح الاستثناء بالصرف الى الجملتين على الشيوع ولا بالصرف الى واحدة منهما ولا يصرف البعض عينا الى جملة والبعض الى جملة أخرى لما قلنا والاشكال على القسم الاول على ما بينا وقال بشر عن أبى يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق واحدة واثنتين الا اثنتين انه ثلاث وهو قول محمد والوجه فيه ما ذكرنا والاشكال على نحو ما بينا هذا اذا كان لفظ الاستثناء من جنس المستثنى منه فان كان شيأ خلاف جنسه يصح الاستثناء ولا تطلق وان أتى على جميع المسمى نحو ان يقول نسائى طوالق الا هؤلاء وليس له نساء غيرهن فانه يصح الاستثناء ولا تطلق واحدة منهن لان الاستثناء يعتبر فيه اللفظ والاشارة مع التسمية مختلفان لفظا فصح الاستثناء بخلاف قوله نسائى طوالق الا نسائى ولان عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائى غير هؤلاء طوالق وهذا اضافة الطلاق الى غير هؤلاء وقيل هذا اذا كان الاربع مادون هؤلاء فاذا كن أربعا لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن لانه لا يتصور استثناء غيرهن فصار كما لو قال نسائى طوالق ولا نساء له وهناك لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن فيصير التقدير كانه قال نسائى الا نسائى طوالق ولو قال ذلك طلقن كذا هذا وكذا هذا فى العتاق اذا قال عبيدى كلهم أحرار الا عبيدى لم يصح الاستثناء وعتقوا جميعا ولو قال عبيدى أحرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك هذا فى الوصية اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان أو أوصيت لفلان بثلث مالى الا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال أوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لم يصح الاستثناء وكان للموصى له ثلث ماله ولو قال أنت طالق عشرا الا تسعا يقع واحدة والاصل انه اذا تكلم بالطلاق باكثر من الثلاث ثم استثنى منه فالاستثنى يرجع الى جملة الكلام لا الى القدر الذى يصح وقوعه وهو الثلاث خاصة فيتبع اللفظ لا الحكم فلا ثبت الحكم فى القدر المستثنى ويثبت فيما بقى قدر ما يصح ثبوته لانه تكلم بالباقى بعد الثنيا فاذا قال أنت طالق عشرا الا تسعا يقع واحدة ولو قال الا ثمانيا يقع اثنتان واذا قال الا سبعا يقع ثلاث لما ذكرنا ان الاستثناء يتبع اللفظ لا الحكم فصح الاستثناء ودخل على الجملة الملفوظة وعمل فيها فتبين ان القدر المستثنى لم يدخل فى الجملة فلا يقع قدر ما دخل عليه الاستثناء ويقع الباقى وهو الثلاث لانه مما يصح وقوعه وكذلك اذا قال الا ستا أو خمسا أو أربعا أو ثلاثا أو اثنتين أو واحدة يقع ثلاث لان الثلاث هى التى يصح وقوعها مما بقى اذ لا يزيد الطلاق على الثلاث ولو قال أنت طالق ثلاثا

الا ثلاثا الا واحدة تقع واحدة والاصل فى مسائل الاستثناء من الاستثناء ان لتخريجها طريقين أحدهما انه ينظر الى الاستثناء الاخير فيجعل استثناء مما يليه ثم ينظر الى ما بقى منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقى من الاستثناء الاول فيستثنى ذلك القدر من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو الواقع فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة يستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنتان يستثنيهما من الثلاثة فتبقى واحدة كانه قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين فان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين يقع اثنتان لانك تستثنى الاثنتين من الثلاثة فتبقى واحدة تستثنيها من الثلاثة فيبقى اثنتان فان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين الا واحدة يقع واحدة لانك تستثنى الواحدة من اثنتين فيبقى واحدة تستثنيها من الثلاث فيبقى اثنتان تستثنيهما من الثلاث فيبقى واحدة هى الواقع وكذلك اذا قال أنت طالق عشرا الا تسعا الا ثمانيا انك تستثنى ثمانيا من تسع فبقى واحدة تستثنيها من العشر فيبقى تسع كانه قال أنت طالق تسعا فيقع ثلاث فان قال أنت طالق عشرا الا تسعا الا واحدة يقع ثنتان لانك اذا استثنيت الواحدة من التسع يبقى ثمانية تستثنيها من العشر فيبقى اثنتان كانه قال أنت طالق عشرا الا ثمانيا وعلى هذا جميع هذا الوجه وقياسه والثانى يرجع الى عقد اليد وهو أن تعقد العدد الاول بيمينك والثانى بيسارك والثالث تضمه الى ما فى يمينك والرابع بيسارك تضمه الى ما بيسارك ثم تطرح ما اجتمع فى يسارك من جملة ما اجتمع فى يمينك فما بقى فى يمينك فهو الواقع والله أعلم * وأما مسائل النوع الثانى من الاستثناء وهو تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل فنقول اذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق سواء قدم الطلاق على الاستثناء فى الذكر بان قال أنت طالق ان شاء الله أو أخره عنه بان قال ان شاء الله تعالى فانت طالق وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا يصح الاستثناء والطلاق واقع وعلى هذا تعليق العتق والنذر واليمين بمشيئة الله سبحانه وتعالى وجه قوله ان هذا ليس تعليقا بشرط لان الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ومشيئة الله تعالى أزلية لا تحتمل العدم فكان هذا تعليقا بامر كائن فيكون تحقيقا لا تعليقا كما لو قال أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ولنا قوله عز وجل خبرا عن موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام ستجدنى ان شاء الله صابرا وصح استثناؤه حتى لم يصر بترك الصبر مخلفا فى الوعد ولولا صحة الاستثناء لصار مخلفا فى الوعد بالصبر والخلف فى الوعد لا يجوز والنبى معصوم وقال سبحانه وتعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله أى الا أن تقول ان شاء الله ولو لم يحصل به صيانة الخبر عن الخلف فى الوعد لم يكن للامر به معنى وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله فلا حنث عليه وهذا نص فى الباب وروى انه صلى الله عليه وسلم قال من استثنى فله ثنياه ولان تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعليق بما لا يعلم وجوده لانا لا ندرى انه شاء وقوع هذا الطلاق أو لم يشأ على معنى ان وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل فان دخل وقع وان لم يدخل لا يقع لان ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن فلا يقع بالشك وبه تبين ان هذا ليس تعليقا بامر كائن ولان دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى غير معلوم وهذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل ومن الناس من فرق بين الطلاق والعتاق فقال لا يقع الطلاق ويقع العتاق وزعم بانه لم توجد المشيئة فى الطلاق ووجدت فى العتاق لان الطلاق مكروه الشرع والعتق مندوب اليه وهذا هو مذهب المعتزلة ان ارادة الله تعالى تتعلق بالقرب والطاعات لا بالمكان والمعاصى وان الله تعالى أراد كل خير وصلاح من العبد ثم العبد قد لا يفعله لسوء اختياره وبطلان مذهبهم يعرف فى مسائل الكلام ثم انهم ناقضوا حيث قالوا فيمن حلف فقال لا صومن غدا ان شاء الله تعالى أو قال لاصلين ركعتين أو لا قضين دين فلان فمضى الغد ولم يفعل شيأ من ذلك انه لا يحنث ولو شاء الله تعالى كل خير لحنث لان هذه الافعال خيرات وقد شاءها عندهم وكذلك لو قال أنت طالق لو شاء الله تعالى أو قال ان لو يشاء الله تعالى لما قلنا وكذا لو قال الا أن يشاء الله لان معناه الا أن يشاء الله أن لا يقع وذلك غير معلوم وكذا لو قال ما شاء الله تعالى لان معناه الذى شاءه الله تعالى ولو قال أنت

طالق ان لم يشاالله تعالى يكون المستثنى كقوله ان شاءالله تعالى لان هذا فى الحقيقة تعليق بعدم دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى وذلك غير معلوم ولو قال أنت طالق وان شاءالله أو قال فان شاءالله تعالى لم يكن استثناء عند أبى يوسف لانه حال بين الطلاق و بين الاستثناء خرف هو حشو فيصير فاصلا بمنزلة السكتة فيمنع التعليق بالشرط فيقع فى الحال ولو قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاءالله تعالى لا يصح الاستثناء و يقع الثلاث فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق ثلاثا و واحدة ان شاءالله تعالى وجه قولهما ان فى الاستثناء الموصول يقف أول الكلام على آخره فكان قوله ثلاثا وثلاثا كلاما واحدا فيعمل فيه الاستثناء كما لو قال أنت طالق ستا ان شاءالله تعالى ولانه جمع بين الجملتين بحرف الجمع وهو حرف الواو فصار كما لو ذكرهما بلفظ واحد فقال أنت طالق ستا ان شاءالله تعالى ولابى حنيفة ان العدد الثانى وقع لغوا لانه لا يتعلق به حكم اذ لا مزيد للطلاق على الثلاث فصار فاصلا فمنع صحة الاستثناء كما لو سكت بخلاف ما لو قال انت طالق ستا لانه ذكر الكل جملة واحدة فلا يمكن فصل البعض عن البعض ولو قال أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاءالله تعالى جاز الاستثناء فى قولهم جميعا لان الكلام الثانى ههنا ليس بلغو لانه جملة يتعلق بها حكم فلم يصر فاصلا بخلاف الفصل الاول ولو جمع بين جملتين بحرف الواو ثم قال فى آخرهما ان شاءالله تعالى بان قال امرأته طالق وعبده حر ان شاءالله تعالى انصرف الاستثناء الى الجملتين جميعا حتى لا يقع الطلاق والعتاق بالاتفاق وكذا اذا ذكر الشرط فى آخر الجملتين بان قال ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا ولو قال لزيد على ألف درهم ولعمر وعلى ألف درهم الا خمسمائة انصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة عند عامة العلماء وقال بعضهم ينصرف الى جميع ما تقدم من الجمل و به أخذ الشافعى وعلى هذا الاصل بنوا مسئلة المحدود فى القذف اذا تاب وشهد لان قوله الا الذين تابوا منصرف الى ما يليه عندنا وعندهم الى جميع ما تقدم وجه قول هؤلاء ان واو العطف اذا دخل بين الكلامين يجعلهما كلاما واحدا كما فى قول القائل جاءنى زيد وعمرو ومعناه جاآنى وكما اذا قال امرأته طالق وعبده حر ان شاءالله تعالى أو قال ان دخلت الدار انه يتعلق الامران جميعا بالشرط وان كان كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما واو العطف جعل كلاما واحدا وتعلقا جميعا بالشرط كذا هذا ولهذا اذا كان المعطوف ناقصا شارك الاول فى حكمه وجعل الكل كلاما واحدا بان قال لامرأته أنت طالق وفلانة حتى يقع الطلاق عليهما كذا هذا ولنا ان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف الى ما يليه لانه أقرب اليه ومتصل به ولانه ليس بكلام مفيد بنفسه مستقل بذاته فلا بد من ربطه بغيره ليصير مفيدا وهذه الضرورة تندفع بالصرف الى ما يليه فانصرف الى غيره من الجمل المتقدمة بدخول حرف العطف بين الجملتين فيجعلهما كلاما واحدا وجملة واحدة وانما يجعل كلاما واحدا والجملتان جملة واحدة بواو العطف اذا كانت احدى الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت عن الجملة الاخرى لا تكون مفيدة فاما اذا كانت كاملة بحيث لو فصلت عن الاخرى كانت مفيدة فلا يجعلان كلاما واحدا الا ان الجعل للعطف الموجب للشركة والشركة ثابتة بدون حرف الواو فكان الوصل والاشراك بحرف الواو وعدمه سواء ولان جعل الكلامين كلاما واحدا خلاف الحقيقة فلا يصار اليه الا لضرورة وهى أن تكون احدى الجملتين ناقصة اما صورة أو معنى كما فى قول القائل جاءنى زيد وعمرو فان الجملة الثانية ناقصة لانها مبتدأ لا خبر له فجعلت كاملة بالاشراك بحرف الواو وكما فى قول الرجل لامرأتيه زينب طالق وعمرة لما قلنا أو تكون ناقصة معنى فى حق حصول غرض المتكلم كما فى قوله امرأته طالق وعبده حر ان شاءالله تعالى أو ان دخلت الدار فان هنالك احدى الجملتين ناقصة فى حق حصول غرض الحالف لان غرضه أن يجعلهما جميعا جزاء واحدا للشرط وان كان كل واحد فى نفسه يصلح جزاء تاما وهذا الغرض لا يحصل الا بالاشراك والوصل فيكون أحدهما بعض الجزاء فكانت جملة ناقصة فى المعنى وهو تحصيل غرضه فيجعل كانه ناقص فى أصل الافادة ومثل هذه الضرورة لم توجد ههنا فبقيت كل جملة منفردة بحكمها وان كانت معطوفة بحرف الواو كما لو قال جاءنى زيد وذهب عمرو فان هذا

عطف جملة على جملة بحرف الواو ولم تثبت الشركة بينهما فى الخبر لما قلنا كذا هذا ولو أدخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما يمين بان قال امرأتى طالق ان دخلت الدار وعبدى حران كلمت فلانا ان شاء الله تعالى انصرف الاستثناء الى ما يليه فى قول أبى يوسف فتطلق امرأته ولا يعتق عبده وقال محمد ينصرف الى الجملتين جميعا ولا يقع الطلاق ولا العتاق وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا ان الكلام معطوف بعضه على بعض بحرف العطف لانه عطف احدى الجملتين على الاخرى بحرف الواو فيجعلهما كلاما واحدا كما فى التنجيز بان يقول امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله تعالى وأى فرق بين التنجيز والتعليق وحجة أبى يوسف على نحو ما ذكرنا ان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف لما يليه لما بينا وانصرافه الى غيره لتتم الجملة الناقصة صورة ومعنى أو معنى على ما ذكرنا وههنا كل واحدة من الجملتين تامة صورة ومعنى أما الصورة فظاهر وأما المعنى فلانه لما علق كل جزاء بشرط على حدة علم ان غرضه ليس جعلهما جميعا جزاء واحدا فكان كل واحد منهما جملة واحدة فكان كل واحد منهما من الطلاق والعتاق جزاء تاما صورة ومعنى ولو قدم الاستثناء فقال ان شاء الله تعالى فأنت طالق فهو استثناء صحيح لانه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل وهو الفاء فيصح التعليق بمشيئة الله تعالى كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله تعالى وأنت طالق لان الواو للجمع فتصير الجملة كلاما واحدا ولو قال ان شاء الله تعالى أنت طالق جاز الاستثناء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يقع الطلاق وقال محمد هو استثناء منقطع والطلاق واقع فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل انه أراد به الاستثناء (وجه) قول محمد ان الجزاء اذا كان متأخرا عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال وهو حرف الفاء ليتصل الجزاء بالشرط واذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله ان شاء الله تعالى استثناء منقطعا فلم يصح ويقع الطلاق كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق فانه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء فيبقى تنجيزا فيقع الطلاق كذا هذا ولهما ان الفاء يضمر فى كلامه تصحيحا للاستثناء والاضمار فى مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلان

أى فالله يشكرها أو يجعل الكلام على التقديم والتأخير تصحيحا للاستثناء كانه قال أنت طالق ان شاء الله تعالى والتقديم والتأخير فى الكلام جائز أيضا فى اللغة وهذان الوجهان يصحان لتصحيح الاستثناء فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لان كل واحد منهما خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى ألا ترى انه اذا قال ان دخلت الدار أنت طالق لا يتعلق وان أمكن تصحيح التعليق باحد هذين الطريقين لكن لما كان خلاف الظاهر لم يتعلق ولا يصدق انه أراد به التعليق فى القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير كذا هذا (ووجه) الفرق بين المسئلتين ان الحاجة الى ذكر حرف الفاء فى التعليق بسائر الشروط اذا كان الجزاء متأخرا عن الشرط فى الملك ليتصل الجزاء بالشرط فيوجد عند وجود الشرط لانه شرط يمكن الوقوف عليه والعلم به على تقدير وجوده فلا بد من وصل الجزاء بالشرط بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشيئة الله تعالى ووقوع هذا الطلاق مما لا سبيل لنا الى الوقوف عليه رأسا حتى تقع الحاجة الى وصل الجزاء به ليوجد عند وجوده فكان تعطيلا فى علمنا فلا حاجة الى ذكر حرف الوصل قبل هذا الشرط والدليل على التفرقة بين الشرطين انه اذا قال ان شاء الله تعالى وأنت طالق يصح الاستثناء ولو قال ان دخلت الدار وأنت طالق لا يصح التعليق ويقع الطلاق للحال ولو قال عنيت به التعليق لا يصدق قضاء ولا ديانة لما ذكرنا كذا هذا كله اذا علق الطلاق بمشيئة الله تعالى فأما اذا علق الطلاق بمشيئة غير الله فان علق بمشيئة من يوقف على مشيئته من العباد بأن قال ان شاء زيد فالطلاق موقوف على مشيئته فى المجلس الذى يعلم فيه بالتعليق لان هذا النوع من التعليق تمليك لما نذكر فيتقيد بالمجلس كسائر التمليكات وان علقه بمشيئة من لا يوقف على مشيئته نحو ان يقول ان شاء جبريل أو الملائكة أو الجن أو الشياطين فهو بمنزلة التعليق بمشيئة الله تعالى لانه لا يوقف على مشيئة هؤلاء كما

لا يوقف على مشيئة الله عز وجل فصار كانه قال ان شاء الله تعالى ولو جمع بين مشيئة الله تعالى و بين مشيئة العباد فقال ان شاء الله تعالى وشاء زيد فشاء زيد لم يقع الطلاق لانه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما لو قال ان شاء زيد وعمر فشاء أحدهما والله الموفق (ومنها) أن لا يكون انتهاء الغاية فان كان لا يقع وهذا قول أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط و يقع وان جعل انتهاء الغاية وهل يشترط أن لا يكون ابتداء الغاية قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط والاصل فى هذا ان عند زفر الغايتان لا يدخلان ثم ينظر ان بقى بينهما شئ وقع والا فلا وعند أبى يوسف ومحمد الغايتان تدخلان وعند أبى حنيفة الاولى تدخل لا الثانية و بيان هذه الجملة اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة الى اثنتين أو ما بين واحدة الى اثنتين فهى واحدة عند أبى حنيفة وعندهما هى اثنتان وعند زفر لا يقع شئ ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهى اثنتان فى قول أبى حنيفة وعندهما هى ثلاث وعند زفر هى واحدة (وجه) قول زفر ان كلمة من لابتداء الغاية وكلمة الى لانتهاء الغاية يقال سرت من البصرة الى الكوفة أى البصرة كانت ابتداء غاية المسير والكوفة كانت انتهاء غاية المسير والغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما فى البيع فانه اذا قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط فالحائطان لا يدخلان فى البيع فكان هذا منه ايقاع ما ضربت له الغاية لا الغاية فيقع ما ضربت له الغاية لا الغاية وكذا اذا قال بعتك ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان فى البيع كذا ههنا ولهذا لم تدخل احدى الغايتين عند أبى حنيفة كذا الاخرى ولهما ان ما جعل غاية لا بد من وجوده اذ المعدوم لا يصلح غاية ومن ضرورة وجوده وقوعه ولهذا دخلت الغاية الاولى فكذا الثانية بخلاف البيع فان الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع ليكون من ضرورة وجودها بالبيع دخولها فيه فلم تدخل وأبو حنيفة بنى الامر فى ذلك على العرف والعادة فان الرجل يقول فى العرف والعادة لفلان على من مائة درهم الى الف و يريد به دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا يقال سن فلان من تسعين الى مائة و يراد به دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا اذا قيل ما بين تسعين الى مائة وقيل ان الاصمعى ألزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال له كم سنك فقال من سبعين الى ثمانين وكان سنه أقل من ثمانين فتحير زفر ولان انتهاء الغاية قد تدخل تحت ما ضربت له الغاية وقد لا تدخل قال الله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل والليل لم يدخل تحت الامر بالصوم فيه فوقع الشك فى دخول الغاية الثانية فى كلامه فلا يدخل مع الشك فان نوى واحدة فى قوله من واحدة الى ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر وقياس ظاهر أصلهما فى قوله أنت طالق من واحدة الى اثنتين انه يقع الثلاث لان الغايتين يدخلان عندهما الا أنه يحتمل انه جعل تلك الواحدة داخلة فى الثنتين و يحتمل انه جعلها غير الثنتين فلا تقع الزيادة على الثنتين بالشك و روى عن أبى يوسف أنه قال فى رجل قال لامرأته أنت طالق اثنتين الى اثنتين انه يقع ثنتان لانه يحتمل أن يكون جعل الابتداء هو الغاية كانه قال أنت طالق من اثنتين اليهما وكذا روى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث فهى واحدة لانه ما جعل الثلاث غاية وانما أوقع ما بين العددين وهو واحدة فتقع واحدة وان قال أنت طالق ما بين واحدة الى أخرى أو من واحدة الى واحدة فهى واحدة أما على أصل أبى حنيفة فلأن الغاية الاولى تدخل ولا تدخل الثانية فتقع واحدة وأما على أصلهما فالغايتان وان كانتا يدخلان جميعا لكن يحتمل أن يكون المراد من قوله من واحدة الى واحدة أى منها واليها فلا يقع أكثر من واحدة وأما على أصل زفر فالغايتان لا يدخلان ولم يبق بينهما شئ والله عز وجل أعلم (ومنها) أن لا يكون مضروبا فيه فان كان لا يقع و يقع المضروب وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر هذا ليس بشرط و يقع المضروب والمضروب فيه و بيان ذلك فيمن قال لامرأته أنت طالق واحدة فى اثنتين أو قال واحدة فى ثلاث أو اثنتين فى اثنتين وجملة الجواب فيه انه ان نوى به الظرف والوعاء لا يقع الا المضروب لان الطلاق لا يصلح

ظرفا وان نوى مع يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه بلا خلاف وان نوى به الضرب والحساب ولم تكن له نية يقع المضروب لا المضروب فيه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه (وجه) قوله ان الواحد فى اثنين اثنان على طريق الضرب والحساب والواحد فى الثلاثة ثلاثة والاثنان فى الاثنين أربعة وهذا يقتضى وقوع المضروب والمضروب فيه كما لو جمع بينهما بلفظ واحد فقال أنت طالق اثنتين أو ثلاثا أو أربعا الا أن العدد المجتمع له عبارتان احداهما الاثنان والثلاثة والاربعة والاخرى واحد فى اثنين و واحد فى ثلاثة واثنان فى اثنين (ولنا) وجوه ثلاثة أحدها ان الضرب انما يتقدر فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا يتقدر فيه الضرب لان تقدير ضرب الاثنين فى الاثنين خطان يضم اليهما خطان آخران فمن هذا الوجه يقال الاثنان فى الاثنين أربعة والطلاق لا يحتمل المساحة فاذا نوى فى عدد الطلاق الضرب فقد أراد محالا فبطلت نيته والثانى ان الشئ لا يتعدد بالضرب وانما يتكرر أجزاؤه فواحد فى اثنين واحد له جزآن واثنان فى اثنين اثنان له أربعة أجزاء وطلاق له جزء وطلاق له جزآن وثلاثة وأربعة وأكثر من ذلك سواء والثالث انه جعل المضروب فيه ظرفا للمضروب والطلاق لا يصلح ظرفا اذ ظرف الشئ هو المحتوى عليه ولا يتصور احتواء الطلاق على شئ لان الاحتواء من خواص الاجسام فلا يصلح ظرفا للمضروب فلا يقع وبهذا الوقال لامرأته أنت طالق فى دخولك الدار أو قال لها أنت طالق فى حيضتك لا يقع للحال لانه جعل الدخول والحيض ظرفا وانهما لا يصلحان ظرفا لاستحالة تحقق معنى الظرف فيهما الا ان ثمة يتعلق الطلاق بالدخول والحيض ويجعل فى بمعنى مع لمناسبة لان مع كلمة مقارنة والمظروف يقارن الظرف فصار كانه قال أنت طالق مع دخول الدار أو مع حيضك وههنا لو أراد بفى مع فى قوله فى اثنين أو فى ثلاث يقع الثلاث وكذا لو أراد بكلمة فى حرف الواو لان الواو للجمع والظرف يجامع المظروف من جميع الجهات فيجوز استعماله كله والظرف على ارادة المقارنة أو الاجتماع من جهة واحدة والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى الوقت فهو مضى مدة الايلاء وهو شرط وقوع الطلاق بالايلاء حتى لا يقع الطلاق قبل مضى المدة لان الايلاء فى حق أحد الحكمين وهو البر طلاق معلق بشرط ترك الفئ فى مدة الايلاء لقوله عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم و روى عن ابن عباس وعدة من الصحابة رضى الله عنهم ان عزم الطلاق ترك الفئ اليها أربعة أشهر فقد جعل ترك الفئ أربعة أشهر شرط وقوع الطلاق فى الايلاء والكلام فى الايلاء يقع فى مواضع فى تفسير الايلاء لغة وشرعا وفى بيان ركن الايلاء وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الايلاء وفى بيان ما يبطل به الايلاء أما تفسيره فالايلاء فى اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى أى حلف ولهذا سميت اليمين ألية وجمعها ألايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه ﴿ وان صدرت منه الالية برت

وفى حرف عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهما للذين يقسمون من نسائهم والقسم واليمين من الاسماء المترادفة وقال الله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أى ولا يحلف وفى الشريعة عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى وأما ركنه فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع فى الفرج مؤكدا باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء حتى لو امتنع من جماعها أو هجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن موليا ما لم يأت بلفظ يدل عليه لان الايلاء يمين لما ذكرنا واليمين تصرف قولى فلا بد من القول ولو أتى بلفظ يدل على نفى الجماع فيما دون الفرج لم يكن ذلك ايلاء فى حق حكم البر لان حكم البر انما يثبت لصيرورته ظالما بترك الجماع فى الفرج لان حقها فيه ولو ذكر لفظا يدل على منع نفسه عن الجماع فى الفرج بطريق يؤكده باليمين لم يكن ايلاء لان الظلم بالمنع والمنع لا يتأكد الا باليمين وقال الشافعى فى القديم لا يكون موليا الا بالحلف بالله تعالى فظاهر الآية الكريمة يدفع هذا القول لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم فالايلاء فى اللغة عبارة عن اليمين واسم اليمين يقع

على اليمين بالله تعالى و يقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة ولو حلف بغير الله عز وجل و بغير الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا تبين بمضى المدة من غير فىء ولا كفارة عليه ان قربها لانه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين وهو القوة وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وروى من حلف بغير الله فقد أشرك أما الالفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فانواع بعضها صريح و بعضها يجرى مجرى الصريح و بعضها كناية أما الصريح فلفظ المجامعة بان يحلف ان لا يجامعها واما الذى يجرى مجرى الصريح فلفظ القربان والوطء والمباضعة والافتضاض فى البكر بان يحلف ان لا يقربها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضها وهى بكر لان القربان المضاف الى المرأة يراد به الجماع فى العرف قال الله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وكذا الوطء المضاف اليها اغلب استعماله فى الجماع قال النبى صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والمباضعة مفاعلة من البضع وهو الجماع أو الفرج والافتضاض فى العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة مأخوذ من الفض وهو الكسر وكذا اذا حلف لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون الا بالجماع فاما الجماع فى غير الفرج فالاغتسال لا يكون منها وانما يكون من الانزال ألا يرى انه ما لم ينزل لا يجب الغسل وفى الجماع فى الفرج لا يقف وجوب الاغتسال على وجود الانزال ولو قال لم أعن به الجماع لا يدين فى القضاء لكونه خلاف الظاهر و يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان اللفظ يحتمله فى الجملة وأما الكناية فنحو لفظة الاتيان والاصابة بان حلف لا يأتيها أو لا يصيب منها يريد الجماع لانهما من كنايات الجماع لانهما يستعملان فى الجماع وفى غيره استعمالا على السواء فلا بد من النية وكذا لفظة الغشيان بان حلف لا يغشاها لان الغشيان يستعمل فى الجماع قال الله تعالى فلما تغشاها أى جامعها و يستعمل فى المجىء وفى الستر والتغطية قال الله تعالى يوم يغشاهم العذاب قيل يأتيهم وقيل يسترهم و يغطيهم فلا بد من النية وكذا اذا حلف لا يمس جلده جلدها وقال لم أعن به الجماع يصدق لانه يحتمل الجماع و يحتمل المس المطلق فيحنث بغير الجماع والايلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع ولانه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بان يلف ذكره بحريرة فيجامعها وكذا اذا حلف لا يمسها لما قلنا وكذا اذا حلف لا يضاجعها أو لا يقرب فراشها وقال لم أعن به الجماع فهو مصدق فى القضاء لان هذا اللفظ يستعمل فى الجماع و يستعمل فى غيره استعمالا واحدا ولانه يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش ولو حلف لا يجتمع رأسى و رأسك فان عنى به الجماع فهو مول لانه يحتمل الجماع وان لم يعن به الجماع لم يكن موليا ولا يجتمعان على فراش ولا مرفقة لئلا يلزمه الكفارة وله جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شىء يجمع رأسها عليه ولو حلف لا يجمع رأسى و رأسك وسادة أو لا يؤوينى واياك بيت أو لا أبيت معك فى فراش فان عنى به الجماع فهو مول لانه يحتمل الجماع فتصح نيته وكيفما جامعها فهو حانث وان لم يعن به الجماع فليس بمول ولا يأوى معها فى بيت ولا يبيت معها فى فراش ولا يجتمعان على وسادة لئلا تلزمه الكفارة و يطؤها على الارض والبوادى ولو حلف لاسوءنك أو لاغيظنك لا يكون موليا الا اذا عنى به ترك الجماع لان المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره وكذا الغيظ فلا بد من النية وأما اليمين بالله تعالى و بصفاته فهى الحلف باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل فى غير الصفة أو يستعمل فى الصفة وفى غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله فى غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الايمان ثم الايلاء اذا كان بالله تعالى فالمولى لا يخلو اما ان أطلق الايلاء واما ان علقه بشرط واما ان أضافه الى وقت واما ان وقته الى غاية فان أطلق بان قال لامرأته والله لا أقربك كان موليا للحال والاصل فيه ان من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح ان يكون مانعا وهو بما يحلف به عادة يصير موليا أو يقال من لا يمكنه قربان زوجته فى المدة من غير شىء يلزمه بسبب اليمين فهو مول وقد وجد ههنا لان ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا تحرزا عن الهتك وهو ما يحلف به عادة وعرفا وكذا لا يمكنه قربان زوجته فى المدة من غير شىء يلزمه وهو الكفارة فيصير موليا

وكذا اذاقال لامرأتين له والله لاأقربكما وههنا ثلاثة فصول أحدها ان يقول لامرأتيه والله لاأقربكما أو يقول لنسائه الاربع والله لاأقربكن وهما فصل واحد والثانى ان يقول والله لاأقرب احدا كما أو أحدا كن والثالث أن يقول والله لاأقرب واحدة منكما أو واحدة منكن أما الاول اذاقال لامرأتين له والله لاأقربكما صار موليا منهما للحال حتى لومضت أربعة أشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعا و يبطل وكذا اذاقال لنسائه الاربع والله لاأقربكن صار موليا منهن للحال حتى لولم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر بن جميعا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس ان لا يصير موليا فى الاول مالم يطأ واحدة منهما فيصير موليا من الاخرى وفى الثانى مالم يطأ واحدة فيصير موليا من الاخرى وفى الثالث مالم يطأ الثالثة منهن فيصير موليا من الرابعة وهو قول زفر وجه القياس ان المولى من لا يمكنه قربان امرأته من غير حنث يلزمه وههنا يمكنه فى الصورة الاولى قربان احداهما من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث بوطء احداهما اذ جعل شرط الحنث قربانهما من غير شئ يلزمه ولم يوجد وفى الصورة الثانية يمكنه قربان الثلاث منهن من غير حنث يلزمه ألا ترى انه لا يحنث بوطء الثلاث منهن فلم يوجد حد المولى فلا يكون موليا واذا وطئ احداهما أو وطئ الثلاث منهن فلا يمكنه وطء الباقية الا بحنث يلزمه فوجد حد الايلاء فيصير موليا وجه الاستحسان ان المولى من لا يمكنه وطء امرأته فى المدة من غير شىء يلزمه بسبب اليمين وههنا لا يمكنه وطؤها فى المدة من غير شىء يلزمه بسبب اليمين لانه لو وطئ احداهما أو الثلاث منهن لزمه تعيين الاخرى للايلاء وهذا شىء يلزمه بسبب اليمين وقد وجد حد الايلاء فيكون موليا ولو قرب احداهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قربانهما ولكن يبطل ايلاؤه منها لان ذلك يقف على القربان وقد وجد والايلاء فى حق الباقية على حاله لانعدام المبطل فى حقهما وهو القربان ولو قربهما جميعا بطل ايلاؤهما وعليه كفارة اليمين لوجود المبطل لهما والموجب للكفارة وهو قربانهما ولو ماتت احداهما قبل مضى أربعة أشهر بطل ايلاؤها ولا تجب الكفارة وان وطئ الاخرى بعد ذلك بالاجماع لان شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد ولو طلق احداهما لا يبطل الايلاء وأما الثانى وهو ما اذا قال والله لاأقرب احدا كما فانه يصير موليا من احداهما حتى لو وطئ احداهما لزمته الكفارة و بطل الايلاء لوجود شرط الحنث وهو قربان احداهما ولو ماتت احداهما أو طلق احداهما ثلاثا أو بانت بلا عدة تعينت الباقية للايلاء لزوال المزاحمة ولو لم يقرب إحداهما حتى مضت المدة بانت احداهما بغير عينها وله خيار أن يوقع الطلاق على أيتهما شاء لان الايلاء فى حق حكم البر تعليق الطلاق شرعا بشرط ترك القربان فى المدة فيصير كأنه قال ان لم أقرب احدا كما أربعة أشهر فاحدا كما طالق بائن ولو نص على ذلك فمضت المدة ولم يقرب احداهما طلقت احداهما غير عين وله الخيار يوقع على أيتهما شاء كذا هذا ولو أراد أن يعين الايلاء فى احداهما قبل مضى أربعة أشهر لا يملك ذلك حتى لو عين احداهما ثم مضت أربعة أشهر لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على احداهما بغير عينها و يخير فى ذلك لان اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك ذلك لان تغيير اليمين ابطالها من وجه واليمين عقد لازم لا يحتمل الطلاق فلا يحتمل التغيير ولان الايلاء فى حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القربان فى المدة ومتى علق الطلاق المبهم بشرط ثم أراد تغيير التعليق قبل وجود الشرط لا يقدر على ذلك كما اذا قال لامرأتيه اذا جاء غد فاحدا كما طالق ثم أراد أن يعين احداهما قبل مجىء الغد لا يملك ذلك كذا هذا فاذا مضت المدة و بانت احداهما بغير عينها فله الخيار فى تعيين أيتهما شاء للطلاق لان الطلاق اذا وقع فى المجهولة يتخير الزوج فى التعيين فله أن يوقع الطلاق على احداهما فلو لم يوقع الطلاق على واحدة منهما حتى مضت أربعة أشهر أخرى وقعت تطليقة أخرى و بانت كل واحدة منهما بتطليقة فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا يقع الطلاق على الاخرى وجه رواية أبى يوسف أنه آلى من احداهما لا من كل واحدة منهما فلا يتناول الايلاء الا احداهما وجه ظاهر الرواية ان اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق احداهما بمضى المدة من غير فىء باقيا فاذا مضت أربعة أشهر و وقع الطلاق على احداهما فقد زالت

مزاحمتهما واليمين باقية فتعينت الاخرى لبقاء اليمين فى حقها وتعليق طلاقها كما لو زالت المزاحمة بعد مضى المدة قبل
اختيار الزوج بالموت بأن ماتت احداهما أليس أنه تتعين الاخرى كذا ههنا وهل يتكرر الطلاق على المولى منها
بالايلاء السابق بتكرار المدة لا نص فى هذه المسئلة واختلف المشايخ فيه وترجيح بعض الاقاويل فيه على البعض
يعرف فى الجامع الكبير وكذلك لو عين الطلاق فى احداهما بعد مضى أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر أخرى
بانت الاخرى بتطليقة على جواب ظاهر الرواية وأما الثالث وهو ما اذا قال والله لا أقرب واحدة منكما فانه يصير
موليا منهما جميعا حتى لو مضت مدة أربعة أشهر ولم يقربهما فيهما بانتا جميعا كذا ذكر المسئلة فى الجامع من غير خلاف
وهكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى فقال على قول أبى
حنيفة وأبى يوسف يكون موليا منهما استحسانا وعلى قول محمد يكون موليا من احداهما وهو القياس وجه القياس ان
قوله واحدة منكما لا يعبر به عنهما بل عن احداهما فصار كقوله والله لا أقرب احداكما والدليل عليه أنه اذا قرب
احداهما يحنث وتلزمه الكفارة فدل ان اليمين تناولت احداهما لا غير ووجه الاستحسان وهو الفرق بين المسئلتين
ان قوله احداكما معرفة لانه مضاف الى الكناية والكنايات معارف بل أعرف المعارف والمضاف الى المعرفة معرفة
والمعرفة تختص فى النفى كما تختص فى الاثبات وقوله واحدة منكما نكرة لانها نكرة بنفسها ولم يوجد ما يوجب
صيرورتها معرفة وهو اللام أو الاضافة فبقيت نكرة وأنها فى محل النفى فتعم والدليل على التفرقة بينهما أنه يستقيم
ادخال كلمة الاحاطة والاشتمال وهى كلمة كل على واحدة منكما ولا يستقيم ادخالها على احداكما حتى يصح أن يقال
والله لا أقرب كل واحدة منكما ولا يصح أن يقال والله لا أقرب كل احداكما فدل ان قوله واحدة منكما يصلح لهما
وقوله احداكما لا يصلح لهما الا أنه اذا قال والله لا أقرب واحدة منكما فقرب احداهما يبطل ايلاؤهما جميعا وتلزمه
الكفارة لوجود شرط الحنث وهو قربان واحدة منهما بخلاف ما اذا قال والله لا أقربكما فقرب واحدة منهما انه يبطل
ايلاؤهما ولا يبطل ايلاء الباقية حتى لا تجب عليه الكفارة اما بطلان ايلاء التى قربها فلوجود شرط البطلان وهو
القربان ولم يوجد القربان فى الباقية فلا يبطل ايلاؤها واما عدم وجوب الكفارة فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما
جميعا ولو قال لامرأته وأمته والله لا أقربكما لا يكون موليا من امرأته ما لم يقرب الامة فاذا قرب الامة صار موليا من
امرأته لان المولى من لا يمكنه قربان امرأته فى المدة من غير شىء يلزمه وقبل أن يقرب الامة يمكنه قربان امرأته من غير
حنث يلزمه لانه علق الحنث بقربانهما فلا يثبت بقربان احداهما فاذا قرب الامة فقد صار بحال لا يمكنه قربان زوجته
من غير حنث يلزمه فصار موليا ولو قال والله لا أقرب احداكما لم يكن موليا فى حق البر لما ذكرنا ان قوله احداكما معرفة
لكونه مضافا الى المعرفة والمعرفة تخص ولا تعم سواء كان فى محل الاثبات أو فى محل النفى فلا يتناول الا احداهما
والايلاء فى حق البر تعليق الطلاق بشرط ترك القربان فى المدة فصار كأنه قال ان لم أقرب احداكما فى المدة فاحداكما
طالق ولو قال ذلك لا يقع الطلاق الا اذا عنى امرأته وما عنى ههنا فلا يمكنه جعله ايلاء فى حق البر ولو قرب احداهما
تجب الكفارة لانه بقى يمينا فى حق الحنث وقد وجد شرط الحنث فتجب الكفارة كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك
ثم قربها حنث ولا يكون ذلك ايلاء فى حق البر كذا هذا ولو قال والله لا أقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته لما
ذكرنا ان الواحدة نكرة مذكورة فى محل النفى فتعم عموم الافراد كما لو قال لا أكلم واحدا من رجال خلب الا أنه لو قرب
احداهما حنث لما ذكرنا ان شرط حنثه قربان واحدة منهما لا قربانهما وقد وجد ولو كان له امرأتان حرة وأمة فقال والله
لا أقربكما صار موليا منهما جميعا لان كل واحدة منهما محل الايلاء فاذا مضى شهران ولم يقربهما بانت الامة لمضى مدتها
من غير قربان واذا مضى شهران آخران بانت الحرة أيضا لتمام مدتها من غير فىء ولو قال والله لا أقرب احداكما يكون
موليا من احداهما بغير عينها لان كل واحدة منهما محل الايلاء وقد أضاف الايلاء الى احداهما بغير عينها فيصير موليا
من احداهما غير عين ولو أراد أن يعين احداهما قبل مضى الشهرين ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم واذا مضى شهران ولم

بقربهما بانت الامة لا لانها عينت للايلاء بل لسبق مدتها واستوثقت مدة الايلاء على الحرة فاذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت الحرة لان اليمين باقية اذ لم يوجد الحنث فكان تعليق الطلاق على احداهما باقيا فاذا مضى شهران وقع الطلاق على الامة فقد زالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الحرة لبقاء الايلاء فى حقها وتعليق طلاقها بمضى المدة وانما استوثقت مدة الايلاء على الحرة لان ابتداء المدة انعقدت لاحداهما وقد تعينت الامة للسبق فيبتدأ الايلاء على الحرة من وقت بينونة الامة بخلاف ما اذا قال لها والله لا أقربكما لان هنالك انعقدت المدة لهما فاذا مضى شهران فقد تمت مدة الامة فتتم مدة الحرة بشهرين آخرين ولو ماتت الامة قبل مضى الشهرين تعينت الحرة للايلاء من وقت اليمين حتى اذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين تبين لزوال المزاحمة بموت الامة ولو قال والله لا أقرب واحدة منكما يكون موليا منهما جميعاً حتى لو مضى شهران تبين الامة ثم اذا مضى شهران آخران تبين الحرة كما فى قوله والله لا أقربكما الا أن ههنا اذا قرب احداهما حنث و بطل الايلاء لما ذكرنا فيما قبل وان علقه بشرط يتعلق به بأن قال ان دخلت هذه الدار وان كلمت فلانا فوالله لا أقربك وكذا اذا أضافه الى الوقت بأن قال اذا جاء غد فوالله لا أقربك أو قال اذا جاء رأس شهر كذا فوالله لا أقربك واذا وجد الشرط أو الوقت فيصير موليا و يعتبر ابتداء المدة من وقت وجود الشرط والوقت لان الايلاء يمين واليمين تحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كسائر الايمان وان وقته الى غاية ينظر ان كان المجعول غاية لا يتصور وجوده فى مدة الايلاء يكون موليا كما اذا قال وهو فى شعبان والله لا أقربك حتى أصوم المحرم لانه منع نفسه عن قربانها بما يصلح مانعا لانه لا يمكنه قربانها الا بحنث يلزمه وهو الكفارة ألا ترى أنه لا يتصور وجود الغاية وهو صوم المحرم فى المدة وكذلك يعد مانعا فى العرف لانه يحلف به عادة وكذا لو قال والله لا أقربك الا فى مكان كذا و بينه و بين ذلك المكان أربعة أشهر فصاعدا يكون موليا لانه لا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه وان كان أقل من ذلك لم يكن موليا لامكان القربان من غير شئ يلزمه وكذا لو قال والله لا أقربك حتى تفطمي صبيك و بينها و بين الفطام أربعة أشهر فصاعدا يكون موليا وان كان أقل من ذلك لم يكن موليا لما قلنا ولو قال والله لا أقربك حتى تخرج الدابة من الارض أو حتى يخرج الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها فالقياس أن لا يكون موليا لتصور وجود الغاية فى المدة ساعة فساعة فيمكنه قربانها فى المدة من غير شئ يلزمه فلا يكون موليا وفى الاستحسان يكون موليا لان حدوث هذه الاشياء لها علامات يتأخر عنها بأكثر من مدة الايلاء على ما نطق به الاخبار فلا توجد هذه الغاية فى زماننا فى مدة أربعة أشهر عادة فلم تكن الغاية متصورة الوجود عادة فلا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه عادة فيكون موليا ولان هذا اللفظ يذكر على ارادة التأبيد فى العرف فصار كانه قال والله لا أقربك أبدا وكذا اذا قال والله لا أقربك حتى تقوم الساعة كان موليا وان كان يمكن فى العقل قيام الساعة ساعة فساعة لكن قامت دلائل الكتاب العزيز والسنن المشهورة على انها لا تقوم الا بعد تقدم اشراطها العظام كطلوع الشمس من مغربها وخروج الدجال وخروج يأجوج ومأجوج ونحو ذلك ولم يوجد شئ من ذلك فى زماننا فلم تكن الغاية قبلها متصورة الوجود عادة على ان مثل هذه الغاية تذكر و يراد بها التأبيد فى العرف والعادة كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط أى لا يدخلونها أصلا ورأسا وكما يقال لا أفعل كذا حتى يبيض القار و يشيب الغراب ونحو ذلك فانه يصير كانه قال والله لا أقربك حتى تموتى أو حتى أموت أو حتى تقتلى أو حتى أقتل أو حتى أقبلك أو حتى تقبليني كان موليا وان كان يتصور وجود هذه الاشياء فى المدة لكن لا يتصور بقاء النكاح بعد وجودها فيصير حاصل هذا الكلام كانه قال والله لا أقربك ما دمت زوجتك أو ما دمت زوجتي أو ما دمت حيا أو ما دمت حية ولو قال ذلك كان موليا اذ لو لم يكن موليا لما تصور انعقاد الايلاء لان هذا التقدير ثابت فى كل الايلاء ولو قال لامرأته وهى أمة الغير والله لا أقربك حتى أملكك أو أملك شقصا منك يكون موليا لان النكاح لا يبقى بعد ملكها أو شقصا منها فصار كانه قال والله لا أقربك ما دمت زوجك أو ما دمت زوجتي ولو قال والله لا أقربك

حتى اشتريك لا يكون موليا لان النكاح لا يرتفع بمطلق الشراء لجواز أن يشتريها لغيره فلا يملكها فلا يرتفع النكاح وكذا اذا قال حتى اشتريك لنفسى لانه قد يشتريها شراء فاسدا فلا يرتفع النكاح فلا يملكها لانه لا يملكها قبل القبض ولو قال حتى أشتريك لنفسى وأقبضك كان موليا لان الملك فى الشراء الفاسد يثبت بالقبض فيرتفع النكاح فيصير تقديره والله لا أقربك مادمت فى نكاحى وان كان مما يتصور بقاء النكاح مع وجود، فان كان مما لو حلف به لكان موليا يصير موليا اذا جعله غاية والا فلا هذا أصل أبى حنيفة ومحمد وأصل أبى يوسف انه ان أمكنه قربانها فى المدة من غير حنث يلزمه لم يكن موليا وعلى هذا يخرج ما اذا قال والله لا أقربك حتى أعتق عبدى فلانا أوحتى أطلق امرأتى فلانة أوحتى أصوم شهرا انه يصير موليا فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يكون موليا لابى يوسف انه يتصور وجود هذه الغايات قبل مضى أربعة أشهر فيمكنه قربانها من غير حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون موليا كما اذا قال والله لا أقربك حتى أدخل الدار أوحتى أكلم فلانا ولهما انه منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعا وهو مما يحلف به فى العرف والعادة وهو عتق عبده وطلاق امرأته وصوم الشهر ولهذا لو حلف بهذه الاشياء لكان موليا فكذا اذا جعلها غاية وكذا لا يمكنه قربانها من غير شئ يلزمه بسبب اليمين اما وجوب الكفارة أو عتق العبد أو طلاق المرأة أو صوم الشهر فيصير فى التقدير كانه قال ان قربتك فعبدى حر أو على كفارة يمين ولو قال ذلك لكان موليا كذا هذا بخلاف الدخول والكلام ولو قال لا أقربك حتى أقتل عبدى أو حتى أشتم عبدى أو حتى أشتم فلانا أو أضرب فلانا وما أشبه ذلك لم يكن موليا لانه لم يحلف بهذه الاشياء عرفا وعادة ولهذا لو حلف بشئ من ذلك لم يكن موليا فكذا اذا جعله غاية للايلاء وكذا اذا قال ان قربتك فعلى قتل عبدى أو ضرب عبدى أو شتم عبدى أو قتل فلان أو ضرب فلان أو شتم فلان لم يكن موليا كما لو قال فعلى ان أدخل الدار أو أكلم فلانا لما قلنا والله الموفق وأما اليمين بالشرط والجزاء فنحو قوله ان قربتك فامرأتى الاخرى طالق أو قال هذه طالق أو قال فعبدى هذا حر او فانت على كظهر أمى أو قال فعلى عتق رقبة أو فعلى حجة أو عمرة أو المشى الى بيت الله أو فعلى هدى أو صدقة أو صوم أو اعتكاف لان الايلاء يمين واليمين فى اللغة عبارة عن القوة والحالف يتقوى بهذه الاشياء على الامتناع من قربان امرأته فى المدة لان كل واحد منهما يصلح ما نعا من القربان فى المدة لانه يثقل على الطبع و يشق عليه فكان فى معنى اليمين بالله عز وجل لحصول ما وضع له اليمين وهو التقوى على الامتناع من مباشرة الشرط وكذا يعد ما نعا فى العرف والعادة فان الناس تعارفوا الحلف بهذه الاشياء وكذا لبعضها مدخل فى الكفارة وهو العتق والصدقة وهى الاطعام والصوم والهدى والاعتكاف لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة وان لم يكن لهما مدخل فى الكفارة فلهما تعلق بالمال فانه لا يتوصل اليهما الا بمال غالبا فاشبه العتق والصدقة لتعلقهما بالمال وذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخى خلاف أبى يوسف فى قوله ان قربتك فعبدى حر ان على قول أبى يوسف لا يكون موليا ولم يذكر القاضى الخلاف فى شرحه مختصر الطحاوى وجه قول أبى يوسف ان المولى من لا يمكنه قربان امرأته فى المدة الا بحنث يلزمه وههنا يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بان يبيع العبد قبل أن يقربها ثم يقربها فلا يلزمه شئ فلا يكون موليا (وجه) قولهما انه منع نفسه من قربانها بما يصلح مانعا و يعد مانعا فى العرف والعادة فكان موليا وأما قوله يمكنه أن يبيع العبد قبل القربان فلا يلزمه شئ بالقربان فيكون الملك قائما للحال والظاهر بقاؤه والبيع موهوم فكان الحنث عند القربان لازما على اعتبار الحال ظاهرا وغالبا ولو قال ان قربتك فكل مملوك أملكه فيما يستقبل حر او قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فهو مول فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكون موليا وجه قول أبى يوسف انه علق اليمين بالقربان وعند وجود القربان لا يلزمه شئ وانما يلزمه بعد التمليك والتزوج والجزاء المانع من القربان ما يلزم عند القربان ولانه يقدر على أن يمتنع عن التملك والتزوج فلا يلزمه شئ فلا يكون موليا وجه قولهما انه جعل القربان شرط انعقاد اليمين وكون القربان شرط انعقاد اليمين يصلح مانعا له عن القربان لانه اذا قربها

انعقدت اليمين واليمين اذا انعقدت يحتاج الى منع النفس عن تحصيل الشرط خوفا عن نزول الجزاء وبه تبين انه
لا يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وقت القربان وهو انعقاد اليمين التي يلزم عند انحلالها حكم الحنث فيصير موليا
وقوله يمكنه أن لا يتملك فلا يلزمه شيء قلنا وقد يملك من غير تملك بالارث فلا يمكنه الامتناع عنه ولو قال ان قربتك
فعلي صوم شهر كذا فان كان ذلك الشهر يمضي قبل مضي الاربعة الاشهر لم يكن موليا لانه اذا مضى يمكنه الوطء في
المدة من غير شيء يلزمه وان كان لا يمضي قبل مضي الاربعة الاشهر فهو مول لانه لا يمكنه وطؤها في المدة الا بصيام
يلزمه ولو قال ان قربتك فعلي أن أصلي ركعتين أو على ان أغزو لم يكن موليا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد
يكون موليا كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين
أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة (وجه) قول محمد ان الصلاة مما يصح ايجابها بالنذر كالصوم والحج
فيصير موليا كما لو قال على صوم أو حج وجه قولهما ان هذا لا يصلح مانعا لانه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد
مانعا في العرف أيضا ألا ترى ان الناس لم يتعارفوا الحلف بالصلاة والغزو بخلاف الحج والصوم فلا يصير موليا كما لو
قال لله على صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة وكذا لا مدخل للصلاة في الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم
والحج ولو قال ان قربتك فعلي كفارة أو قال فعلي يمين فهو مول لان قوله فعلي كفارة التزام الكفارة نصا وقوله على يمين
موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة قوله فعلي كفارة وقالوا فيمن قال ان قربتك فعلي نحر ولدي انه مول عند
أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان النذر بنحر الولد يصح ويجب ذبح شاة عندنا وعند زفر هو باطل لا يوجب شيأ ولو
قال ان قربتك فانت على مثل امرأة فلان وفلان كان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بامرأة آلى
منها زوجها لاتيانه بلفظ موضوع للتشبيه فاذا نوى به الايلاء انصرف التشبيه اليه وان لم ينو التحريم ولا اليمين لم يكن
موليا لان التشبيه لا يقتضي المساواة في جميع الصفات وقالوا فيمن قال لامرأته انا منك مول انه ان عني به الخبر
بالكذب يصدق فيما بينه وبين الله ولا يكون موليا لان لفظه لفظ الخبر وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا
يصدق في القضاء لان خبره يحمل على الصدق ولا يكون صادقا الا بثبوت المخبر به وان عني به الايجاب كان
موليا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يستعمل في الايجاب في العرف ولو آلى من امرأته ثم
قال لامرأة له أخرى قد أشركتك في ايلائها كان باطلا لان الشركة في الايلاء لو صحت لثبتت الشركة في المدة فيصير
لكل واحدة منهما أقل من أربعة أشهر وهذا يمنع صحة الايلاء لما نذكر ان شاء الله تعالى ولو قال ان قربتك فانت
على حرام فان نوى الطلاق فهو مول عندهم جميعا لانه اذا نوى به الطلاق فقد جعل الطلاق جزاء مانعا من القربان
فيصير كانه قال ان قربتك فأنت طالق ولو قال ذلك لصار موليا كذا هذا وان نوى اليمين فهو مول للحال عند أبي حنيفة
وعند أبي يوسف ومحمد لا يكون موليا ما لم يقربها (وجه) قولهما ان قوله أنت على حرام اذا نوى به اليمين أو لا نية له
يكون ايلاء بلا خلاف بين أصحابنا كانه قال والله لا أقربك فصار الايلاء معلقا بالقربان كانه قال ان قربتك فوالله
لا أقربك ولو قال ذلك لا يكون موليا حتى يقربها كذا هذا ولابي حنيفة انه منع نفسه من قربان امرأته في المدة
بما لا يصلح مانعا وهو التحريم وهو حد المولي فيصير موليا كما لو قال ان قربتك فأنت على كظهر أمي ثم لا بد من
معرفة مسئلة الحرام أعني قوله لامرأته أنت على حرام من غير التعليق بشرط القربان ان حكمها ما هو وجملة الكلام
فيه ان الامر لا يخلو اما ان أضاف التحريم الى شيء خاص نحو امرأته أو الطعام أو الشراب أو اللباس واما ان
أضافه الى كل حلال على العموم فان أضافه الى امرأته بان قال أنت على حرام أو قد حرمتك على أو أنا عليك حرام
أو قد حرمت نفسي عليك أو أنت محرمة على فان أراد به طلاقا فهو طلاق لانه يحتمل الطلاق وغيره فاذا نوى
به الطلاق انصرف اليه وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى واحدة يكون واحدة بائنة وان نوى اثنتين يكون
واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر لانه من جملة كنايات الطلاق وان لم ينو الطلاق ونوى التحريم أو لم يكن له نية فهو

يمين عندنا و يصير موليا حتى لو تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة لان الاصل فى تحريم الحلال ان يكون يمينا لماتبين وان قال أردت به الكذب يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ولا يكون شيأ ولا يصدق فى نفى اليمين فى القضاء وقد اختلف السلف رضى الله عنهم فى هذه المسئلة روى عن أبى بكر وعمر وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وعائشة رضى الله عنهم انهم قالوا الحرام يمين حتى روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال اذا حرم الرجل امرأته فهو يمين يكفرها اما كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة وروى عن عبدالله بن عمر رضى الله عنه انه قال ان نوى طلاقا فطلاق وان لم ينو طلاقا فيمين يكفرها وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه انه قال فيه كفارة يمين ومنهم من جعله طلاقا ثلاثا وهو قول على رضى الله عنه ومنهم من جعله طلاقا رجعيا وعن مسروق انه قال ليس ذلك بشىء ما أبالى حرمتها أو قصعة من ثريد وقال الشافعى ليس بيمين وفيه كفارة يمين بنفس اللفظ ولقب المسئلة ان تحريم الحلال هل هو يمين عندنا يمين وعنده ليس بيمين (وجه) قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع والعبد لا يملك تغيير الشرع ولهذا خرج قوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك مخرج العتاب لرسول الله صلى الله عليه وسلم فدل انه ليس لاحد ان يحرم ما أحل الله سبحانه وتعالى وبه تبين ان اليمين لا يحرم المحلوف عليه على الحالف وانما يمنعه منه بكونه حلالا (ولنا) الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله عز وجل يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم قيل نزلت الآية فى تحريم جاريته مارية القبطية لما قال صلى الله عليه وسلم هى على حرام وسمى الله تعالى ذلك يمينا بقوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم أى وسع الله عليكم أو أباح لكم ان تحلوا من أيمانكم بالكفارة وفى بعض القرا آت قد فرض الله لكم كفارة أيمانكم والخطاب عام يتناول رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمته وأما السنة فما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الحرام يمينا وأما الاجماع فما روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الحرام يمينا وبعضهم نص على وجوب كفارة اليمين فيه وكفارة اليمين ولا يمين لا تتصور فدل على انه يمين وقول من جعله طلاقا ثلاثا محمول على ما اذا نوى الثلاث لان الحرمة نوعان غليظة وخفيفة فكانت نية الثلاث تعيين بعض ما يحتمله اللفظ فيصح واذا نوى واحدة كانت واحدة بائنة لان اللفظ ينبىء عن الحرمة والطلاق الرجعى لا يوجب الحرمة للحال واثبات حكم اللفظ على الوجه الذى ينبىء عنه اللفظ أولى ولان المخالف يوجب فيه كفارة يمين وكفارة اليمين تستدعى وجود اليمين فدل ان هذا اللفظ يمين فى الشرع فاذا نوى به الكذب لا يصدق فى ابطال اليمين فى القضاء لعدوله عن الظاهر وأما قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان هذا ليس بتحريم الحلال من الحالف حقيقة بل من الله سبحانه وتعالى لان التحريم اثبات الحرمة كالتحليل اثبات الحل والعبد لا يملك ذلك بل الحرمة والحل وسائر الحكومات الشرعية ثبتت باثبات الله تعالى لا صنع للعبد فيها أصلا انما من العبد مباشرة سبب الثبوت هذا هو المذهب عند أهل السنة والجماعة فلم يكن هذا من الزوج تحريم ما أحله الله تعالى بل مباشرة سبب ثبوت الحرمة أو منع النفس عن الانتفاع بالحلال لان التحريم فى اللغة عبارة عن المنع وقد يمنع المرء من تناول الحلال لغرض له فى ذلك و يسمى ذلك تحريما قال الله تعالى وحرمنا عليه المراضع من قبل والمراد منه امتناع سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام عن الارتضاع من غير ثدى أمه لا التحريم الشرعى وعلى أحد هذين الوجهين يحمل التحريم المضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل لو كان الامر على ما ذكرتم لم يكن ذلك منه تحريم الحلال حقيقة فما معنى الحاق العتاب به فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان ظاهر الكلام ان كان يوهم العتاب فليس بعتاب فى الحقيقة بل هو تخفيف المؤنة عليه صلى الله عليه وسلم فى حسن العشرة والصحبة مع أزواجه لانه كان مندوبا الى حسن العشرة معهن والشفقة عليهن والرحمة بهن فبلغ من حسن العشرة والصحبة مبلغا امتنع عن الامتناع بما أحل الله له يبتغى به حسن العشرة فخرج ذلك مخرج تخفيف المؤنة فى حسن

العشرة معهن لا مخرج النهي والعتاب وان كانت صيغته صيغة النهي والعتاب وهو كقوله تعالى فلا تذهب نفسك عليهم حسرات والثاني ان كان ذلك الخطاب عتابا فيحتمل انه انما عوتب لانه فعل بلا اذن سبق من الله عز وجل وان كان ما فعل مباحا في نفسه وهو منع النفس عن تناول الحلال والانبياء عليهم الصلاة والسلام يعاتبون على أدنى شيء منهم يوجد مما لو كان ذلك من غيرهم لعد من أفضل شمائله كما قال تعالى عفا الله عنك لم أذنت لهم وقوله عبس وتولى ان جاءه الأعمى ونحو ذلك والثاني ان كان هذا تحريم الحلال لكن لم قلت ان كل تحريم حلال من العبد تغيير للشرع بل ذلك نوعان تحريم ما أحله الله تعالى مطلقا وذلك تغيير بل اعتقاده كفر وتحريم ما أحله الله مؤقتا الى غاية لا يكون تغييرا بل يكون بيان نهاية الحلال ألا ترى ان الطلاق مشروع وان كان تحريم الحلال لكن لما كان الحل مؤقتا الى غاية وجود الطلاق لم يكن التطليق من الزوج تغييرا للشرع بل كان بيان انتهاء الحل وعلى هذا سائر الاحكام التي تحتمل الارتفاع والسقوط وعلى هذا سبيل النسخ فيما يحتمل التناسخ فكذا قوله لامرأته أنت علي حرام وان نوى بقوله أنت علي حرام الظهار كان ظهارا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يكون ظهارا (وجه) قوله ان الظهار تشبيه الحلال بالحرام والتشبيه لا بد له من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهارا ولهما انه وصفها بكونها محرمة والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق وتارة تكون محرمة بالظهار فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه هذا اذا أضاف التحريم الى المرأة فاما اذا أضافه الى الطعام أو الشراب أو اللباس بان قال هذا الطعام علي حرام أو هذا الشراب أو هذا اللباس فهو يمين عندنا وعليه الكفارة اذا فعل وقال الشافعي اذا قال ذلك في غير الزوجة والجارية لا يجب شيء وهي مسئلة تحريم الحلال انه يمين أم لا وجه قول الشافعي في المسئلة الاولى ما ذكرنا في المسئلة الاولى (ولنا) قوله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك قيل نزلت الآية في تحريم العسل وقد سماه الله تعالى يمينا بقوله سبحانه وتعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فدل ان تحريم غير الزوجة والجارية يمين موجب للكفارة لان تحلة اليمين هي الكفارة فان قيل فقد روى انها نزلت في تحريم جاريته مارية فالجواب انه لا يمتنع ان تكون الآية الكريمة نزلت فيهما لعدم التنافي ولانه لو أضاف التحريم الى الزوجة والجارية لكان يمينا فكذا اذا أضيف الى غيرهما كان يمينا كلفظ القسم اذا أضيف الى الزوجة والجارية كان يمينا واذا أضيف الى غيرهما كان يمينا أيضا كذا هذا فان فعل كان يمينا مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث وانحلت اليمين لان التحريم المضاف الى المعين يوجب تحريم كل جزء من أجزاء المعين كتحريم الخمر والخنزير والميتة والدم فاذا تناول شيأ منه فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام فأكل بعضه انه لا يحنث لان الحنث هناك معلق بالشرط وهو أكل كل الطعام والمعلق بشرط لا ينزل عند وجود بعض الشرط ولو قال نسائي علي حرام ولم ينو الطلاق فقرب احداهن كفر وسقطت اليمين فيهن جميعا لانه أضاف التحريم الى جمع فيوجب تحريم كل فرد من أفراد الجمع فصار كل فرد من أفراد الجمع محرما على الانفراد فاذا اقرب واحدة منهن فقد فعل ما حرمه على نفسه فيحنث وتلزمه الكفارة وتنحل اليمين وان لم يقرب واحدة منهن حتى مضت أربعة أشهر بن جميعا لان حكم الايلاء لا يثبت في حق كل واحدة منهن على انفرادها والايلاء يوجب البينونة بمضي المدة من غير فيء هذا اذا أضاف التحريم الى نوع خاص فاما اذا أضافه الى الانواع كلها بان قال كل حلال علي حرام فان لم تكن له نية فهو على الطعام والشراب خاصة استحسانا والقياس ان يحنث عقيب كلامه وهو قول زفر وجه القياس ان اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال وكما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنث ووجه الاستحسان ان هذا عام لا يمكن العمل بعمومه لانه لا يمكن حمله على كل مباح من فتح عينه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته وسكناته المباحة لانه لا يمكنه الامتناع عنه والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه عما لا يمكنه الامتناع عنه فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما في العرف ونظيره

قوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة انه لما لم يمكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في أشياء كثيرة حمل على الخصوص وهو نفي المساواة بينهما في العمل في الدنيا أو في الجزاء في الآخرة كذا هذا فان نوى مع ذلك اللباس أو امرأته فالتحريم واقع على جميع ذلك وأي شيء من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة لان اللفظ صالح لتناول كل المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف فاذا نوى شيأ زائدا على المتعارف فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله فاذا نوى شيأ بعينه دون غيره بان نوى الطعام خاصة أو الشراب خاصة أو اللباس خاصة أو امرأته خاصة فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء لما ذكرنا ان هذا اللفظ متروك العمل بظاهر عمومه ومثله يحمل على الخصوص فاذا قال أردت واحدا بعينه دون غيره فقد ترك ظاهر لفظ هو متروك الظاهر فلم يوجد منه العدول فيصدق وان قال كل حل على حرام ونوى امرأته كان عليها وعلى الطعام والشراب لان الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر هذا اللفظ ولم ينفهما بنيته فبقيا داخلين تحت اللفظ بخلاف الفصل الاول لانه هناك نوى امرأته خاصة ونفى الطعام والشراب بنيته فلم يدخلا وههنا لم ينف الطعام والشراب بنيته وقد دخلا تحت اللفظ فبقيا كذلك ما لم ينفيا بالنية وان نوى في امرأته الطلاق لزمه الطعام فيها فان أكل أو شرب لم تلزمه الكفارة لان اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق واليمين لاختلاف معنييهما واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين فاذا أراد به في الزوجة الطلاق الذي هو أشد الامرين وأغلظهما لا يبقى الآخر مرادا وكذا روى عن أبي يوسف ومحمد في رجل قال لامرأتين له أنتما على حرام يعني في احداهما الطلاق وفي الاخرى الايلاء فهما طالقان جميعا لما ذكرنا ان اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين فاذا أرادهما بلفظ واحد يحمل على أغلظهما ويقع الطلاق عليهما ولو قال هذه على حرام ينوى الطلاق وهذه على حرام ينوى الايلاء كان كما نوى لانهما لفظان فيجوز ان يراد باحدهما خلاف ما يراد بالآخر وعن أبي يوسف فيمن قال لامرأتيه أنتما على حرام ينوى في احداهما ثلاثا وفي الاخرى واحدة انهما جميعا طالقان ثلاثا لان حكم الواحدة البائنة خلاف حكم الثلاث لان الثلاث يوجب الحرمة الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين في حالة واحدة فاذا نواهما يحمل على أغلظهما وأشدهما وقال ابن سماعة في نوادره سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال ما أحل الله على حرام من مال وأهل ونوى الطلاق في أهله قال ولا نية له في الطعام فان أكل لم يحنث لما قلنا قال وكذلك لو قال هذا الطعام على حرام وهذه ينوى الطلاق لان اللفظة واحدة وقد تناولت الطلاق فلا تتناول تحريم الطعام وقالوا فيمن قال لامرأته أنت على كالدم أو الميتة أو لحم الخنزير أو كالخمر انه يسئل عن نيته فان نوى كذبا فهو كذب لان هذا اللفظ ليس صريحا في التحريم ليجعل يمينا فيصدق انه أراد به الكذب بخلاف قوله أنت على حرام فانه صريح في التحريم فكان يمينا وان نوى التحريم فهو ايلاء لانه شبهها بما هو محرم فكانه قال أنت حرام وان نوى الطلاق فالقول فيه كالقول فيمن قال لامرأته أنت على حرام ينوى الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته ان فعلت كذا فانت أمي يريد التحريم قال هو باطل لانه لم يجعلها مثل أمه ليكون تحريما وانما جعلها أمه فيكون كذبا قال محمد ولو ثبت التحريم بهذا لثبت اذا قال أنت حواء وهذا لا يصح وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته أنت معي حرام فهو مثل قوله أنت على حرام لان هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط ركن الايلاء فنوعان نوع هو شرط صحته في حق حكم الحنث ونوع هو شرط صحته في حق حكم البر وهو الطلاق أما الاول فوضع بيانه كتاب الايمان لان الايلاء يساوى سائر الايمان في حق أحد الحكمين وهو حكم الحنث وانما يخالفها في حق الحكم الآخر وهو حكم البر لانه لا حكم لسائر الايمان عند تحقق البر فيها وللايلاء عند تحقق البر حكم وهو وقوع الطلاق اذ هو تعليق الطلاق البائن شرعا بشرط البر كانه قال اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق بائن فنذكر الشرائط المختصة به في حق هذا الحكم وهو الطلاق فنقول لركن

الايلاء فى حق هذا الحكم شرائط بعضها يعم كل يمين بالطلاق و بعضها يخص الايلاء أما الذى يعم فما ذكرنا من الشرائط فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام ملك النكاح والاضافة الى الملك حتى لا يصلح ايلاء الصبى والمجنون لانهما ليسا من أهل الطلاق وكذا لوآلى من أمته أومدبرته أوأم ولده لم يصح ايلاؤه فى حق هذا الحكم لان الله تعالى خص الايلاء بالازوجات بقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم والزوجة اسم للمملوكة بملك النكاح وشرع الايلاء فى حق هذا الحكم ثبت بخلاف القياس بهذه الآية الشريفة وانها وردت فى الازواج فتختص بهم ولان اعتبار الايلاء فى حق هذا الحكم لدفع الظلم عنها من قبل الزوج لمنعه حقها فى الجماع منعا مؤكدا باليمين ولا حق للامة قبل مولاها فى الجماع فلم يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة الى الدفع لوقوع الطلاق ولان الفرقة الحاصلة بمضى المدة من غير فىء فرقة بطلاق ولا طلاق بدون النكاح ولوآلى منها وهى مطلقة فان كان الطلاق رجعيا فهو مول لقيام الملك من كل وجه ولهذا صح طلاقه وظهاره و يتوارثان وان كان بائنا أوثلاثا لم يكن موليا لزوال الملك والحل بالابانة والثلاث والايلاء لا ينعقد فى غير الملك ابتداء وان كان يبقى بدون الملك على ما نذكره ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لاجنبية والله لا أقربك ثم تزوجها انه لا يصير موليا فى حق حكم البرحتى لومضت أربعة أشهر فصاعدا بعد التزوج ولم يفء اليها لا يقع عليها شىء لانعدام الملك والاضافة الى الملك ولوقربها بعد التزوج أوقبله تلزمه الكفارة لانعقاد اليمين فى حق الحنث ولوقال لها ان تزوجتك فوالله لا أقربك فتزوجها صار موليا عندنا لوجود الملك عند التزوج واليمين بالطلاق يصح فى الملك أومضافا الى الملك وههنا وجدت الاضافة الى الملك فيصير موليا بخلاف الفصل الاول وكذا جميع ما ذكرنا من شرائط صحة التطليق فهومن شرط صحة الايلاء فى حق الطلاق وأما الذى يخص الايلاء فشيآن أحدهما المدة وهى ان يحلف على أربعة أشهر فصاعدا فى الحرة أو يحلف مطلقا أومؤبدا حتى لوحلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا فى حق الطلاق وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وقال بعض أهل العلم ان مدة الايلاء غير مقدرة يستوى فيها القليل والكثير حتى لوحلف لا يقربها يوما أوساعة كان موليا حتى لوتركها أربعة أشهر بانت وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقال ابن عباس رضى الله عنهما ان الايلاء على الابد وقال الشافعى لا يكون موليا حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر وجه قول الاولين ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهرا فلما كان تسعة وعشرين يوما تركهن فقيل له انك آليت شهرا يارسول الله فقال الشهر تسعة وعشرون يوما ولان الله تعالى لم يذكر فى كتابه الكريم للايلاء مدة بل أطلقه اطلاقا بقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم فيجرى على اطلاقه وانما ذكر المدة لثبوت البينونة حتى تبين بمضى المدة من غير فىء ليصير ايلاء شرعا وبه نقول ولنا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ذكر للايلاء فى حكم الطلاق مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها ايلاء فى حق هذا الحكم وهذا لان الايلاء ليس بطلاق حقيقة وانما جعل طلاقا معلقا بشرط البرشرعا بوصف كونه مانعا من الجماع أربعة أشهر فصاعدا فلا يجعل طلاقا بدونه ولان الايلاء هو اليمين التى تمنع الجماع خوفا من لزوم الحنث و بعد مضى يوم أوشهر يمكنه ان يطأها من غير حنث يلزمه فلا يكون هذا ايلاء وأما قولهم ان المدة ذكرت لثبوت حكم الايلاء لا للايلاء فنقول ذكر المدة فى حكم الايلاء لا يكون ذكرا فى الايلاء لان الحكم ثبت بالايلاء اذ به يتأكد المنع المحقق للظلم وأما الحديث فالمروى ان النبى صلى الله عليه وسلم آلى ان لا يدخل على نسائه شهرا وعندنا من حلف لا يدخل على امرأته يوما أوشهرا أو سنة لا يكون موليا فى حق حكم الطلاق لان الايلاء يمين يمنع الجماع وهذا لا يمنع الجماع وقول عبد الله بن عباس رضى الله عنهما الايلاء على الابد محتمل يحتمل ان يكون معناه ان الايلاء اذا ذكر مطلقا عن الوقت يقع على الابد وان لم يذكر الابد ونحن نقول به و يحتمل انه أراد به ان ذكر الابد شرط صحة الايلاء فى حق حكم الطلاق فيحمل على الاول توفيقا بين الاقاويل والدليل عليه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان ايلاء أهل الجاهلية السنة

والسنتين وأكثر من ذلك فوقته الله أربعة أشهر فمن كان ايلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء ولانه ليس في النص شرط الابد فيلزمه اثبات حكم الايلاء في حق الطلاق عند تربص أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة الا بدليل وأما الكلام مع الشافعي فمبنى على حكم الايلاء في حق الطلاق فعندنا اذا مضت أربعة أشهر تبين منه وعنده لا تبين بل توقف بعد مضي هذه المدة ويخير بين الفيء والتطليق فلا بد وان تزيد المدة على أربعة أشهر ونذكر المسئلة في بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وسواء كان الايلاء في حال الرضا أو الغضب أو أراد به اصلاح ولده في الرضاع أو الاضرار بالمرأة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وهو الصحيح لان نص الايلاء لا يفصل بين حال وحال ولان الايلاء يمين فلا يختلف حكمه بالرضا والغضب وارادة الاصلاح والاضرار كسائر الايمان وأما مدة ايلاء الامة المنكوحة فشهران فصاعدا عندنا وعند الشافعي مدة ايلاء الامة كمدة ايلاء الحرة واحتج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر من غير فصل بين الحرة والامة والكلام من حيث المعنى مبني على اختلاف أصل نذكره في حكم الايلاء وهو ان مدة الايلاء ضربت أجلا للبينونة عندنا فاشبه مدة العدة فيتنصف بالرق كمدة العدة وعنده ضربت لاظهار ظلم الزوج بمنع حقها عن الجماع في المدة وهذا يوجب التسوية بين الامة والحرة في المدة كأجل العنين ولا حجة له في الآية لانها تناولت الحرائر لا الاماء لانه سبحانه وتعالى ذكر عزم الطلاق ثم عقبه بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي عدة الحرائر وسواء كان زوجها عبدا أو حرا فالعبرة لرق المرأة وحريتها لا لرق الرجل وحريته لان الايلاء في حق أحد الحكمين طلاق فيعتبر فيه جانب النساء ولو اعترض العتق على الرق بان كانت مملوكة وقت الايلاء ثم اعتقت تحولت مدتها مدة الحرائر بخلاف العدة فانها اذا طلقت طلاقا بائنا ثم أعتقت لا تنقلب عدتها عدة الحرائر وفي الطلاق الرجعي تنقلب والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته الحرة والله لا أقربك أربعة أشهر الا يوما لا يكون موليا لنقصان المدة ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بين شهرين وشهرين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال والله لا أقربك أربعة أشهر ولو قال لها والله لا أقربك شهرين فمكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين الاولين لم يكن موليا لانه اذا سكت يوما فقد مضى يوم من غير حكم الايلاء لان الشهرين ليسا بمدة الايلاء في حق الحرة فاذا قال وشهرين بعد هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الآخرين الى الاولين بعد ما مضى يوم من غير حكم الايلاء فصار كانه قال والله لا أقربك أربعة أشهر الا يوما ولو قال ذلك لم يكن موليا لنقصان المدة كذا هذا ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا للحال في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون موليا للحال حتى لو مضت السنة ولم يقربها فيها لا تبين ولو قربها يوما لا كفارة عليه عندنا وعنده اذا مضت أربعة أشهر منذ قال هذه المقالة ولم يقربها فيها تبين ولو قربها تلزمه الكفارة وجه قوله ان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر السنة كما في الاجارة فانه لو قال أجرتك هذه الدار سنة الا يوما انصرف اليوم الى آخر السنة حتى صحت الاجارة كذا ههنا واذا انصرف الى آخر السنة كانت مدة الايلاء أربعة أشهر وزيادة فيصير موليا ولانه اذا انصرف الى آخر السنة فلا يمكنه قربان امرأته في الاربعة أشهر من غير حنث يلزمه وهذا حد المولى ولنا ان المستثنى يوم منكر فتعيين اليوم الآخر تغيير الحقيقة ولا يجوز تغيير الحقيقة من غير ضرورة فبقي المستثنى يوما شائعا في السنة فكان له أن يجعل ذلك اليوم أي يوم شاء فلا تكمل المدة ولانه اذا استثنى يوما شائعا في الجملة فلم يمنع نفسه عن قربان امرأته عما يصلح مانعا من القربان في المدة لان له ان يعين يوما للقربان أي يوم كان فيقربها فيه من غير حنث يلزمه فلم يكن موليا وفي باب الاجارة مست الضرورة الى تعيين الحقيقة لتصحيح الاجارة اذ لا صحة لها بدونه لان كون المدة معلومة في الاجارة شرط صحة الاجارة ولا تصير معلومة الا بانصراف الاستثناء الى اليوم الاخير وههنا لا ضرورة لان جهالة المدة لا تبطل اليمين فان قال ذلك ثم قربها

يوما

يوما ينظر ان كان قد بقي من السنة أربعة أشهر فصاعدا صار موليا لوجود كمال المدة ولوجود حد المولى وان بقي أقل من ذلك لم يصر موليا لنقصان المدة ولا نعدام حد الايلاء وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لا أقربك سنة الا مرة غير ان في قوله الا يوما اذا قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر فصاعدا لا يصير موليا ما لم تغرب الشمس من ذلك اليوم و يعتبر ابتداء المدة من وقت غروب الشمس من ذلك اليوم لان اليوم اسم لجميع هذا الوقت من أوله الى آخره فلا ينتهي الا بغروب الشمس وفي قوله الا مرة يصير موليا عقيب القربان بلا فصل و يعتبر ابتداء المدة من وقت فراغه من القربان مرة لان المستثنى ههنا هو القربان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو اليوم لا المرة لذلك افترقا ثم مدة أشهر الايلاء تعتبر بالاهلة أم بالايام فنقول لا خلاف ان الايلاء اذا وقع في غرة الشهر تعتبر المدة بالاهلة واذا وقع في بعض الشهر لم يذكر عن أبي حنيفة نص رواية وقال أبو يوسف تعتبر بالايام وذلك مائة وعشرون يوما وروى عن زفر انه يعتبر بقية الشهر بالايام والشهر الثاني والثالث بالاهلة وتكمل أيام الشهر الاول بالايام من أول الشهر الرابع و يحتمل ان يكون هذا على اختلافهم في عدة الطلاق والوفاة على ما نذكره هناك ان شاء الله تعالى والثاني ترك الفيء في المدة لان الله تعالى جعل عزم الطلاق شرط وقوعه بقوله فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وكلمة ان للشرط وعزم الطلاق ترك الفيء في المدة والكلام في الفيء يقع في مواضع في تفسير الفيء المذكور في الآية الكريمة انه ماهو وفي بيان شرط صحة الفيء وفي بيان وقت الفيء انه في المدة أو بعد انقضائها أما الاول فالفيء عندنا على ضربين أحدهما بالفعل وهو الجماع في الفرج حتى لو جامعها فيما دون الفرج أو قبلها بشهوة أو لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة لا يكون ذلك فيأ لان حقها في الجماع في الفرج فصار ظالما بمنعه فلا يندفع الظلم الا به فلا يحصل الفيء وهو الرجوع عما عزم عليه عند القدرة الا به بخلاف الرجعة انها تثبت بالجماع فيما دون الفرج و باللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة لان البينونة هناك بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه فلو لم تثبت الرجعة به لصار مرتكبا للحرام فجعل الاقدام عليه دلالة الرجعة تحرزا عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد ههنا لان البينونة بعد انقضاء المدة تثبت مقصورة على الحال فلو لم يجعل منه فيأ لم يصر مرتكبا للحرام لذلك فافترقا والثاني بالقول والكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في صورة الفيء بالقول والثاني في بيان شرط صحته أما صورته فهي ان يقول لها فئت اليك أو راجعتك وما أشبه ذلك وذكر الحسن عن أبي حنيفة في صفة الفيء ان يقول الزوج اشهدوا اني قد فئت الى امرأتي وأبطلت الايلاء وليس هذا من أبي حنيفة شرط الشهادة على الفيء فانه يصح بدون الشهادة وانما ذكر الشهادة احتياطا لباب الفروج لاحتمال ان يدعي الزوج الفيء اليها بعد مضي المدة فتكذبه المرأة فيحتاج الى اقامة البينة عليه الا ان تكون الشهادة شرطا لصحة الفيء وقد قال أصحابنا انه اذا اختلف الزوج والمرأة في الفيء مع بقاء المدة والزوج ادعى الفيء وأنكرت المرأة فالقول قول الزوج لان المدة اذا كانت باقية فالزوج يملك الفيء فيها وقد ادعى الفيء في وقت يملك انشاءه فيه فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول قول المرأة لان الزوج يدعي الفيء في وقت لا يملك انشاء الفيء فيه فكان الظاهر شاهدا عليه للمرأة فكان القول قولها وأما شرط صحته فلصحة الفيء بالقول شرائط ثلاثة أحدها العجز عن الجماع فلا يصح مع القدرة على الجماع لان الاصل هو الفيء بالجماع لان الظلم به يندفع حقيقة وانما الفيء بالقول خلف عنه ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الاصل كالتيمم مع الوضوء ونحو ذلك ثم الشرط هو العجز عن الجماع حقيقة أو مطلق العجز اما حقيقة واما حكما فجملة الكلام فيه ان العجز نوعان حقيقي وحكمي أما الحقيقي فنحو أن يكون أحد الزوجين مريضا مرضا يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها أو رتقاء أو يكون الزوج مجبوبا أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الايلاء أو تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه أو يكون محبوسا لا يقدر أن يدخلها وفيؤه في هذا كله بالقول كذا ذكره القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لو آلى من امرأته وهي محبوسة أو هو محبوس أو كان بينه و بين امرأته مسافة أقل من

أربعة أشهر الا أن العدو أو السلطان منعه عن ذلك فان فيأه لا يكون الا بالفعل ويمكن أن يوفق بين القولين في الحبس بان يحمل ماذكره القاضي على أن يقدر أحدهما على أن يصل الى صاحبه في السجن والوجه في المنع من العدو أو السلطان ان ذلك نادر وعلى شرف الزوال فكان ملحقا بالعدم وأما الحكمي فمثل أن يكون محرما وقت الايلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر واذا عرف هذا فنقول لا خلاف في أنه اذا كان عاجزا عن الجماع حقيقة أنه ينتقل الفئ بالجماع الى الفئ بالقول واختلف أصحابنا فيما اذا كان قادرا على الجماع حقيقة وعاجزا عنه حكما أنه هل يصح الفئ بالقول قال أصحابنا الثلاثة لا يصح ولا يكون فيؤه الا بالجماع وقال زفر يصح وجه قوله ان العجز حكما كالعجز حقيقة في أصول الشريعة كما في الخلوة فانه يستوى المانع الحقيقي والشرعي في المنع من صحة الخلوة كذا هذا ولنا أنه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالما بالمنع فلا يندفع الظلم عنها الا بايفائها حقها بالجماع وحق العبد لا يسقط لاجل حق الله تعالى في الجملة لغنا الله عز وجل وحاجة العبد والثاني دوام العجز عن الجماع الى أن تمضي المدة حتى لو قدر على الجماع في المدة بطل الفئ بالقول وانتقل الى الفئ بالجماع حتى لو تركها ولم يقربها في المدة حتى مضت تبين لما ذكرنا أن الفئ باللسان بدل عن الفئ بالجماع ومن قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل كالمتيمم اذا قدر على الماء في الصلاة وكذا اذا آلى وهو صحيح ثم مرض فان كان قدر مدة صحته ما يمكن فيه الجماع ففيؤه بالجماع لانه كان قادرا على الجماع في مدة الصحة فاذا لم يجامعها مع القدرة عليه فقد فرط في ايفاء حقها فلا يعذر بالمرض الحادث وان كان لا يمكنه فيؤه بالجماع لقصره ففيؤه بالقول لانه اذا لم يقدر على الجماع فيه لم يكن مفرطا في ترك الجماع فكان معذورا ولو آلى وهو مريض فلم يفئ باللسان اليها حتى مضت المدة فبانت ثم صح ثم مرض فتزوجها وهو مريض ففاء اليها باللسان صح فيؤه في قول أبي يوسف حتى لو تمت أربعة أشهر من وقت التزوج لا تبين وقال محمد لا يصح (وجه) قوله أنه اذا صح في المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط اعتبار الفئ باللسان في تلك المدة وان كان لا يقدر على جماعها الا بمعصية كما اذا كان محرما ففاء بلسانه أنه لم يصح فيؤه باللسان لكونه قادرا على الجماع حقيقة وان كان لا يقدر عليه الا بمعصية كذا هذا ولأبي يوسف أن الصحة انما تمنع الفئ باللسان للقدرة على ايفائها حقها في الجماع ولا حق لها في حالة البينونة فلا تعتبر الصحة مانعة منه والثالث قيام ملك النكاح وقت الفئ بالقول وهو أن تكون المرأة في حال ما يفئ اليها زوجته غير بائنة منه فان كانت بائنة منه ففاء بلسانه لم يكن ذلك فيأ ويبقى الايلاء لان الفئ بالقول حال قيام النكاح انما يرفع الايلاء في حق حكم الطلاق لحصول ايفاء حقها به ولا حق لها حالة البينونة على ما ذكره ولا يعتبر الفئ وصار وجودها والعدم بمنزلة فيبقى الايلاء فاذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف الفئ بالفعل وهو الجماع انه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونة حتى لا يبقى الايلاء بل يبطل لانه حنث بالوطء فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث ههنا فلا تنحل اليمين فلا يرتفع الايلاء ثم الفئ بالقول عندنا انما يصح في حق حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضي المدة الا في حق الحنث لان اليمين في حق حكم الحنث باقية لانها لا تنحل الا بالحنث والحنث انما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس محلوفا عليه فلا تنحل به اليمين هذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا وقال الشافعي لا فئ الا بالجماع واليه مال الطحاوي ووجهه ان الفئ بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفئ به وهذا لان الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفئ الا به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن علي رضي الله عنه وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا الفئ عند العجز بالقول وكذا روى عن جماعة من التابعين مثل مسروق والشعبي وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير ولان الفئ في اللغة هو الرجوع يقال فاء الظل أي رجع ومعنى الرجوع في الايلاء هو أنه بالايلاء عزم على منع حقها في الجماع وأكد العزم باليمين فبالفئ رجع عما عزم والرجوع كما يكون بالفعل يكون بالقول وهذا لان وقوع الطلاق لصيرورته ظالما بمنع حقها والظلم عند القدرة على الجماع بمنع حقها في الجماع فيكون ازالة الظلم بايفاء حقها في الجماع فيكون ازالة هذا الظلم بذكر ايفاء حقها في الجماع أيضا وعند العجز عن الجماع يكون بايذائه اياها منع حقها

فى الجماع ليكون ازالة هذا الظلم بقدر الظلم فيثبت الحكم على وفق العلة وأما وقت الفىء فالفىء عندنا فى المدة وعند الشافعى بعد مضى المدة ونذكر المسئلة فى بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وأما حرية المولى فليس بشرط لصحة ايلائه بالله تعالى ومما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامرأته والله لا أقربك أو قال ان قربتك فعلى صوم أو حج أو عمرة أو امرأتى طالق يصح ايلاؤه حتى لو لم يقربها تبين منه فى المدة ولو قربها ففى اليمين بالله تعالى تلزمه الكفارة بالصوم وفى غيرها يلزمه الجزاء المذكور ولان العبد أهل لذلك وان كان يحلف بما يتعلق بالمال بأن قال ان قربتك فعلى عتق رقبة أو على أن أتصدق بكذا لا يصح لانه ليس من أهل ملك المال وأما اسلام المولى فهل هو شرط لصحة الايلاء فنقول لا خلاف فى أن الذمى اذا آلى من امرأته بالطلاق أو العتاق انه يصح ايلاؤه لان الكافر من أهل الطلاق والعتاق ولا خلاف أيضا فى أنه اذا آلى بشئ من القرب كالصوم والصدقة والحج والعمرة بأن قال لامرأته ان قربتك فعلى صوم أو صدقة أو حجة أو عمرة أو غير ذلك من القرب لا يكون موليا لانه ليس من أهل القربة فيمكنه قربان امرأته من غير شئ يلزمه فلم يكن موليا وكذا اذا قال لامرأته ان قربتك فأنت على كظهر أمى أو فلانة على كظهر أمى لم يكن موليا لان الكفر يمنع صحة الظهار عندنا واذا لم يصح يمكنه قربانها من غير شئ يلزمه فلا يكون موليا واختلف فيما اذا آلى بالله تعالى فقال والله لا أقربك تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث عند أبى حنيفة يكون موليا وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون موليا وجه قولهما ان اليمين بالله تعالى لا تنعقد من الذمى كما فى غير الايلاء والجامع بينهما ان اليمين بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث والكافر ليس من أهل الكفارة ولابى حنيفة عموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم من غير تخصيص المسلم ولان الايلاء بالله يمين يمنع القربان خوفا من هتك حرمة اسم الله عز وجل والذمى يعتقد حرمة اسم الله تعالى ولهذا يستحلف على الدعاوى كالمسلم و يتعلق حل الذبيحة بتسميته كما يتعلق بتسمية المسلم فانه اذا ذكر اسم الله عليها أكلت وان ترك التسمية لم تؤكل فيصح ايلاؤه كما يصح ايلاء المسلم واذا صح ايلاؤه بالله تعالى تثبت أحكام الايلاء فى حقه كما تثبت فى حق المسلم الا أنه لا يظهر فى حق حكم الحنث وهو الكفارة لان الكفارة عبادة وهو ليس من أهل العبادة فيظهر فى حق حكم البر وهو الطلاق لانه من أهله ولو آلى مسلم أو ظاهر من امرأته ثم ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلما وتزوجها فهو مول ومظاهر فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يسقط عنه الايلاء والظهار (وجه) قوله ان الكفر يمنع صحة الايلاء والظهار ابتداء فيمنع بقاءهما على الصحة لان حكم الايلاء وجوب الكفارة على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة مؤقتة الى غاية التكفير والكافر ليس من أهل وجوب الكفارة ولابى حنيفة ان الكفر لما لم يمنع انعقاد الايلاء لما بينا فلان لا يمنع بقاءه أولى لان البقاء أسهل ولان الايلاء قد انعقد لوجوده من المسلم والعارض هو الردة وأثرها فى زوال ملك النكاح وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فتبقى اليمين فاذا عاد يعود حكم الايلاء ولان كل عارض على أصل يلتحق بالعدم من الاصل اذا ارتفع ويجعل كأن لم يكن ولان الايلاء انعقد بيقين والعارض وهو الردة يحتمل الزوال والتصرف الشرعى اذا انعقد بيقين لاحتمال الفائدة فى البقاء واحتمال الفائدة ههنا ثابت لان رجاء الاسلام قائم والظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة المؤقتة لصدوره من المسلم و بالردة زالت صفة الحكم و بقى الاصل وهو الحرمة اذ الكافر من أهل ثبوت الحرمة و بقائها فى حقه لان حكم الحرمة وجوب الامتناع وهو قادر على الامتناع بخلاف القربة ولهذا خوطب بالحرمات دون القربات والطاعات على ما عرف فى أصول الفقه والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما حكم الايلاء فنقول و بالله التوفيق انه يتعلق بالايلاء حكمان حكم الحنث وحكم البر أما حكم الحنث فيختلف باختلاف المحلوف به فان كان الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كسائر الايمان بالله وان كان الحلف بالشرط والجزاء فلزوم المحلوف به كسائر الايمان بالشروط والاجزية أو لزوم حكمه على تقدير وجوده على ما بينا وأما حكم البر فالكلام فيه فى مواضع فى بيان أصل الحكم وفى بيان وصفه وفى بيان وقته وفى بيان قدره أما أصل الحكم فهو

وقوع الطلاق بعد مضى المدة من غير فئ لانه بالايلاء عزم على منع نفسه من ايفاء حقها فى الجماع فى المدة وأكد العزم
باليمين فاذا مضت المدة ولم يفئ اليها مع القدرة على الفئ فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم فى حقها فتبين
منه عقوبة عليه جزاء على ظلمه ومرحمة عليها ونظرا لها بتخليصها عن حباله لتتوصل الى ايفاء حقها من زوج آخر
وهذا عندنا وقال الشافعى حكم الايلاء فى حق البر هو الوقف وهو أن يوقف الزوج بعد مضى المدة فيخير بين الفئ
اليها بالجماع وبين تطليقها فان أبى أجبره الحاكم على أحدهما فان لم يفعل طلق عليه القاضى فاشتملت معرفة هذا الحكم
على معرفة مسئلتين مختلفتين احداهما انه لا يوقف المولى بعد انقضاء المدة عندنا بل يقع الطلاق عقيب انقضائها بلا
فصل وعنده يوقف ويخير بين الفئ والتطليق على ما بينا والثانية ان الفئ يجب أن يكون فى المدة عندنا وعنده بعد
مضى المدة والمسئلتان مختلفتان بين الصحابة رضى الله عنهم احتج الشافعى بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم
تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق خير سبحانه وتعالى المولى بين الفئ وبين العزم
على الطلاق بعد أربعة أشهر فدل ان حكم الايلاء فى حق البر هو تخيير الزوج بين الفئ والطلاق بعد المدة لا وقوع
الطلاق عند مضى المدة وان وقت الفئ بعد المدة لا فى المدة ولانه قال عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع
عليم أى سميع للطلاق فلا بد وأن يكون الطلاق مسموعا وذلك بوجود صوت الطلاق اذ غير الصوت لا يحتمل
السماع ولو وقع الطلاق بنفس مضى المدة من غير قول وجد من الزوج أو من القاضى لم يتحقق صوت الطلاق فلا
ينعقد سماعه ولان الايلاء يمين يمنع من الجماع أربعة أشهر لان اللفظ يدل عليه فقط لا على الطلاق فالقول بوقوع
الطلاق بمضى المدة قول بالوقوع من غير ايقاع وهذا لا يجوز (ولنا) ان الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر
والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها وهى مدة اختيار الفئ أو الطلاق من يوم أو ساعة فلا تجوز الزيادة
الا بدليل ولهذا لما جعل الشرع لسائر المدة التى بين الزوجين مقدارا معلوما من المدة ومدة العنين لم تحتمل الزيادة
على ذلك القدر فكذا مدة الطلاق ولان الفئ نقض اليمين ونقضها حرام فى الاصل قال الله تعالى ولا تنقضوا
الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا الا انه ثبت الاطلاق فى المدة بقراءة عبد الله بن مسعود وأبى بن
كعب رضى الله عنهما فان فاؤا فيهن فبقى النقض حراما فيما وراءها فلا يحل الفئ فيما وراءها فلزم القول بالفئ فى المدة
وبوقوع الطلاق بعد مضيها ولان الايلاء كان طلاقا معجلا فى الجاهلية فجعله الشرع طلاقا مؤجلا والطلاق
المؤجل يقع بنفس انقضاء الاجل من غير ايقاع أحد بعده كما اذا قال لها أنت طالق رأس الشهر واما قوله ان الله تعالى
ذكر الفئ بعد الاربعة أشهر فنعم لكن هذا لا يوجب أن يكون الفئ بعد مضيها ألا ترى الى قوله تعالى فاذا بلغن
أجلهن فأمسكوهن بمعروف ذكر تعالى الامساك بمعروف بعد بلوغ الاجل وانه لا يوجب الامساك بعد مضى
الاجل وهو العدة بل يوجب الامساك وهو الرجعة فى العدة والبينونة بعد انقضائها كذا ههنا وأما قوله تعالى وان
عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فقد قال قوم من أهل التأويل ان المراد من قوله سميع فى هذا الموضع أى سميع
بايلائه والايلاء مما ينطق به ويقال فيكون مسموعا وقوله تعالى عليم ينصرف الى العزم أى عليم بعزمه الطلاق وهو
ترك الفئ ودليل صحة هذا التأويل انه تعالى ذكر قوله سميع عليم عقيب أمرين أحدهما يحتمل السماع وهو الايلاء
والآخر لا يحتمل وهو عزم الطلاق فينصرف كل لفظ الى ما يليق به ليفيد فائدته وهى كقوله تعالى لتسكنوا فيه
ولتبتغوا من فضله عقيب ذكر الليل والنهار بقوله ومن رحمته جعل لكم الليل لتسكنوا فيه والنهار مبصرا انه صرف
الى كل ما يليق به ليفيد فائدته وهو السكون الى الليل وابتغاء الفضل الى النهار كذا ههنا ولانه تعالى ذكر انه سميع عليم
وكل مسموع معلوم وليس كل معلوم مسموعا لان السماع لا يكون الا للصوت فلو كان الطلاق فى الايلاء بالقول
لكان مسموعا والايلاء مسموع أيضا فوقعت الكفاية بذكر التسميع فلا يتعلق بذكر العليم فائدة مبتدأة ولو كان
الامر على ما قلنا ان الطلاق يقع عند مضى المدة من غير قول يسمع لانصرف ذكر العليم اليه لان ذلك ليس بمسموع

حتى يغنى ذكر السميع عن ذكر العليم فيتعلق بذكر العليم فائدة جديدة فكان ماقلناه أولى مع ماأنا لانسلم أن سماع
الطلاق يقف على ذكر الطلاق بحروفه ألا ترى ان كنايات الطلاق طلاق وهى مسموعة وان لم يكن الطلاق
مسموعا مذكورا بحروفه وكذا طلاق الاخرس فلم يكن من ضرورة كون الايلاء طلاقا التلفظ بلفظ الطلاق فلا
يقف سماع صوت الطلاق عليه وقوله لفظ الايلاء لا يدل على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعا فان الشرع جعل
الايلاء طلاقا معلقا بشرط البر فيصير الزوج بالاصرار على موجب هذه اليمين معلقا طلاقا بائنا بترك القربان أربعة
أشهر كأنه قال اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق بائن عرفنا ذلك باشارة النص وهو قوله تعالى وان
عزموا الطلاق فان الله سميع عليم سمى ترك الفيء فى المدة عزم الطلاق وأخبر سبحانه وتعالى انه سميع للايلاء
فدل ان الايلاء السابق يصير طلاقا عند مضى المدة من غير فيء بما ذكرنا من المعنى المعقول وأما صفته فقد قال
أصحابنا ان الواقع بعد مضى المدة من غير فيء طلاق بائن وقال الشافعى اذا خير بعد انقضاء العدة فاختار الطلاق
فهى واحدة رجعية بناء على أصله ان الطلاق بعد مضى المدة يقع بايقاع مبتدإ وهو صريح الطلاق فيكون رجعيا
(ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت
رضى الله عنهم انهم قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة ولان الطلاق انما يقع عند مضى المدة دفعا للظلم فلا
يندفع الظلم عنها الا بالبائن لتتخلص عنه فتتمكن من استيفاء حقها من زوج آخر ولا يتخلص الا بالبائن ولان القول
بوقوع الطلاق الرجعى يؤدى الى العبث لان الزوج اذا أبى الفيء والتطليق يقدم الى الحاكم ليطلق عليه الحاكم
عنده ثم اذا طلق عليه الحاكم يراجعها الزوج فيخرج فعل الحاكم مخرج العبث وهذا لا يجوز وأما قدره وهو قدر
الواقع من الطلاق فى الايلاء فالاصل ان الطلاق فى الايلاء يتبع المدة لا اليمين فيتحد باتحاد المدة ويتعدد بتعددها
فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يتبع اليمين فيتعدد بتعدد اليمين ويتحد باتحادها ولا خلاف فى ان المعتبر فى حق
حكم الحنث هو اليمين فينظر الى اليمين فى الاتحاد والتعدد لا الى المدة وجه قول زفر ان وقوع الطلاق ولزوم الكفارة
حكم الايلاء والايلاء يمين فيدور الحكم مع اليمين فيتحد باتحادها ويتعدد بتعددها لان الحكم يتكرر بتكرر السبب
ويتحد باتحاده (ولنا) ان الايلاء انما اعتبر طلاقا من الزوج لمنعه حقها فى الجماع فى المدة منعا مؤكدا باليمين اذ به
يصير ظالما والمنع يتحد باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق ويتعدد بتعددها فيتعدد الظلم فيتعدد الطلاق فاما
الكفارة فانها تجب لهتك حرمة اسم الله عز وجل والهتك يتعدد بتعدد الاسم ويتحد باتحاده وعلى هذا الاصل
مسائل اذا قال لامرأته مرة واحدة والله لا أقربك فلم يقربها حتى مضت المدة بانت بتطليقة واحدة وان قربها لزمه
كفارة واحدة لاتحاد المدة واليمين جميعا ولو قال لها فى مجلس واحد والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك
فان عنى به التكرار فهو ايلاء واحد فى حق حكم الحنث والبر جميعا حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بتطليقة
واحدة ولو قربها فى المدة لا يلزمه الا كفارة واحدة لان مثل هذا يذكر للتكرار فى العرف والعادة فاذا نوى به تكرار
الاول فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه وان لم تكن له نية فهو ايلاء واحد فى حق حكم البر فى قول أصحابنا الثلاثة
وثلاث فى حق حكم الحنث بالاجماع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة فى قول أصحابنا
الثلاثة ولو قربها فى المدة فعليه ثلاث كفارات بالاجماع وعند زفر هو ثلاث ايلا آت فى حق حكم الحنث والبر جميعا
وينعقد كل ايلاء من حين وجوده فاذا مضت أربعة أشهر ولم يفيء اليها بانت بتطليقة ثم اذا مضت ساعة بانت بتطليقة
أخرى ثم اذا مضت ساعة أخرى بانت بتطليقة واحدة أخرى وان قربها فى المدة فعليه ثلاث كفارات وأصل هذه
المسئلة ان من قال لامرأته اذا جاء غد فوالله لا أقربك قاله ثلاثا فجاء غد يصير موليا فى حق حكم البر ايلاء واحدا عندنا
وعنده يصير موليا ثلاث ايلا آت فى حق حكم الحنث وان أراد به التغليظ والتشديد فكذلك فى قول أبى حنيفة وأبى
يوسف انه ايلاء واحد فى حق حكم البر استحسانا وعند محمد وزفر هو ثلاث فى حق البر والحنث جميعا وهو القياس

امازفر فقد مر على أصله ان الحكم لليمين لا للمدة لان اليمين هى السبب الموجب للحكم وقد تعددت فيتعدد السبب
بتعدد الحكم وأما وجه القياس لمحمد ان المدة قد اختلفت لان كل واحدة من هذه الايمان وجدت فى زمان
فكانت مدة كل واحدة منهما غير مدة الاخرى فصار كما لو آلى منها ثلاث مرات فى ثلاث مجالس وجه
الاستحسان ان المدد وان تعددت حقيقة فهى متعددة حكما لتعذر ضبط الوقت الذى بين اليمينين عند مضى أربعة
أشهر فصارت مدة الايمان كلها مدة واحدة حكما والثابت حكما ملحق بالثابت حقيقة ولو قال اذا جاء غد فوالله
لا أقربك واذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك يصير موليا ايلاءين فى حق الحنث والبر جميعا اذا جاء غد يصير موليا واذا
جاء بعد غد يصير موليا ايلاء آخر وكذلك اذا آلى منها فى مجلس ثم آلى منها فى مجلس آخر بان قال والله لا أقربك
فمكث يوما ثم قال والله لا أقربك يصير موليا ايلاءين أحدهما فى الحال والآخر فى الغد فى حق الحنث والبر جميعا
لان المدد قد تعددت حقيقة وحكما لاختلاف ابتداء كل مدة وانتهائها وامكان ضبط الوقت الذى بين اليمينين
ولو قال كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك أو قال والله ان دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك أو قال والله لا أقربك
كلما دخلت هذه الدار يصير موليا ايلاءين فى حق البر وايلاء واحدا فى حق الحنث فاذا دخل الدار دخلتين ينعقد
الايلاء الاول عند الدخلة الاولى والثانى عند الدخلة الثانية حتى لو مضت أربعة أشهر من وقت الدخلة الاولى
بانت بتطليقة واذا تمت أربعة أشهر من وقت الدخلة الثانية بانت بتطليقة أخرى ولو قربها بعد الدخلتين لا يلزمه الا
كفارة واحدة لتعدد المدة واتحاد اليمين فى حكم الحنث والاصل فيه ان اليمين بالله تعالى متى علقت بشرط متكرر
لا يتكرر انعقادها بتكرر الشرط واليمين بما هو شرط وجزاء اذا علقت بشرط متكرر تتكرر بتكرار الشرط وقوله
والله لا أقربك يمين بالله تعالى فى حق الحنث ويمين بالطلاق فى حق البر ودليل هذا الاصل وبيان فروعه يعرف
فى الجامع الكبير وكذلك اذا قال كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا أقربك أو قال كلما كلمت واحدا
من هذين الرجلين فوالله لا أقربك فدخل احداهما أو كلم أحدهما صار موليا واذا دخل مرة أخرى أو كلمه أخرى
صار موليا ايلاء آخر فى حق حكم البر وهو ايلاء واحد فى حق حكم الحنث والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الايلاء فما يبطل به الايلاء نوعان نوع يبطل به أصلا فى حق الحكمين جميعا
وهو البر والحنث ونوع يبطل به فى حق أحد الحكمين وهو حكم البر ويبقى فى حق الحكم الآخر وهو حكم الحنث أما
الذى يبطل به الايلاء فى حق الحكمين جميعا فشىء واحد وهو الفىء بالجماع فى الفرج فى المدة لانه يحنث به واليمين
لا يبقى بعد الحنث لان حنث اليمين نقضها والشىء لا يبقى مع وجود ما ينقضه وأما ما يبطل به فى حق حكم البر دون
الحنث فشيئان أحدهما الفىء بالقول عند استجماع شرائطه التى وصفناها فيبطل به الايلاء فى حق حكم البر حتى
لا تبين بمضى المدة لما ذكرنا ان ترك الفىء فى المدة شرط وقوع الطلاق بعد مضيها اذ هو عزيمة الطلاق وانما شرط
بالنص لكنه يبقى فى حق حكم الحنث حتى لو فاء اليها بالقول فى المدة ثم قدر على الجماع بعد المدة فجامعها تلزمه
الكفارة لان وجوب الكفارة معلق بالحنث والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو الجماع فى الفرج فلا
يحصل الحنث بدونه والثانى الطلقات الثلاث حتى لو وقع عليها ثلاث تطليقات بالايلاء أو طلقها ثلاثا عقيب الايلاء
فتزوجت ثم عادت اليه فمضت أربعة أشهر لم يطأها فيها لا يقع عليها شىء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يبطل بها
الايلاء ويقع عليها الطلاق بالايلاء أبدا بناء على ان استيفاء طلاق الملك القائم للحال يبطل اليمين وعندنا وعنده
لا يبطلها وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو آلى منها ولم يفئ اليها حتى مضت أربعة أشهر فبانت منه بتطليقة وانقضت
عدتها فتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول عاد حكم الايلاء بالاجماع لكن عند أبى حنيفة وأبى يوسف
بثلاث تطليقات وعند محمد بما بقى بناء على ان الزوج الثانى يهدم الطلقة والطلقتين عندهما وعنده لا يهدم والمسئلة
قد مرت ولا يبطل بالابانة حتى لو آلى منها ثم أبانها قبل مضى المدة ثم تزوجها فمضت المدة من غير فىء تبين بتطليقة

أخرى بالايلاء السابق ولو أبانها ولم يتزوجها حتى مضت المدة وهى فى العدة يقع عليها تطليقة أخرى عندنا وعند زفر لا يقع وقد مرت المسئلة وهل يبطل بمضى المدة من غير فىء فان كان الايلاء مطلقا أو مؤبدا بان قال والله لا أقربك أبداً أو قال والله لا أقربك ولم يذكر الوقت فمضت أربعة أشهر من غير فىء حتى بانت بتطليقة لا يبطل الايلاء حتى لو تزوجها فمضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوج يقع عليها تطليقة أخرى لان اليمين عقدت مطلقة أو مؤبدة والعارض ليس الا البينونة وأثرها فى زوال الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين بالطلاق لما عرف ان اليمين اذا انعقدت تبقى لاحتمال الفائدة واحتمال الفائدة ثابت لاحتمال التزوج فيبقى اليمين الا انه لا بد من الملك لانعقاد المدة الثانية فاذا تزوجها عاد الملك فعاد حقها فى الجماع فاذا مضت المدة الثانية من غير فىء اليها فقد منعها حقها فقد ظلمها فيقع تطليقة أخرى جزاء على ظلمه وكذا اذا تزوجها بعد ما بانت بتطليقة ثانية ومضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوجها تبين بثالثة لما قلنا فان تزوجت بزوج آخر ثم تزوجها الاول فمضت أربعة أشهر لم يقربها فيها لا يقع عليها شىء عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر ولو آلى منها مطلقا أو أبدا فمضت أربعة أشهر ولم يفىء اليها حتى بانت ثم لم يتزوجها حتى مضت أربعة أشهر أخرى وهى فى العدة لا يقع عليها تطليقة أخرى لان اليمين قد بطلت بل هى باقية لما بينا الا انها مبانة لا تستحق الوطء على الزوج فلا يصير الزوج بالامتناع عن قربانها فى المدة ظالما ووقوع الطلاق كان لهذا المعنى ولم يوجد فلا يقع لكن تبقى اليمين حتى لو تزوجها ومضت المدة من غير فىء يقع والاصل ان المدة المنعقدة لا تبطل بالبينونة وان كانت لا تنعقد على المبانة على طريق الاستئناف ولو قربها قبل ان يتزوجها فعليه الكفارة لان اليمين باقية وقد وجد شرط الحنث فيحنث ولو كان الايلاء مؤقتا الى وقت معلوم أربعة أشهر أو أكثر فمضت المدة من غير فىء حتى وقع الطلاق لا يبقى الايلاء وينتهى حتى لو قربها لا كفارة عليه ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر لا يقع عليها شىء لان المؤقت الى وقت ينتهى عند وجود الوقت ولو حلف على قربان امرأته بعتق عبد له ثم باعه سقط الايلاء لانه صار بحال لا يلزمه شىء بقربانها ثم اذا دخل فى ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد حكم الايلاء حتى لو تركها أربعة أشهر لم يقربها فيها تبين لان الجزاء لا تتقيد بالملك القائم للحال كمن قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار انه يعتق ولو دخل فى ملكه بعد القربان لا يعود الايلاء لبطلانه بالقربان وكذا اذا مات العبد بطل الايلاء لان الجزاء صار بحال لا يتصور وجوده فبطلت اليمين ولو قال ان قربتك فعبدى هذان حران فمات أحدهما أو باع أحدهما لا يبطل الايلاء لانه يلزمه بالقربان عتق ولو ماتا جميعا بطل الايلاء وكذا لو باعهما جميعا معا أو على التعاقب ولو باعهما ثم دخل أحدهما فى ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد الايلاء فيه ثم اذا دخل الآخر فى ملكه عاد الايلاء فيه من وقت دخول الاول لان العائد عين الاول ولو قال لامرأته انت طالق قبل ان أقربك بشهر فقربها قبل تمام الشهر من وقت اليمين بطلت اليمين ولو لم يقربها حتى مضى شهر يصير موليا لان معنى هذا الكلام اذا مضى شهر لم أقربك فيه فانت طالق ان قربتك ولو قال ذلك ومضى شهر لم يقربها فيه لصار موليا لما ذكرنا ان قوله انت طالق ان قربتك ايلاء ألا ترى انه لا يمكنه قربانها من غير شىء يلزمه وهو الطلاق وهذا حد المولى فاذا صار موليا فان قربها بعد ذلك وقع الطلاق لانه علق الطلاق بالقربان وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة لان هذا حكم الايلاء فى حق البر ولو قال انت طالق ثلاثا قبل ان أقربك ولم يقل بشهر لا يصير موليا ويقع الطلاق من ساعته لانه أوقع الطلاق فى وقت هو قبل القربان وكما فرغ من كلامه فقد وجد هذا الوقت فيقع ولو قال قبل ان أقربك يصير موليا لان قبل الشىء اسم لزمان متقدم عليه مطلقا وكما فرغ من هذه المقالة فقد وجد زمان متقدم عليه متصل به فما لم يوجد القربان لا يعرف هذا الزمان فكان هذا تعليق الطلاق بالقربان كانه قال ان قربتك فأنت طالق فان قربها وقع الطلاق بعد القربان بلا فصل فان تركها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء كما لو نص على التعليق بالقربان والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الطلاق فحكم الطلاق يختلف باختلاف الطلاق من الرجعى والبائن و يتعلق بكل واحد منهما أحكام بعضها أصلى و بعضها من التوابع أما الطلاق الرجعى فالحكم الاصلى له هو نقصان العدد فاما زوال الملك وحل الوطء فليس بحكم أصلى له لازم حتى لا يثبت للحال وانما يثبت فى الثانى بعد انقضاء العدة فان طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت وهذا عندنا وعند الشافعى زوال حل الوطء من أحكامه الاصلية حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة واليه مال أبو عبدالله البصرى وأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا قال بعضهم الملك يزول فى حق حل الوطء لا غير وقال بعضهم لا يزول أصلا وانما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء فى حالة الحيض والنفاس وجه قوله ان الطلاق واقع للحال فلا بد وأن يكون له أثر ناجز وهو زوال حل الوطء وزوال الملك فى حق الحل وقد ظهر أثر الزوال فى الاحكام حتى لا يحل له المسافرة بها والخلوة و يزول قسمها والاقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة ولهذا سمى الله تعالى الرجعة ردا فى كتابه الكريم بقوله عز وجل و بعولتهن أى ازواجهن أحق بردهن فى ذلك والرد فى اللغة عبارة عن اعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه (ولنا) قوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك وقوله تعالى و بعولتهن أى أزواجهن وقوله تعالى هن كناية عن المطلقات سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق ولا يكون زوجا الا بعد قيام الزوجية فدل ان الزوجية قائمة بعد الطلاق والله سبحانه وتعالى أحل للرجل وطء زوجته بقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم وقوله عز وجل هو الذى خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها ونحو ذلك من النصوص والدليل على قيام الملك من كل وجه انه يصح طلاقه وظهاره وايلاؤه و يجرى اللعان بينهما و يتوارثان وهذه أحكام الملك المطلق وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها ولو كان ملك النكاح زائلا من وجه لكانت الرجعة انشاء النكاح على الحرة من غير رضاها من وجه وهذا لا يجوز وأما قوله الطلاق واقع فى الحال فمسلم لكن التصرف الشرعى قد يظهر أثره للحال وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار وكالتصرف الحسى وهو الرمى وغير ذلك فجاز أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة وهو زوال الملك وحرمة الوطء على أن له أثرا ناجزا وهو نقصان عدد الطلاق و نقصان حل المحلية وغير ذلك على ما عرف فى الخلافيات وأما المسافرة بها فقد قال زفر من أصحابنا انه يحل له المسافرة بها قبل الرجعة وأما على قول أصحابنا الثلاثة فانما لا تحل لا لزوال الملك بل لكونها معتدة وقد قال الله تعالى فى المعتدات ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة نهى الرجال عن الاخراج والنساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لتزول الحرمة ثم يسافر وأما الخلوة فان كان من قصده الرجعة لا يكره وان لم يكن من قصده المراجعة يكره لكن لا لزوال النكاح وارتفاع الحل بل للاضرار بها لانه اذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فمتى خلا بها يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعا لها ثم يطلقها ثانيا فيؤدى الى تطويل العدة عليها فتتضرر بذلك وهو معنى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذلك القسم لانه لو ثبت القسم لخلا بها فيؤدى الى ما ذكرنا اذا لم يكن من قصده أن يراجعها حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم وله الخلوة بها وانما احتسبنا الاقراء من العدة لانعقاد الطلاق سببا لزوال الملك والحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة وهو الجواب عن قوله ان الله تعالى سمى الرجعة ردا لانه يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما فى البيع بشرط خيار المتعاقدين انه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ وان لم يزل الملك عن البائع ولم يثبت للمشترى لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال و يكون الرد فسخا للسبب ومنعا له عن العمل فى اثبات الزوال كذا ههنا و يستحب لها أن تتشوف وتتزين لان الزوجية قائمة من كل وجه و يستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها وعلى هذا يبنى حق الرجعة انه ثابت للزوج بالاجماع سواء كان الطلاق واحدا أو اثنين اما عندنا فلقيام الملك من كل وجه وأما عنده فلقيامه فيما وراء حل الوطء ثم الكلام فى الرجعة فى

مواضع فى بيان شرعية الرجعة وفى بيان ماهيتها وفى بيان ركنها وفى بيان شرائط جواز الركن أما الاول فالرجعة مشروعة عرفت شرعيتها بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى رجعتهن وقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والامساك بالمعروف هو الرجعة وأما السنة فما روينا عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حالة الحيض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مر ابنك يراجعها الحديث وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما طلق حفصة رضى الله عنها جاءه جبريل صلى الله عليه وسلم فقال له راجع حفصة فانها صوامة قوامة فراجعها وكذا روى انه صلى الله عليه وسلم طلق سودة بنت زمعة رضى الله عنها ثم راجعها وعليه الاجماع وأما المعقول فلان الحاجة تمس الى الرجعة لان الانسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرب سبحانه وتعالى جل جلاله بقوله لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فيحتاج الى التدارك فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما عسى لا توافقه المرأة فى تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع فى الزنا وأما بيان ماهية الرجعة فالرجعة عندنا استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك وعند الشافعى هى استدامة من وجه وانشاء من وجه بناء على ان الملك عنده قائم من وجه زائل من وجه وهو عندنا قائم من كل وجه وعلى هذا ينبنى ان الشهادة ليست بشرط لجواز الرجعة عندنا وعنده شرط وجه البناء ان الشهادة شرط ابتداء العقد وانشائه لا شرط البقاء والرجعة استيفاء العقد عندنا فلا يشترط له الشهادة وعنده هى استيفاء من وجه وانشاء من وجه فيشترط لها الشهادة من حيث هى انشاء لا من حيث هى استيفاء فصح البناء ثم الكلام فيه على وجه الابتداء احتج الشافعى بقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم فظاهر الامر وجوب العمل فيقتضى وجوب الشهادة ولنا نصوص الرجعة من الكتاب والسنة مطلقة عن شرط الاشهاد الا أنه يستحب الاشهاد عليها اذ لو لم يشهد لا يأمن من أن تنقضى العدة فلا تصدقه المرأة فى الرجعة ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فندب الى الاشهاد لهذا وعلى هذا تحمل الآية الكريمة وفى الآية ما يدل عليه لانه سبحانه وتعالى قال فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف جمع بين الفرقة والرجعة أمر سبحانه بالاشهاد بقوله وأشهدوا ذوى عدل منكم ومعلوم ان الاشهاد على الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب كذا على الرجعة أو تحمل على هذا توفيقا بين النصوص بقدر الامكان وكذا الامهر فى الرجعة ولا يشترط فيها رضا المرأة لانها من شرائط ابتداء العقد لا من شرط البقاء وكذا اعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت لان الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفا فى ملكه بالاستيفاء والاستدامة فلا يشترط فيه اعلام الغير كالاجازة فى الخيار لكنه مندوب اليه ومستحب لانه اذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الجائز انها تتزوج عند مضى ثلاث حيض ظنا منها ان عدتها قد انقضت فكان ترك الاعلام فيه تسببا الى عقد حرام عسى فاستحب له أن يعلمها ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم جاء زوجها الاول فهى امرأته سواء كان دخل بها الثانى أو لم يدخل ويفرق بينها وبين الثانى لان الرجعة قد صحت بدون علمها فتزوجها الثانى وهى امرأة الاول فلم يصح وعلى هذا تبنى الرجعة بالفعل بان جامعها انها جائزة عندنا وعند الشافعى لا يجوز الرجعة الا بالقول ووجه البناء على هذا الاصل ان الرجعة عنده انشاء النكاح من وجه وانشاء النكاح من كل وجه لا يجوز الا بالقول فكذا انشاؤه من وجه وعندنا هى استدامة النكاح من كل وجه فلا تختص بالقول ويبنى أيضا على حل الوطء وحرمته ووجه البناء ان الوطء لما كان حلالا عندنا فاذا وطئها فلو لم يجعل الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضى عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لانه لا فعل منه الا ذلك فيزول الملك مستندا الى وقت وجود الطلاق فتبين ان الملك كان زائلا من وقت الطلاق من وجه فيظهر ان الوطء كان حراما فجعل الاقدام على الوطء دلالة الرجعة صيانة له عن الحرام

وعنده لما كان الوطء حراما لا يقدم عليه فلا ضرورة الى جعله دلالة الرجعة ثم ابتداء الدليل فى المسئلة قوله تعالى
و بعولتهن أحق بردهن سمى الرجعة ردا والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب ورد الوديعة قال النبي صلى الله عليه وسلم
على اليد ما أخذت حتى ترده وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله عزوجل فامساك بمعروف سمى الرجعة امساكا
والامساك حقيقة يكون بالفعل وكذا ان جامعته وهو نائم أو مجنون لان ذلك حلال لها عندنا فلو لم يجعل رجعة لصارت
مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة التحرز عن الحرام
ولان جماعها كجماعه لها فى باب التحريم فكذا فى باب الرجعة وكذلك اذا لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها عن
شهوة فهو مراجع لما قلنا وان لمس أو نظر لغير شهوة لم يكن رجعة لان ذلك حلال فى الجملة ألا ترى أن القابلة والطبيب
ينظران الى الفرج و يمس الطبيب عند الحاجة اليه بغير شهوة فلا ضرورة الى جعله رجعة وكذلك اذا نظر الى غير
الفرج لشهوة لان ذلك أيضا مباح فى الجملة و يكره التقبيل واللمس لغير شهوة اذا لم يرد به المراجعة وكذا يكره أن يراها
متجردة لغير شهوة كذا قال أبو يوسف لانه لا يأمن من أن يشتهى فيصير مراجعا من غير اشهاد وذلك مكروه وكذا
لا يأمن من الاضرار بها لجواز أن يشتهى فيصير به مراجعا وهو لا يريد امساكها فيطلقها فتطول العدة عليها فتتضرر به
والله تعالى نهى عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذا قال أبو يوسف ان الاحسن اذا دخل عليها أن
يتنحنح و يسمعها خفق نعليه ليس من أجل انها حرام ولكن لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة بغير
اشهاد وهذه عبارة أبى يوسف ولو نظر الى دبرها موضع خروج الغائط بشهوة لم يكن ذلك رجعة كذا ذكر فى
الزيادات وهو قول محمد الاخير وكان يقول أولا انه يكون رجعة ثم رجع حكى ابراهيم بن رستم رجوعه وهو قياس
قول أبى حنيفة لان ذلك السبيل لا يجرى مجرى الفرج ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده فكان النظر اليه
كالنظر الى سائر البدن ولان النظر الى الفرج بشهوة انما كان رجعة لكون الوطء حلالا تقريرا للحل صيانة عن الحرام
والنظر الى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما أن الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا يصلح دليلا على
الرجعة ولو نظرت الى فرجه بشهوة قال أبو يوسف قياس قول أبى حنيفة أن يكون رجعة وهذا قبيح ولا يكون
رجعة وكذا قال أبو يوسف والصحيح قياس قول أبى حنيفة لما ذكرنا فيما اذا جامعته وهو نائم أو مجنون ولان النظر
حلال لها كالوطء فيجعل رجعة تقريرا للحل وصيانة عن الحرمة ولان النظرين يستويان فى التحريم ألا ترى أن
نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها فى التحريم فكذا فى الرجعة ولو لمسته لشهوة مختلسة أو كان نائما أو اعترف الزوج
أنه كان بشهوة فهو رجعة فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ليس برجعة فأبو حنيفة سوى بينها و بين الجارية
المشتراة بشرط الخيار للمشترى اذا لمست المشترى أنه يبطل خياره ومحمد فرق بينهما فقال ههنا يكون رجعة
وهناك لا يكون اجازة للبيع وعن أبى يوسف فى الجارية روايتان فى رواية فرق فقال ثمة يكون اجازة للبيع وههنا
لا يكون رجعة وفى رواية سوى بينهما فقال فعلها لا يكون رجعة ههنا ولا فعل الامة يكون اجازة ثمة فعلى هذه الرواية
لا يحتاج الى الفرق بين المسئلتين ووجه الفرق له على الرواية الاخرى ان بطلان الخيار لا يقف على فعل المشترى بل
قد يبطل بغير فعله كما اذا تعيبت فى يده بآفة سماوية فأما الرجعة فلا يجوز أن تثبت الا باختيار الزوج حتى قال أبو يوسف
انها اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعة لانه لما مكنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره فصار كانه
لمسها وكذلك قال أبو يوسف اذا ابتدأت اللمس وهو مطاوع لها انه يكون رجعة لما قلنا ووجه الفرق لمحمد ان
اسقاط الخيار ادخال الشئ فى ملك المشترى والامة لا تملك ذلك وليست الرجعة ادخال المرأة على ملك الزوج لانها
على ملكه فلو جعلناه مراجعا بفعلها لم تملكه مالم يكن ملكا له فصحت الرجعة ولابى حنيفة على نحو ما ذكرنا وهو ان
اللمس حلال من الجانبين عندنا فلزم تعذر الحل فيه وصيانته عن الحرمة وذلك بجعله رجعة على ما سبق بيانه كما قال
فى الجارية ان اللمس منها لو لم يجعل اجازة للبيع وربما يفسخ البيع فيتبين ان اللمس حصل فى ملك الغير من وجه وما

ذكره أبو يوسف ان الرجعة لا تعتبر بغير اختيار الزوج يشكل بما اذا جامعته وهو نائم انه تثبت الرجعة من غير اختيار الزوج وما ذكر محمد ان اسقاط الخيار ادخال المبيع فى ملك المشترى وليس بممنوع بل المبيع يدخل فى ملكه بالسبب السابق عند سقوط الخيار على أن هذا فرقا بين المسئلتين فيما وراء المعنى المؤثر والفرق بين المسئلتين فيما وراء المعنى المؤثر لا يقدح فى الجمع بينهما فى المعنى المؤثر قال محمد ولو صدقها الورثة بعد موته أنها لمسته بشهوة لكان ذلك رجعة لان الورثة قاموا مقامه فكانه صدقها قبل موته قال ولو شهد الشهود أنها قبلته لشهوة لم تقبل شهادتهم لان الشهوة معنى فى القلب لا يقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم فيه وان شهدوا على الجماع قبلت لان الجماع معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج الى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة وأما ركن الرجعة فهو قول أو فعل يدل على الرجعة أما القول فنحو أن يقول لها راجعتك أو رددتك أو رجعتك أو أعدتك أو راجعت امرأتى أو راجعتها أو رددتها أو أعدتها ونحو ذلك لان الرجعة رد واعادة الى الحالة الاولى ولو قال لها نكحتك أو تزوجتك كان رجعة فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه لا يكون رجعة وجه هذه الرواية ان النكاح بعد الطلاق الرجعى قائم من كل وجه فكان قوله نكحتك اثبات الثابت وأنه محال فلم يكن مشروعا فكان ملحقا بالعدم شرعا فلم يكن رجعة بخلاف قوله راجعتك لان ذلك ليس باثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت وأنه محل للاستيفاء لانه انعقد سبب زواله والرجعة فسخ السبب ومنع له عن العمل فيصح وجه ظاهر الرواية ان النكاح وان كان ثابتا حقيقة لكن المحل لا يحتمل الاثبات فيجعل مجازا عن استيفاء الثابت لما بينهما من المشابهة تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان وقد قيل فى أحد تأويلى قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك أى أزواجهن أحق بنكاحهن فى العدة من غيرهم من الرجال والنكاح المضاف الى المطلقة طلاقا رجعيا فدل على ثبوت الرجعة بالنكاح وأما الفعل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها أو يمس شيأ من أعضائها لشهوة أو ينظر الى فرجها عن شهوة أو يوجد شئ من ذلك ههنا على ما بينا ووجه دلالة هذه الافعال على الرجعة ما ذكرنا فيما تقدم وهذا عندنا فأما عند الشافعى فلا تثبت الرجعة الا بالقول بناء على أصل ما ذكرناه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز الرجعة فمنها قيام العدة فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لان الرجعة استدامة الملك والملك يزول بعد انقضاء العدة فلا تتصور الاستدامة اذ الاستدامة للقائم لصيانته عن الزوال لا للمزيل كما فى البيع بشرط الخيار للبائع اذا مضت مدة الخيار انه لا يملك استيفاء الملك فى المبيع بزوال ملكه بمضى المدة كذا هذا ولو طهرت عن الحيضة الثالثة ثم راجعها فهذا على وجهين ان كانت أيامها فى الحيض عشرا لا تصح الرجعة وتحل للازواج بمجرد انقطاع العدة لان انقضاءها بانقضاء الحيضة الثالثة وقد انقضت بيقين لانقطاع دم الحيض بيقين اذ لا مزيد للحيض على عشرة ألا ترى أنها اذا رأت أكثر من عشرة لم يكن الزائد على العشرة حيضا فتيقنا بانقضاء العدة ولا رجعة بعد انقضاء العدة وان كانت أيامها دون العشرة فان كانت تجد ماء فلم تغتسل ولا تيممت وصلت به ولا مضى عليها وقت كامل من أوقات أدنى الصلوات اليها لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج وهذا عندنا وقال الشافعى لا أعرف بعد الاقراء معنى معتبرا فى انقضاء العدة وهذا خلاف الكتاب العزيز والسنة واجماع الصحابة رضى الله عنهم أما الكتاب فقوله عز وجل ولا تقربوهن حتى يطهرن أى يغتسلن وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الزوج أحق برجعتها ما دامت فى مغتسلها وروى ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة وأما اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال كنت عند عمر رضى الله عنه فجاء رجل وامرأة فقال الرجل زوجتى طلقتها وراجعتها فقالت ما يمنعنى ما صنع أن أقول ما كان انه طلقنى وتركنى حتى حضت الحيضة الثالثة وانقطع الدم وغلقت بابى ووضعت غسلى وخلعت ثيابى فطرق الباب فقال قد راجعتك فقال عمر رضى الله عنه قل فيها يا ابن أم عبد فقلت أرى ان الرجعة قد صحت ما لم تحل لها الصلاة فقال عمر لو قلت غير هذا لم أره صوابا

و روى عن مكحول أن أبا بكر وعمر وعليا وابن مسعود وأبا الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس الاشعرى رضى الله عنهم كانوا يقولون فى الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين انه أحق بها مالم تغتسل من الحيضة الثالثة ترثه و يرثها مادامت فى العدة فاتفقت الصحابة رضى الله عنهم على اعتبار الغسل فكان قوله مخالفا للحديث واجماع الصحابة فلا يعتدبه ولان أيامها اذا كانت أقل من عشرة لم تستيقن بانقطاع دم الحيض لاحتمال المعاودة فى أيام الحيض اذ الدم لا يدر دراواحدا ولكنه يدر مرة و ينقطع أخرى فكان احتمال العود قائما والعائد يكون دم حيض الى العشرة فلم يوجد انقطاع دم الحيض بيقين فلا يثبت الطهر بيقين فتبقى العدة لانها كانت ثابتة بيقين والثابت بيقين لا يزول بالشك كمن استيقن بالحدث وشك فى الطهارة بخلاف ما اذا كانت أيامها عشرا لانه هناك لا يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة اذ العشرة أكثر الحيض فتيقنا بانقطاع دم الحيض فيزول الحيض ضرورة و يثبت الطهر وههنا بخلافه على ما بينا والشافعى بنى قوله فى هذا على أصله ان العدة تنقضى بالاطهار لا بالحيض فاذا طعنت فى أول الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة من غير حاجة الى شئ آخر و يستدل على بطلان هذا الاصل فى موضعه ان شاء الله تعالى فيبطل الفرع ضرورة واذا اغتسلت انقطعت الرجعة لانه ثبت لها حكم من أحكام الطاهرات وهو اباحة أداء الصلاة اذ لا يباح أداؤها للحائض فتقرر الانقطاع بقرينة الاغتسال فتنقطع الرجعة وكذا اذا لم تغتسل لكن مضى عليها وقت الصلاة تنقطع الرجعة لانه لما مضى عليها وقت الصلاة صارت الصلاة دينا فى ذمتها وهذا من أحكام الطاهرات اذ لا تجب الصلاة على الحائض فلا تصير دينا عليها فاستحكم الانقطاع بهذه القرينة فانقطعت الرجعة وكذلك اذا لم تجد الماء بان كانت مسافرة فتيممت وصلت لان صحة الصلاة حكم من أحكام الطاهرات اذ لا صحة لها مع قيام الحيض فقد يضاف الى الانقطاع حكم من أحكام الطاهرات فاستحكم الانقطاع فتنقطع الرجعة فاما اذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع الرجعة اختلف فيه أصحابنا قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا تنقطع وقال محمد تنقطع (وجه) قوله أنها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من أحكام الطاهرات وهو اباحة الصلاة فلا يبقى الحيض ضرورة كما لو اغتسلت أو تيممت وصلت به (وجه) قولهما على نحو ما ذكرنا أن ايامها اذا كانت دون العشرة لم تستيقن بانقضاء عدتها بنفس انقطاع الدم من غير قرينة تنضم اليه لاحتمال ان يعاودها الدم فى العشرة فتبين أنها حائض والحيض كان ثابتا بيقين فلا يحكم بزواله الا عند وجود الطهر بيقين ولم يوجد بقرينة التيمم لا تصير فى حكم الطاهرات بيقين لانه ليس بطهور حقيقة وانما جعل طهورا شرعا عند عدم الماء لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والدليل عليه أنها لو رأت الماء قبل الشروع فى الصلاة أو بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ منها بطل تيممها فكان التيمم طهارة مطلقة شرعا لكن حال عدم الماء واحتمال وجود الماء فى كل ساعة قائم فكان احتمال عدم الطهورية ثابتا فلم توجد الطهارة الحاصلة بيقين فتبقى نجاسة الحيض الا أنه أبيح لها أداء الصلاة به لعدم الماء فى الحالين من حيث الظاهر مع احتمال الوجود فاذا لم تجد الماء وصلت به وفرغت من الصلاة فقد استحكم العدم فاستحكمت الطهارة الحاصلة بالتيمم فلا يبقى الحيض فاما قبل ذلك فاحتمال عدم الطهارة ثابت لاحتمال وجود الماء فلا يكون طهارة شرعا بيقين بل مع الاحتمال فيبقى حكم الحيض الثابت بيقين بخلاف الاغتسال لانه طهارة بيقين لكون الماء طهورا مطلقا فاذا ثبتت الطهارة بيقين انتفى الحيض ضرورة لانه ضدها بخلاف التيمم على ما بيناه و بخلاف ما اذا مضى عليها وقت كامل من أوقات الصلاة لان الصلاة صارت دينا فى ذمتها بيقين فقد ثبت فى حقها حكم من أحكام الطاهرات بيقين فلا يبقى الحيض بيقين فتنقضى العدة بيقين ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة بنفس الاغتسال بالاجماع ولكنها لا تحل للازواج لان سؤر الحمار مشكوك فيه اما فى طهوريته أو فى طهارته على اختلافهم فى ذلك فان كان ذلك طاهرا أو طهورا انقطعت الرجعة وتحل للازواج لانقضاء العدة بتقرر الانقطاع بالاغتسال وان لم يكن أو كان طاهرا غير طهور لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج فاذا وقع الشك لزم الاحتياط فى ذلك كله وذلك فيما قلنا وهو أن تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج أخذا بالثقة فى الحكمين احترازا عن الحرمة فى البابين ولا

تصلي بذلك الغسل مالم تتيمم ولو اغتسلت المعتدة وبقي من بدنها شيء لم يصبه الماء فالباقي لا يخلو اما ان كان عضوا كاملا واما ان كان أقل من عضو فان كان عضوا كاملا فله الرجعة وان كان أقل من عضو فلا رجعة له ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف قوله لا رجعة له في الاقل هذا استحسان والقياس أن يكون له فيه الرجعة ثم محمد قاس المتروك اذا كان عضوا على ترك المضمضة والاستنشاق وقال رحمه الله هناك تنقطع الرجعة والقياس عليه أن تنقطع هنا أيضا الا أنهم استحسنوا وقالوا لا تنقطع الرجعة لان العضو الكامل مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يتغافل عنه عادة فتنقطع الرجعة كما لو كان المتروك زائدا على عضو بخلاف المضمضة والاستنشاق لان ذلك غير مجمع على وجوبه مجتهد فيه وأبو يوسف يقول المتروك وان قل فحكم الحدث باق ألا ترى أنه لا تباح معه وان قل ومع بقاء الحدث لا تثبت الطهارة وهذا يوجب التسوية بين القليل والكثير الا أنهم استحسنوا في القليل وهو ما دون العضو فقالوا انه تنقطع الرجعة فيه لان هذا القدر مما يتغافل عنه عادة ويحتمل أيضا أنه أصابه الماء ثم جف فيحكم بانقطاع الرجعة فيه ويبقى الامر في العضو التام على أصل القياس واختلفت الرواية عن أبي يوسف في المضمضة والاستنشاق روى عنه أنه تنقطع الرجعة وروى عنه أيضا أنه لا تنقطع الرجعة وقال محمد تبين من زوجها ولكنها لا تحل للازواج وجه قوله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف في انقطاع الرجعة أن وجوب المضمضة والاستنشاق مختلف فيه وموضع الاجتهاد وموضع تعارض الادلة فلا يخلو عن الشك والشبهة والرجعة يسلك بها مسلك الاحتياط فلا يجوز بقاؤها بالشك فينقطع ولا يجوز اثبات حال التزوج بالشك أيضا لذلك لم يجزه محمد وجه الرواية الاخرى لابي يوسف أن الحديث قد بقي في عضو كامل فتبقى الرجعة هذا اذا كانت المطلقة مسلمة فاما اذا كانت كتابية فقد قالوا ان الرجعة تنقطع عنها بنفس انقطاع الدم لانها غير مخاطبة بالغسل ولا يلزمها فرض الغسل كالمسلمة اذا اغتسلت (ومنها) عدم التعليق بشرط والاضافة الى وقت في المستقبل حتى لو قال الزوج بعد الطلاق ان دخلت الدار فقد راجعتك أو راجعتك ان دخلت الدار أو ان كلمت زيدا أو اذا جاء غد فقد راجعتك غدا أو رأس شهر كذا لم تصح الرجعة في قولهم جميعا لان الرجعة استيفاء ملك النكاح فلا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت في المستقبل كما لا يحتملها انشاء الملك ولان الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق في انعقاده سببا لزوال الملك ومنعه عن عمله في ذلك فاذا علقها بشرط أو أضافها الى وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق الى غاية واستبقاء الطلاق الى غاية يكون تأبيدا له اذ هو لا يحتمل التوقيت كما اذا قال لامرأته أنت طالق يوما أو شهرا أو سنة أنه لا يصح التوقيت ويتأبد الطلاق فلا تصح الرجعة هذا اذا أنشأ الرجعة فاما اذا أخبر عن الرجعة في الزمن الماضي بان قال كنت راجعتك أمس فان صدقته المرأة فقد ثبتت الرجعة سواء قال ذلك في العدة أو بعد انقضاء العدة بعد ان كانت المرأة في العدة أمس وان كذبته فان قال ذلك في العدة فالقول قوله لانه أخبر عما يملك انشاءه في الحال لان الزوج يملك الرجعة في الحال ومن أخبر عن أمر يملك انشاءه في الحال يصدق فيه اذ لو لم يصدق ينشئه للحال فلا يفيد التكذيب فصار كالوكيل قبل العزل اذا قال بعته أمس وان قال بعد انقضاء العدة فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال لانه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة فصار كالوكيل بعد العزل اذا قال قد بعت وكذبه الموكل ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تستحلف وهذه من المسائل المعدودة التي لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة نذكرها في كتاب الدعوى فان أقام الزوج بينة قبلت بينة وتثبت الرجعة لان الشهادة قامت على الرجعة في العدة فتسمع ولو كانت المطلقة أمة الغير فقال زوجها بعد انقضاء العدة كنت راجعتك وكذبته الامة وصدقه المولى فالقول قولها عند أبي حنيفة ولا تثبت الرجعة وعندهما القول قول الزوج والمولى وتثبت الرجعة لانها ملك المولى ولابي حنيفة أن انقضاء عدتها اخبار منها عن حيضها وذلك اليها لا الى المولى كالحرة فان قال الزوج لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فالقول قولها عند أبي حنيفة مع يمينها وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج واجمعوا على أنها لو سكتت

ساعة ثم قالت انقضت عدتى يكون القول قول الزوج ولا خلاف أيضاً فى أنها اذا بدأت فقالت انقضت عدتى فقال الزوج مجيبا لها موصولا بكلامها راجعتك يكون القول قولها وجه قولهما أن قول الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر فكان القول قول المرأة انقضت عدتى اخبارا عن انقضاء العدة ولا عدة لبطلانها بالرجعة فلا يسمع كما لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتى ولان قولها انقضت عدتى ان كان اخبارا عن انقضاء العدة فى زمان متقدم على قول الزوج لا يقبل منها بالاجماع كما لو أسندت الخبر عن الانقضاء اليه نصا بان قالت كانت عدتى قد انقضت قبل رجعتك لانها متهمة فى التأخير فى الاخبار وان كان ذلك اخبارا عن انقضاء العدة فى زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر فلا يقبل قولها ولابى حنيفة أن المرأة أمينة فى اخبارها عن انقضاء العدة فان الشرع ائتمنها فى هذا الباب قال الله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر قيل فى التفسير انه الحيض والحبل نهاهن سبحانه وتعالى عن الكتمان والنهى عن الكتمان أمر بالاظهار اذ النهى عن الشئ أمر بضده والامر بالاظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الاظهار فلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء العدة ومن ضرورة قبول الاخبار بانقضاء العدة حلها للازواج ثم ان كانت عدتها انقضت قبل قول الزوج راجعتك فقوله راجعتك يقع بعد انقضاء عدتها فلا يصح وان كانت انقضت حال قوله راجعتك فيقع حال قوله راجعتك حال انقضاء العدة وكما لا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لا تصح حال انقضائها لان العدة حال انقضائها منقضية فكان ذلك رجعة لمنقضية العدة فلا تصح فان قيل يحتمل أنها انقضت حال اخبارها عن الانقضاء واخبارها متأخر عن قوله راجعتك فكان انقضاء العدة متأخرا عنه ضرورة فتصح الرجعة فالجواب اذا احتمل ماقلنا واحتمل ماقلتم وقع الشك فى صحة الرجعة والاصل ان مالم يكن ثابتا اذا وقع الشك فى ثبوته لا يثبت مع الشك والاحتمال خصوصا فيما يحتاط فيه ولا سيما اذا كان جهة الفساد آكد وههنا جهة الفساد آكد لانها تصح من وجه وتفسد من وجهين فالاولى أن لا يصح والله عز وجل الموفق ثم عند أبى حنيفة تستحلف واذا نكلت يقضى بالرجعة وهذا يشكل على أصله لان الاستحلاف للنكول والنكول بدل عنده والرجعة لا تحتمل البدل لكن الاستحلاف قد يكون للنكول ليقضى به وقد يكون لا للنكول بل لنفى التهمة بالحلف ألا ترى أنه يستحلف عنده فيما لا يقضى بالنكول أصلا كما فى دعوى القصاص فى النفس نفيا للتهمة والمرأة وان كانت أمينة لكن الامين قد يستحلف لنفى التهمة بالحلف فاذا نكلت فقد تحققت التهمة فلم يبق قولها حجة فبقيت الرجعة على حالها حكما لاستصحاب الحال لعدم دليل الزوال لانه جعل نكولها بدلا مع ما أنه يمكن تحقيق معنى البدل ههنا لما ذكرنا أنها بالنكول صارت متهمة تخرج قولها من أن يكون حجة للتهمة فتبقى العدة وأثرها فى المنع من الازواج والسكون فى منزل الزوج فقط ثم يقضى بالرجعة حكما لاستصحاب الحال لانها باخبارها بانقضاء عدتها حلت للازواج واذا نكلت فقد بذلت الامتناع من الازواج والسكون فى منزل الزوج وهذا معنى يحتمل البدل ومنها عدم شرط الخيار حتى لو شرط الخيار فى الرجعة لم يصح لانها استبقاء النكاح فلا يحتمل شرط الخيار كما لا يحتمل الانشاء (ومنها) أن يكون أحد نوعى ركن الرجعة وهو القول منه لا منها حتى لو قالت للزوج راجعتك لم يصح لقوله سبحانه وتعالى وبعولتهن أحق بردهن أى أحق برجعتهن منهن ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج أحق بالرجعة منها فظاهر النص يقتضى أن لا يكون لها ولاية الرجعة أصلا الا أن جواز الرجعة بالفعل منها عرفناه بدليل آخر وهو ما بينا وأما رضا المرأة فليس بشرط لجواز الرجعة وكذا المهر لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن مطلقا عن شرط الرضا والمهر ولانه لو شرط الرضا والمهر لم يكن الزوج أحق برجعتها منها لانه لا يملك بدون رضاها والمهر فيؤدى الى الخلف فى خبر الله عز وجل وهذا لا يجوز ولان الرجعة شرعت لامكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك لانها عسى لا ترضى وعسى لا يجد الزوج المهر وكذا كون الزوج طائعا وجادا وعامدا ليس بشرط لجواز الرجعة فتصح الرجعة مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ لان الرجعة استبقاء النكاح وأنه دون الانشاء ولم تشترط هذه

الاشياء للانشاء فلان لا تشترط للاستبقاء أولى وقد روى فى بعض الروايات ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والرجعة والطلاق.

﴿فصل﴾ وأما حكم الطلاق البائن فالطلاق البائن نوعان أحدهما الطلقات والثانى الطلقة الواحدة البائنة والثنتان البائنتان ويختلف حكم كل واحد من النوعين وجملة الكلام فيه ان الزوجين اما ان كانا حرين وإما ان كانا مملوكين وإما ان كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فان كانا حرين فالحكم الاصلى لما دون الثلاث من الواحدة البائنة والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق وزوال الملك أيضاً حتى لا يحل له وطؤها الا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره وايلاؤه ولا يجرى اللعان بينهما ولا يجرى التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر لان ما دون الثلاثة وان كان بائنا فانه يوجب زوال الملك لا زوال حل المحلية وأما الطلقات الثلاث فحكمها الاصلى هو زوال الملك وزوال حل المحلية أيضاً حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوج آخر لقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وسواء طلقها ثلاثا متفرقا أو جملة واحدة لان أهل التأويل اختلفوا فى مواضع التطليقة الثالثة من كتاب الله قال بعضهم هو قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره بعد قوله الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقالوا الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو أن يتركها حتى تنقضى عدتها وقال بعضهم هو قوله تعالى أو تسريح باحسان فالتسريح هو الطلقة الثالثة وعلى ذلك جاء الخبر وكل ذلك جائز محتمل غير أنه ان كان التسريح هو تركها حتى تنقضى عدتها كان تقدير قوله سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له أى طلقها تطليقة ثالثة وان كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى فان طلقها أى طلقها طلاقا ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وانما تنتهى الحرمة وتحل للزوج الاول بشرائط منها النكاح وهو أن تنكح زوجا غيره لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره نفى الحل وحد النفى الى غاية التزوج بزوج آخر والحكم الممدود الى غاية لا ينتهى قبل وجود الغاية فلا تنتهى الحرمة قبل التزوج فلا تحل للزوج الاول قبله ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا وطئها انسان بالزنا أو بشبهة أنها لا تحل لزوجها لعدم النكاح وكذا اذا وطئها المولى بملك اليمين بأن حرمت أمته المنكوحة على زوجها حرمة غليظة وانقضت عدتها فوطئها المولى لا تحل لزوجها لان الله تعالى نفى الحل الى غاية فلا ينتهى النفى قبل وجود النكاح ولم يوجد وكذا روى عن على رضى الله عنه أنه قال فى هذه المسئلة ليس بزوج يعنى المولى وروى أن عثمان سئل عن ذلك وعنده على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما فرخص فى ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام على مغضبا كارها لما قالا وقد روى أنه قال ليس بزوج وكذا ان اشتراها الزوج قبل أن تنكح زوجا غيره لم تحل له بملك اليمين وكذا اذا أعتقت لما قلنا

﴿فصل﴾ ومنها أن يكون النكاح الثانى صحيحا حتى لو تزوجت رجلا نكاحا فاسدا ودخل بها لا تحل للاول لان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ومطلق النكاح ينصرف الى ما هو نكاح حقيقة ولو كان النكاح الثانى مختلفا فى فساده ودخل بها لا تحل للاول عند من يقول بفساده لما قلنا فان تزوجت بزوج آخر ومن نيتها التحليل فان لم يشرطا ذلك بالقول وانما نويا ودخل بها على هذه النية حلت للاول فى قولهم جميعا لان مجرد النية فى المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحا لاستجماع شرائط الصحة فتحل للاول كما لو نويا التوقيت وسائر المعانى المفسدة وان شرط الاحلال بالقول وأنه يتزوجها لذلك وكان الشرط منها فهو نكاح صحيح عند أبى حنيفة وزفر وتحل للاول ويكره للثانى والاول وقال أبو يوسف النكاح الثانى فاسد وان وطئها لم تحل للاول وقال محمد النكاح الثانى صحيح ولا تحل للاول (وجه) قول أبى يوسف ان النكاح بشرط الاحلال فى معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت فى النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل ولمحمد ان النكاح عقد مؤبد فكان شرط الاحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا لكن لا يحصل به الغرض كمن قتل مورثه أنه

يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا ولابى حنيفة ان عمومات النكاح تقتضى الجواز من غير فصل بين ما اذا شرط فيه الاحلال أولا فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا فيدخل تحت قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فتنتهى الحرمة عند وجوده الا أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره وهو أنه شرط ينافى المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعفف لان ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح وهذا والله أعلم معنى الحاق اللعن بالمحلل فى قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وأما الحاق اللعن بالزوج الاول وهو المحلل له فيحتمل أن يكون لوجهين أحدهما أنه سبب لمباشرة الزوج الثانى هذا النكاح لقصد الفراق والطلاق دون الابقاء وتحقيق ما وضع له والمسبب شريك المباشر فى الاسم والثواب فى التسبب للمعصية والطاعة والثانى أنه باشر ما يفضى الى الذى تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه من عودها اليه من مضاجعة غيره اياها واستمتاعه بها وهو الطلقات الثلاث اذ لولاها لما وقع فيه فكان الحاقه اللعن به لاجل الطلقات والله عز وجل أعلم وأما قول أبى يوسف ان التوقيت فى النكاح يفسد النكاح فنقول المفسد له هو التوقيت نصا ألا ترى أن كل نكاح مؤقت فانه يتوقت بالطلاق و بالموت وغير ذلك ولم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد وقول محمد انه استعجال ما أجله الله تعالى ممنوع فان استعجال ما أجله الله تعالى لا يتصور لان الله تعالى اذا ضرب لامر أجلا لا يتقدم ولا يتأخر فاذا طلقها الزوج الثانى تبين ان الله تعالى أجل هذا النكاح اليه ولهذا قلنا ان المقتول ميت بأجله خلافا للمعتزلة ومنها الدخول من الزوج الثانى فلا تحل لزوجها الاول بالنكاح الثانى حتى يدخل بها وهذا قول عامة العلماء وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد واحتج بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنكاح هو العقد وان كان يستعمل فى العقد والوطء جميعا عند الاطلاق لكنه يصرف الى العقد عند وجود القرينة وقد وجدت لانه أضاف النكاح الى المرأة بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والعقد يوجد منها كما يوجد من الرجل فاما الجماع فانه يقوم بالرجل وحده و المرأة محله فانصرف الى العقد بهذه القرينة فاذا وجد العقد تنتهى الحرمة بظاهر النص ولنا قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد من النكاح الجماع لان النكاح فى اللغة هو الضم حقيقة وحقيقة الضم فى الجماع وانما العقد سبب داعى اليه فكان حقيقة للجماع مجازا للعقد مع ما انا لو حملناه على العقد لكان تكرارا لان معنى العقد يفيده ذكر الزوج فكان الحمل على الجماع أولى بقى قوله انه أضاف النكاح اليها والجماع مما تصح اضافته الى الزوجين لوجود معنى الاجتماع منهما حقيقة فأما الوطء ففعل الرجل حقيقة لكن اضافة النكاح اليها من حيث هو ضم وجمع لا من حيث هو وطء ثم ان كان المراد من النكاح فى الآية هو العقد فالجماع يضمر فيه عرفنا ذلك بالحديث المشهور وضرب من المعقول أما الحديث فما روينا عن عائشة رضى الله عنها ان رفاعة القرظى طلق امرأته ثلاثا فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقنى و بت طلاقى فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير ولم يكن معه الا مثل هدبة الثوب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتريدين ان ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى من عسيلته و يذوق من عسيلتك وعن ابن عمر وأنس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم هذا الحديث ولم يذكرا قصة امرأة رفاعة وهو ما روى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها غيره فأغلق الباب وارخى الستر وكشف الخمار ثم فارقها فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر وأما المعقول فهو ان الحرمة الغليظة انما ثبتت عقوبة للزوج الاول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذى هو مكروه شرعا زجرا ومنعا له عن ذلك لكن اذا تفكر فى حرمتها عليه الا بزوج آخر الذى تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه انزجر عن ذلك ومعلوم ان العقد بنفسه لا تنفر عنه الطباع ولا تكرهه اذ لا يشتد على المرأة مجرد النكاح ما لم يتصل به الجماع فكان الدخول شرطا فيه ليكون زجرا له ومنعا عن ارتكابه فكان الجماع مضمرا فى الآية الكريمة كانه قال عز وجل حتى تنكح زوجا غيره

ويجامعها وأما الانزال فليس بشرط للاحلال لان الله تعالى جعل الجماع غاية الحرمة والجماع فى الفرج هو التقاء الختانين فاذا وجد فقد انتهت الحرمة وسواء كان الزوج الثانى بالغا أو صبيا يجامع فجامعها أو مجنونا فجامعها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين زوج وزوج ولان وطء الصبى والمجنون يتعلق به أحكام النكاح من المهر والتحريم كوطء البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التى يجامع مثلها اذا طلقها زوجها ثلاثا ودخل بها الزوج الثانى حلت للاول لاطلاق قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان وطأها يتعلق به أحكام الوطء من المهر والتحريم فصار كوطء البالغة وسواء كان الزوج الثانى حرا أو عبدا قنا أو مدبرا أو مكاتبا بعد ان تزوج باذن مولاه ودخل بها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره مطلقا من غير فصل ولان أحكام النكاح تتعلق بوطء هؤلاء كما تتعلق بوطء الحر وكذا اذا كان مشلولا ينتشر له ويجامع لوجود الجماع فى النكاح الصحيح وانما الفائت هو الانزال وذا ليس بشرط كالفحل اذا جامع ولم ينزل وأما المجبوب فانه لا يحلها للاول لانه لا يتحقق منه الجماع وانما يوجد منه السحق والملاصقة والتحليل يتعلق بالجماع وانه اسم لالتقاء الختانين ولم يوجد فلا تحل للاول وان حملت امرأة المجبوب وولدت هل تحل للاول قال أبو يوسف حلت للاول وكانت محصنة وقال زفر لا تحل للاول ولا تكون محصنة وهو قول الحسن وجه قول زفر ظاهر لان ثبوت النسب ليس بوطء حقيقة بل يقام مقام الوطء حكما والتحليل يتعلق حقيقة لا حكما كالخلوة فانها لا تفيد الحل وان أقيم مقام الوطء حكما كذا هذا ولان النسب يثبت من صاحب الفراش مع كون المرأة زانية حقيقة لكونه مولودا على الفراش والتحليل لا يقع بالزنا ولابى يوسف ان النسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطء فى الاصل فصار كالدخول سواء وطئها الزوج الثانى فى حيض أو نفاس أو صوم أو احرام لوجود الدخول فى النكاح الصحيح ولو كانت كتابية تحت مسلم طلقها ثلاثا فنكحت كتابيا نكاحا يقران عليه لو أسلما ودخل بها فانها تحل للزوج الاول لوجود الدخول فى النكاح الصحيح فى حقهم لانهم يقرون عليه بعد الاسلام فصار كنكاح المسلمين وسواء كانت المرأة مطلقة من زوج واحد أو من زوجين أو أكثر من ذلك فالزوج الواحد اذا دخل بها تحل للزوجين أو أكثر من ذلك بان طلق الرجل امرأته ثلاثا فتزوجت بزوج آخر فطلقها الثانى قبل ان يدخل بها ثلاثا ثم تزوجت زوجا ثالثا ودخل بها حلت للاولين لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره جعل الزوج الثانى منهيا للحرمة من غير فصل بين ما اذا حرمت على زوج واحد أو أكثر ثم وطء الزوج الثانى هل يهدم ما كان فى ملك الزوج الاول من الطلاق لا خلاف فى انه يهدم الثلاث وهل يهدم ما دون الثلاث قال أبو حنيفة وأبو يوسف يهدم وقال محمد لا يهدم وبه أخذ الشافعى وقد ذكرنا الحجج والشبه فيما تقدم واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فغابت عنه مدة ثم أتته فقالت انى تزوجت زوجا غيرك ودخل بى وطلقنى وانقضت عدتى قال محمد لا بأس ان يتزوجها ويصدقها اذا كانت ثقة عنده أو وقع فى قلبه انها صادقة لان هذا من باب الديانة وخبر العدل فى باب الديانة مقبول رجلا كان أو امرأة كما فى الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته وكما فى رواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان تزوجها ولم تخبره بشىء فلما وقع قالت لم أتزوج زوجا غيرك أو قالت تزوجت ولم يدخل بى أو قالت قد خلا بى وجامعنى فيما دون الفرج وكذبها الاول وقال قد دخل بك الثانى لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد ان القول قول المرأة فى ذلك كله لان هذا المعنى لا يعلم الا من جهتها فكان القول قولها كما فى الخبر عن الحيض والحبل وفيه اشكال وهو انه انما يجعل القول قولها اذا لم يسبق منها ما يكذبها وقد سبق منها ما يكذبها فى قولها وهو اقدامها على النكاح من الزوج الاول لان شيأ من ذلك لا يجوز الا بعد التزوج بزوج آخر والدخول بها فكان فعلها مناقضا لقولها فلا يقبل وان كان الزوج هو الذى قال لها لم تتزوجى أو قال لم يدخل بك الثانى وقالت المرأة قد دخل بى قال الحسن القول قول المرأة وهذا صحيح لما ذكرنا ان هذا انما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض فكان القول قولها قال ويفسد النكاح بقول الزوج ولها نصف

المسمى ان كان لم يدخل بها والكل ان كان قد دخل بها لان الزوج معترف بالحرمة وقوله فيما يرجع الى الحرمة مقبول لانه يملك انشاء الحرمة فكان اعترافه بفساد النكاح بمنزلة انشاء الفرقة فيقبل قوله فيه ولا يقبل فى اسقاط حقها من المهر والله عز وجل أعلم وان كان الزوجان مملوكين فحكم الواحدة البائنة لا يختلف وأما حكم الثنتين فحكمهما فى المملوكين ما هو حكم الثلاث فى الحرين بلا خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقوله صلى الله عليه وسلم يطلق العبد ثنتين وان كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فيعتبر فيه جانب النساء عندنا وعند الشافعى جانب الرجال بناء على ان اعتبار الطلاق بهن عندنا وعنده بهم لا بهن والمسئلة قد تقدمت والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ هذا الذى ذكرنا بيان الحكم الاصلى للطلاق وأما الذى هو من التوابع فنوعان نوع يعم الطلاق المعين والمبهم ونوع يخص المبهم أما الذى يعم المعين والمبهم فوجوب العدة على بعض المطلقات دون بعض وهى المطلقة المدخول بها والكلام فى العدة فى مواضع فى تفسير العدة فى عرف الشرع و بيان وقت وجوبها وفى بيان أنواع العدد وسبب وجوب كل نوع وماله وجب وشرط وجوبه وفى بيان مقادير العدد وفى بيان انتقال العدة وتغيرها وفى بيان أحكام العدة وفى بيان ما يعرف به انقضاء العدة وما يتصل بها أما تفسير العدة و بيان وقت وجوبها فالعدة فى عرف الشرع اسم لاجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح وهذا عندنا وعند الشافعى هى اسم لفعل التربص وعلى هذا ينبنى العدتان اذا وجبتا انهما يتداخلان سواء كانتا من جنس واحد أو من جنسين وصورة الجنس الواحد المطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الزوج ثم تتاركا حتى وجبت عليها عدة أخرى فان العدتين يتداخلان عندنا وصورة الجنسين المختلفين المتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة تداخلت أيضا وتعتد بما رأته من الحيض فى الاشهر من عدة الوطء عندنا وقال الشافعى تمضى فى العدة الاولى فاذا انقضت استأنفت الاخرى احتج بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك أى فى التربص ومعلوم ان الزوج انما يملك الرجعة فى العدة فدل ان العدة تربص سمى الله تعالى العدة تربصا وهو اسم للفعل وهو الكف والفعلان وان كانا من جنس واحد لا يتأديان بأحدهما كالكف فى باب الصوم وغير ذلك ولنا قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله سمى الله تعالى العدة أجلا والاجل اسم لزمان مقدر مضروب لانقضاء أمر كآجال الديون وغيرها سميت العدة أجلا لكونه وقتا مضروبا لانقضاء ما بقى من آثار النكاح والآجال اذا اجتمعت تنقضى بمدة واحدة كالآجال فى باب الديون والدليل على انها اسم للاجل لا للفعل انها تنقضى من غير فعل التربص بأن لم تجتنب عن محظورات العدة حتى انقضت المدة ولو كانت فعلا لما تصور انقضاؤها مع ضدها وهو الترك وأما الآيات فالتربص هو التثبت والانتظار قال تعالى فتربصوا به حتى حين وقال سبحانه وتعالى يتربص بكم الدوائر وقال سبحانه فتربصوا انا معكم متربصون والانتظار يكون فى الآجال المعتدة تنتظر انقضاء المدة المضروبة وبه تبين ان التربص ليس هو فعل الكف على انا ان سلمنا انه كف لكنه ليس بركن فى الباب بل هو تابع بدليل انه تنقضى العدة بدونه على ما بينا وكذا تنقضى بدون العلم به ولو كان ركنا لما تصور الانقضاء بدونه وبدون العلم به وعلى هذا ينبنى وقت وجوب العدة انها تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدة من يوم طلق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وحكى عن على رضى الله عنه انه قال من يوم يأتيها الخبر وجه البناء على هذا الاصل ان الفعل لما كان ركنا عنده فايجاب الفعل على من لا علم له به ولا سبب الى الوصول الى العلم به ممتنع فلا يمكن ايجابه الا من وقت بلوغ الخبر لانه وقت حصول العلم به ولما كان الركن هو الاجل عندنا وهو مضى الزمان لا يقف وجوبه على العلم به كمضى سائر الازمنة ثم قد بينا انه لا يقف على فعلها أصلا وهو الكف فانها لو علمت فلم

تكف ولم تجتنب ما تجتنبه المعتدة حتى انقضت المدة انقضت عدتها وإذا لم يقف على فعلها فلأن لا يقف على علمها به أولى وما روى عن علي رضي الله عنه محمول على انها لم تعلم وقت الموت فامرها بالاخذ باليقين وبه نقول وقد روى عنه رضي الله عنه في العدة انها من يوم الطلاق مثل قول العامة فاما ان يحمل على الرجوع أو على ما قلنا وأما بيان أنواع العدد فالعدد في الشرع أنواع ثلاثة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحبل أما عدة الاقراء فلوجوبها أسباب منها الفرقة في النكاح الصحيح سواء كانت بطلاق أو بغير طلاق وانما تجب هذه العدة لاستبراء الرحم وتعرف براءتها عن الشغل بالولد لانها لو لم تجب ويحتمل انها حملت من الزوج الاول فتتزوج بزوج آخر وهي حامل من الاول فيطأها الثاني فيصير ساقيا ماءه زرع غيره وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا اذا جاءت بولد يشتبه النسب فلا يحصل المقصود ويضيع الولد أيضا لعدم المربي والنكاح سببه فكان تسببا الى هلاك الولد وهذا لا يجوز فوجبت العدة ليعلم بها فراغ الرحم وشغلها فلا يؤدي الى هذه العواقب الوخيمة وشرط وجوبها الدخول أو ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولان وجوبها بطريق استبراء الرحم على ما بينا والحاجة الى الاستبراء بعد الدخول لا قبله الا ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى لان حق الله تعالى يحتاط في ايجابه ولان التسليم الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول بخلاف الخلوة في النكاح الفاسد لان الخلوة الصحيحة انما أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع انها ليست بدخول حقيقة لكونها سببا مفضيا اليه فاقيمت مقامه احتياطا اقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه والخلوة في النكاح الفاسد لا تفضي الى الدخول لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمة الوطء فلم توجد الخلوة الحقيقية اذ هي لا تتحقق الا بعد انتفاء الموانع أو وجدت بصفة الفساد فلا تقوم مقام الدخول وكذا التسليم الواجب بالعقد لم يوجد لان النكاح الفاسد لا يوجب التسليم فلا تجب العدة وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيها في كتاب النكاح وسواء كانت المطلقة حرة أو أمة قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو مستسعاة لا يختلف أصل الحكم باختلاف الرق والحرية لان ما وجب له لا يختلف باختلافهما وانما يختلف في القدر لما نبين والكلام في القدر يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى وسواء كانت مسلمة أو كتابية تحت مسلم الحرة كالحرة والامة كالامة لان العدة تجب بحق الله وبحق الزوج قال تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والكتابية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها العدة وتجبر عليها لاجل حق الزوج والولد لانها من أهل ايفاء حقوق العباد وان كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في الفرقة ولا في الموت في قول أبي حنيفة اذا كان ذلك كذلك في دينهم حتى لو تزوجت في الحال جاز وعند أبي يوسف ومحمد عليها العدة وذكر الكرخي في جامعه في الذمية تحت ذمي اذا مات عنها أو طلقها فتزوجت في الحال جاز الا أن تكون حاملا فلا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الذمية من أهل دار الاسلام ألا ترى ان أهل الذمة يجري عليهم سائر أحكام الاسلام كذا هذا الحكم ولابي حنيفة انه لو وجبت عليها العدة اما أن تجب بحق الله تعالى أو بحق الزوج ولا سبيل الى ايجابها بحق الزوج لان الزوج لا يعتقد حقا لنفسه ولا وجه الى ايجابها بحق الله تعالى لان العدة فيها معنى القربة وهي غير مخاطبة بالقربات الا انها اذا كانت حاملا تمنع من التزويج لان وطء الزوج الثاني يوجب اشتباه النسب وحفظ النسب حق الولد فلا يملك ابطال حقه فكان على الحكم استيفاء حقه بالمنع من التزويج ولا عدة على المهاجرة في قول أبي حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مرت في كتاب النكاح فان جاء الزوج مسلما وتركها في دار الحرب فلا عدة عليها في قولهم جميعا لان على أصل أبي حنيفة الكافرة تلزمها العدة لحق المسلم واختلاف الدارين يمنع ثبوت الحق لاحدهما على الآخر وعلى أصلهما وجوب

العدة على الكافرة لجريان حكمنا على أهل الذمة ولا يجرى حكمنا على الحربية ولا عدة على الزانية حاملا كانت أو غير حامل لان الزنا لا يتعلق به ثبوت النسب ومنها الفرقة فى النكاح الفاسد بتفريق القاضى أو بالمتاركة وشرطها الدخول لان النكاح الفاسد يجعل منعقدا عند الحاجة وهى عند استيفاء المنافع وقد مست الحاجة الى الانعقاد لوجوب العدة وصيانة للماء عن الضياع بثبوت النسب وتجب هذه العدة على الحرة والامة والمسلمة والكتابية لان الموجب لا يوجب الفصل و يستوى فيها الفرقة والموت لان وجوب هذه العدة على وجه الاستبراء وقد مست الحاجة فى الاستبراء لوجود الوطء فاما عدة الوفاة فانما تجب لمعنى آخر وهو اظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح على ما نذكر ان شاء الله تعالى والنكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن نعمة ثم يعتبر الوجوب فى الفرقة من وقت الفرقة وفى الموت من وقت الموت عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر من آخر وطء وطئها والمسئلة مرت فى كتاب النكاح ومنها الوطء عن شبهة النكاح بان زفت اليه غير امرأته فوطئها لان الشبهة تقام مقام الحقيقة فى موضع الاحتياط وايجاب العدة من باب الاحتياط ومنها عتق أم الولد ومنها موت مولاها بان أعتقها سيدها أو مات عنها وسبب وجوب هذه العدة هو زوال الفراش وهذا عندنا وعند الشافعى لا عدة عليها وانما عليها الاستبراء بحيضة واحدة وسبب وجوبها عنده هو زوال ملك اليمين ونذكر المسئلة فى بيان مقادير العدد ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما عدة الاشهر فنوعان نوع يجب بدلا عن الحيض ونوع يجب أصلا بنفسه أما الذى يجب بدلا عن الحيض فهو عدة الصغيرة والآيسة والمرأة التى لم تحض رأسا فى الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق وهو سبب وجوب عدة الاقراء وانما تجب قضاء لحق النكاح الذى استوفى فيه المقصود وشرط وجوبها شيئان أحدهما أحد الاشياء الثلاثة الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلا مع عدم الصغر والكبر والاصل فيه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن والثانى الدخول أو ما هو فى معناه وهو الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح لعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها من غير تخصيص الا ان الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح ألحقت بالدخول فى حق وجوب العدة لما ذكرنا انها ألحقت به فى حق تأكيد كل المهر ففى وجوب العدة أولى احتياطا وتجب هذه العدة على الحرة والامة وأصل الوجوب ان ما وجبت له لا يختلف وهو ما بينا وانما يختلفان فى مقدار الواجب على ما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا يستوى فيها المسلمة والكتابية لعموم النص وكذا المعنى الذى له وجبت لا يوجب الفصل وأما الذى يجب أصلا بنفسه فهو عدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة قال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وانها تجب لاظهار الحزن بفوت نعمة النكاح اذ النكاح كان نعمة عظيمة فى حقها فان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها وايفائها بالنفقة والكسوة والمسكن فوجبت عليها العدة اظهارا للحزن بفوت النعمة وتعريفا لقدرها وشرط وجوبها النكاح الصحيح فقط فتجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها وسواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض لعموم قوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولما ذكرنا انها تجب اظهارا للحزن بفوت نعمة النكاح وقد وجد وانما شرطنا النكاح الصحيح لان الله تعالى أوجبها على الازواج ولا يصير زوجا حقيقة الا بالنكاح الصحيح وسواء كانت مسلمة أو كتابية تحت مسلم لعموم النص ولوجود المعنى الذى وجبت له وسواء كانت حرة أو أمة أو مدبرة أو مكاتبة أو مستسعاة لا يختلف أصل الحكم لان ما وجبت له لا يختلف وانما يختلف القدر لما نذكر

﴿ فصل ﴾ وأما عدة الحبل فهى مدة الحمل وسبب وجوبها الفرقة أو الوفاة والاصل فيه قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن أى انقضاء أجلهن أن يضعن حملهن واذا كان انقضاء أجلهن بوضع حملهن كان

أجلهن لان أجلهن مدة حملهن وهذه العدة انما تجب لئلا يصير الزوج بها ساقيا ماءه زرع غيره وشرط وجوبها أن يكون الحمل من النكاح صحيحا كان أو فاسدا لان الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة ولا تجب على الحامل بالزنا لان الزنا لا يوجب العدة الا أنه اذا تزوج امرأة وهي حامل من الزنا جاز النكاح عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز له أن يطأها ما لم تضع لئلا يصير ساقيا ماءه زرع غيره

﴿فصل﴾ وأما بيان مقادير العدة وما تنقضي به فاما عدة الاقراء فان كانت المرأة حرة فعدتها ثلاثة قروء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وسواء وجبت بالفرقة في النكاح الصحيح أو بالفرقة في النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة النكاح لما ذكرنا ان النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل منعقدا في حق وجوب العدة ويلحق به فيه وشبهة النكاح ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه والنص الوارد في المطلقة يكون واردا فيها دلالة وكذلك أم الولد اذا أعتقت باعتاق المولى أو بموته فانها تعتد بثلاثة قروء عندنا وعند الشافعي تعتد بحيضة واحدة وجه قوله ان هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح وانما وجبت بزوال ملك اليمين فكان وجوبها بطريق الاستبراء فيكتفى بحيضة واحدة كما في استبراء سائر المملوكات (ولنا) ما روى عن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا عدة أم الولد ثلاث حيض وهذا نص فيه وبه تبين ان الواجب عدة وليس باستبراء الا أنهم سموه عدة والعدة لا تقدر بحيضة واحدة والدليل على انه عدة انه يجب على الحرة والحرة لا يلزمها الاستبراء واذا كان عدة لا يجوز تقديرها بحيضة واحدة كسائر العدد ولان هذه العدة تجب بزوال الفراش لان أم الولد لها فراش الا أن فراشها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف لاحتماله النقل الى غيره فاذا أعتقت فقد استحكم فالتحق بالفراش الثابت بالنكاح والعدة التي تجب بزوال الفراش الثابت بالنكاح وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلاثة قروء ولهذا استوى في الواجب عليها الموت والعتق كما في النكاح الفاسد وعدة المستحاضة وغيرها سواء وهي ثلاثة أقراء لعموم النص وان كانت أمة فقرآن عند عامة العلماء وقال نفاة القياس ثلاثة قروء كعدة الحرة احتجوا بعموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء من غير تخصيص الحرة (ولنا) الحديث المشهور وهو ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي الله عنه عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وبه تبين ان الاماء مخصوصات من عموم الكتاب الكريم وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جائز بالاجماع ولان العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق في تنصيفه كالقسم كان ينبغي أن يتنصف فتعتد حيضة ونصفا كما أشار اليه عمر رضي الله عنه الا أنه لا يمكن لان الحيضة الواحدة لا تتجزأ فتكاملت ضرورة وسواء كان زوجها حرا أو عبدا بلا خلاف لان العدة تعتبر بالنساء بالاجماع ويستوى في مقدار هذه العدة المسلمة والكتابية الحرة كالحرة والامة كالامة لان الدلائل لا توجب الفصل ثم اختلف أهل العلم فيما تنقضي به هذه العدة انه الحيض أم الاطهار قال أصحابنا الحيض وقال الشافعي الاطهار وفائدة الاختلاف ان من طلق امرأته في حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضي عدتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده وعنده يحتسب بذلك الطهر من العدة فتنقضي عدتها بانقضاء ذلك الطهر الذي طلقها فيه وبطهر آخر بعده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأبي موسى الاشعري وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الزوج أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة كما هو مذهبنا وعن زيد بن ثابت وحذيفة وعبد الله بن عمر وعائشة رضي الله عنهم مثل قوله وحاصل الاختلاف راجع الى أن القرء المذكور في قوله سبحانه ثلاثة قروء ما هو الحيض أم الطهر فعندنا الحيض وعنده الطهر ولا خلاف بين أهل اللغة في ان القرء من الاسماء المشترك كه يذكر ويراد به الحيض ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في سائر الاسماء المشتركة من اسم العين وغير ذلك أما استعماله في الحيض فلقول

النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها أي أيام حيضها اذ أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا أيام الطهر وأما في الطهر فلما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة أي طهر واذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح احتج الشافعي بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء فدل ان العدة بالطهر لا بالحيض ولانه أدخل الهاء في الثلاثة بقوله عز وجل ثلاثة قروء وانما تدخل الهاء في جمع المذكر لا في جمع المؤنث يقال ثلاثة رجال وثلاث نسوة والحيض مؤنث والطهر مذكر فدل ان المراد منها الاطهار ولانكم لو حملتم القرء المذكور على الحيض للزمكم المناقضة لانكم قلتم في المطلقة اذا كانت أيامها دون العشرة فانقطع دمها انه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقد جعلتم العدة بالطهر وهذا تناقض (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء أمر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء ولو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لان بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الاقراء عنده والثلاثة اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون ترك العمل بالكتاب ولو حملناه على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل لان ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة عندنا فيكون عملا بالكتاب فكان الحمل على ما قلنا أولى ولا يلزم قوله تعالى الحج أشهر معلومات انه ذكر الاشهر والمراد منه شهران وبعض الثالث فكذا القرء جاز أن يراد بها القرآن وبعض الثالث لان الاشهر اسم جمع لا اسم عدد واسم الجمع جاز أن يذكر ويراد به بعض ما ينتظمه مجازا ولا يجوز أن يذكر الاسم الموضوع لعدد محصور ويراد به ما دونه لا حقيقة ولا مجازا ألا ترى انه لا يجوز أن يقال رأيت ثلاثة رجال ويراد به رجلان وجاز أن يقال رأيت رجالا ويراد به رجلان مع ما ان هذا ان كان في حد الجواز فلا شك انه بطريق المجاز ولا يجوز العدول عن الحقيقة من غير دليل اذ الحقيقة هي الاصل في حق الاحكام للعمل بها وان كان في حق الاعتقاد يجب التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة في الاستعمال وفي باب الحج قام دليل المجاز وقوله عز وجل واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر جعل سبحانه وتعالى الاشهر بدلا عن الاقراء عند اليأس عن الحيض والمبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز اقامة البدل مقامه فدل ان المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء المذكور في الآية كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا لما شرط عدم الماء عند ذكر البدل وهو التيمم دل ان التيمم بدل عن الماء فكان المراد منه الغسل المذكور في آية الوضوء وهو الغسل بالماء كذا ههنا وأما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ومعلوم انه لا تفاوت بين الحرة والامة في العدة فيما يقع به الانقضاء اذ الرق أثره في تنقيص العدة التي تكون في حق الحرة لا في تغيير أصل العدة فدل ان أصل ما تنقضي به العدة هو الحيض وأما المعقول فهو ان هذه العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر وأما الآية الكريمة فالمراد من العدة المذكورة فيها عدة الطلاق والنبي صلى الله عليه وسلم جعل الطهر عدة الطلاق ألا ترى انه قال فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والكلام في العدة عن الطلاق انها ما هي وليس في الآية بيانها وأما قوله أدخل الهاء في الثلاثة فنعم لكن هذا لا يدل على ان المراد هو الطهر من القروء لان اللغة لا تمنع من تسمية شيء واحد باسم التذكير والتأنيث كالبر والحنطة فيقال هذا البر وهذه الحنطة وان كانت البر والحنطة شيأ واحدا فكذا القرء والحيض أسماء للدم المعتاد واحد الاسمين مذكر وهو القرء فيقال ثلاثة قروء والآخر مؤنث وهو الحيض فيقال ثلاث حيض ودعوى التناقض ممنوعة فان في تلك الصورة الحيض باق وان كان الدم منقطعا لان انقطاع الدم لا ينافي الحيض بالاجماع لان

الدم

الدم لا يدر في جميع الأوقات بل في وقت دون وقت واحتمال الدرور في وقت الحيض قائم فاذا لم يجعل ذلك الطهر عدة لا يلزمنا التناقض وأما الممتد طهرها وهي امرأة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا يأس فانقضاء عدتها في الطلاق وسائر وجوه الفرق بالحيض لانها من ذات الاقراء الا أنه ارتفع حيضها العارض فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حد الاياس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر وهو مذهب علي وعثمان و زيد بن ثابت رضي الله عنهم و روي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أنها تمكث تسعة أشهر فان لم تحض اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك وهو قول مالك واحتجوا بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر نقل الله العدة عند الارتياب الى الاشهر والتي ارتفع حيضها فهي مرتابة فيجب أن تكون عدتها بالشهور والجواب أنه ليس المراد من الارتياب المذكور هو الارتياب في اليأس بل المراد منه ارتياب المخاطبين في عدة الآيسة قبل نزول الآية كذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن الله تعالى لما بين لهم عدة ذات القرء وعدة الحامل شكوا في الآيسة فلم يدروا ما عدتها فأنزل الله تعالى هذه الآية وفي الآية ما يدل عليه فانه قال واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ولا يأس مع الارتياب اذ الارتياب يكون وقت رجاء الحيض والرجاء ضد اليأس وكذا قال سبحانه ان ارتبتم ولو كان المراد منه الارتياب في الاياس لكان من حق الكلام أن يقول ان ارتبن فدل أنه سبحانه وتعالى أراد به ماذكرنا والله عز وجل أعلم وأما عدة الاشهر فالكلام فيها في موضعين أيضا في بيان مقدارها وما تنقضي به وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء أما الاول فما وجب بدلا عن الحيض وهو عدة الآيسة والصغيرة والبالغة التي لم تر الحيض أصلا فثلاثة أشهر ان كانت حرة لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ولان الاشهر في حق هؤلاء تدل على الاقراء والاصل مقدر بالثلاث كذا البدل سواء وجبت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة لما ذكرنا في عدة الاقراء وكذا اذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافا للشافعي وان كانت أمة فشهر ونصف لان حكم البدل حكم الاصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ولان الرق متنصف والتكامل في عدة الاقراء ثبت لضرورة عدم التجزي والشهر متجزئ فبقي الحكم فيه على الاصل ولهذا تتنصف عدتها في الوفاة وسواء كان زوجها حرا أو عبدا لما ذكرنا ان المعتبر في العدة جانب النساء وسواء كانت قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في مدة الاقراء وكذا اذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافا للشافعي وما وجب أصلا بنفسه وهو عدة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشر وقيل انما قدرت هذه العدة بهذه المدة ان كانت حرة لقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقيل انما قدرت هذه العدة بهذه المدة لان الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح في العشر فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحبل ان كان بها حبل وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام لما بينا بالاجماع سواء كانت قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة عند أبي حنيفة والمسلمة والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العدتين الحرة كالحرة والامة كالامة لان ماذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بانقضاء هذه المدة في الحرة والامة (وأما الثاني) وهو بيان كيفية ما يعتبر به انقضاء هذه العدة فجملة الكلام فيه أن سبب وجوب هذه العدة من الوفاة والطلاق ونحو ذلك اذا اتفق في غرة الشهر اعتبرت الاشهر بالاهلة وان نقصت عن العدد في قول أصحابنا جميعا لان الله تعالى أمر بالعدة بالاشهر بقوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله عز وجل أربعة أشهر وعشرا فلزم اعتبار الاشهر والشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما بدليل ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابع يديه كلها ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه في المرة الثالثة وان كانت الفرقة في بعض الشهر

اختلفوا فيه قال أبو حنيفة يعتبر بالايام فتعتد من الطلاق وأخواته تسعين يوما ومن الوفاة مائة وثلاثين يوما وكذلك قال فى صوم الشهرين المتتابعين اذا ابتدأ الصوم فى نصف الشهر وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام وباقى الشهور بالاهلة ويكمل الشهر الاول من الشهر الاخير بالايام وعن أبى يوسف روايتان فى رواية مثل قول أبى حنيفة وفى رواية مثل قول محمد وهو قوله الاخير (وجه) قولهما ان المأمور به هو الاعتداد بالشهر والاشهر اسم الاهلة فكان الاصل فى الاعتداد هو الاهلة قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج جعل الهلال لمعرفة المواقيت وانما يعدل الى الايام عند تعذر اعتبار الاهلة وقد تعذر اعتبار الهلال فى الشهر الاول فعدلنا عنه الى الايام ولا تعذر فى بقية الاشهر فلزم اعتبارها بالاهلة ولهذا اعتبرنا كذلك فى باب الاجارة اذا وقعت فى بعض الشهر كذا ههنا ولابى حنيفة ان العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها فى الايام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالاهلة لنقصت عن الايام فكان ايجاب الزيادة أولى احتياطا بخلاف الاجارة لانها تمليك المنفعة والمنافع توجد شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فيصير عند استهلال الشهر كانه ابتدأ العقد فيكون بالاهلة بخلاف العدة فان كل جزء منها ليس كعدة مبتدأة وأما الايلاء فى بعض الشهر فقد ذكرنا الاختلاف بين أبى يوسف وزفر فى كيفية اعتبار الشهر فيه ان على قول أبى يوسف يعتبر بالايام فيكمل مائة وعشرين يوما ولا ينظر الى نقصان الشهور ولا الى تمامه وعند زفر يعتبر بالاهلة (وجه) قول ان مدة الايلاء كمدة العدة لان كل واحد منهما يتعلق به البينونة ولابى يوسف ان اعتبار الايام فى مدة الايلاء يوجب تأخير الفرقة واعتبار الاشهر يوجب التعجيل فوقع الشك فى وقوع الطلاق فلا يقع بالشك كمن علق طلاق امرأته بمدة فى المستقبل وشك فى المدة بخلاف العدة لان الطلاق هناك واقع بيقين وحكمه متأجل فاذا وقع الشك فى التأجيل لا يتأجل بالشك وأما عدة الحبل فمقدارها بقية مدة الحمل قلت أو كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدة لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل وذكر فى الاصل أنها لو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة هكذا ذكر والسنة المذكورة هى ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى المتوفى عنها زوجها اذا ولدت وزوجها على سريره جاز لها أن تتزوج وشرط انقضاء هذه العدة أن يكون ما وضعت قد استبان خلقه أو بعض خلقه فان لم يستبن رأسا بان أسقطت علقة أو مضغة لم تنقض العدة لانه اذا استبان خلقه أو بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتنقضى به العدة واذا لم يستبن لم يعلم كونه ولدا بل يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فيقع الشك فى وضع الحمل فلا تنقضى العدة بالشك وقال الشافعى فى أحد قوليه يرى للنساء وهذا ليس بشئ لانهن لم يشاهدن انخلاق الولد فى الرحم ليقسن هذا عليه فيعرفن وقال فى قول آخر يجعل فى الماء الحار ثم ينظر ان انحل فليس بولد وان لم ينحل فهو ولد وهذا أيضا فاسد لانه يحتمل انه قطعة من كبدها أو لحمها انفصلت منها وأنها لا تنحل بالماء الحار كما لا ينحل الولد فلا يعلم به أنه ولد ولو ظهر أكثر الولد لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وقد قالوا فى المطلقة طلاقا رجعيا انه اذا ظهر منها أكثر ولدها انها تبين فعلى هذا يجب أن تنقضى به العدة أيضا بظهور أكثر الولد ويجوز أن يفرق بينهما فيقام الاكثر مقام الكل فى انقطاع الرجعة احتياطا ولا يقام فى انقضاء العدة حتى لا تحل للازواج احتياطا أيضا ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل اذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وكذلك اذا كانت متوفى عنها زوجها عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وروى عن عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم قالوا عدتها بوضع ما فى بطنها ولو كان زوجها على السرير وقال على رضى الله عنه وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله عنهما ان الحامل اذا توفى عنها زوجها فعدتها أبعد الاجلين وضع الحمل أو مضى أربعة أشهر وعشر أيهما كان أخيرا انقضى به العدة (وجه) هذا القول ان الاعتداد بوضع الحمل انما ذكر

فى الطلاق لا فى الوفاة بقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن لانه معطوف على قوله عز وجل واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وذلك بناء على قوله تعالى يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فكان المراد من قوله واللائى لم يحضن المطلقات ولان فى الاعتداد بابعد الاجلين جمعا بين الآيتين بالقدر الممكن لان فيه عملا بآية عدة الحبل ان كان أجل تلك العدة أبعد وعملا بآية عدة الوفاة ان كان أجلها أبعد فكان عملا بهما جميعا بقدر الامكان وفيما قلتم عمل باحداهما وترك العمل بالاخرى أصلا فكان ماقلنا أولى ولعامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها وقوله هذا بناء على قوله واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ممنوع بل هو ابتداء خطاب وفى الآية الكريمة مايدل عليه فانه قال ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ومعلوم أنه لايقع الارتياب فيمن يحمل القرء وذلك لان الاشهر فى الآيسات انما أقيمت مقام الاقراء فى ذوات الحيض واذا كانت الحامل ممن تحيض لم يجز أن يتم لهم شك فى عدتها ليسألوا عن عدتها واذا كان كذلك ثبت أنه خطاب مبتدأ واذا كان خطابا مبتدأ تناول العدد كلها وقوله الاعتداد بأبعد الاجلين عمل بالآيتين بقدر الامكان فيقال انما يعمل بهما اذا لم يثبت نسخ احداهما بالتقدم والتأخر أو لم يكن احداهما أولى بالعمل بها وقد قيل ان آية وضع الحمل آخرهما نزولا بما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال من شاء باهلته أن قوله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزل بعد قوله أربعة أشهر وعشرا فاما نسخ الاشهر بوضع الحمل اذا كان بين نزول الآيتين زمان يصلح للنسخ فينسخ الخاص المتقدم بالعام المتأخر كما هو مذهب مشايخنا بالعراق ولا يبنى العام على الخاص أو يعمل بالنص العام بعمومه ويتوقف فى حق الاعتقاد فى التخريج على التناسخ كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند ولا يبنى العام على الخاص على ماعرف فى اصول الفقه وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قلت يارسول الله حين نزول قوله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن أنها فى المطلقة أم فى المتوفى عنها زوجها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما جميعا وقد روت أم سلمة رضى الله عنها أن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروى أيضا عن أبى السنابل بن بعكك أن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروى أنها لما مات عنها زوجها وضعت حملها وسألت أبا السنابل بن بعكك هل يجوز لها أن تتزوج فقال لها حتى يبلغ الكتاب أجله فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كذب أبو السنابل ابتغى الازواج وهذا حديث صحيح وقد روى من طرق صحيحة لامساغ لاحد فى العدول عنها ولان المقصود من العدة من ذوات الاقراء العلم ببراءة الرحم ووضع الحمل فى الدلالة على البراءة فوق مضى المدة فكان انقضاء العدة به أولى من الانقضاء بالمدة وسواء كانت المرأة حرة أو مملوكة قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد أو مستسعاة مسلمة أو كتابية لعموم النص وقال أبو يوسف كذلك الا فى امرأة الصغير فى عدة الوفاة بان مات الصغير عن امرأته وهى حامل فان عدتها أربعة أشهر وعشر عند أبى يوسف وعند أبى حنيفة ومحمد عدتها أن تضع حملها وجه قوله أن هذا الحمل ليس منه بيقين بدليل أنه لا يثبت نسبه منه فكان من الزنا فلا تنقضى به العدة كالحمل من الزنا وكالحمل الحادث بعد موته ولهما عموم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقوله الحمل من الزنا لاتنقضى به العدة وهذا حمل من الزنا فيكون مخصوصا من العموم فنقول الحمل من الزنا قد تنقضى به العدة على قياس قولهما ألا ترى أنه اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا جاز نكاحها عندهما ولو تزوجها ثم طلقها فوضعت حملها تنقضى عدتها عندهما بوضع الحمل وان كان الحمل من الزنا ولان وجوب العدة للعلم بحصول فراغ الرحم والولادة دليل فراغ الرحم بيقين والشهر لا يدل على الفراغ بيقين فكان ايجاب مادل على الفراغ بيقين أولى ولا أثر للنسب فى هذا الباب وانما الاثر لما ينافى الجملة فان مات وهى حائل ثم حملت بعد موته قبل انقضاء العدة فعدتها بالشهور أربعة أشهر

وعشر بالاجماع لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولان الحمل اذا لم يكن موجودا وقت الموت وجبت العدة بالاشهر فلا تتغير بالحمل الحادث واذا كان موجودا وقت الموت وجبت عدة الحبل فكان انقضاؤها بوضع الحمل ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين جميعا لان الولد لا يحصل عادة الا من الماء والصبي لا ماء له حقيقة ويستحيل وجوده عادة فيستحيل تقديره وقال أبو يوسف ومحمد فى زوجة الكبير تأتى بولد بعد موته لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضى أربعة أشهر وعشر أن النكاح جائز لان إقدامها على النكاح فى هذه الحالة اقرار منها بانقضاء العدة لتحرز المسلمة عن النكاح فى العدة ولم يرد على اقرارها ما يبطله ألا ترى أنها لو جاءت بعد التزويج بولد لستة أشهر فصاعدا كان النكاح جائزا لما بينا فههنا أولى واذا كانت المعتدة حاملا فولدت ولدين انقضت عدتها بالاخير منهما عند عامة العلماء وقال الحسن البصرى اذا وضعت أحد الولدين انقضت عدتها واحتج بقوله سبحانه وتعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولم يقل احمالهن فاذا وضعت احداهما فقد وضعت حملها الا أن ما قاله لا يستقيم لوجهين أحدهما أنه قرئ فى بعض الروايات أن يضعن أحمالهن والثانى أنه علق انقضاء العدة بوضع الحمل لا بالولادة حيث قال سبحانه وتعالى يضعن حملهن ولم يقل يلدن والحمل اسم لجميع ما فى بطنها ووضع أحد الولدين وضع بعض حملها لا وضع حملها فلا تنقضى به العدة ولان وضع الحمل انما تنقضى به العدة لبراءة الرحم بوضعه وما دام فى بطنها ولد لا تحصل البراءة به فلا تنقضى العدة

﴿فصل﴾ (وأما) بيان ما يعرف به انقضاء العدة فما يعرف به انقضاء العدة نوعان قول وفعل (أما) القول فهو اخبار المعتدة بانقضاء العدة فى مدة يحتمل الانقضاء فى مثلها فلا بد من بيان أقل المدة التى تصدق فيها المعتدة فى اقرارها بانقضاء عدتها وجملة الكلام فيه أن المعتدة ان كانت من ذوات الاشهر فانها لا تصدق فى أقل من ثلاثة أشهر فى عدة الطلاق ان كانت حرة ومن شهر ونصف ان كانت أمة وفى عدة الوفاة لا تصدق فى أقل من أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ومن شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة ولا خلاف فى هذه الجملة وان كانت من ذوات الاقراء فان كانت معتدة من وفاة فكذلك لا تصدق فى أقل مما ذكرنا فى الحرة والامة وان كانت معتدة من طلاق فان أخبرت بانقضاء عدتها فى مدة تنقضى فى مثلها العدة يقبل قولها وان أخبرت فى مدة لا تنقضى فى مثلها العدة لا يقبل قولها الا اذا فسرت ذلك بان قالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعضه فيقبل قولها وانما كان كذلك لانها أمينة فى اخبارها عن انقضاء عدتها فان الله تعالى ائتمنها فى ذلك بقوله عز وجل ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن قيل فى التفسير أنه الحيض والحبل والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا قال رددت الوديعة أو هلكت فاذا أخبرت بالانقضاء فى مدة تنقضى فى مثلها يقبل قولها ولا يقبل اذا كانت المدة مما لا تنقضى فى مثلها العدة لان قول الامين انما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر والظاهر ههنا يكذبها فلا يقبل قولها الا اذا فسرت فقالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق مع يمينها فيقبل قولها مع هذا التفسير لان الظاهر لا يكذبها مع التفسير ثم اختلف فى أقل ما تصدق فيه المعتدة بالاقراء قال أبو حنيفة أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوما وقال أبو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما واختلف الرواية فى تخريج قول أبى حنيفة فتخريجه فى رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فتلك ستون يوما وتخريجه على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوما فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم وتخريج قول أبى يوسف ومحمد أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوما وجه قولهما أن المرأة أمينة فى هذا الباب والامين يصدق ما أمكن وأمكن تصديقها ههنا بان يحكم بالطلاق فى آخر الطهر فيبدأ بالعدة من الحيض فيعتبر أقله وذلك ثلاثة ثم أقل الطهر وهو خمسة عشر يوما ثم أقل الحيض ثم أقل الطهر ثم أقل الحيض

فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوما وجه قول أبي حنيفة على تخريج محمد أن المرأة وان كانت أمينة في الاقراء بانقضاء العدة
لكن الامين انما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر فاما فيما يخالفه الظاهر فلا يقبل قوله كالوصى اذا قال أنفقت على اليتيم في يوم
واحد ألف دينار وما قالاه خلاف الظاهر لان الظاهر أن من اراد الطلاق فانما يوقعه في أول الطهر وكذا حيض ثلاثة
أيام نادر وحيض عشرة نادر ايضا فيؤخذ بالوسط وهو خمسة واعتبار هذا التخريج يوجب ان أقل ما تصدق فيه
ستون يوما وأما الوجه على تخريج رواية الحسن فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر لان الايقاع في أول الطهر وان كان
سنة لكن الظاهر هو الايقاع في آخر الطهر لانه يجرب نفسه في أول الطهر هل يمكنه الصبر عنها ثم يطلق فكان الظاهر
هو الايقاع في آخر الطهر لانه يعتبر مدة الحيض عشرة أيام وان كانت أكثر المدة لانا قد اعتبرنا في الطهر أقله فلو نقصنا
من العشرة في الحيض للزم النقص في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم باكثر الحيض وأقل الطهر رعاية
للحقين واعتبار هذا التخريج أيضا يوجب ما ذكرنا وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون وأما الامة فعند أبي حنيفة
أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوما وهو أن يقدر كأنه طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوما
ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون يوما وأما على رواية الحسن فاقل
ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما لانه يجعل كان الطلاق وقع في آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر
يوما ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما فاختلف حكم روايتيهما في الامة واتفق في الحرة وأما على قول أبي
يوسف ومحمد فاقل ما تصدق فيه احدى وعشرون يوما لانهما يقدران الطلاق في آخر الطهر ويبتدئان بالحيض
ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوما والله الموفق وأما المعتدة اذا كانت
نفساء بان ولدت امرأته وطلقها عقيب الولادة ثم قالت انقضت عدتي قال أبو حنيفة في رواية محمد عنه لا تصدق الحرة
في أقل من خمسة وثمانين يوما لانه يثبت النفاس خمسة وعشرين لانه لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج الى أن يثبت بعده
خمسة عشر يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لان من أصله أن الدمين في الاربعين لا يفصل بينهما طهر وان كثر
حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دما وفي آخرها ساعة كان الكل نفاسا عنده فجعل النفاس خمسة وعشرين يوما
حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الاربعين فاذا كان كذلك كان بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة
عشر طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون وأما على رواية الحسن عنه فلا
تصدق في أقل من مائة يوم لانه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر طهرا
وعشرة حيضا فذلك مائة وقال أبو يوسف لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت أحد عشر يوما نفاسا
لان العادة ان أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا
وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون يوما وقال محمد لا تصدق في أقل من أربعة
وخمسين وساعة لان أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا
وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك أربعة وخمسون وساعة وان كانت أمة
فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة
عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وستون وعلى رواية الحسن عنه لا تصدق في أقل من خمسة وسبعين لانه يثبت
بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون وقال أبو يوسف لا تصدق في
أقل من سبعة وأربعين لانه يثبت أحد عشر يوما نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة
حيضا فذلك سبعة وأربعون يوما وقال محمد لا تصدق في أقل من ستة وثلاثين يوما وساعة لانه يثبت ساعة نفاسا
وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة واما الفعل فنحو أن
تتزوج بزوج آخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة حتى لو قالت لم تنقض عدتي لم تصدق لا في حق الزوج

الاول ولا فی حق الزوج الثانی ونکاح الزوج الثانی جائز لان اقدامها علی التزوج بعد مضی مدة یحتمل الانقضاء فی مثلها دلیل الانقضاء والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما بیان انتقال العدة وتغیرها اما انتقال العدة فنظیر بان أحدهما انتقالها من الاشهر الی الاقراء والثانی انتقالها من الاقراء الی الاشهر أما الاول فنحو الصغیرة اعتدت ببعض الاشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها من الاشهر الی الاقراء لان الشهر فی حق الصغیرة بدل عن الاقراء وقد ثبتت القدرة علی المبدل والقدرة علی المبدل قبل حصول المقصود بالبدل یبطل حکم البدل کالقدرة علی الوضوء فی حق المتیمم ونحو ذلک فیبطل حکم الاشهر فانتقلت عدتها الی الحیض وکذا الآیسة اذا اعتدت ببعض الاشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها الی الحیض کذا ذکر الکرخی وذکر القدوری ان ماذکره أبو الحسن ظاهر الروایة التی لم یقدروا للایاس تقدیرا بل هو غالب علی ظنها انها آیسة لانها لما رأت الدم دل علی انها لم تکن آیسة وانها أخطأت فی الظن فلا یعتد بالاشهر فی حقها لما ذکرنا انها بدل فلا یعتبر مع وجود الاصل وأما علی الروایة التی وقتوا للایاس وقتا اذا بلغت ذلک الوقت ثم رأت بعده الدم لم یکن ذلک الدم حیضا کالدم الذی تراه الصغیرة التی لا یحیض مثلها وکذا ذکره الجصاص ان ذلک فی التی ظنت انها آیسة فاما الآیسة فما تری من الدم لا یکون حیضا ألا تری ان وجود الحیض منها کان معجزة نبی من الانبیاء علیهم الصلاة والسلام فلا یجوز أن یؤخذ الا علی وجه المعجزة کذا قال الجصاص وأما الثانی وهو انتقال العدة من الاقراء الی الاشهر فنحو ذات القرء اعتدت بحیضة أو حیضتین ثم أیست تنتقل عدتها من الحیض الی الاشهر فتستقبل العدة بالاشهر لانها لما أیست فقد صارت عدتها بالاشهر لقوله عز وجل واللائی یئسن من المحیض من نسائکم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر والاشهر بدل عن الحیض فلو لم تستقبل وثبتت علی الاول لصار الشیء الواحد أصلا وبدلا وهذا لا یجوز فان قیل ألیس ان من شرع فی الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم یجد ماء انه یتیمم ویبنی علی صلاته وهذا جمع بین البدل والمبدل فی صلاة واحدة فهلا جاز ذلک فی العدة فالجواب ان الممتنع کون الشیء الواحد بدلا وأصلا وههنا کذلک لان العدة شیء واحد وفصل الصلاة لیس من هذا القبیل لان ذلک جمع بین البدل والمبدل فی شیء واحد وذلک غیر ممتنع فان الانسان قد یصلی بعض صلاته قائما برکوع وسجود وبعضها بالایماء ویکون جمعا بین البدل والمبدل فی صلاة واحدة ومن هذا القبیل اذا طلق امرأته ثم مات فان کان الطلاق رجعیا انتقلت عدتها الی عدة الوفاة سواء طلقها فی حالة المرض أو الصحة وانهدمت عدة الطلاق وعلیها ان تستأنف عدة الوفاة فی قولهم جمیعا لانها زوجته بعد الطلاق اذ الطلاق الرجعی لا یوجب زوال الزوجیة وموت الزوج یوجب علی زوجته عدة الوفاة لقوله تعالی والذین یتوفون منکم ویذرون أزواجا یتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا کما لو مات قبل الطلاق وان کان بائنا أو ثلاثا فان لم ترث بان طلقها فی حالة الصحة لا تنتقل عدتها لان الله تعالی أوجب عدة الوفاة علی الزوجات بقوله عز وجل والذین یتوفون منکم ویذرون أزواجا یتربصن وقد زالت الزوجیة بالابانة والثلاث فتعذر ایجاب عدة الوفاة فبقیت عدة الطلاق علی حالها وان ورثت بان طلقها فی حالة المرض ثم مات قبل أن تنقضی العدة فورثت اعتدت باربعة أشهر وعشر فیها ثلاث حیض حتی انها لو لم تر فی مدة الاربعة أشهر والعشر ثلاث حیض تستکمل بعد ذلک وهذا قول أبی حنیفة ومحمد وکذلک کل معتدة ورثت کذا ذکر الکرخی وعنی بذلک امرأة المرتد بان ارتد زوجها بعد ما دخل بها ووجبت علیها العدة ثم مات أو قتل وورثته وذکر القدوری فی امرأة المرتد روایتین عن أبی حنیفة وقال أبو یوسف لیس علیها الا ثلاث حیض وجه قوله ماذکرنا ان الشرع انما أوجب عدة الوفاة علی الزوجات وقد بطلت الزوجیة بالطلاق البائن الا انا بقیناها فی حق الارث خاصة لتهمة الفرار فمن ادعی بقاءها فی حق وجوب عدة الوفاة فعلیه الدلیل وجه قولهما ان النکاح لما بقی فی حق الارث فلان یبقی فی حق وجوب العدة أولی لان العدة یحتاط فی ایجابها فکان قیام النکاح من وجه کافیا لوجوب العدة احتیاطا فیجب علیها الاعتداد

أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ولو حملت المعتدة في عدتها ذكر الكرخي ان من حملت في عدتها فالعدة أن تضع حملها ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق أو وفاة وقد فصل محمد بينهما فانه قال فيمن مات عن امرأته وهو صغير أو كبير ثم حملت بعد موته فعدتها الشهور فهذا نص على ان عدة المتوفى عنها زوجها لا تنتقل بوجود الحمل من الاشهر الى وضع الحمل قال وان كانت في عدة الطلاق فحبلت بعد الطلاق وعلم بذلك فعدتها أن تضع حملها وجه ماذكره الكرخي ان وضع الحمل أصل العدد لان العدة وضعت لاستبراء الرحم ولا شيء أدل على براءة الرحم من وضع الحمل فيجب أن يسقط معه ماسواه كما تسقط الشهور مع الحيض والصحيح ماذكره محمد ان عدة المتوفى عنها زوجها لا تتغير بوجود الحمل بعد الوفاة ولا تنتقل من الاشهر الى وضع الحمل بخلاف عدة الطلاق وجه الفرق بين العدتين ان عدة الوفاة انما وجبت لا لاستبراء الرحم بدليل انها تتأدى بالاشهر مع وجود الحيض وكذا تجب قبل الدخول وانما وجبت لاظهار التأسف على فوت نعمة النكاح وكان الاصل في هذه العدة هو الاشهر الا اذا كانت حاملا وقت الوفاة فيتعلق بوضع الحمل فاذا كانت حاملا بقيت على حكم الاصل فلا تتغير بوجود الحمل فلا تنتقل بخلاف عدة الطلاق فان المقصود منها الاستبراء ووضع الحمل أصل في الاستبراء فاذا قدرت عليه سقط ماسواه أو يحمل ماذكره الكرخي على الخصوص وهي التي حبلت في عدة الطلاق وذكر العام على ارادة الخاص متعارف وقال محمد في عدة الطلاق انها اذا حبلت فان لم يعلم انها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لاكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها بعد الوضع لستة أشهر حملا لامرها على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلمة ان لا تتزوج في عدتها فيحكم بانقضاء عدتها قبل التزوج والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما تغيير العدة فنحو الامة اذا طلقت ثم أعتقت فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحرائر لان الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية فهذه حرة وجبت عليها العدة وهي زوجته فتعتد عدة الحرائر كما اذا عتقها المولى ثم طلقها الزوج وان كانت بائنا لا تتغير عندنا وعند الشافعي تتغير فيهما جميعا وجه قوله أن الاصل في العدة هو الكمال وانما النقصان بعارض الرق فاذا أعتقت فقد زال العارض وأمكن تكميلها فتكمل ولنا ان الطلاق أوجب عليها عدة الاماء لانه صادفها وهي أمة والاعتاق وجد وهي مبانة فلا يتغير الواجب بعد البينونة كعدة الوفاة بخلاف الطلاق الرجعي لانه لا يوجب زوال الملك فوجد الاعتاق وهي زوجته فوجبت عليها العدة وهي حرة فتعتد عدة الحرائر وهذا بخلاف الايلاء بان كانت الزوجة مملوكة وقت الايلاء ثم أعتقت انه تنقلب عدتها الى عدة الحرائر وان كان الايلاء طلاقا بائنا وقد سوى بينه وبين الرجعي في هذا الحكم وانما كان كذلك لان البينونة في الايلاء لا تثبت للحال وانما تثبت بعد انقضاء المدة فكانت الزوجية قائمة للحال فاشبه الطلاق الرجعي بان طلقها الزوج رجعيا ثم أعتقها المولى وهناك تنقلب عدتها عدة الحرائر فكذا مدتها ههنا بخلاف الطلاق البائن فانه يوجب زوال الملك للحال وقد وجبت عدة الاماء بالطلاق فلا تتغير بعد البينونة بالعتق والله الموفق وأما المطلقة الرجعية اذا راجعها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها قال أصحابنا عليها عدة مستأنفة وقال الشافعي في أحد قوليه انها تكمل العدة وجه قوله انها تعتد عن الطلاق الاول لا عن الثاني لان الثاني طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة ولنا ان الطلاق الثاني طلاق بعد الدخول لان الرجعة ليست انشاء النكاح بل هي فسخ الطلاق ومنعه عن العمل بثبوت البينونة بانقضاء العدة فكانت مطلقة بالطلاق الثاني بعد الدخول فتدخل تحت قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولو زوج أم ولده ثم مات عنها وهي تحت زوج أو في عدة من زوج فلا عدة عليها بموت المولى لان العدة انما تجب عليها بموت المولى لزوال الفراش فاذا كانت تحت زوج أو في عدة من زوج لم تكن فراشا له لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها العدة فان أعتقها المولى ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحرائر لان اعتاق المولى صادفها وهي فراش الزوج فلا يوجب عليها العدة وطلاق الزوج صادفها وهي حرة فعليها عدة الحرائر ولو طلقها الزوج أولا ثم أعتقها المولى فان

كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحرائر وان كان بائنا لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم فان انقضت عدتها ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلاث حيض لانها لما انقضت عدتها من الزوج فقد عاد فراش المولى ثم زال بالموت فتجب العدة لزوال الفراش كما اذا مات قبل أن يزوجها فان مات المولى والزوج فالامر لا يخلو اما ان علم أيهما مات أولا واما ان لا يعلم وكل ذلك لا يخلو اما ان علم كم بين موتيهما واما ان لم يعلم فان علم ان الزوج مات أولا وعلم ان بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها شهران وخمسة أيام مدة عدة الامة فى وفاة الزوج فاذا مات المولى فعليها ثلاث حيض لانه مات بعد انقضاء عدتها من الوفاة فعليها العدة من المولى وذلك ثلاث حيض وان كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فكذلك عليها شهران وخمسة أيام مدة عدة وفاة الزوج فاذا مات المولى لا شىء عليها بموته لانه مات وهى فى عدة الزوج وان علم ان المولى مات أولا فلا عدة عليها من المولى لانها تحت زوج فلم تكن فراشا للمولى فاذا مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر عدة الوفاة من الزوج لانها أعتقت بموت المولى وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر وان لم يعلم أيهما مات أولا فان علم ان بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض وتفسيره انها اذا لم تر ثلاث حيض فى هذه الاربعة الاشهر والعشر تستكمل بعد ذلك لانه ان مات الزوج أولا فقد وجب عليها شهران وخمسة أيام لانها أمة وعدة الامة من زوجها المتوفى هذا القدر ثم مات المولى بعد انقضاء عدتها فوجب عليها ثلاث حيض عدة المولى وان مات المولى أولا فقد عتقت بموته ولا عدة عليها منه لانها ليست فراشا له وعدة أم الولد من مولاها تجب بزوال الفراش فلما مات الزوج بعد موت المولى فقد مات الزوج وهى حرة فوجب عليها عدة الحرائر فى الوفاة وهى أربعة أشهر وعشر فاذا فى حال يجب عليها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض وفى حال يجب أربعة أشهر وعشر والشهران يدخلان فى الشهور فيجب عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض على التفسير الذى ذكرنا احتياطا وان علم انه بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر فى قولهم جميعا لانه لا حال ههنا لوجوب الحيض لانه ان مات المولى أولا لم يجب بموته شىء لانها تحت زوج فاذا مات وجب عليها أربعة أشهر وعشر لانها عتقت بموت المولى وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر وان مات الزوج أولا وجب عليها شهران وخمسة أيام لانها أمة فاذا مات المولى بعده لا يجب عليها شىء بموته لانه مات وهى فى عدة الزوج فلم تكن فراشا له فاذا فى حال يجب عليها أربعة أشهر وعشر فقط وفى حال شهران وخمسة أيام فقط فاوجبنا الاعتداد بأكثر المدتين احتياطا فاذا لم يعلم أيهما مات أولا ولم يعلم أيضا كم بين موتيهما فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليها أربعة أشهر وعشر لا حيض فيها وقال أبو يوسف ومحمد عليهما وقال أبو يوسف ومحمد عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض وجه قولهما انه يحتمل ان الزوج مات أولا وانقضت العدة ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث حيض ويحتمل ان يكون المولى مات أولا فعتقت بموته ثم مات الزوج فيجب أربعة أشهر وعشر فيراعى فيه الاحتياط فيجمع بين الاربعة الاشهر والعشر والحيض ولابى حنيفة قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا تقدير لعدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر فلا يجوز الزيادة عليه الا بدليل ولان الاصل فى كل أمرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معا كالغرقى والحرقى والهدمى واذا حكم بموت الزوج مع موت المولى فقد وجبت عليها العدة وهى حرة فكانت عدة الحرائر فلم يكن لايجاب الحيض حال فلا يمكن ايجابها والله عز وجل أعلم وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف اذا تزوج أم الولد بغير اذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى ولا يعلم أيهما مات أولا ولا كم بين موتيها فعليها حيضتان فى قياس قول أبى حنيفة لانه يحكم بموتهما معا وفى قول أبى يوسف يجب عليها ثلاث حيض فى أربعة أشهر وعشر بناء على أصله فى اعتبار الاحتياط لانه يحتمل ان المولى مات أولا فنفذ النكاح لموته لانها عتقت فجاز نكاحها بعتقها ثم مات الزوج وهى حرة فوجب

عليها أربعة أشهر وعشر ويحتمل انه مات الزوج أولا وانقضت عدتها ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فعليها عدة
المولى ثلاث حيض فوجب عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض احتياطا وان علم ان بين موتيهما مالا تحيض
فيه حيضتين فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان لان عدة المولى قد سقطت سواء مات أولا أو آخرا اذا كان
بين موتيهما مالا تحيض فيه حيضتين ووقع التردد فى عدة الزوج لانه ان مات المولى أولا فعتقت نفذ نكاحها بعتقها
فوجب عليها عدة الحرائر بالوفاة وان مات الزوج أولا وجب عليها حيضتان فيجمع بينهما احتياطا ولو حاضت
حيضتين بين موتيهما فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لانه ان مات المولى أولا فعتقت فنفذ نكاحها فلما
مات الزوج وجب عليها عدة الشهور وان مات الزوج أولا ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث
حيض فيجمع بين الشهور والحيض احتياطا ولو اشترى الرجل زوجته وله منها ولد فاعتقها فعليها ثلاث حيض
حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة وحيضة من العتق لا تجتنب فيها الا انه لما اشتراها فقد فسد
نكاحها ووجبت عليها العدة فصارت معتدة فى حق غيره وان لم تكن معتدة فى حقه بدليل انه لا يجوز له أن يزوجها
فاذا أعتقها صارت معتدة فى حقه وفى حق غيره لان المانع من كونها معتدة فى حقه هو اباحة وطئها وقد زال ذلك
بزوال ملك اليمين فزال المانع فظهر حكم العدة فى حقه أيضا فيجب عليها حيضتان من فساد النكاح وهما معتبران
من الاعتاق أيضا وعدة النكاح يجب فيها الاحداد وأما الحيضة الثالثة فانما تجب من العتق خاصة وعدة العتق لا
احداد فيها فان كان طلقها قبل أن يشتريها تطليقة واحدة بائنة ثم اشتراها حل له وطؤها وكان لها أن تتزين لان ملك
اليمين سبب لحل الوطء فى الاصل لا لمانع وماؤه لا يصلح مانعا لوطئه فصار كالوجد النكاح فاذا حل له وطؤها
سقط عنها الاحداد فان حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم أعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد فى العتق ثلاث
حيض لانها وان لم تكن معتدة فى حقه بعد الشراء فهى معتدة فى حق غيره بدليل انه لا يجوز له أن يزوجها فاذا مضت
الحيض بعد وجوب العدة بوجه من الوجوه تعتد بها فاذا أعتقها وجب عليها بالعتق عدة أخرى وهى عدة أم الولد ثلاث
حيض واذا اشترى المكاتب زوجته ثم مات وترك وفاء فادت المكاتبة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجبت
عليها العدة من فساد النكاح حيضتان اذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها أما فساد النكاح قبل موته بلا فصل فلان
المكاتب اذا مات وترك وفاء فادى يحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته واذا أعتق ملكها الآن فقسد نكاحها
وأما وجوب العدة عليها حيضتان فلانها بانت وهى أمة فان كانت ولدت فعليها تمام ثلاث حيض لانها أم ولد فيجب
عليها حيضتان بالنكاح والعتق وحيضة بالعتق خاصة فان لم يترك وفاء ولم تلد منه فعليها شهران وخمسة أيام دخل بها
أو لم يدخل بها اذا لم تكن ولدت منه لانه لما مات عاجزا لم يفسد نكاحها لانه مات عبدا فلم يملكها فمات عن منكوحته
وهى زوجته أمة فيجب عليها شهران وخمسة أيام عدة الامة فى الوفاة ويستوى فيه الدخول وعدم الدخول لان العدة
عدة الوفاة فان كانت ولدت منه سعت وسعى ولدها على نجومه فان عجزا فعدتها شهران وخمسة أيام لما بينا فان أديا
عتقا وعتق المكاتب فان كان الاداء فى العدة فعليها ثلاث حيض مستأنفة من يوم عتقا يستكمل فيها شهرين وخمسة
أيام من يوم مات المكاتب لان الاصل ان المكاتب اذا ترك ولدا ولم يترك وفاء فاكتسب الولد وأدى يحكم بعتق
المكاتب فى الحال ويستند الى ما قبل الموت من طريق الحكم لانه اذا لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فى الظاهر فلم يحكم
بعتقه قبل موته مع العجز وانما يحكم عند الاداء فيحكم بعتقه للحال ثم يستند فيعتق بعتقه ويجب عليها الحيض بعد
العتق بخلاف ما اذا ترك وفاء لانه اذا كان له مال فالدين وهو بدل الكتابة ينتقل من ذمته الى المال فيمنع ظهور العجز
فاذا أدى يحكم بسقوط الدين الكتابة عنه وبسلامته للمولى فى آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق فى ذلك الوقت
وعند زفر فى الفصلين جميعا يحكم بعتقه قبل الموت ويجعل الولد اذا أدى كالكسب اذا أدى عنه والمسئلة تعرف فى
موضع آخر فان أديا فعتقا بعد ما انقضت العدة بالشهرين وخمسة أيام فعليها ثلاث حيض مستقبلة لان عدة الوفاة لما

انقضت تجدد وجوب عدة أخرى بالعتق فكان عليها ان تعتد بها وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد اذا اشترى المكاتب امرأته وولده منها ومات وترك وفاء من ديون له أو مال فعدتها ثلاث حيض فى شهرين وخمسة أيام لانى لا أعلم يؤدى المال فيحكم بعتقه أو يتوى فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين ولو تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفاء فعليها أربعة أشهر وعشر دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى فاذا مات المكاتب عن منكوحته الحرة وجبت عليها عدة الحرائر وان لم يترك وفاء فعليها ثلاث حيض ان كان قد دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لانه مات عاجزا فملكته قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة بالفرقة فى حال الحياة ان كان دخل بها والا فلا

﴿فصل﴾ وأما أحكام العدة فمنها انه لا يجوز للاجنبى نكاح المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله قيل أى لا تعزموا على عقدة النكاح وقيل أى لا تعقدوا عقدة النكاح حتى ينقضى ما كتب الله عليها من العدة ولان النكاح بعد الطلاق الرجعى قائم من كل وجه وبعد الثلاث والبائن قائم من وجه حال قيام العدة لقيام بعض الآثار والثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات احتياطا ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها لان النهى عن التزوج للاجانب لا للازواج لان عدة الطلاق انما لزمتها حقا للزوج لكونها باقية على حكم نكاحه من وجه فانما يظهر فى حق التحريم على الاجنبى لا على الزوج اذ لا يجوز أن يمنع حقه ومنها انه لا يجوز للاجنبى خطبة المعتدة صريحا سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها أما المطلقة طلاقا رجعيا فلانها زوجة المطلق لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها كما لا تجوز قبل الطلاق وأما المطلقة ثلاثا أو بائنا والمتوفى عنها زوجها فلان النكاح حال قيام العدة قائم من كل وجه لقيام بعض آثاره كالثابت من كل وجه فى باب الحرمة ولان التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من وجه وقوف موقف التهمة ورتع حول الحمى وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وقال صلى الله عليه وسلم من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فلا يجوز التصريح بالخطبة فى العدة أصلا وأما التعريض فلا يجوز أيضا فى عدة الطلاق ولا بأس به فى عدة الوفاة والفرق بينهما من وجهين أحدهما انه لا يجوز للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها أصلا بالليل ولا بالنهار فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس والاظهار بذلك بالحضور الى بيت زوجها قبيح وأما المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهارا فيمكن التعريض على وجه لا يقف عليه سواها والثانى أن تعريض المطلقة اكتساب عداوة و بغض فيما بينها و بين زوجها اذ العدة من حقه بدليل انه اذا لم يدخل بها لا تجب العدة ومعنى العداوة لا يتقدر بينها و بين الميت ولا بينها و بين ورثته أيضا لان العدة فى المتوفى عنها زوجها ليست لحق الزوج بدليل انها تجب قبل الدخول بها فلا يكون التعريض فى هذه العدة تسببا الى العداوة والبغض بينها و بين ورثة المتوفى فلم يكن بها بأس والاصل فى جواز التعريض فى عدة الوفاة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء واختلف أهل التأويل فى التعريض انه ما هو قال بعضهم هو أن يقول لها انك لجميلة وانى فيك لراغب وانك لتعجبيني أو انى لا رجو أن نجتمع أو ما أجاوزك الى غيرك وانك لنافعة وهذا غير سديد ولا يحل لاحد أن يشافه امرأة أجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه الكلمات لان بعضها صريح فى الخطبة و بعضها صريح فى اظهار الرغبة فلا يجوز شئ من ذلك وانما المرخص هو التعريض وهو أن يرى من نفسه الرغبة فى نكاحها بدلالة فى الكلام من غير تصريح به اذ التعريض فى اللغة هو تضمين الكلام فى الدلالة على شئ من غير التصريح به بالقول على ما ذكر فى الخبر أن فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى معتدة فقال لها اذا انقضت عدتك فآذنينى فآذنته فى رجلين كانا خطباها فقال لها أما فلان فانه لا يرفع العصا عن عاتقه وأما فلان فانه صعلوك لا مال له فهل لك فى أسامة بن زيد فكان قوله صلى الله عليه وسلم آذنينى كناية خطاب الى ان أشار عليه الصلاة والسلام الى أسامة بن زيد

وصرح

وصرح به وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال التعريض بالخطبة أن يقول لها أريد أن أتزوج امرأة من أمرها كذا وكذا يعرض لها بالقول والله عز وجل أعلم ومنها حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام فى هذا الحكم ان المعتدة لا يخلو اما أن تكون معتدة من نكاح صحيح واما أن تكون معتدة من نكاح فاسد ولا يخلو اما أن تكون حرة وأما تكون أمة بالغة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة مسلمة أو كتابية مطلقة أو متوفى عنها زوجها والحال حال الاختيار أو حال الاضطرار فان كانت معتدة من نكاح صحيح وهى حرة مطلقة بالغة عاقلة مسلمة والحال حال الاختيار فانها لا تخرج ليلا ولا نهارا سواء كان الطلاق ثلاثا أو بائنا أو رجعيا أما فى الطلاق الرجعى فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل فى تأويل قوله عز وجل الا أن يأتين بفاحشة مبينة الا أن تزنى فتخرج لاقامة الحد عليها وقيل الفاحشة هى الخروج نفسه أى الا أن يخرجن فيكون خروجهن فاحشة نهى الله تعالى الازواج عن الاخراج والمعتدات عن الخروج وقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم والامر بالاسكان نهى عن الاخراج والخروج ولانها زوجته بعد الطلاق الرجعى لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يباح لها الخروج كما قبل الطلاق الا أن بعد الطلاق لا يباح لها الخروج وان أذن لها بالخروج بخلاف ماقبل الطلاق لان حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدة وفى العدة حق الله تعالى فلا يملك ابطاله بخلاف ماقبل الطلاق لان الحرمة ثمة لحق الزوج خاصة فيملك ابطال حق نفسه بالاذن بالخروج ولان الزوج يحتاج الى تحصين مائه والمنع من الخروج طريق التحصين للماء لان الخروج يريب الزوج انه وطئها غيره فيشتبه النسب اذا حبلت وأما فى الطلاق الثلاث أو البائن فلعموم النهى ومساس الحاجة الى تحصين الماء على ما بينا وأما المتوفى عنها زوجها فلا تخرج ليلا ولا بأس بان تخرج نهارا فى حوائجها لانها تحتاج الى الخروج بالنهار لاكتساب ماتنفقه لانه لا نفقة لها من الزوج المتوفى بل نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج لتحصيل النفقة ولا تخرج بالليل لعدم الحاجة الى الخروج بالليل بخلاف المطلقة فان نفقتها على الزوج فلا تحتاج الى الخروج حتى لو اختلعت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قالوا يباح لها الخروج بالنهار للاكتساب لانها بمعنى المتوفى عنها زوجها وبعضهم قالوا لا يباح لها الخروج لانها هى التى أبطلت النفقة باختيارها والنفقة حق لها فتقدر على ابطاله فاما لزوم البيت فحق عليها فلا تملك ابطاله واذا خرجت بالنهار فى حوائجها لا تبيت عن منزلها الذى تعتد فيه والاصل فيه ماروى أن فريعة أخت أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه لما قتل زوجها أتت النبى صلى الله عليه وسلم فاستأذنته فى الانتقال الى بنى خدرة فقال لها امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله وفى رواية لما استأذنت أذن لها ثم دعاها فقال أعيدى المسئلة فاعادت فقال لا حتى يبلغ الكتاب أجله أفادنا الحديث حكمين اباحة الخروج بالنهار وحرمة الانتقال حيث لم ينكر خروجها ومنعها صلى الله عليه وسلم من الانتقال فدل على جواز الخروج بالنهار من غير انتقال وروى علقمة أن نسوة من همدان نعى اليهن أزواجهن فسألن ابن مسعود رضى الله عنه فقلن انا نستوحش فأمرهن أن يجتمعن بالنهار فاذا كان بالليل فلترح كل امرأة الى بيتها وروى عن محمد أنه قال لا بأس أن تنام عن بيتها أقل من نصف الليل لان البيتوتة فى العرف عبارة عن الكون فى البيت أكثر الليل فما دونه لا يسمى بيتوتة فى العرف ومنزلها الذى تؤمر بالسكون فيه للاعتداد هو الموضع الذى كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته سواء كان الزوج ساكنا فيه أو لم يكن لان الله تعالى أضاف البيت اليها بقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذى تسكنه ولهذا قال أصحابنا انها اذا زارت أهلها فطلقها زوجها كان عليها أن تعود الى منزلها الذى كانت تسكن فيه فتعتد ثمة لان ذلك هو الموضع الذى يضاف اليها وان كانت هى فى غيره وهذا فى حالة الاختيار وأما فى حالة الضرورة فان اضطرت الى الخروج من بيتها بان خافت سقوط منزلها أو خافت على متاعها أو كان المنزل باجرة ولا تجد ما تؤديه فى أجرته فى عدة الوفاة فلا بأس عند ذلك أن تنتقل وان كانت تقدر على الاجرة لا تنتقل وان كان المنزل لزوجها وقد مات عنها فلها أن تسكن فى نصيبها ان كان

نصيبها من ذلك ما تكتفي به في السكنى وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها وان كان نصيبها لا يكفيها أو خافت على متاعها منهم فلا بأس أن تنتقل وانما كان كذلك لان السكنى وجبت بطريق العبادة حقا لله تعالى عليها والعبادات تسقط بالاعذار وقد روى انه لما قتل عمر رضى الله عنه نقل على رضى الله عنه أم كلثوم رضى الله عنها لانها كانت في دار الاجارة وقد روى أن عائشة رضى الله عنها نقلت أختها أم كلثوم بنت أبى بكر رضى الله عنه لما قتل طلحة رضى الله عنه فدل ذلك على جواز الانتقال للعذر واذا كانت تقدر على أجرة البيت في عدة الوفاة فلا عذر فلا تسقط عنها العبادة كالمتيمم إذا قدر على شراء الماء بان وجد ثمنه وجب عليه الشراء وان لم يقدر لا يجب لعذر العدم كذا ههنا واذا انتقلت لعذر يكون سكناها في البيت الذي انتقلت اليه بمنزلة كونها في المنزل الذي انتقلت منه في حرمة الخروج عنه لان الانتقال من الاول اليه كان لعذر فصار المنزل الذي انتقلت اليه كأنه منزلها من الاصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة وكذا ليس للمعتدة من طلاق ثلاث أو بائن أن تخرج من منزلها الذي تعتد فيه الى سفر اذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهي على الصفات التي ذكرناها ولا يجوز للزوج أن يسافر بها أيضا لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وقوله عز وجل هن كناية عن المعتدات ولان الزوجية قد زالت بالثلاث والبائن فلا يجوز له المسافرة بها وكذا المعتدة من طلاق رجعي ليس لها أن تخرج الى سفر سواء كان سفر حج فريضة أو غير ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره حتى تنقضي عدتها أو يراجعها العموم قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن من غير فصل بين خروج وخروج ولما ذكرنا ان الزوجية قائمة لان ملك النكاح قائم فلا يباح لها الخروج لان العدة لما منعت أصل الخروج فلان تمنع من خروج مديد وهو الخروج الى السفر أولى وانما استوى فيه سفر الحج وغيره وان كان حج الاسلام فرضا لان المقام في منزلها واجب لا يمكن تداركه بعد انقضاء العدة وسفر الحج واجب يمكن تداركه بعد انقضاء العدة لان جميع العمر وقته فكان تقديم واجب لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعا بين الواجبين فكان أولى وليس لزوجها أن يسافر بها عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر له ذلك واختلف مشايخنا في تخريج قول زفر قال بعضهم انما قال ذلك لانه قد ثبت من أصل أصحابنا ان الطلاق الرجعي عدم في حق الحكم قبل انقضاء العدة فكان الحال قبل الرجعة وبعدها سواء وقال بعضهم انما قال ذلك لان المسافرة بها رجعة عنده دلالة ووجهه ان اخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده الرجعة لم يسافر بها ظاهرا تحرزا عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة حملا لامره على الصلاح صيانة له عن ارتكاب الحرام ولهذا جعلنا القبلة واللمس عن شهوة رجعة كذا هذا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة نهى الازواج عن الاخراج والنساء عن الخروج وبه تبين فساد التخريج الاول لان نص الكتاب العزيز يقتضي حرمة اخراج المعتدة وان كان ملك النكاح قائما في الطلاق الرجعي فيترك القياس في مقابلة النص واليه أشار أبو حنيفة فيما روى عنه انه قال لا يسافر بها ليس من قبل انه غير زوج وهو زوج وهو بمنزلة المحرم لكن الله تعالى قال ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وأما التخريج الثاني وهو قولهم ان مسافرة الزوج بها دلالة الرجعة فممنوع وما ذكروا أن الظاهر انه يريد الرجعة تحرزا عن الحرام فذلك فيما كان النهى في التحريم ظاهرا فاما فيما كان خفيا فلا وحرمة اخراج المعتدة عن طلاق رجعي مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما لا يخفى عن الفقهاء فضلا عن العوام فلا يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة مع ان الخلاف ثابت فيما اذا كان الزوج يقول انه لا يراجعها نصا ولا معتبر بالدلالة مع التصريح بخلافها واذا لم تكن المسافرة بها دلالة الرجعة فلو أخرجها لاخرجها مع قيام العدة وهذا حرام بالنص وقد قالوا فيمن خرجت محرمة فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام انها ترجع وتصير بمنزلة المحصر لانها صارت ممنوعة من المضي في حجها لمكان العدة فاما اذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت الزوجية فجاز له السفر بها ويستوى الجواب في حرمة الخروج والاخراج الى السفر وما دون ذلك لعموم النهى الا ان النهى

عن الخروج والاخراج الى مادون السفر أخف لخفة الخروج والاخراج فى نفسه واذا خرج مع امرأته مسافرا فطلقها فى بعض الطريق أومات عنها فان كان بينها وبين مصرها الذى خرجت منه اقل من ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدا رجعت الى مصرها لانها لومضت لاحتاجت الى انشاء سفر وهى معتدة ولو رجعت مااحتاجت الى ذلك فكان الرجوع أولى كما اذا طلقت فى المصر خارج بيتها انها تعود الى بيتها كذا هذا وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعدا وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام فانها تمضى لانه ليس فى المضى انشاء سفر وفى الرجوع انشاء سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر وسواء كان الطلاق فى موضع لا يصلح للاقامة كالمفازة ونحوها أو فى موضع يصلح لها كالمصر ونحوها وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الطلاق فى المفازة أو فى موضع لا يصلح للاقامة بان خافت على نفسها أومتاعها فهى بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت لانه ليس أحدهما باولى من الآخر سواء كان معها محرم أولم يكن واذا عادت أومضت فبلغت أدنى المواضع فهى بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت الى التى تصلح للاقامة فى مضيها أو رجوعها أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وان وجدت فكذلك عند أبى حنيفة لانه لو وجد الطلاق فيه ابتداء لكان لا يجوز لها ان تتجاوزه عنده وان وجدت محرما فكذا اذا وصلت اليه وان كان الطلاق فى المصر أو فى موضع يصلح للاقامة اختلف فيه قال أبو حنيفة تقيم فيه حتى تنقضى عدتها ولا تخرج بعد انقضاء عدتها الا مع محرم حجا كان أوغيره وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم مضت على سفرها (وجه) قولهما ان حرمة الخروج ليست لاجل العدة بل لمكان السفر بدليل انه يباح لها الخروج اذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة أيام ومعلوم ان الحرمة الثابتة للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر واذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة مانعة من الخروج والسفر فى الاصل الا ان الخروج الى مادون السفر ههنا سقط اعتباره لانه ليس بخروج مبتدا بل هو خروج مبنى على الخروج الاول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف الخروج من بيت الزوج لانه خروج مبتدأ فاذا كان من الجانبين جميعا مسيرة سفر كانت منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم وماحرم لاجل العدة لا يسقط بوجود المحرم (وأما) المعتدة فى النكاح الفاسد فلها ان تخرج لان أحكام العدة مرتبة على أحكام النكاح بل هى أحكام النكاح السابق فى الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة والنكاح الفاسد لا يفيد المنع من الخروج فكذا العدة الا اذا منعها الزوج لتحصين مائه فله ذلك وأما الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبى حنيفة فيخرجن فى ذلك كله من الطلاق والوفاة أما الامة فلما ذكرنا ان حال العدة مبنية على حال النكاح ولا يلزمها المقام فى منزل زوجها فى حال النكاح كذا فى حال العدة ولان خدمتها حق المولى فلو منعناها من الخروج لابطلنا حق المولى فى الخدمة من غير رضاه وهذا لا يجوز الا اذا بوأها مولاها منزلا فحينئذ لا تخرج مادامت على ذلك لانه رضى بسقوط حق نفسه وان أراد المولى أن يخرجها فله ذلك لان الخدمة للمولى وانما كان أعارها للزوج وللمعير ان يسترد العارية ولما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح مرتبة عليها ولو بوأها المولى فى حال النكاح كان للزوج أن يمنعها من الخروج حتى يبدو للمولى فكذا فى حال العدة وروى ابن سماعة عن محمد فى الامة اذا طلقها زوجها وكان المولى مستغنيا عن خدمتها فلها ان تخرج وان لم يأمرها لانه قال اذا جاز لها ان تخرج باذنه جاز لها ان تخرج بكل وجه ألا ترى ان حرمة الخروج لحق الله تعالى فلو لزمها لم يسقط باذنه وكذلك المدبرة لما قلنا وكذلك أم الولد اذا طلقها زوجها أومات عنها لانها أمة المولى وكذا اذا عتقت أومات عنها سيدها لها ان تخرج لان عدتها عدة وطء فكانت كالمنكوحة نكاحا فاسدا وأما المكاتبة فلان سعايتها حق المولى اذ بها يصل المولى الى حقه فلو منعناها من الخروج لتعذرت عليها السعاية والمعتق بعضها بمنزلة المكاتبة عند أبى حنيفة وعندهما حرة ولو أعتقت الامة فى العدة يلزمها فيما بقى من عدتها ما يلزم الحرة لان المانع من

الخروج قد زال وأما الصغيرة فلها أن تخرج من منزلها اذا كانت الفرقة لا رجعة فيها سواء أذن الزوج لها أو لم
يأذن لان وجوب السكنى في البيت على المعتدة لحق الله تعالى وحق الزوج وحق الله عز وجل لا يجب على الصبي
وحق الزوج في حفظ الولد ولا ولد منها وان كانت الفرقة رجعية فلا يجوز لها الخروج بغير اذن الزوج لانها
زوجته وله أن يأذن لها بالخروج وكذا المجنونة لها أن تخرج من منزلها لانها غير مخاطبة كالصغيرة الا ان لزوجها
ان يمنعها من الخروج لتحصين مائه بخلاف الصغيرة فان الزوج لا يملك منعها لان المنع في حق المجنونة لصيانة الماء
لاحتمال الحبل والصغيرة لا تحبل والمنع من الطلاق الرجعي لكونها زوجته وأما الكتابية فلها ان تخرج لان السكنى
في العدة حق الله تعالى من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه والكفار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات الا اذا منعها
الزوج من الخروج لتحصين مائه لان الخروج حق في العدة وهو صيانة مائه عن الاختلاط فان أسلمت الكتابية
في العدة لزمها فيما بقي من العدة ما يلزم المسلمة لان المانع من اللزوم هو الكفر وقد زال بالاسلام وكذا المجوسية اذا
أسلم زوجها وأبت الاسلام حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة فان كان الزوج قد دخل بها فلها أن تخرج لما قلنا الا
اذا أراد الزوج منعها من الخروج لتحصين مائه فاذا طلب منها ذلك يلزمها لان حق الانسان يجب ابقاؤه عند طلبه ولو
قبلت المسلمة ابن زوجها حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة اذا كان بعد الدخول فليس لها أن تخرج من منزلها لان
السكنى في العدة فيها حق الله تعالى وهي مخاطبة بحقوق الله عز وجل وأما بعد انقضاء العدة فلها أن تخرج الى ما دون
مسيرة سفر بلا محرم لانها تحتاج الى ذلك فلو شرط له المحرم لضاق الامر عليها وهذا لا يجوز ولا يجوز لها أن تخرج
الى مسيرة سفر الا مع المحرم والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تسافر المرأة فوق ثلاثة
أيام الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها وسواء كان المحرم من النسب أو الرضاع أو المصاهرة لان النص وان ورد
في ذي الرحم المحرم فالمقصود هو الحرمية وهو حرمة المناكحة بينهما على التأبيد وقد وجد فكان النص الوارد في ذي
الرحم المحرم واردا في المحرم بلا رحم دلالة ومنها وجوب الاحداد على المعتدة والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع
أحدها في تفسير الاحداد والثاني في بيان ان الاحداد واجب في الجملة أولا والثالث في بيان شرائط وجوبه أما
الاول فالاحداد في اللغة عبارة عن الامتناع من الزينة يقال أحدت على زوجها وحدت أي امتنعت من الزينة وهو
ان تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن والكحل ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس
حليا ولا تتشوف أما الطيب فلما روت أم سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب
بالحناء وقال صلى الله عليه وسلم الحناء طيب فيدل على وجوب اجتناب الطيب ولان الطيب فوق الحناء فالنهي عن الحناء
يكون نهيا عن الطيب دلالة كالنهي عن التأفيف نهي عن الضرب والقتل دلالة وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ
بالعصفر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب وأما الدهن فلما فيه من زينة الشعر وفي الكحل زينة العين
ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار فاما في حال الضرورة فلا بأس به بان اشتكت عينها فلا بأس
بان تكتحل أو اشتكت رأسها فلا بأس ان تصب فيه الدهن أو لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا بأس ان تلبسه لكن لا
تقصد به الزينة لان مواضع الضرورة مستثناة وقال أبو يوسف لا بأس ان تلبس القصب والخز الاحمر وذكر في
الاصل وقال ولا تلبس قصبا ولا خزا تتزين به لان الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه
القصد فان قصد به الزينة لم يجز وان لم يقصد به جاز وأما الثاني وهو بيان انه واجب أم لا فنقول لا خلاف بين الفقهاء
ان المتوفى عنها زوجها يلزمها الاحداد وقال نفاة القياس لا احداد عليها وهم محجوجون بالاحاديث واجماع
الصحابة رضي الله عنهم أما الاحاديث فمنها ما روي ان أم حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبي سفيان
انتظرت ثلاثة أيام ثم دعت بطيب وقالت ما لي الى الطيب من حاجة لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وروي

ان امرأة مات زوجها فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الانتقال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن احداكن كانت تمكث فى شر احلاسها الى الحول ثم تخرج فتلقى البعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فدل الحديث ان عدتهن من قبل نزول هذه الآية كانت حولا وانهن كن فى شر احلاسهن مدة الحول ثم انتسخ مازاد على هذه المدة وبقى الحكم فيما بقى على ما كان قبل النسخ وهوان تمكث المعتدة هذه المدة فى شر احلاسها وهذا تفسير الحداد وأما الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم رضى الله عنهم مثل قولنا وهو قول السلف واختلف فى المطلقة ثلاثا أو بائنا قال أصحابنا يلزمها الحداد وقال الشافعى لا يلزمها الحداد وجه قوله ان الحداد فى المنصوص عليه انما وجب لحق الزوج تأسفا على مافاتها من حسن العشرة وادامة الصحبة الى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد فى المطلقة لان الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختيار ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف ولنا ان الحداد انما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذى هو نعمة فى الدين خاصة فى حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الاحداد اظهارا للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى فى المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الاحداد وقوله الاحداد فى عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم لانه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما فى موت الاب وأما الثالث فى شرائط وجوبه فهى أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا وهذا عندنا وقال الشافعى يجب على الصغيرة والكتابية وجه قوله ان الحداد من أحكام العدة وقد لزمتها العدة فيلزمها حكمها ولنا ان الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فانها اسم لمضى زمان وذا لا يختلف بالاسلام والكفر والصغر والكبر على أن بعض أصحابنا قالوا لا تجب عليهما العدة وانما يجب علينا أن لا نتزوجهما ولا احداد على أم الولد اذا أعتقها مولاها أومات عنها لانها تعتد من الوطء كالمنكوحة نكاحا فاسدا ولا احداد على المعتدة من نكاح فاسد فكذا عليها ولا احداد على المطلقة طلاقا رجعيا لانه يجب اظهارا للمصيبة على فوت نعمة النكاح والنكاح بعد الطلاق الرجعى غير فائت بل هو قائم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها أن تتزين لتحسن فى عين الزوج فيراجعها ولا احداد فى النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد ليس بنعمة فى الدين لانه معصية ومن المحال ايجاب اظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب اظهار السرور والفرح على فواتها وأما الحرية فليست بشرط لوجوب الاحداد فيجب على الامة والمدبرة وأم الولد اذا كان لها زوج فمات عنها أو طلقها والمكاتبة والمستسعاة لان ماوجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الامة فيه كالحرة والله أعلم

ومنها وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام أن المعتدة اما ان كانت عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق واما ان كانت عن وفاة ولا يخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسد وما هو فى معنى النكاح الفاسد فان كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف لان ملك النكاح قائم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما نذكر من دلائل أخر وان كان الطلاق ثلاثا أو بائنا فلها النفقة والسكنى ان كانت حاملا بالاجماع لقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وان كانت حائلا فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا وقال الشافعى لها السكنى ولا نفقة لها وقال ابن أبى ليلى لا نفقة لها ولا سكنى واحتجا بقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن خص الحامل بالامر بالانفاق عليها فلو وجب الانفاق على غير الحامل لبطل التخصيص وروى عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى النبى صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ولان النفقة تجب بالملك وقد زال الملك بالثلاث والبائن الا أن الشافعى يقول عرفت وجوب السكنى فى الحامل بالنص بخلاف البائن ولنا قوله تعالى أسكنوهن من

حيث سكنتم من وجدكم وفى قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولا اختلاف بين القراءتين لكن احداهما تفسير الاخرى كقوله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقراءة ابن مسعود رضى الله عنه أيمانهما وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا هذا ولان الامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها اذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت أو ضاق الامر عليها وعسر وهذا لا يجوز وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله من غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده فى العدة ولان النفقة انما وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج وقد بقى ذلك الاحتباس بعد الطلاق فى حالة العدة وتأيد بانضمام حق الشرع اليه لان الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج على الخلوص وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج وان أذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت به النفقة قبل التأكد فلان تجب بعد التأكد أولى وأما الآية ففيها أمر بالانفاق على الحامل وانه لا ينفى وجوب الانفاق على غير الحامل ولا يوجبه أيضا فيكون مسكوتا موقوفا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضى الله عنه فانه روى انها لما روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة قال عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت وفى بعض الروايات قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة وقول عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا يحتمل انه أراد به قوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم كما هو قراءة ابن مسعود رضى الله عنه ويكون هذا قراءة عمر أيضا ويحتمل انه أراد قوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلقا ويحتمل انه أراد بقوله لا ندع كتاب ربنا فى السكنى خاصة وهو قوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم كما هو القراءة الظاهرة وأراد بقوله رضى الله عنه سنة نبينا ما روى عنه رضى الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى ويحتمل أن يكون عند عمر رضى الله عنه فى هذا تلاوة رفعت عينها وبقى حكمها فاراد بقوله لا ندع كتاب ربنا تلك الآية كما روى عنه انه قال فى باب الزنا كنا نتلوا فى سورة الاحزاب الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما نكالا من الله والله عزيز حكيم ثم رفعت التلاوة وبقى حكمها كذا ههنا وروى ان زوجها أسامة بن زيد كان اذا سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شئ فى يده وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لها لقد فتنت الناس بهذا الحديث وأقل أحوال انكار الصحابة على راوى الحديث أن يوجب طعنا فيه ثم قد قيل فى تأويله انها كانت تبذو على احمائها أى تفحش عليهم باللسان من قولهم بذوت على فلان أى فحشت عليه أى كانت تطيل لسانها عليهم بالفحش فنقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لانها صارت كالناشزة اذ كان سبب الخروج منها وهكذا نقول فيمن خرجت من بيت زوجها فى عدتها أو كان منها سبب أوجب الخروج انها لا تستحق النفقة ما دامت فى بيت غير الزوج وقيل ان زوجها كان غائبا فلم يقض لها بالنفقة والسكنى على الزوج لغيبته اذ لا يجوز القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر فان قيل روى ان زوجها خرج الى الشام وقد كان وكل أخاه فالجواب أنه انما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصومة وقولهما ان النفقة تجب لها مقابلة الملك ممنوع فان للملك ضمانا آخر وهو المهر على ما ذكر ان شاء الله تعالى وانما تجب بالاحتباس وقد بقى بعد الطلاق الثلاث والبائن فتبقى النفقة وسواء كانت المعتدة عن طلاق كبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل ولا نفقة ولا سكنى للامة المعتدة عن طلاق اذا لم يبوئها المولى بيتا لانه اذا لم يبوئها المولى بيتا لحق الحبس لم يثبت للزوج ألا ترى ان لها أن تخرج فان كان المولى قد بوأها بيتا فلها السكنى والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج وكذلك

المدبرة وأم الولد اذا طلقهما و بوأهما المولى بيتا أو لم يبوئهما لان كل واحدة منهما أمة وكذا المكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة وان اعتقت أم الولد أو مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى لانها غير محبوسة ألا ترى ان لها أن تخرج فلا تجب لها النفقة والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد لان عدتها كعدة المنكوحة نكاحا فاسدا هذا اذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح فان كانت معتدة من نكاح فاسد فلا سكنى لها ولا نفقة لما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد فكذا في العدة منه هذا اذا كانت معتدة عن طلاق فان كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح فان كانت الفرقة من قبله فلها النفقة والسكنى كيفما كانت الفرقة وان كانت من قبلها فان كانت بسبب ليس بمعصية كالامة اذا أعتقت فاختارت نفسها وامرأة العنين اذا اختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة وان كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها بشهوة قالوا لا نفقة لها ولها السكنى لان السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى وأما النفقة فتجب حقا لها على الخلوص فاذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد أبطلت حق نفسها بخلاف المعتقة وامرأة العنين لان الفرقة وقعت من قبلهما بحق فلا تسقط النفقة هذا اذا كانت معتدة عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق فان كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حائلا أو حاملا فان النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر وانما تجب شيأ فشيأ على حسب مرور الزمان فاذا مات الزوج انتقل ملك أمواله الى الورثة فلا يجوز ان تجب النفقة والسكنى في مال الورثة وسواء كانت حرة أو أمة وكبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية لان الحرة المسلمة الكبيرة لما لم تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهؤلاء أولى وكذا المعتدة من نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة لانهما لا يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى والله أعلم ومنها ثبوت النسب اذا جاءت بولد والكلام في هذا الموضع في موضعين في الاصل أحدهما في بيان ما يثبت فيه نسب ولد المعتدة من المدة والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من الحجة أي يظهر به أما الاول فالاصل فيه ان أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا جعل الله تعالى ثلاثين شهرا مدة الحمل والفصال جميعا ثم جعل سبحانه وتعالى الفصال وهو الفطام في عامين بقوله تعالى وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة أشهر وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه روى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما اما انه لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال سبحانه وفصاله في عامين أشار الى ما ذكرنا فدل ان أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان عندنا وعند الشافعي أربع سنين وهو محجوج بحديث عائشة رضي الله عنها انها قالت لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل والظاهر انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ولا يظن بها انها قالت ذلك جزافا وتخمينا فتعين السماع واصل آخر ان كل مطلقة لم تلزمها العدة بان لم تكن مدخولا بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه منه وهو ان تجيء به لاقل من ستة أشهر وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه ليس منه وهو ان تجيء به لاكثر من سنتين وانما كان كذلك لان الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه فكان النكاح من كل وجه زائلا بيقين وما زال بيقين لا يثبت الا بيقين مثله فاذا جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا ان العلوق وجد في حال الفراش وانه وطئها وهي حامل منه اذ لا يحتمل ان يكون بوطء بعد الطلاق لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فكان من وطء وجد على فراش الزوج وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه فاذا جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا لم يستيقن بكونه مولودا على الفراش لاحتمال ان يكون بوطء بعد الطلاق والفراش كان زائلا بيقين فلا يثبت مع الشك وعلى هذا يخرج ما اذا طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لاقل

من ستة أشهر مذ طلقها انه يلزمه لتيقننا بعلوقه حال قيام النكاح واذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك و يستوى فى هذا الحكم ذوات الاقراء وذوات الاشهر لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة فطلقت فجاءت بولد انها ان جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح يثبت النسب لانها اذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح كان لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لان الطلاق يقع عقيب النكاح لان الحالف أوقعه كذلك ألا ترى انه قال فهى طالق والفاء للتعقيب بلا تراخى وقال زفر لا يثبت النسب وروى ان محمدا كان يقول مثل قوله ثم رجع وجه قول زفر ان اثبات النسب بعقد امكان بوطء ولم يوجد اذ ليس بين النكاح والطلاق زمان يسع فيه الوطء بل كما وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الوطء فلا يثبت النسب وانا نقول يمكن تصوره بان كان يخالط امرأة فدخل الرجال عليه فتزوجها وهم يسمعون كلامه وأنزل من ساعته واذا تصور الوطء فالنكاح قائم مقام الوطء المنزل عند تصوره شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وان جاءت لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب لانا علمنا يقينا انه لوطء وجد قبل النكاح ثم اذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح حتى يثبت النسب يجب على الزوج مهر كامل كذا ذكر فى ظاهر الرواية لانها صارت فى حكم المدخول بها وذكر أبو يوسف فى الامالى ان القياس ان يجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول ووجهه ان يجعل الطلاق واقعا كما تزوج فيجب نصف مهر لوجود الطلاق قبل الدخول ثم يجعل واجبا بعد الدخول بناء على ان عنده ان الطلاق غير واقع لانه يرى ان تعليق النكاح بالملك لا يصلح كما هو مذهب الشافعى فيجب المهر بهذا الوطء و يثبت النسب لان المسئلة مجتهد فيها فلا يكون فعله زنا الا ان أبا حنيفه استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانها كالمدخول بها من طريق الحكم فيتأكد المهر وان طلقها بعد الدخول بها فجاءت بولد فجملة الكلام فى المعتدة ان يقال المعتدة لا يخلو اما ان كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة واما ان كانت معتدة من وفاة وكل واحدة منهما لا يخلو من ان تكون من ذوات الاقراء أو من ذوات الاشهر كانت أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر فان كانت معتدة عن طلاق فالطلاق لا يخلو اما ان يكون بائنا واما ان يكون رجعيا فان كان بائنا وهى من ذوات الاقراء ولم تكن أقرت بانقضاء العدة فجاءت بولد فان جاءت به الى سنتين عند الطلاق لزمه لانه لا يحتمل ان يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق و يحتمل ان يكون من وطء وجد فى حال قيام النكاح وكانت حاملا وقت الطلاق لان الولد يبقى فى البطن الى سنتين بالاتفاق وهذا ظهر الاحتمالين اذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج فى العدة وحمل امور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن فيحمل عليه أو نقول النكاح كان قائما بيقين والفراش كان ثابتا بيقين لقيام النكاح والثابت بيقين لا يزول الا بيقين مثله فاذا كان احتمال العلوق على الفراش قائما لم نستيقن بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه فلم نستيقن بزوال الفراش فلا نحكم بالزوال بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين لم يلزمه ان أنكره لانا تيقنا انه ليس منه لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فلا يثبت نسبه منه ما لم يدع فاذا ادعى ثبت النسب منه وهل يشترط تصديقها فيه روايتان واختلف فى انقضاء عدتها قال أبو حنيفة ومحمد يحكم بانقضائها قبل الولادة بستة أشهر وترد ما أخذت من نفقته هذه المدة وقال أبو يوسف انقضاء عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيأ من النفقة وجه قوله انه يحتمل انه وطئها أجنبى بشبهة و يحتمل ان الزوج وطئها بشبهة فلا ترد النفقة بالشك ولهما ان الولد لا بد وان يكون من وطء حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فلا يجوز ان يحمل على ان الزوج وطئها لانه حرام ولا على ان أجنبيا وطئها بشبهة لان ذلك حرام أيضا وظاهر حال المسلم التحرج عن الحرام فتعين الحمل على وطء حلال وهو الوطء فى نكاح صحيح فيحمل على ان عدتها قد انقضت وتزوجت وأقل مدة الحمل ستة أشهر فوجب رد نفقة ستة أشهر لانه تبين انها لم تكن عليه وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف على انا ان حملنا على ان أجنبيا وطئها

بشبهة

بشبهة تسقط النفقة عن زوجها الا أنهم قالوا في المنكوحة اذا تزوجت فحملت من غير زوجها انه لا نفقة لها عليه وان كانت أقرت بانقضاء العدة وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة ثم جاءت بولد في سنتين فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم أقرت لزمه أيضا وان جاءت بولد بستة أشهر فصاعدا من وقت الاقرار لم يلزمه لان الاصل ان المعتدة مصدقة في الاخبار عن انقضاء عدتها اذ الشرع ائتمنها على ذلك فتصدق ما لم يظهر غلطها أو كذبها بيقين فاذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ظهر غلطها أو كذبها لانه تبين انها كانت معتدة وقت الاقرار اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فاقرارها بانقضاء العدة وهي معتدة يكون غلطا أو يكون كذبا اذ هو اخبار عن الخبر لا على ما هو به وهذا حد الكذب فالتحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة أشهر أو اكثر لم يظهر كذبها لاحتمال انها تزوجت بعد اقرارها بانقضاء العدة فجاءت منه بولد فلم يكن ولد زنا لكن ليس له نسب معروف فلزم تصديقها في اخبارها بانقضاء عدتها على الاصل فلم يكن الولد من الزوج وهذا الذي ذكرنا مذهبنا وقال الشافعي اذا أقرت ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر يثبت نسبه ما لم تتزوج وجه قوله ان اقرارها بانقضاء عدتها يتضمن ابطال حق الصبي وهو تضييع نسبه لان النسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل ولنا ما ذكرنا ان الشرع ائتمنها في الاخبار بانقضاء عدتها حيث نهاها عن كتمان ما في رحمها والنهي عن الكتمان أمر بالاظهار وانه امر بالقبول وقوله يتضمن ابطال حق الصبي في النسب ممنوع فان ابطال الحق بعد ثبوته يكون والنسب ههنا غير ثابت لما ذكرنا في الطلاق البائن وان جاءت به لاكثر من سنتين لزم الزوج أيضا وصار مراجعا لها وانما كان كذلك لان العلوق حصل من وطء بعد الطلاق ويمكن حمله على الوطء الحلال وهو وطء الزوج لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء فيملك وطأها ما لم تقر بانقضاء العدة فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار مراجعا بالوطء فيثبت النسب وان طال الزمان لجواز ان تكون ممتدة الطهر فوطئها في آخر الطهر فعلقت فصار مراجعا فان قيل هلا حمل عليه فيما اذا جاءت به لاقل من سنتين ليصير مراجعا لها فالجواب أن هناك لا يمكن الحمل عليه لانه لو حمل عليه للزم اثبات الرجعة بالشك لان الامر محتمل يحتمل ان يكون العلوق من وطء بعد الطلاق فيكون رجعة ويحتمل ان يكون من وطء قبله فلا يكون رجعة فلا تثبت الرجعة مع الشك اما ههنا فلا يحتمل ان يكون العلوق من وطء قبل الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فتعين ان يكون من وطء بعد الطلاق وامكن حمله على الوطء الحلال فيحمل عليه فيصير مراجعا بالوطء فافترقا وان كانت أقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة فان جاءت به لاقل من ستة اشهر مذ أقرت لزمه وان جاءت به لستة اشهر أو اكثر من وقت الاقرار لا يلزمه لما ذكرنا في الطلاق البائن هذا اذا كانت المعتدة من طلاق من ذوات الاقراء فاما اذا كانت من ذوات الاشهر فان كانت آيسة فجاءت بولد فان كانت لم تقر بانقضاء العدة فحكمها حكم ذوات الاقراء وقد ذكرناه سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا فانها اذا جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق يثبت نسبه من الزوج لانها لما ولدت علم انها ليست بآيسة بل هي من ذوات الاقراء وان كانت أقرت بانقضاء عدتها فان كانت أقرت به مفسرا بثلاثة أشهر فكذلك لانه لما تبين انها لم تكن آيسة تبين ان عدتها لم تكن بالاشهر فلم يصح اقرارها بانقضاء عدتها بالاشهر فالتحق اقرارها بالعدم فجعل كانها لم تقر أصلا وان كانت أقرت به مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء فان ولدت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب والا فلا لانه لما بطل اليأس بعد حمل اقرارها على الاقراء بالانقضاء بالاشهر لبطلان الاعتداد بالاشهر فيحمل على الاقراء بالانقضاء بالاقراء حملا لكلام العاقلة المسلمة على الصحة عند الامكان وان كانت صغيرة فجاءت بولد فالامر لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان كانت أقرت بانقضاء العدة بعد مضي ثلاثة أشهر واما ان كانت لم تقر ولكنها أقرت انها حامل في مدة العدة وهي الثلاثة الاشهر واما ان سكتت وكل وجه على وجهين اما ان كان الطلاق بائنا واما ان كان رجعيا فان كانت أقرت بانقضاء العدة عند مضي ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد فان جاءت به لاقل من ستة أشهر مذ أقرت ثبت النسب وان جاءت به لستة أشهر أو اكثر لا يثبت لان اقرار الصغيرة

بانقضاء عدتها مقبول فى الظاهر لانها أعرف بعدتها من غيرها ولهذا لو أقرت بالبلوغ يقبل اقرارها غير انها لما جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فقد ظهر كذبها فى اقرارها لانه تبين انها كانت معتدة وقت الاقرار فالحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم يظهر كذبها فى اقرارها لجواز انها تزوجت بعد انقضاء عدتها وهذا الولد منه والطلاق البائن والرجعى فى هذا الوجه سواء وان لم تكن أقرت بانقضاء العدة ولكنها أقرت بالحمل فى مدة العدة فان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانها لما أقرت بالحمل فى مدة العدة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها حكم البالغة فاذا جاءت بولد يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان كان الطلاق بائنا لما مر انه يحكم بالعلوق قبل الطلاق فاذا جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت لانه يحمل على علوق حادث بعد الطلاق وان كان الطلاق رجعيا يثبت النسب الى سنتين وثلاثة أشهر لانه ظهر ان العلوق كان فى العدة وعدتها ثلاثة أشهر والمعتدة من طلاق رجعى اذا علقت فى العدة يصير الزوج مراجعا لها وان جاءت به لاكثر من سبعة وعشرين شهرا لا يثبت النسب لانه تبين ان العلوق كان بعد مضى الثلاثة الاشهر ولان الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين فلا يصير مراجعا لها وان لم يقر بشئ اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد سكوتها كاقرارها بانقضاء العدة انها ان جاءت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يثبت سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا وقال أبو يوسف سكوتها كاقرارها بالحمل أو دعوى الحمل انه ان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا وجه قوله ان المراهقة يحتمل ان تكون عدتها بوضع الحمل لاحتمال انها حبلت ولم تعلم بذلك فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالمتوفى عنها زوجها ولهما ان عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهى ثلاثة أشهر على اعتبار الاصل اذ الاصل فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها بانقضاء ثلاثة أشهر كاقرارها بانقضاء عدتها ولو أقرت بانقضاء عدتها كان الجواب ماذكرنا كذا هذا بخلاف المتوفى عنها زوجها انه لا يحكم بانقضاء عدتها بمضى الشهور لان عدتها ذات جهتين يحتمل ان تكون بالشهور ويحتمل ان تكون بوضع الحمل فما لم تقر بانقضاء العدة لا يحكم باحد الامرين هذا الذى ذكرنا حكم المعتدة عن طلاق وكل جواب عرفته فى المعتدة من طلاق فهو الجواب فى المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة وأما المتوفى عنها زوجها وهى مدخول بها فان كانت من ذوات الاقراء فجاءت بولد فان جاءت به ما بينها و بين سنتين ولم تكن اقرت بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها من الزوج عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا لم تدع الحمل فى مدة العدة ثم جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام لا يثبت النسب وجه قوله ان عدة المتوفى عنها زوجها هى الاشهر عند عدم الحمل والاصل عدم الحمل فاذا مضت أربعة أشهر وعشر يحكم بانقضاء عدتها فصار كانها اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد بعد ذلك وهناك لو جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لا يثبت كذا هذا ولهذا كان الحكم فى الصغيرة ما وصفنا كذا فى الكبيرة ولنا ماذكرنا ان عدة المتوفى عنها زوجها ذات جهتين لجواز ان تكون حاملا ولا يعلم ذلك فلا تنقضى عدتها بالاشهر فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالمعتدة من الطلاق وان جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت لما مر فى عدة الطلاق بخلاف الصغيرة فان عدتها ذات جهة واحدة لان الاصل فيها عدم الحبل لان المحل لا يحتمل وانما يصير محلا بالبلوغ وفيه شك فيبقى حكم الاصل فاما عدة الكبيرة فذات جهتين لما قررنا من الاحتمال والتردد فلا يحكم بالانقضاء بالاشهر مع الاحتمال وان أقرت بانقضاء عدتها ثم أتت بولد فان أتت به لاقل من ستة أشهر مذ أقرت يثبت النسب وان جاءت به لتمام ستة أشهر فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى عدة الطلاق انه لا يثبت النسب عندنا وعند الشافعى يثبت ما لم تتزوج وان كانت من ذوات الاشهر فان كانت آيسة أو صغيرة فحكمها فى الفوات ماهو حكمها فى الطلاق وقد ذكرناه هذا الذى ذكرناه كله فى عدة الطلاق وغيره من الفراق وعدة الوفاة اذا جاءت المعتدة

بولد

بولد قبل التزوج بزوج آخر فاما اذا تزوجت بزوج آخر ثم جاءت بولد فالا·ر لا يخلو من ربعة أوجه اما ان جاءت به لاقل من سنتين مذ طلقها الاول أو مات ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني واما أن جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولاقل من ستة أشهر مذ تزوجها الثاني فالولد للاول لانه لا يحتمل ان يكون من الثاني اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر ويحتمل ان يكون من الاول لأن الولد يبقى في بطن أمه الى سنتين وفي الحمل عليه حمل أمرها على الصلاح وانه واجب ما أمكن وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني فهو للثاني لانه لا يحتمل ان يكون من الاول اذ الظاهر من حال العاقلة المسلمة ان لا تتزوج وهي معتدة الغير فصح نكاح الثاني فكان مولودا على فراش صحيح فيثبت نسبه منه وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يكن للاول ولا الثاني لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين والمرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر وهل يجوز نكاح الثاني في قول أبي حنيفة ومحمد جائز وعند أبي يوسف فاسد لانه اذا لم يثبت النسب من الاول ولا من الثاني كان هذا الحمل من الزنا فيكون بمنزلة رجل تزوج امرأة وهي حامل من الزنا وذلك على هذا الاختلاف على قول أبي حنيفة ومحمد جاز نكاحها ولكن لا يقربها حتى تضع وعلى قول أبي يوسف لا يجوز النكاح مالم تضع حملها هذا اذا لم يعلم وقت التزوج أنها تزوجت في عدتها فان علم ذلك وقع النكاح الثاني فاسدا فجاءت بولد فان النسب يثبت من الاول ان أمكن اثباته منه بان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات عنها ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني فاسد ومهما أمكن احالة النسب الى الفراش الصحيح كان أولى وان لم يمكن اثباته منه وأمكن اثباته من الثاني فالنسب يثبت من الثاني بان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني وان كان فاسدا لكن لما تعذر اثبات النسب من النكاح الصحيح فاثباته من النكاح الفاسد أولى من الحمل على الزنا والله الموفق واذا نعي الى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت ثم جاء زوجها الاول فهي امرأته لانها كانت منكوحته ولم يعترض على النكاح شيء من أسباب الفرقة فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الثاني وأما الولد فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة هو للاول وقال أبو يوسف ان كانت ولدته لاقل من ستة أشهر من حين وطئها الثاني فهو للاول وان كانت ولدته لستة أشهر أو أكثر فهو للثاني وقال محمد ان كانت ولدته لسنتين من حين وطئها الثاني فهو للاول وان كانت ولدته لاكثر من سنتين فهو للثاني وجه قول محمد انها اذا كانت ولدته لسنتين من حين وطئها الثاني أمكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد يبقى في البطن الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولدته الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولدته لاكثر من سنتين لم يمكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فيحمل على الفراش الفاسد ضرورة وجه قول أبي يوسف انها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من حين وطئها الثاني تيقنا انه ليس من الثاني لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر وأمكن حمله على الفراش فيحمل عليه واذا ولدت لستة أشهر أو أكثر فالظاهر انه من الثاني. وجه قول أبي حنيفة ان الفراش الصحيح للاول فيكون الولد للاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ومطلق الفراش ينصرف الى الصحيح والله الموفق للصواب وأما الثاني وهو بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة أي يظهر به فجملة الكلام فيه ان المرأة اذا ادعت انها ولدت هذا الولد لستة أشهر فان صدقها الزوج فقد ثبتت ولادتها سواء كانت منكوحة أو معتدة وان كذبها تثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند أصحابنا ويثبت نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن وقال الشافعي لا يثبت الا بشهادة أربع نسوة ثقات (وجه) قوله ان هذا نوع شهادة فلابد من اعتبار العدد فيه كسائر أنواع الشهادات فيقام كل اثنتين منهن

مقام رجل فاذا كن أربعا يقمن مقام رجلين فيكمل العدد (ولنا) ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة فى الولادة فدل على جواز شهادتها فى الولادة من غير اعتبار العدد ولان الاصل فيما يقبل فيه قول النساء بانفرادهن انه لا يشترط فيه العدد منهن على هذا أصول الشرع كما فى رواية الاخبار والاخبار عن طهارة الماء ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الديانات والمعاملات وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف ان العدد شرط لان العدد انما يشترط فيما لا يقبل فيه قول النساء بانفرادهن وههنا يقبل فلا يشترط العدد فيهن ولو نفى الولد يلاعن لانه يثبت نسب الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة وانما الثابت بشهادتها الولادة وتعين أى الذى ولدته هذا الجواز انها ولدت ميتا أو حيا ثم مات فاذا نفى الولد فقد صار قاذفا لامه بالزنا وقذف الزوجة بالزنا يوجب اللعان وكذلك اذا قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة تصير الجارية أم ولد لان النسب يثبت بفراش الملك عند الدعوة وقوله ان كان فى بطنك ولد فهو منى دعوى النسب والحاجة بعد ذلك الى الولادة وتعين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة واذا ثبت النسب صارت الجارية أم ولد له ضرورة لان أمية الولد من ضرورات ثبوت النسب ولو قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت وأنكر الزوج الولادة فشهدت قابلة على الولادة يثبت النسب بالاجماع وان لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا فهل يقع الطلاق قال أبو حنيفة لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان وقال أبو يوسف ومحمد يقع بشهادة القابلة اذا كانت عدلة (وجه) قولهما ان الولادة قد تثبت بشهادة القابلة بالاجماع ولهذا ثبت النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق لانه معلق بها ولابى حنيفة ان شهادة القابلة حجة ضرورية لانها شهادة فرد ثم هو أنثى فيظهر فيما فيه الضرورة وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة والضرورة فى الولادة فيظهر فيها فتثبت الولادة ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون الطلاق فى الجملة فلا ضرورة الى اثبات الولادة فى حق وقوع الطلاق فلا يثبت فى حقه والنسب ما ثبت بالشهادة وانما يثبت بالفراش لقيام النكاح وانما الثابت بالشهادة الولادة وتعين الولد ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب أيضا فلم يكن من ضرورة الولادة وثبوت النسب ووقوع الطلاق وان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا يقع الطلاق بمجرد قولها وان لم تشهد القابلة فى قول أبى حنيفة وعندهما لا يقع الا بشهادة القابلة ولا خلاف فى ان النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة (وجه) قولهما ان المرأة تدعى وقوع الطلاق والاصل ان المدعى لا يعطى شيأ بمجرد الدعوى لان دعوى المدعى عارضها انكار المنكر وقد قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث الا فيما لا يوقف عليه من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما فى الحيض والولادة أمر يمكن الوقوف عليه من جهة غيرها فلا يقبل قولها فيه ولهذا لم يثبت النسب بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق لانها تدعى وهو ينكر والقول قول المنكر حتى يقيم المدعى حجته وجه قول أبى حنيفة انه قد ثبت الحبل وهو كون الولد فى البطن باقرار الزوج بالحبل أو يكون الحبل ظاهرا وانه يفضى الى الولادة لا محالة لان الحمل يوضع لا محالة فكانت الولادة أمرا كائنا لا محالة فيقبل فيه قولها كما فى دم الحيض حتى لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فقالت حضت يقع الطلاق كذا ههنا الا انه لم يقبل قولها فى حق اثبات النسب بدون شهادة القابلة لانها متهمة فى تعيين الولد فلا تصدق على التعيين فى حق ثبات النسب ولا تهمة فى التعيين فى حق وقوع الطلاق فتصدق فيه من غير شهادة القابلة ونظيره ما اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وامرأتى الاخرى فلانة معك فقالت حضت وكذبها الزوج تطلق هى ولا تطلق ضرتها ويثبت حيضها فى حقها ولا يثبت فى حق ضرتها الا بتصديق الزوج لكونها متهمة فى حق ضرتها وانتفاء التهمة فى حق نفسها كذا ههنا والله أعلم وان كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة فجاءت بولد الى سنتين فانكر الزوج الولادة أو ورثته بعد وفاته وادعت هى فان لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين أو رجل

وامرأتين

وامرأتين على الولادة فى قول أبى حنيفة وعندهما يثبت بشهادة القابلة وجه قولهما ان النكاح بعد الطلاق البائن والوفاة باق فى حق الفراش فلا حاجة الى ما يثبت به النسب كما فى حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة وتعيين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة كما فى حال قيام النكاح ولابى حنيفة ان الفراش لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة وتصير أجنبية فكان القضاء بثبوت الولادة بشهادة القابلة قضاء بثبوت النسب لولد الاجنبية بشهادة النساء ولا يجوز ذلك ولا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فالقول قولها فى الولادة وان لم تشهد لها قابلة فى قول أبى حنيفة وعندهما لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة والكلام فى الطرفين على النحو الذى ذكرنا وان كانت معتدة من طلاق رجعى فكذلك ذكره فى كتاب الدعوى وسوى بين الرجعى والبائن لانها بعد انقضاء العدة أجنبية فى الفصلين جميعا فلا تصدق على الولادة الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبى حنيفة اذا لم يكن الزوج مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا وان كان قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فهو على الاختلاف الذى ذكرنا ولو مات الزوج وأتت امرأته بولد بعد وفاته ما بينها وبين سنتين ولم يشهد على الولادة أحد لا القابلة ولا غيرها ولكن صدقها الورثة فى أنها ولدته ذكر فى الجامع الصغير أنه يثبت نسبه بقولهم وذكر فى كتاب الدعوى أن نسب الولد يثبت ان كان ورثته ابنين أو ابنا وبنتين واختلاف العبارتين يرجع الى أن ثبوت نسبه بتصديقهم من طريق الشهادة أو من طريق الاقرار فما ذكر فى كتاب الدعوى يدل على أنه من طريق الشهادة حيث شرط أن يكون الورثة ابنين أو ابنا وبنتين وما ذكر فى الجامع يدل على أنه من طريق الاقرار لانه قال فصدقها الورثة والشهادة لا تسمى تصديقا فى العرف وكذا الحاجة الى الشهادة عند المنازعة ولا منازع ههنا ومن هذا انشاء الاختلاف بين مشايخنا فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة و بعضهم اقرارا فمن اعتبره شهادة قال لا يثبت نسبه الا اذا كانت الورثة رجلين أو رجلا وامرأتين و يشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقها البعض وجحد البعض فان صدقها رجلان منهم أو رجل وامرأتان يشارك الولد المقرين منهم والمنكرين جميعا منهم فى الميراث لان الشهادة حجة مطلقة فكانت حجة على الكل فيظهر نسبه فى حقهم الكل ومن اعتبره اقرارا قال يثبت نسبه اذا صدقها جميع الورثة سواء كانوا ذكورا أو اناثا ولا يراعى لفظ الشهادة ومجلس الحكم فاذا صدقها بعض الورثة وجحد الباقون يثبت نسبه فى حقهم و يشاركهم فى نصيبهم من الميراث ولا يثبت فى حق غيرهم لان اقرارهم حجة فى حقهم لا فى حق غيرهم ومن هذا أيضا انشاء الخلاف فيما اذا كان الوارث واحدا فصدقها فى الولادة فقال الكرخى ان نسبه يثبت باقراره فى قولهم جميعا وذكر الطحاوى فيه الاختلاف فقال لا يثبت نسبه فى قول أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف يثبت كأنهما اعتبرا قوله شهادة وشهادة الفرد لا تقبل واعتبره أبو يوسف اقرارا واقرار الفرد مقبول هذا اذا صدقها الورثة أو بعضهم فأما اذا لم يصدقها أحد منهم فهو على الاختلاف والتفصيل الذى ذكرنا ان الزوج اذا لم يكن أقر بالحمل ولا كان الحمل ظاهرا لا يثبت نسبه الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة عند أبى حنيفة وعندهما لا يثبت نسبه بشهادة القابلة واذا كان الزوج أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا تثبت الولادة بمجرد قولها ولدت عند أبى حنيفة وعندهما لا تثبت من غير شهادة القابلة وقد مر الكلام فى ذلك كله فيما تقدم والله تعالى الموفق (رجل) قال لغلام هذا ابنى ثم مات فجاءت أم الغلام فقالت أنا امرأته لا شك ان الغلام يرثه لانه ثبت نسبه منه باقراره وهل ترثه هذه أم لا ذكر فى النوادر أنها ترثه استحسانا والقياس أن لا يكون لها الميراث (وجه) القياس أنه يحتمل أن تكون أم الغلام حرة و يحتمل أن تكون أمة ولو كانت حرة فيحتمل أن تكون هذه المرأة و يحتمل أن تكون غيرها ولو كانت هذه المرأة فيحتمل أن يكون وطئها بنكاح صحيح و يحتمل بنكاح فاسد أو بشبهة نكاح فيقع الشك فى الارث فلا ترث بالشك (وجه) الاستحسان ان سبب الاستحقاق للارث فى حقها يثبت باقراره بنسب الولد وهو النكاح الصحيح لان المسئلة مفروضة فى امرأة معروفة

بالحرية و بأمومة هذا الولد فاذا أقر بنسب الولد أنه منه والنسب لا يثبت الا بالفراش والاصل فى الفراش هو النكاح الصحيح فكان دعوى نسب الولد اقرارامنه أنه من النكاح الصحيح فاذا صدقها يثبت النكاح ظاهر افترثه لان العمل بالظاهر واجب فأما اذا لم تكن معروفة بذلك وأنكرت الورثة كونها حرة أو امالة فلا ميراث لها لان الامر يبقى محتملا فلا ترث بالشك والاحتمال والله الموفق ومما يتصل بحال قيام العدة عن طلاق من الاحكام منها الارث عند الموت وجملة الكلام فيه ان المعتدة لا تخلو اما ان كانت من طلاق رجعي واما ان كانت من طلاق بائن أو ثلاث والحال لا يخلو اما ان كانت حال الصحة واما ان كانت حال المرض فان كانت العدة من طلاق رجعي فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر بلا خلاف سواء كان الطلاق فى حال المرض أو فى حال الصحة لان الطلاق الرجعي منه لا يزيل النكاح فكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الارث من الجانبين كما لومات أحدهما قبل الطلاق وسواء كان الطلاق بغير رضاها أو برضاها فان مارضيت به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا ببطلان حقها فى الميراث وسواء كانت المرأة حرة مسلمة وقت الطلاق أو مملوكة أو كتابية ثم أعتقت أو أسلمت فى العدة لان النكاح بعد الطلاق قائم من كل وجه مادامت العدة قائمة وأنه سبب لاستحقاق الارث وان كانت من طلاق بائن أو ثلاث فان كان ذلك فى حال الصحة فمات أحدهما لم يرثه صاحبه سوا كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها وان كان فى حال المرض فان كان برضاها لا ترث بالاجماع وان كان بغير رضاها فانها ترث من زوجها عندنا وعند الشافعي لا ترث ومعرفة هذه المسئلة مبنية على معرفة سبب استحقاق الارث وشرط الاستحقاق ووقته أما السبب فنقول لا خلاف ان سبب استحقاق الارث فى حقها النكاح فان الله عز وجل أدار الارث فيما بين الزوجين على الزوجية بقوله سبحانه وتعالى ولكم نصف ماترك أزواجكم الى آخر ماذكر سبحانه من ميراث الزوجين ولان سبب الارث فى الشرع ثلاثة لا رابع لها القرابة والولاء والزوجية واختلف فى الوقت الذى يصير النكاح سببا لاستحقاق الارث وعند الشافعي هو وقت الموت فان كان النكاح قائما وقت الموت ثبت الارث والا فلا واختلف مشايخنا قال بعضهم هو وقت مرض الموت والنكاح كان قائما من كل وجه من أول مرض الموت ولا يحتاج الى بقائه من وجه الى وقت الموت ليصير سببا وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور ومن وجه وقت الموت مقصورا عليه وهو طريق الاستناد وهما طريقتا مشايخنا المتقدمين وقال بعضهم وهو طريق المتأخرين منهم ان النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الارث وهو ثبوت حق الارث من غير ثبوت الملك للوارث أصلا لا من كل وجه ولا من وجه (وجه) قول الشافعي ان الارث لا يثبت الا عند الموت لان المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته فلا بد من وجود السبب عند الموت ولا سبب ههنا الا النكاح وقد زال بالابانة والثلاث فلا يثبت الارث ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائما فى حق الارث لورث لان الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول أما الاجماع فانه روى عن ابن سيرين أنه قال كانوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله تعالى رد اليه أى من طلق امرأته ثلاثا فى مرضه فانها ترثه مادامت فى العدة وهذا منه حكاية عن اجماع الصحابة رضى الله عنهم ومثله لا يكذب وكذا روى توريث امرأة الفار عن جماعة من الصحابة من غير نكير مثل عمر وعثمان وعلى وعائشة وأبى بن كعب رضى الله عنهم فانه روى عن ابراهيم النخعى أنه قال جاء عروة البارقى الى شريح بخمس خصال من عند عمر رضى الله عنه منهن ان الرجل اذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثا ورثته منه مادامت فى عدتها وروى عن الشعبي أنه قال ان أم البنين بنت عيينة بن حصين كانت تحت عثمان رضى الله عنه فلما احتضر طلقها وقد كان أرسل اليها بشرى فلما قتل أتت عليا رضى الله عنه فذكرت له ذلك فقال على رضى الله عنه تركها حتى اذا أشرف على

الموت طلقها فورثها ورروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية في مرضه آخر تطليقاتها الثلاث وكانت تحته أم كلثوم بنت عقبة أخت عثمان بن عفان فورثها عثمان رضى الله عنه وروى أنه قال ما اتهمه ولكن أريد أن تكون سنة وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت ان المطلقة ثلاثا وهو مريض ترثه مادامت في العدة وروى عن أبي بن كعب ترثه مالم تتزوج فان قيل ان ابن الزبير مخالف فانه روى عنه أنه قال في قصة تماضر ورثها عثمان بن عفان رضى الله عنه ولو كنت أنا لم أورثها فكيف ينعقد الاجماع مع مخالفته فالجواب ان الخلاف لا يثبت بقوله هذا لانه محتمل يحتمل أن يكون معنى قوله لو كنت أنا لما ورثتها أى عندى أنها لا ترث ويحتمل أن يكون معناه أى ظهر له من الاجتهاد والصواب مالو كنت مكانه لكان لا يظهر لى فكان تصويبا له في اجتهاده وان الحق في اجتهاده فلا يثبت الاختلاف مع الاحتمال بل حمله على الوجه الذى فيه تحقيق الموافقة أولى ويحتمل أنها كانت سألت الطلاق فرأى عثمان رضى الله عنه توريثها مع سؤالها الطلاق فيرجع قوله لو كنت أنا لما ورثتها الى سؤالها الطلاق فلما ورثها عثمان رضى الله عنه مع مسئلتها الطلاق فعند عدم السؤال أولى على أنه روى أن ابن الزبير رضى الله عنه انما قال ذلك في ولايته وقد كان انعقد الاجماع قبله منهم على التوريث فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدح في الاجماع لان انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع على ماعرف في أصول الفقه وأما المعقول فهو ان سبب استحقاق الارث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الارث كما اذا طلقها طلاقا رجعيا ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرائطه وانما الكلام في وقت الاستحقاق فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت أما على التفسير الاول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه فالدليل عليه النص واجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الاجماع والمعقول أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم أى تصدق باستيفاء ملككم عليكم في ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم أخبر عن منة الله تعالى على عباده انه استبقى لهم الملك في ثلث أموالهم ليكون وسيلة الى الزيادة في أعمالهم بالصرف الى وجوه الخير لان مثل هذا الكلام يخرج مخرج الاخبار عن المنة وآخر أعمارهم مرض الموت فدل على زوال ملكهم عن الثلثين اذ لولم يزل لم يكن ليمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين اذ الحكيم في موضع بيان المنة لا يترك أعلى المنتين ويذكر أدناهما واذا زال ملكه عن الثلثين يؤل الى ورثته لانهم أقرب الناس اليه فيرضى بالزوال اليهم لرجوع معنى الملك اليه بالدعاء والصدقة وأنواع الخير بخلاف الاحاديث وأما اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن أبى بكر رضى الله عنه انه قال في مرض موته لعائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى حزتيه ولا قبضتيه وانما هو اليوم مال الوارث ولم تدع عائشة رضى الله عنها ولا أنكر عليه أحد وكان ذلك بحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا منهم على ان مال المريض في مرض موته يصير ملك الوارث من كل وجه أو من وجه وأما دلالة الاجماع فهى انه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث في حق الاجانب وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلا ورأسا حتى كان للورثة ان يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه اذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الاخذ من غير رضاه فدل عدم النفاذ على زوال الملك واذا زال يزول الى الورثة لما بينا وأما المعقول فهو ان المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف الى الورثة بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث في المال الفاضل عن حوائج الميت فيدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة وأما على التفسير الثالث وهو ثبوت حق الملك رأسا فدلالة الاجماع والمعقول أما دلالة الاجماع فهو ان ينقض تبرعه بعد الموت ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفا من أهل في محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغى ان لا ينقض فدل حق النقض على تعلق الحق وأما المعقول فهو ان النكاح

حال مرض الموت صار وسيلة الى الارث عند الموت و وسيلة حق الانسان حقه لانه ينتفع به والطلاق البائن والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالا لحقها وذلك اضرار بها فيرد عليه و يلحق بالعدم فى حق ابطال الارث فى الحال عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم لاضرر ولا اضرار فى الاسلام فلم يعمل الطلاق فى الحال فى ابطال سببية النكاح لاستحقاق الارث وكونه وسيلة اليه دفعا للضرر عنها وتأخر عمله فيه الى ما بعد انقضاء العدة وكذلك اذا أبانها بغير طلاق بخيار البلوغ بان اختار نفسه وتقبيل ابنتها أو أمها وردته ان ذلك ان كان فى الصحة لاترث هى منه ولا هو منها بالاجماع كما لو أبانها بالطلاق لانعدام سبب الاستحقاق فى وقت الاستحقاق وهو مرض الموت الا فى الردة بان ارتد الزوج فى حال صحته فمات على الردة أو قتل أو لحق بدار الحرب وهى فى العدة فانها ترث منه لان الردة من الزوج فى معنى مرض الموت لما نذكر ان شاء الله تعالى وان كانت هذه الاسباب فى حال المرض فهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الطلاق انها ترث منه عندنا خلافا للشافعى ولا يرث هو منها بالاجماع ولو جامعها ابنه مكرهة أو مطاوعة لاترث أما اذا كانت مطاوعة فلانها رضيت بابطال حقها وان كانت مكرهة فلم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة بفعل غيره وان كانت البينونة من قبل المرأة كما اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة طائعة أو مكرهة أو اختارت نفسها فى خيار الادراك أو العتاق أو عدم الكفاءة فان كان ذلك فى حال الصحة فانهما لا يتوارثان بالاجماع كما اذا كانت البينونة من قبل الزوج وكذا اذا ارتدت بخلاف ردة الزوج فى حال صحته و وجه الفرق ان ردة الزوج فى معنى مرض موته لانها تفضى الى الموت الا ان احتمال الصحة باحتمال الاسلام قائم فاذا قتل على الردة أو مات عليها فقد زال الاحتمال وكذا اذا لحق بدار الحرب لان الظاهر انه لا يعود فتقرر المرض فتبين ان سبب الاستحقاق كان ثابتا فى وقت الاستحقاق وهو مرض الموت وان سبب الفرقة وجد فى مرض الموت فترث منه كما لو كان مريضا حقيقة فاما ردتها فليست فى معنى مرض موتها ليقال ينبغى أن يرث الزوج منها وان كانت هى لاترث منه لانها لاتفضى الى الموت لانها لاتقتل عندنا فلم يكن النكاح القائم حال ردتها سببا لاستحقاق الارث فى حقه لانعدامه وقت الاستحقاق وهو مرض الموت لذلك افترقا والله عز وجل أعلم وان كان فى حال المرض فان كان فى حال مرض الزوج لاترث منه وان كانت فى العدة لعدم شرط الارث وهو عدم رضاها بسبب الفرقة ولحصول الفرقة بفعل غير الزوج و يرث الزوج منها ان كان سبب الفرقة منها فى مرضها وماتت قبل انقضاء عدتها لوجوب سبب الاستحقاق فى حقه وهو النكاح فى وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود سبب ابطال حقه منها فى حال المرض والقياس فيما اذا ارتدت فى مرضها ثم ماتت فى العدة ان لا يرثها زوجها وانما يرثها استحسانا وجه القياس ان الفرقة لم تقع بفعلها الا ان فعلها الردة والفرقة لاتقع بها وانما تقع باختلاف الدينين ولا صنيع لها فى ذلك فلم يوجد منها فى مرضها ابطال حق الزوج ليرد عليها فلا يرث منها وجه الاستحسان ماذكرنا ولسنا نسلم ان الفرقة لم تقع بفعلها فان الردة من أسباب الفرقة وقد حصلت منها فى حال تعلق حقه بالارث وهو مرض موتها فيرث منها والله عز وجل أعلم وأما شرائط الاستحقاق فنوعان نوع يعم أسباب الارث كلها ونوع يخص النكاح أما الذى يعم الاسباب كلها فمنها شرط الاهلية وهو ان لا يكون الوارث مملوكا ولا مرتدا ولا قاتلا فلا يرث المملوك ولا المرتد من أحد ولا يرث القاتل من المقتول ودلائل هذه الجملة تذكر فى كتاب الفرائض ان شاء الله تعالى و يعتبر وجود الاهلية منها وقت الطلاق ودوامها الى وقت الموت حتى لو كانت مملوكة أو كتابية وقت الطلاق لاترث وان أعتقت أو أسلمت فى العدة لان السبب لا ينعقد مفيدا للحكم بدون شرطه فاذا لم يكن وقت صيرورة النكاح سببا للاستحقاق وهو مرض الموت من أهل الميراث لم ينعقد سببا فلا يعتبر حدوث الاهلية بعد ذلك ولو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت فى عدتها ثم أسلمت فلا ميراث لها وان كانت من أهل الميراث وقت الطلاق أما على طريق الاستناد فلان الحكم من وجه يثبت عند الموت فلا بد من قيام السبب من وجه عنده ليثبت ثم يستند وقد بطل السبب بالردة رأسا

فتعين الاستناد وكذا من يقول بثبوت الحل فى المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح فى حق الارث عند الموت ولم يبق لبطلانه بالردة وأما على طريق الظهور المحض فيشكل تخريج هذه المسئلة لانه تبين ان الملك من كل وجه كان ثابتا للوارث وقت المرض والنكاح كان قائما من كل وجه فى ذلك الوقت والاهلية كانت موجودة و بقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم وكذا الاهلية شرط الثبوت لاشرط البقاء وهذا بخلاف ما اذا طلقها فى مرضه ثم قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة فى عدتها ترث لانها بالتقبيل لم تخرج عن أهلية الارث اذ ليس تحت التقبيل الا التحريم والتحريم لا يبطل أهلية الارث بخلاف الردة فانها مبطلة للاهلية ومنها شرط المحلية وهو ان يكون المتروك مالا فاضلا فارغا عن حوائج الميت حاجة أصلية فلا يثبت الارث فى المال المشغول بحاجته الاصلية ومنها اتحاد الدين ومنها اتحاد الدار لما نذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب الفرائض وأما الذى يخص النكاح فشرطان أحدهما قيام العدة حتى لومات الزوج بعد انقضاء عدتها لا ترث وهذا قول عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى هذا ليس بشرط وترث بعد انقضاء العدة مالم تتزوج والصحيح قول العامة لان جريان الارث بعد الابانة والثلاث ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة وهم شرطوا قيام العدة على مار وينا عنهم فصار شرطا بالاجماع غير معقول فيتبع معقد الاجماع ولان العدة اذا كانت قائمة كان بعض أحكام النكاح قائما من وجوب النفقة والسكنى والفراش وغير ذلك فامكن ابقاؤه فى حق حكم الارث فالتوريث يكون موافقا للاصول واذا انقضت العدة لم يبق شىء من علائق النكاح فكان القول بالتوريث نصب شرع بالرأى وهذا لا يجوز وقالوا فيمن طلق زوجته فى مرضه ودام به المرض أكثر من سنتين فمات ثم جاءت بولد بعد موته بشهر انه لا ميراث لها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لها الميراث بناء على انقضاء عدتها بالاقراء و بوضع الحمل عندهما بالاقراء وعنده بوضع الحمل وجه قول أبى يوسف ان الحمل حادث لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فيحمل على انها وطئت بشبهة فلا يحكم بانقضاء عدتها الا بوضع الحمل فلم تكن مقضية العدة عند موت الزوج فترث وهما يقولان لا شك ان الولد حصل بوطء حادث بعد الطلاق فلا يخلو اما ان يحمل على ان الزوج وطئها أو غيره لا سبيل الى الاول لان وطأه اياها حرام والظاهر من حاله انه لا يرتكب الحرام ولا وجه للثانى لان غير الزوج اما ان وطئها بنكاح أو بشبهة والوطء بشبهة حرام أيضا فتعين حمل أمرها على النكاح الصحيح وهو ان عدتها انقضت قبل التزوج بستة أشهر ثم تزوجت فكانت عدتها منقضية قبل موت الزوج فلا ترث ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد انها ترد نفقة ستة أشهر وقال أبو يوسف لا ترد والله عز وجل أعلم والثانى عدم الرضا منها بسبب الفرقة وشرطها فان رضيت بذلك لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها والتوريث ثبت نظرا لها صيانة حقها فاذا رضيت باسقاط حقها لم تبق مستحقة للنظر وعلى هذا تخريج ما اذا قال لها فى مرضه أمرك بيدك أو اختارى فاختارت نفسها أو قال لها طلقى نفسك ثلاثا ففعلت أو قالت لزوجها طلقنى ثلاثا ففعل أو اختلعت من زوجها ثم مات الزوج وهى فى العدة انها لا ترث لانها رضيت بسبب البطلان أو بشرطه أما اذا اختارت نفسها فلا شك فيه لانها باشرت سبب البطلان بنفسها وكذا اذا أمرها بالطلاق فطلقت وكذا اذا سألته الطلاق فطلقها لانها رضيت بمباشرة السبب من الزوج وفى الخلع باشرت الشرط بنفسها فكل ذلك دليل الرضا ولو قالت لزوجها طلقنى للرجعة فطلقها ثلاثا ورثت لان ما رضيت به وهو الطلاق الرجعى ليس بسبب لبطلان الارث وما هو سبب البطلان وهو ما أتى به الزوج ما رضيت به فترث وعلى هذا يخرج ما اذا علق الطلاق فى مرضه أو صحته بشرط وكان الشرط فى المرض وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان التعليق و وجود الشرط جميعا فى الصحة واما ان كانا جميعا فى المرض واما ان كان أحدهما فى الصحة والآخر فى المرض ولا يخلو اما أن علق بفعل نفسه أو بفعلها أو بفعل أجنبى أو بامر سماوى فان كان التعليق ووجود الشرط جميعا فى الصحة لا شك انها لا ترث أى شىء كان المعلق به لانعدام سبب استحقاق الارث فى وقت الاستحقاق وهو وقت مرض

الموت وان كانا جميعا فى المرض. فانها ترث أى شىء كان المعلق به لوجود سبب الاستحقاق فى وقتـه وانعدام الرضا منها ببطلان حقها الا اذا كان التعليق بفـعلها الذى لهـا منه بد فانها لا ترث لوجود الرضا منها بالشرط لانها فعلت من اختيار ولو أجل العنين وهو مريض ومضى الاجل وهو مريض وخـيرت المرأة فاختارت نفسها فلا ميراث لهـا لان الفرقة وقعت باختيارها الا انها تقدر ان تصبر عليه فاذا لم تصبر واختارت نفسها وقد باشرت سبب بطلان حقها باختيارها ورضاها فلا ترث ولو آلى منها وهو مريض و بانت بالايلاء وهو مريض ورثت مادامت فى العدة لوجود سبب الاستحقاق فى وقتـه مع شرائطه ولو كان صحيحا وقت الايلاء وانقضت مـدة الايلاء وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق فى وقته لانه باشر الطلاق فى صحتـه ولم يصنع فى المرض شيأ ولو قذف امرأته فى المرض أو لاعنها فى المرض ورثت فى قولهم جميعا لان سبب الفرقة وجد فى وقت تعلق حقها بالارث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطلان حقها لكونها مضطرة الى المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذى اضطرها بقـذفه فيضاف فعلها اليه كأنه أكرهها عليـه وان كان القذف فى الصحة واللعان فى المرض ورثت فى قول أبى حنيفـة وأبى يوسف وعند محمد لا ترث وجه قوله ان سبب الفرقة وجد من الزوج فى حال لم يتعلق حقها بالارث وهو حال الصحة والمرأة مختارة فى اللعان فلا يضاف الى الزوج ولهما ان فعـل المرأة يضاف الى الزوج لانها مضـطرة فى المطالبـة باللعان لاضطرارها الى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذى ألجأها الى هذا فيضاف فعلها اليه كانه أوقع الفرقـة فى المرض والله عز وجل أعلم وان كان أحدهما فى الصحة والآخر فى المرض فان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض فان كان التعليق بأمر سماوى بان قال لهـا اذا جاء رأس شهر كذا فأنت طالق فجاء وهو مريض ثم مات وهى فى العـدة لا ترث عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ترث وجه قوله ان المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلا عند الشرط أنت طالق ثلاثا وهو مريض (ولنا) ان الزوج لم يصنع فى مرض موته شيأ لا السبب ولا الشرط ليرد عليه فعله فلم يصر فارا وقوله المعلق بالشرط يجعل منجزا عند الشرط ممنوع بل يقع الطلاق بالكلام السابق من غـير ان يقدر باقيا الى وقت وجود الشرط على ما عرف فى مسائل الخـلاف وكذا ان كان بفعل أجنبى سواء كان منه بد كقدوم زيد أو لا بد منه كالصلاة المفروضـة والصوم المفروض ونحوهما لما قلنا انه لم يوجد من الزوج صنع فى المرض لا بمباشرة السبب ولا بمباشرة الشرط وان كان بفعل نفسه ترث سواء كان فعلا له منه بد كما اذا قال لهـا ان دخلت الدار فانت طالق أو لا بد منه كما اذا قال ان صليت أنا الظهر فانت طالق لانه باشر شرط بطلان حقها فصار متعـديا عليها مضرا بها لمباشرة الشرط فيرد عليه رفعا للضرر عنها لان العذر لا يعتـبر فى موضع التعدى والضرر كمن أتلف مال غـيره نائما أو خاطئا أو أصابته مخمصة فأكل طعام غيره حتى يجب عليه الضمان ولم يجعل معذورا فى مباشرة الفـعل الذى لا بد له منـه لما قلنا كذا هذا وان كان بفعل المرأة فان كان فعـلا لهـا منه بد كدخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها حيث باشرت شرط البطلان من غير ضرورة وان كان فعلا لا بد لهـا منه كالاكل والشرب والصلاة المفروضـة والصوم المفروض وحجة الاسـلام وكلام أبويها واقتضاء الديون من غريمها فانه ترث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا ترث وكذا اذا علق بدخول دار لا غنى لهـا عن دخولهـا فهو على هذا الخلاف كذا روى عن أبى يوسف وجه قول محمد انه لم يوجد من الزوج مباشرة بطلان حقها ولا شرط البطلان فلا يصير فارا كما لو علق بأمر سماوى أو بفعل أجنبى أو بفـعلها الذى لهـا منه بد وجـه قولهما ان المرأة فيما فعلت من الشرط عاملة للزوج من وجـه لان منفعة عملها عائدة عليه لانه منعها عما لو امتنعت عنه لحق الزوج مأثم فاذا لم تمتنع وفعلت لم يلحقه مأثم فكانت منفعة فعلها عائدة عليه فجعل ذلك فعـلا له من وجه فوجب ابطال فعله صيانة لحقها ومن الوجـه الذى بقى مقصورا عليها ليس بدليـل الرضا لانها فعلتـه مضطرة لدفع العـقوبة عن نفسها فى الآخرة لا برضاها وقالوا فيمن فوض طلاق امرأته الى الاجنـبى فى الصحة فطلقها فى المرض ان التفويض ان كان على وجـه لا يملك

عزله عنه بان ملكه الطلاق لا ترث لانه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه صار الايقاع فى المرض كالايقاع فى الصحة وان كان التفويض على وجه يمكنه العزل عنه فطلق فى المرض ورثت لانه لما أمكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل وصار كانه انشأ التوكيل فى المرض لان الاصل فى كل تصرف غير لازم ان يكون لبقائه حكم الابتداء والله عز وجل الموفق وعلى هذا اذا قال فى صحته لامرأته ان لم آت البصرة فانت طالق ثلاثا فلم يأتها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بعدم اتيانه البصرة فلما بلغ الى حالة وقع اليأس له عن اتيانه البصرة فقد تحقق العدم وهو مريض فى ذلك الوقت فقد باشر شرط بطلان حقها فى الميراث فصار فارا فترثه وان ماتت هى وبقى الزوج ورثها لانها ماتت وهى زوجته لان الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع وهو عدم اتيانه البصرة لجواز ان يأتيها بعد موتها فلم يقع الطلاق فماتت وهى زوجته فيرثها ولو قال لها ان لم تأت البصرة فانت طالق ثلاثا فلم تأتها حتى مات الزوج ورثته لانه مات وهو زوجها لعدم وقوع الطلاق لانعدام شرط وقوعه لانها مادامت حية يرجى منها الاتيان وان ماتت هى وبقى الزوج لم يرثها لانه لم يوجد منها سبب الفرقة فى مرضها فلم تصر فارة فلا يرثها ولو قال لها ان لم أطلقك فانت طالق ثلاثا فلم يطلقها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بشرط عدم التطليق منه وقد تحقق العدم اذا صار الى حالة لا يتأتى منه التطليق وهو مريض فى تلك الحالة فيصير فارا بمباشرة شرط بطلان حقها فترثه ولو ماتت هى وبقى الزوج لم يرثها لانها لم تصر فارة لانعدام سبب الفرقة منها فى مرضها فلا يرثها وكذلك لو قال لها ان لم أتزوج عليك فانت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته وان ماتت هى وبقى الزوج لم يرثها لما ذكرنا فى الحلف بالطلاق ولو قال لامرأتين له فى صحته احداكما طالق ثم مرض فعين الطلاق فى احداهما ثم مات ورثته المطلقة لان وقوع الطلاق المضاف الى المبهم معلق بشرط البيان هو الصحيح لما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والصحيح اذا علق طلاق امرأته بفعل ففعل فى مرضه فانها ترثه والله عز وجل اعلم وقالوا فيمن قال فى صحته لامتين تحته احداكما طالق ثنتين فاعتقتا ثم اختار الزوج أن يوقع على احداهما فى مرضه فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة وهو الجواب عن قول من يقول ان الطلاق واقع فى المعين والبيان تعيين من وقع عليه الطلاق لا شرط وقوع الطلاق ويقال انه قول محمد لان الايقاع والوقوع حصلا فى حال لا حق لواحدة منهما وهى حالة الصحة فلا ترث ولا يملك الزوج الرجعة لان الايقاع صادفها وهى أمة وطلاق الامة ثنتان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتثبت الحرمة الغليظة فلا يملك الرجعة وأما على قول من يقول الطلاق غير واقع للحال بل معلق وقوعه بالاختيار وهو تفسير الايقاع فى الذمة ويقال انه قول أبى يوسف فينبغى أن ترث ويملك الرجعة لان وقوع الطلاق تعلق بشرط اختياره والصحيح اذا علق طلاق امرأته بفعله ففعل وهو مريض ثم مات وهو فى العدة ترثه سواء كان فعلا له منه بد أو لا بد له منه كما اذا قال وهو صحيح ان دخلت أنا الدار فانت طالق فدخلها وهو مريض يملك الرجعة لان الطلاق واقع عليها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة فيملك مراجعتها ولو كانت احداهما حرة فقال فى صحته احداكما طالق ثنتين فاعتقت الامة ثم مرض الزوج فبين الطلاق فى الامة فالطلاق رجعى وللمطلقة الميراث فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف وقال اذا اختار أن يوقع على التى كانت أمة فانها لا تحل له الا بعد زوج وذكر هذه المسئلة فى الزيادات وقال فى جوابها انها لا تحل له الا بعد زوج ولها الميراث ولم يذكر خلافا واختلاف الجواب بناء على اختلاف الطريق فمن جعل الطلاق واقعا فى الجملة وجعل البيان تعيين من وقع عليه الطلاق يقول لا يملك الرجعة لانه وقع الطلاق عليها وهى أمة فحرمت حرمة غليظة وكان ينبغى أن لا ترث لان الايقاع والوقوع كل ذلك وجد فى حال الصحة لانه انما قال بالتوريث لكون الزوج متهما فى البيان لجواز انه كان فى قلبه الاخرى وقت الطلاق فبين فى هذه فكان متهما فى البيان فترث فأما من لا يرى الطلاق واقعا قبل الاختيار يقول يملك الرجعة لان الطلاقين وقعا وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة وترث لان الطلاق رجعى وان كان التعليق فى المرض والشرط فى الصحة بان طلقها ثلاثا أو بائنا

وهومريض ثم صح ثم مات لم ترث لانه لما صح تبين ان ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الايقاع ولا الشرط في المرض فكان هذا والايقاع في حال الصحة سواء ولهذا كان هذا المرض والصحة سواء في جميع الاحكام وأما وقت الاستحقاق فهو وقت مرض الموت عندنا لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من معرفة مرض الموت لتفريق الاحكام المتعلقة به فنقول و بالله التوفيق ذكر الكرخي ان المريض مرض الموت هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش فأما اذا كان يذهب و يجيء وهومع ذلك يحم فهو بمنزلة الصحيح وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة المريض الذي اذا طلق امرأته كان فارا هو أن يكون مضنى لا يقوم الا بشدة وهو في حال يعذر في الصلاة جالسا والحاصل ان مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا و يدخل في هذه العبارة ماذكره الحسن عن أبي حنيفة وماذكره الكرخي لانه اذا كان مضنى لا يقدر على القيام الا بشدة يخشى عليه الموت غالبا وكذا اذا كان صاحب فراش وكذا اذا كان يذهب و يجيء ولا يخشى عليه الموت غالبا وان كان يحم فلا يكون ذلك مرض الموت وكذلك صاحب الفالج والسل والنقرس ونحوها اذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لان ذلك اذا طال لا يخاف منه الموت غالبا فلم يكن مرض الموت الا اذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير فيكون حال التغير مرض الموت لانه اذا تغير يخشى منه الموت غالبا فيكون مرض الموت وكذا الزمن والمقعد و يابس الشق وعلى هذا قالوا في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحبس ليقتل انه كالصحيح لانه ليس الغالب من هذه الاحوال الموت فان الانسان يتخلص منها غالبا لكثرة أسباب الخلاص ولوقدم ليقتل أو بارز قرنه وخرج من الصف فهو كالمريض اذ الغالب من هذه الحالة الهلاك فتترتب عليه أحكام المريض اذا مات في ذلك الوجه ولو كان في السفينة فهو كالصحيح الا اذا هاجت الامواج فيصير في حكم المريض في تلك الحالة لانه يخشى عليه منها الموت غالبا ولو أعيد المخرج الى القتل أو الى الحبس أو رجع المبارز بعد المبارزة الى الصف أو سكن الموج صار في حكم الصحيح كالمريض اذا برأ من مرضه والمرأة اذا ماأخذها الطلق فهي في حكم المريض اذا ماتت من ذلك لان الغالب منه خوف الهلاك واذا سلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح كما اذا كانت مريضة ثم صحت ولو طلقها وهو مريض ثم صح وقام من مرضه وكان يذهب و يجيء و يقوى على الصلاة قائما ثم نكس فعاد الى حالته التي كان عليها ثم مات لم ترثه في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ترثه وجه قوله ان وقت تعلق الحق بالارث و وقت الموت وقت ثبوت الارث والمرض قد أحاط بالوقتين جميعا فانقطاعه فيما بين ذلك لا يعتبر لانه ليس وقت التعليق ولا وقت الارث ولنا انه لما صح بعد المرض تبين ان ذلك لم يكن مرض الموت فلم يوجد الطلاق في حال المرض فلا ترث والله عز وجل اعلم وأما الذي يخص الطلاق المبهم فهو أن يكون لفظ الطلاق مضافا الى مجهولة فجملة الكلام فيه ان الجهالة اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة أما الجهالة الاصلية فهي أن يكون لفظ الطلاق من الابتداء مضافا الى المجهول وجهالة المضاف اليه يكون لمزاحمة غيره اياه في الاسم والمزاحم اياه في الاسم لا يخلو اما أن يكون محتملا للطلاق واما أن لا يكون محتملا له والمحتمل للطلاق لا يخلو اما أن يكون ممن يملك الزوج طلاقه أو لا يملك طلاقه فان كان ممن يملك طلاقه صحت الاضافة بالاجماع نحو أن يقول لنسائه الاربع احداكن طالق ثلاثا أو يقول لامرأتين له احداكما طالق ثلاثا والكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف أعني قوله لامرأتيه احداكما طالق والثاني في بيان الاحكام المتعلقة به أما الاول فقد اختلف مشايخنا في كيفية هذا التصرف قال بعضهم هو ايقاع الطلاق في غير المعين على معنى انه يقع الطلاق للحال في واحدة منهما غير عين واختيار الطلاق في احداهما و بيان الطلاق فيها تعيين لمن وقع عليها الطلاق و يقال ان هذا قول محمد وقال بعضهم هو ايقاع الطلاق معلقا بشرط البيان معنى ومعناه ان قوله احداكما طالق ينعقد سببا للحال لوقوع الطلاق عند البيان والاختيار لا للحال بمنزلة تعليق الطلاق بسائر الشروط من دخول الدار وغيره غير ان هناك الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كما في البيع بشرط الخيار فاذا

اختار طلاق احداهما فقد وجد شرط وقوع الطلاق فى حقها فيقع الطلاق عليها بالكلام السابق عند وجود شرط
الوقوع وهو الاختيار كانه علقه به نصا فقال ان اخترت طلاق احداكما فهى طالق و يقال ان هذا قول أبى يوسف
والمسائل متعارضة فى الظاهر بعضها يؤيد القول الاول و بعضها ينصر القول الثانى ونحن نشير الى ذلك ههنا و نذكر
وجه كل واحد من القولين وترجيح أحدهما على الآخر وتخريج المسائل عليه فى كتاب العتاق ان شاء الله تعالى
وقال بعضهم البيان اظهار من وجه وانشاء من وجه و زعموا ان المسائل تخرج عليه وانه كلام لا يعقل بل هو
محال والبناء على المحال محال وأما الاحكام المتعلقة به فنوعان نوع يتعلق به فى حال حياة الزوج ونوع يتعلق به بعد
مماته أما النوع الاول فنقول اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا فله خيار التعيين يختار أيهما شاء للطلاق لانه اذا
ملك الابهام ملك التعيين ولو خاصمتاه واستعدتا عليه القاضى حتى يبين اعدى عليه وكلفه البيان ولو امتنع أجبره عليه
بالحبس لان لكل واحدة منهما حقا اما استيفاء حقوق النكاح منه واما التوصل الى زوج آخر وحق الانسان يجب
ايفاؤه عند طلبه واذا امتنع من عليه الحق يجبره القاضى على الايفاء وذلك بالبيان ههنا فكان البيان حقها لكونه
وسيلة الى حقها و وسيلة حق الانسان حقه والجبر على البيان يؤيد القول الاول لان الوقوع لو كان معلقا بشرط
البيان لما أجبر اذ الحالف لا يجبر على تحصيل الشرط ولان البيان اظهار الثابت واظهار الثابت ولا ثابت محال ثم البيان
نوعان نص ودلالة اما النص فنحو أن يقول اياها عنيت أو نويت أو أردت أو ما يجرى مجرى هذا ولو قال احداكما
طالق ثلاثا ثم طلق احداهما عينا بأن قال لها أنت طالق وقال أردت به بيان الطلاق الذى لزمنى لا طلاقا مستقبلا كان
القول قوله لان البيان واجب عليه وقوله أنت طالق يحتمل البيان لانه ان جعل انشاء فى الشرع لكنه يحتمل الاخبار
فيحتمل البيان اذ هو اخبار عن كائن وهذا أيضا ينصر القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا لم يصدق فى ارادة البيان
للواقع وأما الدلالة فنحو أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان نحو أن يطأ احداهما أو يقبلها أو يطلقها أو يحلف
بطلاقها أو يظاهر منها لان ذلك كله لا يجوز الا فى المنكوحة فكان الاقدام عليه تعيينا لهذه بالنكاح واذا تعينت هى
للنكاح تعينت الاخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم واذا كن أربعا أو ثلاثا تعينت الباقيات لبيان الطلاق فى
واحدة منهن نصا أو دلالة بالفعل أو بالقول بان يطأ الثانية والثالثة فتتعين الرابعة للطلاق أو يقول هذه منكوحة وهذه
الرابعة ان كن أربعا وان كن ثلاثا تتعين الثالثة للطلاق بوطء الثانية أو بقوله للثانية هذه منكوحة وكذلك اذا ماتت
احداهما قبل البيان طلقت الباقية لان التى ماتت خرجت عن احتمال البيان فيها لان الطلاق يقع عند البيان وقد
خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان فتعينت الباقية للطلاق وهذا يؤيد القول الثانى لان الطلاق
لو كان وقع فى غير المعين لما افترقت الحال فى البيان بين الحياة والموت اذ هو اظهار ما كان فرق بين هذا و بين ما اذا باع
أحد عبديه على ان المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء و يرد الآخر فمات أحدهما قبل البيان انه لا يتعين الباقى منهما
للبيع بل يتعين الميت للبيع و يصير المشترى مختارا للبيع فى الميت قبيل الموت و يجب عليه رد الباقى الى البائع
ووجه الفرق ان هناك وجد المبطل للخيار قبيل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشراء وهو المرض اذ لا يخلو
الانسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدوث العيب فى المبيع الذى فيه خيار مبطل للخيار فبطل الخيار قبيل
الموت ودخل العبد فى ملك المشترى فتعين الآخر للرد ضرورة وهذا المعنى لم يوجد فى الطلاق لان حدوث العيب
فى المطلقة لا يوجب بطلان الخيار ولو ماتت احداهما قبل البيان فقال الزوج اياها عنيت لم يرثها وطلقت الباقية لانها
كما ماتت تعينت الباقية للطلاق فاذا قال عنيت الاخرى فقد أراد صرف الطلاق عن الباقية فلا يصدق فيه
و يصدق فى ابطال الارث لان ذلك حقه والانسان فى اقراره بابطال حق نفسه مصدق لانتفاء التهمة وكذلك
اذا ماتتا جميعا او احداهما بعد الاخرى ثم قال عنيت التى ماتت أولا لم يرث منهما أما من الثانية فلتعينها للطلاق بموت
الاولى وأما من الاولى فلاقراره انه لا حق له فى ميراثها وهو مصدق على نفسه ولو ماتتا جميعا بان سقط عليهما حائط

أو غرقا يرث من كل واحدة منهما نصف ميراثها لانه لا يستحق ميراث كل واحدة منهما فى حال ولا يستحقه فى حال فيتنصف كما هو أصلنا فى اعتبار الاحوال وكذلك اذا ماتتا جميعا أو احداهما بعد الاخرى لكن لا يعرف التقدم والتأخر فهذا بمنزلة موتهما معا ولو ماتتا معا ثم عين احداهما بعد موتهما وقال اياها عنيت لا يرث منها ويرث من الاخرى نصف ميراث زوج لانهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة منهما نصف ميراث لما بينا فاذا أراد احداهما عينا فقد أسقط حقه من ميراثها وهو النصف فيرث من الاخرى النصف ولو ارتدتا جميعا قبل البيان فانقضت عدتهما وبانتا لم يكن له أن يبين الطلاق الثلاث فى احداهما أما البينونة فلان الملك قد زال من كل وجه بالردة وانقضاء العدة واذا زال الملك لا يملك البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يقع قبل البيان اذ لو وقع لصح البيان بعد البينونة لان البيان حينئذ يكون تعيين من وقع عليه الطلاق فلا تفتقر صحته الى قيام الملك ولو كانتا رضيعتين فجاءت امرأة فارضعتهما قبل البيان بانتا وهذا دليل ظاهر على صحة القول الثانى لانه لو وقع الطلاق على احداهما لصارت أجنبية فلا يتحقق الجمع بين الاختين بالرضاع نكاحا فينبغى أن لا تبينا وقد بانتا واذا بانتا بالرضاع لم يكن له أن يبين الطلاق فى احداهما لما قلنا وهو دليل على ما قلنا ولو بين الطلاق فى احداهما تجب عليها العدة من وقت البيان كذا روى عن أبى يوسف حتى لو راجعها بعد ذلك صحت رجعته وكذا اذا بين الطلاق فى احداهما وقد كانت حاضت قبل البيان ثلاث حيض لا تعتد بما حاضت قبله وتستأنف العدة من وقت البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان وروى عن محمد انه تجب العدة من وقت الارسال وتنقضى اذا حاضت ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا تصح الرجعة بعد ذلك وهذا يدل على ان الطلاق نازل فى غير المعين ومن هذا حقق القدورى الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من القولين واستدل على الخلاف بمسئلة العدة ولو قال لامرأتين له احداكما طالق واحدة والاخرى طالق ثلاثا فحاضت احداهما ثلاث حيض بانت بواحدة والاخرى طالق ثلاثا لان كل واحدة منهما مطلقة الا أن احداهما بواحدة والاخرى بثلاث فاذا حاضت احداهما ثلاث حيض فقد زال ملكه عنها بيقين فخرجت عن احتمال بيان الثلاث فيها فتعينت الاخرى للثلاث ضرورة ولو كان تحته أربع نسوة لم يدخل بهن فقال احداكن طالق ثلاثا ثم تزوج أخرى جاز له وان كان مدخولا بهن فتزوج أخرى لم يجز وهذا حجة القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا فى احداهن لما جاز نكاح امرأة أخرى فى الفصل الاول لانه يكون نكاح الخامسة ولجاز فى الفصل الثانى لانه يكون نكاح الرابعة ولما كان الامر على القلب من ذلك دل ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان ولو قال لامرأتين له فى الصحة احداكما طالق ثم بين فى احداهما فى مرضه يصير فارا وترثه المطلقة مع المنكوحة ويكون الميراث بينهما نصفين وهذا حجة القول الثانى لان الطلاق لو كان واقعا فى احداهما غير عين لكان وقوع الطلاق فى الصحة فينبغى أن لا يصير فارا كما اذا طلق واحدة منهما عينا والله عز وجل أعلم وأما الذى يتعلق بما بعد موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة اذا مات قبل البيان أما حكم المهر فان كانتا مدخولا بهما فلكل واحدة منهما جميع المهر لان كل واحدة منهما تستحق جميع المهر منكوحة كانت أو مطلقة أما المنكوحة فلا شك فيها وأما المطلقة فلانها مطلقة بعد الدخول وان كانتا غير مدخول بهما فلهما مهر ونصف مهر بينهما لكل واحدة منهما ثلاثة أرباع المهر لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون منكوحة ويحتمل أن تكون مطلقة فان كانت منكوحة تستحق جميع المهر لان الموت بمنزلة الدخول وان كانت مطلقة تستحق النصف لان النصف قد سقط بالطلاق قبل الدخول فلكل واحدة منهما كل المهر فى حال والنصف فى حال وليست احداهما باولى من الاخرى فيتنصف فيكون لكل واحدة ثلاثة أرباع مهر هذا اذا كان قد سمى لهما مهرا فان كان لم يسم لهما مهرا فلهما مهر ومتعة بينهما لان كل واحدة منهما ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكل واحدة منهما تستحق كمال مهر المثل فى حال ولا تستحق شيأ من مهر المثل فى حال وكذا المتعة فتتنصف كل واحدة

منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما الكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة وان كان سمى لاحداهما مهرا ولم يسم للاخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباع المهر وللتي لم يسم لها مهر انصف مهر المثل لان المسمى لها اذا كانت منكوحة فلها جميع المسمى وان كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المسمى والتي لم يسم لها ان كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وان كانت مطلقة فليس لها من مهر المثل شيء فاستحقت في حال ولم تستحق شيأ منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل والقياس ان يكون لها نصف المتعة أيضا وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس لها الا نصف مهر المثل (وجه) القياس انها ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحدة منهما فيكون لها نصف مهر مثلها ونصف متعتها وجه الاستحسان ان نصف مهر المثل اذا وجب لها امتنع وجوب المتعة لان المتعة بدل عن نصف مهر المثل والبدل والمبدل لا يجتمعان هذا اذا كانت المسمى لها مهر المثل معلومة فان لم تكن معلومة فلها مهر وربع مهر اذا كان مهر مثلها سواء و يكون بينهما لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المذكر تاو يحتمل ان تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة أرباع المهر وفي حال يجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما الكل واحدة منهما نصف مهر وثمن مهر نصف مهر المسمى وثمن مهر المثل ولا تجب المتعة استحسانا والقياس ان يجب نصف المتعة أيضا و يكون بينهما وهو قول زفر وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وهذه المسائل تدل على ان الطلاق قد وقع في احداهما غير عين وقت الارسال حيث شاع فيهما بعد الموت اذ الواقع يشيع والله عز وجل الموفق وأما حكم الميراث فهو أنهما يرثان منه ميراث امرأة واحدة و يكون بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احداهما منكوحة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى فيكون قدر ميراث امرأة واحدة بينهما فان كان للزوج امرأة أخرى سواهما لم يدخلها في الطلاق فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف لانه لا يزاحمها الا واحدة منهما لان المنكوحة واحدة منهما والاخرى مطلقة فكان لها النصف ثم النصف الثاني يكون بين الاخريين نصفين اذ ليست احداهما باولى من الاخرى وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق لان احداهما منكوحة والاخرى مطلقة وعلى المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدم الوجوب والعدة يحتاط في ايجابها ومن الاحتياط القول بوجوبها على كل واحدة منهما والله تعالى الموفق وان كان ممن لا يملك طلاقها لا تصح الاضافة بالاجماع بان جمع بين امرأته و بين أجنبية فقال احداكما طالق حتى لا تطلق زوجته لان هذا الكلام يستعمل للانشاء و يستعمل للاخبار ولو حمل على الاخبار لصح لانه يخبر ان احداهما طالق والامر على ما أخبر ولو حمل على الانشاء لم يصح لان احداهما وهي الاجنبية لا تحتمل الانشاء لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان حمله على الاخبار أولى هذا اذا كان المزاحم في الاسم محتملا للطلاق فاما اذا لم يكن نحو ما اذا جمع بين امرأته و بين حجر أو بهيمة فقال احداكما طالق فهل تصح الاضافة اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف تصح حتى يقع الطلاق على امرأته وقال محمد لا تصح ولا تطلق امرأته وجه قوله ان الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكا في ايقاع الطلاق على المنكوحة كما لو جمع بين امرأة و بين أجنبية وقال احداكما طالق فلا يقع مع الشك ولهما أنه اذا جمع بين من يحتمل الطلاق و بين من لا يحتمل الطلاق في الاسم وأضاف الطلاق اليهما فالظاهر انه أراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمل الطلاق لان اضافة الطلاق الى من لا يحتمله سفه فانصرف مطلق الاضافة الى زوجته بدلالة الحال بخلاف ما اذا جمع بينها و بين أجنبية لان الاجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في الحال اخبارا ان كانت لا تحتمله انشاء وفي الصرف الى الاخبار صيانة كلامه عن اللغو فصرف اليه ولو جمع بين زوجته و بين رجل فقال احداكما طالق لم يصح

فى قول أبى حنيفة حتى لا تطلق زوجته وقال أبو يوسف يصح وتطلق زوجته وجه قول أبى يوسف أن الرجل لا يحتمل الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنا منك طالق لم يصح فصار كما اذا جمع بين امرأته و بين حجر أو بهيمة وقال احدا كما طالق ولأبى حنيفة ان الرجل يحتمل الطلاق فى الجملة ألا ترى أنه يحتمل البينونة حتى لو قال لامرأته أنا منك بائن ونوى الطلاق يصح والابانة من ألفاظ الطلاق فان الطلاق نوعان رجعى و بائن واذا كان محتملا للطلاق فى الجملة يحمل كلامه على الاخبار كما اذا جمع بينها و بين أجنبية وقال احدا كما طالق ولو جمع بين امرأته و بين امرأة ميتة فقال أنت طالق أو هذه وأشار الى الميتة لم تصح الاضافة بالاجماع حتى لا تطلق زوجته الحية لان الميتة من جنس ما يحتمل الطلاق وقد كانت محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما لو جمع بينها و بين أجنبية والله عز وجل الموفق وأما الجهالة الطارئة فهى أن يكون الطلاق مضافا الى معلومة ثم تجهل كما اذا طلق الرجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثا ثم نسى المطلقة والكلام فى هذا الفصل فى موضعين أيضا أحدهما فى بيان كيفية هذا التصرف والثانى فى بيان أحكامه أما الاول فلا خلاف فى أن الواحدة منهن طالق قبل البيان لانه أضاف الطلاق الى معينة وانما طرأت الجهالة بعد ذلك والمعينة محل لوقوع الطلاق فيكون البيان ههنا اظهارا أو تعيينا لمن وقع عليها الطلاق وأما الاحكام المتعلقة به فنوعان أيضا على ما مر أما الذى يتعلق به فى حال حياة الزوج فهو أنه لا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التى طلق فيجتنبها لان احداهن محرمة بيقين وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هى المحرمة فلو وطئ واحدة منهما وهو لا يعلم بالحرمة فربما وطئ المحرمة والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد الحلال بين والحرام بين و بينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ولا يجوز أن تطلق واحدة منهن بالتحرى والاصل فيه أن كل ما لا يباح عند الضرورة لا يجوز فيه التحرى والفرج لا يباح عند الضرورة فلا يجوز فيه التحرى بخلاف الذكية اذا اختلطت بالميتة أنه يجوز التحرى فى الجملة وهى ما اذا كانت الغلبة للذكية عندنا لان الميتة مما تباح عند الضرورة فان جحدت كل واحدة منهن أن تكون المطلقة فاستعدين عليه الحاكم فى النفقة والجماع اعدى عليه وحبسه على بيان التى طلق منهن والزمه النفقة لهن لان لكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح ومن عليه الحق اذا امتنع من الايفاء مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع من قضاء دين عليه وهو قادر على قضائه فيحبسه الحاكم و يقضى بنفقتهن عليه لان النفقة من حقوق النكاح فان ادعت كل واحدة منهن أنها هى المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل واحدة منهن لان الاستحلاف للنكول والنكول بذل أو اقرار والطلاق يحتمل البذل والاقرار فيستحلف فيه فان أبى أن يحلف فرق بينه و بينهن لانه بذل الطلاق لكل واحدة منهن أو أقر به والطلاق يحتمل كل واحدة منهن وان حلف لهن لا يسقط عنه البيان بل لا بد أن يبين لان الطلاق لا يرتفع باليمين فيبقى على ما كان عليه فيؤخذ بالبيان وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال اذا كانتا امرأتين فحلف للاولى طلقت التى لم يحلف لها لانه لما أنكر للاولى أن تكون مطلقة تعينت الاخرى للطلاق ضرورة وان لم يحلف للاولى طلقت لانه بالنكول بذل الطلاق لها أو أقر به فان تشاحتا على اليمين حلف لهما جميعا بالله تعالى ما طلق واحدة منهما لانهما استويا فى الدعوى ويمكن ايفاء حقهما فى الحلف فيحلف لهما جميعا فان حلف لهما جميعا حجب عنهما حتى يبين لان احداهما قد بقيت مطلقة بعد الحلف اذ الطلاق لا يرتفع باليمين فكانت احداهما محرمة فلا يمكن منها الى أن يبين فان وطئ احداهما فالتى لم يطأها مطلقة لان فعله محمول على الجواز ولا يجوز الا بالبيان فكان الوطء بيانا أن الموطوءة منكوحة فتعينت الاخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم كما لو قال احداكما طالق ثم وطئ احداهما واذا طلق واحدة من نسائه بعينها فنسيها ولم يتذكر فينبغى فيما بينه و بين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن تطليقة رجعية و يتركها حتى تنقضى عدتها فتبين لانه لا يجوز له أن يمسكهن فيقربهن جميعا لان احداهن محرمة بيقين ولا يجوز له أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لانه لا مدخل للتحرى فى الفرج ولا يجوز له أن يتركهن بغير بيان لما فيه من الاضرار بهن بابطال حقوقهن من هذا الزوج ومن غيره

بالنكاح

بالنكاح اذلا يحل لهن النكاح لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون منكوحة فيوقع على كل واحدة منهن تطليقة رجعية ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين واذا انقضت عدتهن وبن فاراد أن يتزوج الكل في عقدة واحدة قبل أن يتزوجن لم يجز لان واحدة منهن مطلقة ثلاثة بيقين وان أراد أن يتزوج واحدة منهن فالاحسن أن لا يتزوجها الا بعد أن يتزوجن كلهن بزوج آخر لجواز أن تكون التي يتزوجها هي المطلقة ثلاثا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجن بغيره فقد حللن بيقين فلو أنه تزوج واحدة منهن قبل أن يتزوجن بغيره جاز نكاحها لان فعله يحمل على الجواز والصحة ولا يصح الا بالبيان فكان اقدامه على نكاحها بيانا أنها ليست بمطلقة بل هي منكوحة وكذا اذا تزوج الثانية والثالثة جاز لما قلنا وتعينت الرابعة للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم وكذا اذا كانتا اثنتين فتزوج احداهما تعينت الاخرى للطلاق لانا نحمل نكاح التي تزوجها على الجواز ولا جواز له الا بتعيين الاخرى للطلاق فتتعين الاخرى للطلاق ضرورة هذا اذا كان الطلاق ثلاثا فان كان بائنا ينكحهن جميعا نكاحا جديدا ولا يحتاج الى الطلاق وان كان رجعيا يراجعهن جميعا واذا كان الطلاق ثلاثا فماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطأ الباقيات الا بعد بيان المطلقة لجواز أن تكون المطلقة فيهن وان وطئهن قبل البيان جاز لان فعل العاقل المسلم يحمل على وجه الجواز ما أمكن وههنا أمكن بان يحمل فعله على أنه تذكر أن الميتة كانت هي المطلقة اذ البيان في الجهالة الطارئة اظهار وتعيين لمن وقع عليها الطلاق بلا خلاف فلا تكون حياتها شرطا لجواز بيان الطلاق فيها واذا تعينت هي للطلاق تعينت الباقيات للنكاح فلا يمنع من وطئهن بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أنها لا تتعين للطلاق لان الطلاق هناك يقع عند وجود الشرط وهو البيان مقصورا عليه والمحل ليس بقابل لوقوع الطلاق وقت البيان ثم البيان ضربان نص ودلالة أما النص فهو أن يبين المطلقة نصا فيقول هذه هي التي كنت طلقتها وأما الدلالة فهي أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان مثل أن يطأ واحدة أو يقبلها أو يطلقها أو يحلف بطلاقها أو يظاهر منها فان كانتا اثنتين تعينت الاخرى للطلاق لان فعله أو قوله يحمل على الجواز ولا يجوز الا بتعيين الاخرى للطلاق فكان الاقدام عليه تعيينا للاخرى للطلاق ضرورة وكذا اذا قال هذه منكوحة وأشار الى احداهما تتعين الاخرى للطلاق ضرورة وكذا اذا قال هذه منكوحة وان كن أربعا أو ثلاثا تعينت الباقيات لكون المطلقة فيهن فتتعين بالبيان نصا أو دلالة بالفعل أو بالقول على ما مر بيانه في الفصل الاول ولو كن أربعا ولم يكن دخل بهن فتزوج أخرى قبل البيان جاز لان الطلاق واقع في احداهن فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق الجمع بين الخمس فيجوز وان كن مدخولا بهن لا يجوز لانه يتحقق الجمع لقيام النكاح من وجه لقيام العدة ولو كان الطلاق في الصحة فبين في واحدة منهن في مرضه ثم مات لم ترثه لان البيان ههنا اظهار وتعيين لمن وقع عليه الطلاق والوقوع كان في الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الاول (واما) الذي يتعلق به بعد موت الزوج فأحكامه ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة وقد بيناها في الفصل الاول والفصلان لا يختلفان في هذه الاحكام فما عرفت من الجواب في الاول فهو الجواب في الثاني والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الظهار ﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة ركن الظهار والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكم الظهار والى معرفة ما ينتهي به حكمه والى معرفة كفارة الظهار أما ركن الظهار فهو اللفظ الدال على الظهار والاصل فيه قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي يقال ظاهر الرجل من امرأته واظاهر وتظاهر وأظهر وتظهر أي قال لها أنت علي كظهر أمي ويلحق به قوله أنت علي كبطن أمي أو كفخذ أمي أو فرج أمي ولان معنى الظهار تشبيه الحلال بالحرام ولهذا وصفه الله تعالى بكونه منكرا من القول وزورا فقال سبحانه وتعالى في آية الظهار وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وبطن الام وفخذها في الحرمة مثل ظهرها ولفرجها مزيد حرمة فتزداد جنايته في كون قوله منكرا وزورا فيتأكد الجزاء وهو الحرمة

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المظاهر و بعضها يرجع الى المظاهر منه و بعضها يرجع الى المظاهر به أما الذى يرجع الى المظاهر فأنواع منها أن يكون عاقلا اما حقيقة أو تقديرا فلا يصح ظهار المجنون والصبي الذى لا يعقل لان حكم الحرمة وخطاب التحريم لا يتناول من لا يعقل ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما فلا يصح ظهار هؤلاء كما لا يصح طلاقهم وظهار السكران كطلاقه وهو على التفصيل الذى ذكرناه فى كتاب الطلاق ومنها أن يكون بالغا فلا يصح ظهار الصبي وان كان عاقلا لما مر فى ظهار المجنون ولان الظهار من التصرفات الضارة المحضة فلا يملكه الصبي كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التى هى ضارة محضة ومنها أن يكون مسلما فلا يصح ظهار الذمى وهذا عندنا وعند الشافعى اسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره و يصح ظهار الذمى واحتج بعموم قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم من غير فصل بين المسلم والكافر ولان الكافر من أهل الظهار لان حكمه الحرمة والكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات ولهذا كان أهلا للطلاق فكذا للظهار ولنا ان عمومات النكاح لا تقتضى حل وطء الزوجات على الازواج نحو قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله عز وجل نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجية لان لفظ الظهار لا ينبئ عنه ولهذا لا يحتاج الى تجديد النكاح بعد الكفارة لان المسلم صار مخصوصا فمن ادعى تخصيص الذمى يحتاج الى الدليل ولان حكم الظهار حرمة مؤقتة بالكفارة أو بتحرير يخلفه الصوم والكافر ليس من أهل هذا الحكم فلا يكون من أهل الظهار وقد خرج الجواب عما ذكره من المعنى وأما آية الظهار فانها تتناول المسلم لدلائل أحدها ان أول الاية خاص فى حق المسلمين وهو قوله عز وجل والذين يظاهرون منكم فقوله تعالى منكم كناية عن المسلمين ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى وان الله لغفور رحيم والكافر غير جائز المغفرة وقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم بناء على الاول والثانى ان فيها أمرا بتحرير يخلفه الصيام اذا لم يجد الرقبة والصيام يخلفه الطعام اذا لم يستطع وكل ذلك لا يتصور الا فى حق المسلم والثالث ان المسلم مراد من هذه الآية بلا شك والمذهب عندنا ان العام يبنى على الخاص ومتى بنى العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الآية ولم يقل به أحد وأما كونه حرا فليس بشرط لصحة الظهار فيصح ظهار العبد لان الظهار تحريم والعبد من أهل التحريم ألا ترى أنه يملك التحريم بالطلاق فكذا بالظهار ولعموم قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم فان قيل هذه الآية لا تتناول العبد لانه جعل حكم الظهار التحرير بقوله تعالى فتحرير رقبة والعبد ليس من أهل التحرير فلا يكون من أهل حكم الظهار فلا يكون من أهل الظهار فلا يتناوله نص الظهار فالجواب أنه ممنوع أنه جعل حكم الظهار التحرير على الاطلاق بل جعل حكمه فى حق من وجد فاما فى حق من لم يجد فانما جعل حكمه الصيام بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والعبد غير واجد لانه لا يكون واجدا الا بالملك والعبد ليس من أهل الملك فلا يكون واجدا فلا يكون الاعتاق حكم الظهار فى حقه اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز له التكفير بالاعتاق وكذا بالاطعام اذ الاطعام على وجه التمليك أو الاباحة والاباحة لا تتحقق بدون الملك ولو كفر العبد بهما باذن مولاه أو المولى كفر عنه بهما لم يجز لان الملك لم يثبت له فلا يقع الاعتاق والاطعام عنه بخلاف الفقير اذا أعتق عنه غيره أو أطعم فانه يجوز لان الفقير من أهل الملك فثبت الملك له أولا ثم يؤدى عنه بطريق النيابة والعبد ليس من أهل الملك فلا يملك المؤدى فلا يجزيه فى الكفارة الا الصيام وليس لمولاه أن يمنعه من صيام الظهار بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين لان للمولى أن يمنعه عن ذلك لان صوم الظهار قد تعلق به حق المرأة لانه يتعلق به استباحة وطئها الذى استحقه بعقد النكاح فكان منعه اياها عن الصيام منعا له عن ايفاء حق مستحق للغير فلا يملك ذلك بخلاف صوم النذر وكفارة اليمين لانه لم يتعلق به حق أحد فكان العبد بالصوم متصرفا فى المنافع المملوكة لمولاه من غير اذنه لا حق لاحد فيه فكان له منعه عن ذلك سواء

كان العبد قناأومدبزاً أوأم ولد أومكاتباأومستسعى على أصل أبي حنيفة لما قلنا وكذا كونه جادا فليس بشرط لصحة الظهار حتى يصح ظهار الهازل كما يصح طلاقه وكذا كونه طائعاأوعامدا ليس بشرط عندنا فيصح ظهار المكره والخاطئ كما يصح طلاقهما وعند الشافعي شرط فلا يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما وهذه من مسائل الاكراه وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهرا بالكتابة المستبينة والاشارة المعلومة من الاخرس وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيصح ظهار شارط الخيار لما ذكرنا فى كتاب الطلاق وأما كون المظاهر رجلا فهل هو شرط صحة الظهار قال أبو يوسف ليس بشرط وقال محمد شرط حتى لو قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أمى تصير مظاهرة عند أبي يوسف وعليها كفارة الظهار وعند محمد لا تصير مظاهرة ولما حكى قولهما للحسن بن زياد فقال هما شيخا الفقه أخطأ عليهما كفارة اليمين اذا وطئها زوجها (وجه) قول الحسن ان الظهار تحريم فتصير كأنها قالت لزوجها أنت على حرام ولو قالت ذلك تلزمها الكفارة اذا وطئها كذا هذا (وجه) قول محمد ان الظهار تحريم بالقول والمرأة لا تملك التحريم بالقول ألا ترى أنها لا تملك الطلاق فكذا الظهار ولأبى يوسف ان الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى من أهل الكفارة فكانت من أهل الظهار والله أعلم ومنها النية عند أبي حنيفة وأبى يوسف فى بعض أنواع الظهار دون بعض وبيان ذلك أنه لو قال لامرأته أنت على كظهر أمى كان مظاهرا سواء نوى الظهار أولا نية له أصلا لان هذا صريح فى الظهار اذ هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السماع بحيث يسبق الى أفهام السامعين فكان صريحا لا يفتقر الى النية كصريح الطلاق فى قوله أنت طالق وكذا اذا نوى به الكرامة أو المنزلة أو الطلاق أو تحريم اليمين لا يكون الا ظهارا لان هذا اللفظ صريح فى الظهار فاذا نوى به غيره فقد أراد صرف اللفظ عما وضع له الى غيره فلا ينصرف اليه كما اذا قال لامرأته أنت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق أو الطلاق عن العمل أنه لا ينصرف اليه ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا ولو قال أردت به الاخبار عما مضى كذبا لا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا اللفظ فى الشرع جعل انشاء فلا يصدق فى ارادة الاخبار عنه كقوله أنت طالق اذا أراد به الاخبار عن الماضى كاذبا ولا يسع للمرأة ان تصدقه كما لا يسع للقاضى لان القاضى انما لا يصدقه لادعائه خلاف الظاهر وهذا موجود فى حق المرأة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه وكذا اذا قال أنا منك مظاهر او قد ظاهرتك فهو مظاهر نوى به الظهار أولا نية له لان هذا اللفظ صريح فى الظهار أيضا اذ هو مكشوف المراد عند السامع فلا يفتقر الى النية وأى شيء نوى لا يكون الا ظهارا وان أراد به الخبر عن الماضى كاذبا لا يصدق قضاء ويصدق ديانة لما قلنا كما لو قال أنت مطلقة أو قد طلقتك وكذا لو قال أنت على كبطن أمى أو كفخذ أمى أو كفرج أمى فهذا وقوله أنت على كظهر أمى على السواء لانه يجرى مجرى الصريح لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لها أنت على كامى أو مثل أمى يرجع الى نيته فان نوى به الظهار كان مظاهرا وان نوى به الكرامة كان كرامة وان نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى به اليمين كان ايلاء لان اللفظ يحتمل كل ذلك اذ هو تشبيه المرأة بالام فيحتمل التشبيه فى الكرامة والمنزلة أى أنت على فى الكرامة والمنزلة كامى ويحتمل التشبيه فى الحرمة ثم يحتمل ذلك حرمة الظهار ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين فاى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه فيكون على ما نوى وان لم يكن له نية لا يكون ظهارا عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف الاان عند أبى حنيفة لا يكون شيأ وعند أبى يوسف يكون تحريم اليمين وعند محمد يكون ظهارا احتج محمد بقوله تعالى فى آية الظهار ردا على المظاهرين ماهن أمهاتهم وذكر الله سبحانه وتعالى الام ولم يذكر ظهر الام فدل ان تشبيه المرأة بالام وهو قوله أنت على كامى ظهار حقيقة كقوله أنت على كظهر أمى بل أولى لان قوله أنت على كظهر أمى تشبيه المرأة بعضو من أعضائها وقوله أنت كامى تشبيه بكلها ثم ذاك لما كان ظهارا فهذا أولى ولان كاف التشبيه تختص بالظهار فعند الاطلاق تحمل عليه ولابى حنيفة وأبى يوسف ان هذا اللفظ يحتمل الظهار وغيره احتمالا على السواء لما ذكرنا فلا يتعين الظهار الا بدليل

معين ولم يوجد الا ان أبا يوسف يقول يحمل على تحريم اليمين لان الظاهر انه أراد بهذا التشبيه التشبيه في التحريم وذلك يحتمل تحريم الطلاق وتحريم اليمين الا ان تحريم اليمين أدنى فيحمل عليه والجواب انا لا نسلم انه أراد به التشبيه في التحريم بل هو محتمل يحتمل الحرمة وغيرها فلا يتعين التحريم من غير دليل مع ما ان معنى الكرامة والمنزلة أدنى فيحمل مطلق التشبيه عليه وماذكره محمد ان الله تعالى ذكر الامهات لاظهورهن قلنا هذا لا يدل على ان التشبيه بالام ظهار حقيقة لانه لو كان حقيقة لقال ماهن كامهاتهم لانه أثبت الامومية لها ولو قال أنت على حرام كامى حمل على نيته لانه اذا ذكر مع التشبيه التحريم لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم ثم هو يحتمل تحريم الظهار ويحتمل تحريم الطلاق والايلاء فيرجع الى نيته فان لم يكن له نية يكون ظهارا لان حرف التشبيه يختص بالظهار لمطلق التحريم يحمل عليه ولو قال أنت على حرام كظهر أمى فان نوى الظهار أولا نية له أصلا فهو ظهار وان نوى الطلاق لم يكن الا ظهارا في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يكون طلاقا وروى عن أبى يوسف انه يكون ظهارا وطلاقا معا وجه قولهما ان قوله أنت على حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل الظهار فاذا نوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته وأبو حنيفة يقول لما قال بعد قوله حرام كظهر أمى فقد فسر التحريم بتحريم الظهار فزال الاحتمال فكان صريحا في الظهار فلا تعمل فيه النية وماروى عن أبى يوسف غير سديد لانه حمل اللفظ الواحد على معنيين واللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين ولو قال أنت على كالميتة أو كالدم أو كالخمر أو كلحم الخنزير يرجع الى نيته ان نوى الطلاق كان طلاقا وان نوى التحريم أولا نية له يكون يمينا ويصير موليا وان قال عنيت به الكذب لم يكن شيأ ولا يصدق في نفى اليمين في القضاء وقد ذكرنا هذه المسئلة في كتاب الطلاق في فصل الايلاء

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المظاهر منه فمنها ان تكون زوجته وهى أن تكون مملوكة له بملك النكاح فلا يصح الظهار من الاجنبية لعدم الملك ويصح ظهار زوجته تنجيزا وتعليقا واضافة الى وقت بان قال لها أنت على كظهر أمى الى رأس شهر كذا لقيام الملك وتعليقا في الملك بان قال لها ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا فانت على كظهر أمى لوجود الملك وقت اليمين وأما تعليقه بالملك وهو اضافته الى سبب الملك فصحيح عندنا خلافا للشافعى بان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت على كظهر أمى حتى لو تزوجها صار مظاهرا عندنا لوجود الاضافة الى سبب الملك وعنده لا يصح لعدم الملك للحال ولو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت على كظهر أمى لا يقع الظهار حتى لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهرا بالاجماع لعدم الملك والاضافة الى سبب الملك وعلى هذا يخرج الظهار من الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبى حنيفة انه لا يصح لعدم الزوجية ثم انما كانت الزوجية شرطا لصحة الاظهار لان ثبوت الحرمة بالظهار أمر ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان قوله أنت على كظهر أمى تشبيه المرأة بالام وانه محتمل يحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم التشبيه في الحرمة محتمل أيضا يحتمل حرمة الظهار وهى الحرمة المؤقتة بالكفارة ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين وهذه الوجوه كلها في احتمال اللفظ سواء فلا يجوز تنزيله على بعض الوجوه من غير دليل معين الا ان هذه الحرمة تثبت شرعا غير معقول فيقتصر على مورد الشرع وهى الزوجية قال الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والمراد منه الزوجات كما في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقوله تعالى وأمهات نسائكم وقوله عز وجل نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ونحو ذلك وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة قنة أو مدبرة وأم ولد أو ولد أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة على أصل أبى حنيفة لعموم قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ومنها قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثا ولا المبانة والمختلعة وان كانت في العدة بخلاف الطلاق لان المختلعة والمبانة يلحقهما صريح الطلاق لان الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة بالابانة والخلع وتحريم المحرم محال ولانه لا يفيد لان الثانى لا يفيد الا ما أفاده الاول فيكون عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق ولان الطلاق ازالة الحل الحلية وانه قائم بعد الابانة فلم يكن اثبات الثابت فلم يكن مستحيلا وكذا الثانى يفيد غير ما أفاده

الاول وهو نقصان العدد فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا علق الطلاق بشرط ثم أبانها قبل وجود الشرط ثم وجد الشرط وهي في العدة انه لا يزل الظهار بخلاف ما اذا علق الابانة بشرط فنجز الابانة ثم وجد الشرط وهي في العدة انه يلحقها البائن المعلق لما ذكرنا ان الظهار تحريم والمبانة محرمة فلو لحقها الظهار بيمين كانت قبل الابانة لكان تحريم المحرم وهو مستحيل ثم هو غير مفيد فاستوى فيه الظهار المبتدأ والمعلق بشرط بخلاف البينونة المعلقة بشرط لان ثبوتها بعد تنجيز الابانة غير مستحيل وهو مفيد أيضا وهو نقصان العدد والله عز وجل الموفق ومنها ان يكون الظهار مضافا الى بدن الزوجة أو الى عضو منها جامع أو شائع وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط وتصح الاضافة اليها أو الى كل عضو منها وعلى هذا يخرج ما اذا قال لها رأسك على كظهر أمي أو وجهك أو رقبتك أو فرجك انه يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكانت الاضافة اليها اضافة الى جميع البدن وكذا اذا قال لها ثلثك على كظهر أمي أو ربعك أو نصفك ونحو ذلك من الاجزاء الشائعة ولو قال يدك أو رجلك أو أصبعك لا يصير مظاهرا عندنا خلافا للشافعي واختلف مشايخنا في الظهر والبطن وهذه الجملة قدمرت في كتاب الطلاق

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى المظاهر به فمنها أن يكون من جنس النساء حتى لو قال لها أنت على كظهر أبي أو ابني لا يصح لان الظهار عرفناه موجبا بالشرع والشرع انما ورد بها فيما اذا كان المظاهر به امرأة ومنها أن يكون عضوا لا يحل له النظر اليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها لا يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء من أمه يحل له النظر اليها ومنها أن تكون هذه الاعضاء من امرأة يحرم نكاحها عليه على التأبيد سواء حرمت عليه بالرحم كالام والبنت والاخت وبنت الاخ والاخت والعمة والخالة أو بالرضاع أو بالصهرية كامرأة أبيه وحليلة ابنه لانه يحرم عليه نكاحهن على التأبيد وكذا أم امرأته سواء كانت امرأته مدخولا بها أو غير مدخول بها لان نفس العقد على البنت محرم للام فكانت محرمة عليه على التأبيد وأما بنت امرأته فان كانت امرأته مدخولا بها فكذلك لانه اذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التأبيد وان كانت غير مدخول بها لا يصير مظاهرا لعدم الحرمة على التأبيد ولو شبهها بظهر امرأة زنى بها أبوه أو ابنه قال أبو يوسف هو مظاهر وقال محمد ليس بمظاهر بناء على أن قاضيا لو قضى بجواز نكاح امرأة زنى بها أبوه أو ابنه لا ينفذ قضاؤه عند أبي يوسف حتى لو رفع قضاؤه الى قاض آخر أبطله فكانت محرمة النكاح على التأبيد وعند محمد ينفذ قضاؤه وليس للقاضي الثاني أن يبطله اذا رفع اليه فلم تكن محرمة على التأبيد (وجه) قول أبي يوسف أن حرمة نكاح موطوأة الاب منصوص عليها قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء لان النكاح في اللغة الضم وحقيقة الضم في الوطء فلم يكن هذا محل الاجتهاد اذ الاجتهاد المخالف للنصوص باطل فالقضاء بالجواز يكون مخالفا للنص فكان باطلا بخلاف ما اذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللعان انه لا يكون مظاهرا وان كان لا يجوز له نكاحها عندي لانه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لان حرمة نكاحها غير منصوص عليه فلم تكن محرمة على التأبيد وجه قول محمد أن جواز نكاح هذه المرأة مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد وانه جائز عند الشافعي وقد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محل الاجتهاد وظاهر النص محتمل التأويل فكان للاجتهاد فيه مساغ وللرأى مجال ولو شبهها بظهر امرأة هي أم المزنى بها أو بنت المزنى بها لم يكن مظاهرا لان هذا فصل مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد في السلف فلم تكن المرأة المظاهر بها محرمة على التأبيد ولو قبل أجنبية بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبي حنيفة قال ولا يشبه هذا الوطء الوطء أبين وأظهر عنى بذلك انه لو شبه زوجته ببنت موطوأته فلا يصير مظاهرا فهذا أولى لان التقبيل واللمس والنظر الى الفرج سبب مفض الى الوطء فكان دون حقيقة الوطء فلما لم يصر مظاهرا بذلك فبهذا أولى وعند أبي يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة بالنظر منصوص عليها قال النبي صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة أو نظر الى فرجها حرمت عليه أمها وابنتها وعلى هذا يخرج ما اذا شبهها بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حال

أخرى كانت امرأته أو امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة أنه لا يكون مظاهرا لانها غير محرمة على التأبيد والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الظهار فللظهار أحكام منها حرمة الوطء قبل التكفير لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا أي فليحرروا كما في قوله سبحانه وتعالى والوالدات يرضعن أولادهن أي ليرضعن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن أي ليتربصن أمر المظاهر بتحرير رقبة قبل المسيس فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن للامر بتقديم التحرير قبل المسيس معنى وهو كقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم صدقة وانه يدل على حرمة النجوى قبل الصدقة اذ لو لم يحرم لم يكن للامر بتقديم الصدقة على النجوى معنى فكذا هذا وروى أن مسلمة بن صخر البياضي ظاهر من امرأته ثم أبصرها في ليلة قمراء وعليها خلخال فضة فاعجبته فوطئها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر أمره صلى الله عليه وسلم بالاستغفار والاستغفار انما يكون عن الذنب فدل على حرمة الوطء وكذا نهى المظاهر عن العود الى الجماع ومطلق النهي للتحريم فيدل على حرمة الجماع قبل الكفارة وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا قال أنت على كظهر أمي لم تحل له حتى يكفر ومنها حرمة الاستمتاع بها من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى فرجها عن شهوة قبل أن يكفر لقوله عز وجل من قبل أن يتماسا وأخف ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد اذ هو حقيقة لهما جميعا أعني الجماع واللمس باليد لوجود معنى المس باليد فيهما ولان الاستمتاع داع الى الجماع فاذا حرم الجماع حرم الداعي اليه اذ لو لم يحرم لادى الى التناقض ولهذا حرم في الاستبراء وفي الاحرام بخلاف باب الحيض والنفاس لان الاستمتاع هناك لا يفضي الى الجماع لوجود المانع وهو استعمال الاذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي الى الجماع ولان هذه الحرمة انما حصلت بتشبيه امرأته بأمه فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الام سواء وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه ولان الظهار كان طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح وتلك الحرمة تعم البدن كله كذا هذه ولا ينبغي للمرأة اذا ظاهر منها زوجها أن تدعه يقربها بالوطء والاستمتاع حتى يكفر لان ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام حرام ومنها أن للمرأة أن تطالبه بالوطء واذا طالبته به فعلى الحاكم أن يجبره حتى يكفر ويطأ لانه بالتحريم بالظهار أضر بها حيث منعها حقها في الوطء مع قيام الملك فكان لها المطالبة بايفاء حقها ودفع التضرر عنها وفي وسعه ايفاء حقها بازالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك ويجبر عليه لو امتنع ويستوى في هذه الاحكام جميع أنواع الكفارات كلها من الاعتاق والصيام والطعام أعني كما انه لا يباح له وطؤها والاستمتاع بها قبل التحرير والصوم لا يباح له قبل الاطعام وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت كفارته الاطعام جاز له أن يطأها قبله لان الله تعالى ما شرط تقديم هذا النوع على المسيس في كتابه الكريم ألا ترى انه لم يذكر فيه من قبل أن يتماسا وانما شرط سبحانه وتعالى في النوعين الاولين فقط فيقتصر الشرط على الموضع المذكور ولنا انه لو أبيح له الوطء قبل الاطعام فيطؤها ومن الجائز انه يقدر على الاعتاق والصيام في خلال الاطعام فتنتقل كفارته اليه فتبين ان وطأه كان حراما فيجب صيانته عن الحرام بايجاب تقديم الاطعام احتياطا وعلى هذا يخرج ما اذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له ان عليه أربع كفارات سواء ظاهر منهن باقوال مختلفة أو بقول واحد وقال الشافعي اذا ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة واحدة وجه قوله ان الظهار أحد نوعي التحريم فيعتبر بالنوع الآخر وهو الايلاء وهناك لا يجب الا كفارة واحدة بان قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن فقربهن فكذا ههنا (ولنا) الفرق بين الظهار وبين الايلاء وهو ان الظهار وان كان بكلمة واحدة فانها تتناول كل واحدة منهن على حيالها فصار مظاهرا من كل واحدة منهن والظهار تحريم

لا يرتفع الا بالكفارة فاذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الايلاء لان الكفارة ثمة تجب لحرمة اسم الله تعالى جبرا لهتكه والاسم اسم واحد فلا تجب الا كفارة واحدة وكذا اذا ظاهر من امرأة واحدة باربعة أقوال يلزمه أربع كفارات لانه أتى باربع تحريمات ولو ظاهر من امرأة واحدة فى مجلس واحد ثلاثا أو أربعا فان لم يكن له نية فعليه لكل ظهار كفارة لان كل ظهار يوجب تحريما لا يرتفع الا بالكفارة فان قيل انها اذا حرمت بالظهار الاول فكيف تحرم بالثانى وانه اثبات الثابت وانه محال ثم هو غير مفيد فالجواب ان الثانى ان كان لا يفيد تحريما جديدا فانه يفيد تأكيد الاول فلئن تعذر اظهاره فى التحريم أمكن اظهاره فى التكفير فكان مفيدا فائدة التكفير وان نوى به الظهار الاول فعليه كفارة واحدة لان صيغته صيغة الخبر وقد يكرر الانسان اللفظ على ارادة التغليظ والتشديد دون التجديد والظهار لا يوجب نقصان العدد فى الطلاق لانه ليس بطلاق ولا يوجب البينونة وان طالت المدة لانه لا يوجب زوال الملك وانما يحرم الوطء قبل التكفير مع قيام الملك وان جامعها قبل أن يكفر لا يلزمه كفارة أخرى وانما عليه التوبة والاستغفار ولا يجوز له أن يعود حتى يكفر لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لذلك الرجل الذى ظاهر من امرأته فواقعها قبل أن يكفر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر فامره صلى الله عليه وسلم بالاستغفار لما فعل لا بالكفارة ونهاه صلى الله عليه وسلم عن العود اليه الا بتقديم الكفارة عليه والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما ينتهى به حكم الظهار أو يبطل فحكم الظهار ينتهى بموت أحد الزوجين لبطلان محل حكم الظهار ولا يتصور بقاء الشئ فى غير محله وينتهى بالكفارة وبالوقت ان كان موقتا وبيان ذلك ان الظهار لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان موقتا فالمطلق كقوله أنت على كظهر أمى وحكمه لا ينتهى الا بالكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم لذلك المظاهر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر نهاه عن الجماع ومد النهى الى غاية التكفير فيمتد اليها ولا يبطل ببطلان ملك النكاح ولا ببطلان حل المحلية حتى لو ظاهر منها ثم طلقها طلاقا بائنا ثم تزوجها لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها حتى يكفر وكذا اذا كانت زوجته أمة فظاهر منها ثم اشتراها حتى بطل النكاح بملك اليمين وكذا لو كانت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها وكذا اذا ظاهر منها ثم ارتدت عن الاسلام فى قول أبى حنيفة واختلفت الرواية عن أبى يوسف على ما ذكرنا فى الايلاء وكذا اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول لا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة عليه لان الظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة والاصل أن التصرف الشرعى اذا انعقد مفيدا لحكمه وفى بقائه احتمال الفائدة أو وهم الفائدة يبقى لفائدة محتملة أو موهومة أصله الاباق الطارئ على البيع واحتمال العود ههنا قائم فيبقى واذا بقى يبقى على ما انعقد عليه وهو ثبوت حرمة لا ترتفع الا بالكفارة وان كان موقتا بان كان قال لها أنت على كظهر أمى يوما أو شهرا أو سنة صح التوقيت وينتهى بانتهاء الوقت بدون الكفارة عند عامة العلماء وهو أحد قولى الشافعى وفى قوله الآخر وهو قول مالك يبطل التأقيت ويتأبد الظهار وجه قوله أن الظهار أخو الطلاق اذ هو أحد نوعى التحريم ثم تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت كذا تحريم الظهار ولنا أن تحريم الظهار أشبه بتحريم اليمين من الطلاق لان الظهار تحله الكفارة كاليمين يحله الحنث ثم اليمين تتوقت كذا الظهار بخلاف الطلاق لانه لا يحله شئ فلا يتوقت والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كفارة الظهار فالكلام فيه يقع فى مواضع فى تفسير كفارة الظهار وفى بيان سبب وجوبها وفى بيان شرط وجوبها وفى بيان شرط جوازها أما تفسيرها فما ذكره الله عز وجل فى كتابه العزيز من أحد الانواع الثلاثة لكن على الترتيب الاعتاق ثم الصيام ثم الاطعام وأما سبب وجوب الكفارة فلا خلاف فى أن الكفارة لا تجب الا بعد وجود العود والظهار لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا غير أنه اختلف فى العود قال أصحاب الظواهر هو أن يكون لفظ الظهار وقال الشافعى هو امساك المرأة على النكاح بعد

الظهار وهو ان يسكت عن طلاقها عقيب الظهار مقدار ما يتمكنه طلاقها فيه فاذا أمسكها على النكاح عقيب الظهار مقدار
ما يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فقد وجبت عليه الكفارة على وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك سواء غابت أو ماتت
واذا غاب فسواء طلقها أو لم يطلقها راجعها أو لم يراجعها ولو طلقها عقيب الظهار بلا فصل يبطل الظهار فلا تجب
الكفارة لعدم امساك المرأة عقيب الظهار وقال أصحابنا العود هو العزم على وطئها عزما مؤكدا حتى لو عزم ثم بدا له في
أن لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لا أنه وجبت الكفارة بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم لان
الكفارة بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد وجه قول أصحاب الظواهر التمسك بظاهر لفظة العود لان العود في
القول عبارة عن تكراره قال الله تعالى ألم تر الى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه فكان معنى قوله ثم يعودون
لما قالوا أي يرجعون الى القول الاول فيكررونه وجه قول الشافعي أن قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم
يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل يقتضي وجوب الكفارة بعد العود وذلك فيما قلنا لا فيما قلتم لان عندكم
لا تجب الكفارة وانما يحرم الوطء الى أن يؤدي الكفارة فترتفع الحرمة وهذا خلاف النص ولنا أن قول القائل
قال فلان كذا ثم عاد قال في اللغة يحتمل أن يكون معناه عاد الى ما قال وفيما قال أي كرره ويحتمل أن يكون معناه
عاد لنقض ما قال فانه حكي أن اعرابيا تكلم بين يدي الاصمعي بانه كان يبني بناء ثم يعود له فقال له الاصمعي ما أردت
بقولك أعود له فقال أنقضه ولا يمكن حمله على الاول وهو التكرار لان القول لا يحتمل التكرار لان التكرار اعادة عين
الاول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور اعادتها وكذا النبي صلى الله عليه وسلم
لما أمر اويسا بالكفارة لم يسأله أنه هل كرر الظهار أم لا ولو كان ذلك شرطا لسأله اذ الموضع موضع الاشكال وكذا
الظهار الذي كان متعارفا بين أهل الجاهلية لم يكن فيه تكرار القول واذا تعذر حمله على الوجه الاول يحمل على
الثاني وهو العود لنقض ما قالوا وفسخه فكان معناه ثم يرجعون عما قالوا وذلك بالعزم على الوطء لان ما قاله المظاهر
هو تحريم الوطء فكان العود لنقضه وفسخه استباحة الوطء وبهذا تبين فساد تأويل الشافعي العود بامساك المرأة
واستبقاء النكاح لان امساك المرأة لا يعرف عودا في اللغة ولا امساك شئ من الاشياء يتكلم فيه بالعود ولان
الظهار ليس برفع النكاح حتى يكون العود لما قال استبقاء للنكاح فبطل تأويل العود بالامساك على النكاح والدليل على
بطلان هذا التأويل ان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا وثم للتراخي فمن جعل العود عبارة عن استبقاء النكاح
وامساك المرأة عليه فقد جعله عائدا عقيب القول بلا تراخ وهذا خلاف النص أما قوله ان النص يقتضي وجوب
الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة فليس كذلك بل عندنا تجب الكفارة اذا عزم على الوطء كأنه قال تعالى
اذا عزمت على الوطء فكفر قبله كما قال سبحانه وتعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وقوله سبحانه اذا ناجيتم
الرسول فقدموا ونحو ذلك واختلف أيضا في سبب وجوب هذه الكفارة قال بعضهم انها تجب بالظهار والعود جميعا
لان الله تعالى علقها بهما بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وقال بعضهم سبب
الوجوب هو الظهار والعود شرط لان الظهار ذنب ألا ترى أن الله تعالى جعله منكرا من القول وزورا والحاجة الى رفع
الذنب والزجر عنه في المستقبل ثابتة فتجب الكفارة لانها رافعة للذنب وزاجرة عنه والدليل عليه أنه تضاف الكفارة
الى الظهار لا الى العود يقال كفارة الظهار والاصل أن الاحكام تضاف الى أسبابها لا الى شروطها وقال بعضهم سبب
الوجوب هو العود والظهار شرط لان الكفارة عبادة والظهار محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب العبادة وقال
بعضهم كل واحد منهما شرط وسبب الوجوب أمر ثالث هو كون الكفارة طريقا متعينا لايفاء الواجب وكونه قادرا
على الايفاء لان ايفاء حقها في الوطء واجب ويجب عليه في الحكم ان كانت بكرا أو ثيبا ولم يطأها مرة وان كانت ثيبا
وقد وطئها مرة لا يجب فيما بينه وبين الله تعالى اتصال ذلك أيضا لايفاء حقها وعند بعض أصحابنا يجب في الحكم أيضا
حتى يجبر عليه ولا يمكنه ايفاء الواجب الا برفع الحرمة ولا ترتفع الحرمة الا بالكفارة فتلزمه الكفارة ضرورة ايفاء

الواجب على الاصل المعهود أن ايجاب الشئ ايجاب له ولما لا يتوصل اليه الا به كالامر باقامة الصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك والله أعلم (وأما) شرط وجوبها فالقدرة على أدائها لاستحالة وجوب الفعل بدون القدرة عليه فلا يجب على غير القادر وكذا العود أو الظهار أو كلاهما على حسب اختلاف المشايخ فيه على ما مر وأما شرط جوازها فلجواز هذه الكفارة من الانواع الثلاثة أعني الاعتاق والصيام والاطعام شرائط نذكرها في كتاب الكفارات ان شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

﴿كتاب اللعان﴾

الكلام في اللعان يقع في مواضع في بيان صورة اللعان وكيفيته وفي بيان صفة اللعان وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان شرائط الوجوب والجواز وفي بيان ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضي وفي بيان معنى اللعان وماهيته شرعا وفي بيان حكم اللعان وفي بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وفي بيان حكمه اذا سقط أو لم يجب أصلا مع وجود القذف (أما) صورة اللعان وكيفيته فالقذف لا يخلو اما أن يكون بالزنا أو بنفي الولد فان كان بالزنا فينبغي للقاضي أن يقيمهما بين يديه متماثلين فيأمر الزوج أولا أن يقول أربع مرات أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم يأمر المرأة أن تقول أربع مرات أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحتاج الى لفظ المواجهة فيقول الزوج فيما رميتك به من الزنا وتقول المرأة فيما رميتني به من الزنا وهو قول زفر ووجهه أن خطاب المعاينة فيه احتمال لانه يحتملها ويحتمل غيرها ولا احتمال في خطاب المواجهة فالاتيان بلفظ لا احتمال فيه أولى والجواب أنه لما قال أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وأشار اليها فقد زال الاحتمال لتعينها بالاشارة فكان لفظ المواجهة والمعاينة فيه سواء وان كان اللعان بنفي الولد فقد ذكر الكرخي أن الزوج يقول في كل مرة فيما رميتك به من نفي ولدك وتقول المرأة فيما رميتني به من نفي ولدي وذكر الطحاوي ان الزوج يقول في كل مرة فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها وتقول المرأة فيما رماني به من الزنا في نفي ولده وروى هشام عن محمد انه قال اذا لاعن الرجل بولد فقال في اللعان اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها بأن هذا الولد ليس مني وتقول المرأة اشهد بالله انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا بأن هذا الولد ليس منك وذكر ابن سماعة عن محمد في نوادره انه قال اذا نفى الولد يشهد بالله الذي لا اله الا هو انه لصادق فيما رماها به من الزنا ونفى هذا الولد قال القدوري وهذا ليس باختلاف رواية وانما هو اختلاف حال القذف فان كان القذف من الزوج بقوله هذا الولد ليس مني يكفي في اللعان ان يقول فيما رميتك به من نفي الولد لانه ما قذفها الا بنفي الولد وان كان القذف بالزنا ونفي الولد لا بد من ذكر الامرين لانه قذفها بالامرين جميعا وانما بدئ بالرجل لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم والفاء للتعقيب فيقتضي ان يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المرأة بعد لعانه وكذا روى انه لما نزلت آية اللعان وأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجري اللعان على ذينك الزوجين بدأ بلعان الرجل وهو قدوة لان لعان الزوج وجب حقا لها لان الزوج ألحق بها العار بالقذف فهي بمطالبتها اياه باللعان تدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها حقها وصاحب الحق اذا طالب من عليه الحق بايفاء حقه لا يجوز له التأخير كمن عليه الدين فان أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل ينبغي له ان يعيد اللعان على المرأة لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح قبل وجود شهادته ولهذا في باب الدعاوى يبدأ بشهادة المدعي ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا ههنا فان لم يعد لعانها حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان ليس بشهادة بل هو يمين ويجوز تقديم

احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتداعيين انه لا يلزم مراعاة الترتيب فيه بل يجوز تقديم أحدهما أيهما كان فكان تفريقه فى موضع الاجتهاد فنفذ والقيام ليس بشرط كذا روى الحسن عن أبى حنيفة انه قال لا يضره قائماً لاعن أو قاعدا لان اللعان اما ان يعتبر فيه معنى الشهادة واما ان يعتبر فيه معنى اليمين أو يعتبر فيه المعنيان جميعا والقيام ليس بلازم فيهما الا انه يندب اليه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم ندب عاصما وامرأته اليه فقال يا عاصم قم فاشهد بالله وقال لامرأته قومى فاشهدى بالله ولان اللعان من جانبه قائم مقام حد القذف ومن جانبها قائم مقام حد الزنا والسنة فى الحدود اقامتها على الاشهاد والاعلان والقيام أقرب الى ذلك والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما صفة اللعان فله صفات منها انه واجب عندنا وقال الشافعى ليس بواجب انما الواجب على الزوج بقذفها هو الحد الا ان له ان يخلص نفسه عنه بالبينة أو باللعان والواجب على المرأة اذا لاعن الزوج هو حد الزنا ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان حتى ان للمرأة ان تخاصمه الى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا واذا طالبته يجبره عليه ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه وعنده ليس لها ولاية المطالبة باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس اذا امتنع بل يقام عليه الحد وكذا اذا التعن الرجل تجبر المرأة على اللعان ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن او تقر بالزنا عندنا وعنده لا تجبر ولا تحبس بل يقام عليها الحد احتج الشافعى بقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة أوجب سبحانه وتعالى الجلد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره الا ان القاذف اذا كان زوجا له ان يدفع الحد عن نفسه بالبينة ان كانت له بينة وان لم تكن له بينة يدفعه باللعان فكان اللعان مخلصا له عن الحد وقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله جعل سبحانه وتعالى لعانها دافعا لحد الزنا عنها اذ الدرء هو الدفع لغة فدل ان الحد وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها ولان بلعانه يظهر صدقه فى القذف لان الظاهر انه لا يلاعن الا وان يكون صادقا فى قذفه فيجب عنها الحد الا ان لها ان تخلص نفسها عنه باللعان لانها اذا لاعنت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج فى القذف فلا يقام عليها الحد ولنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أى فليشهد أحدهم أربع شهادات بالله جعل سبحانه وتعالى موجب قذف الزوجات اللعان فمن أوجب الحد فقد خالف النص ولان الحد انما يجب لظهور كذبه فى القذف وبالامتناع من اللعان لا يظهر كذبه اذ ليس كل من امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه بل يحتمل انه امتنع منه صونا لنفسه عن اللعن والغضب والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال ولان الاحتمال من اليمين بدل واباحة والاباحة لا تجرى فى الحدود فان من أباح لغيره ان يقيم عليه الحد لا يجوز له أن يقيم وأما آية القذف فقد قيل ان موجب القذف فى الابتداء كان هو الحد فى الاجنبيات والزوجات جميعا ثم نسخ فى الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان والدليل عليه ما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل من الانصار فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم به جلدتموه وان أمسك أمسك على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت آية اللعان دل قوله وان تكلم به جلدتموه على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ فى الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره هكذا هو مذهب عامة مشايخنا وعند الشافعى يبنى العام على الخاص ويتبين ان المراد من العام ماوراء قدر الخاص سواء كان الخاص سابقا أو لاحقا وسواء علم التاريخ وبينهما زمان يصلح للنسخ أولا يصلح أو جهل التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلات تحت آية القذف على قوله فكيف يصح احتجاجه بها وأما قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب فلا حجة له فيه لان دفع العذاب يقتضى توجه العذاب لا وجوبه لانه حينئذ يكون رفعا لا دفعا على انه يحتمل ان يكون المراد من العذاب هو الحبس اذ الحبس يسمى عذابا قال الله تعالى فى قصة الهدهد لاعذبنه عذابا شديدا قيل فى التفسير لاحبسنه وهذا لان العذاب ينبئ عن معنى المنع

فى اللغة يقال أعذب أى منع وأعذب أى امتنع يستعمل لازما ومتعديا ومعنى المنع يوجد فى الحبس وهذا هو مذهبنا انها اذا امتنعت من اللعان تحبس حتى تلاعن أو تقر بالزنا فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس باللعان فاذن قلنا بموجب الآية الكريمة ومنها انه لا يحتمل العفو والابراء والصلح لانه فى جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفى جانبها قائم مقام حد الزنا وكل واحد منهما لا يحتمل العفو والابراء والصلح لما نذكر ان شاء الله تعالى فى الحدود وكذا لو عفت عنه قبل المرافعة أو صالحته على مال لم يصح وعليها رد بدل الصلح ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك كما فى قذف الاجنبى ومنها ان لا تجرى فيه النيابة حتى لو وكل أحد الزوجين باللعان لا يصح التوكيل لما ذكرنا انه بمنزلة الحد فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود ولانه شهادة أو يمين وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة فاما التوكيل باثبات القذف بالبينة فجائز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز ونذكر المسئلة فى كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان سبب وجوب اللعان فسبب وجوبه القذف بالزنا وانه نوعان أحدهما بغير نفى الولد والثانى بنفى الولد أما الذى بغير نفى الولد فهو ان يقول لامرأته يازانية أو زنيت أو رأيتك تزنين ولو قال لها جومعت جماعا حراما أو وطئت وطأ حراما فلا لعان ولا حد لعدم القذف بالزنا ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان ولا حد فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجب اللعان بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجد القذف بالزنا وعندهما هو زنا والمسئلة تأتى فى كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو كان له أربع نسوة فقذفهن جميعا بالزنا فى كلام واحد أو قذف كل واحدة بالزنا بكلام على حدة فان كان الزوج وهن من أهل اللعان يلاعن فى كل قذف مع كل واحدة على حدة لوجود سبب وجوب اللعان فى حق كل واحدة منهن وهو القذف بالزنا وان لم يكن الزوج من اهل اللعان يحد حد القذف ويكتفى بحد واحد عن الكل لان حد القذف يتداخل ولو كان الزوج من اهل اللعان والبعض منهن ليس من اهل اللعان يلاعن منهن من كانت من أهل اللعان لا غير ولو قال لامرأته يازانية بنت الزانية وجب عليه اللعان والحد لانه قذف زوجته وقذف امها وقذف الزوجة يوجب اللعان وقذف الاجنبية يوجب الحد ثم انهما اذا اجتمعا على مطالبة الحد يبدأ بالحد لاجل الام لان فى البداية اسقاط اللعان لانه يصير محدودا فى القذف فلم يبق من أهل الشهادة واللعان شهادة والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفى البداية باحدهما اسقاط الآخر يبدأ بما فيه اسقاط الآخر لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم وقد استطعنا درء الحد بهذا الطريق وان لم تطالبه الام وطالبته المرأة يلاعن بينهما ويقام حد القذف للام بعد ذلك ان طالبته به كذا ذكر فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى انه لا يقام الحد للام بعد اللعان وهذا غير سديد لان المانع من اقامة اللعان فى المسئلة الاولى هو خروج الزوج من أهلية اللعان لصيرورته محدودا فى القذف ولم يوجد ههنا وكذلك لو كانت امها ميتة فقال لها يازانية بنت الزانية كان لها المطالبة والخصومة فى القذفين لوجوب اللعان والحد ثم ان خاصمته فى القذفين جميعا يبدأ بالحد فيحد للام حد القذف لما فيه من اسقاط اللعان وان لم تخاصم فى قذف امها ولكنها خاصمت فى قذف نفسها يلاعن بينهما ويحد للام لما ذكرنا وكذلك الرجل اذا قذف أجنبية بالزنا ثم تزوجها وقذفها بالزنا بعد التزوج وجب عليه الحد واللعان لوجود سبب وجوب كل واحد منهما ثم ان خاصمته فى القذفين جميعا يبدأ بحد القذف حتى يسقط اللعان ولو لم تخاصم فى حد القذف وخاصمت فى اللعان يلاعن بينهما ثم اذا خاصمت فى الحد يحد لما قلنا والله أعلم وأما الذى بنفى الولد فهو ان يقول لامرأته هذا الولد من الزنا أو يقول هذا الولد ليس منى فان قيل قوله هذا الولد ليس منى لا يكون قذفا لها بالزنا لجواز أن لا يكون ابنه بل يكون ابن غيره ولا تكون هى زانية بان كانت وطئت بشبهة فالجواب نعم هذا الاحتمال ثابت لكنه ساقط الاعتبار بالاجماع لان الامة أجمعت على انه ان نفاه عن الاب المشهور بان قال له لست بأبيك يكون قاذفا لامه حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ولو جاءت زوجته بولد فقال لها لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف لانه أنكر الولادة وانكار الولادة لا يكون قذفا فان أقر بالولادة أو شهدت القابلة على

الولادة ثم قال بعد ذلك ليس بابنى وجب اللعان لوجود القذف ولو قال لامرأته وهى حامل ليس هذا الحمل منى لم يجب اللعان فى قول أبى حنيفة لعدم القذف بنفى الولد وقال أبو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت القذف وجب اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يجب وجه قولهما انها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت القذف فقد تيقنا بوجوده فى البطن وقت القذف ولهذا لو أوصى لحمل امرأته فجاءت به لاقل من ستة أشهر استحق الوصية واذا تيقنا بوجوده وقت النفى كان محتملا للنفى اذ الحمل تتعلق به الاحكام فان الجارية ترد على بائعها ويجب للمعتدة النفقة لاجل حملها فاذا نفاه يلاعن فاذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلم تتيقن بوجوده عند القذف لاحتمال انه حادث ولهذا لا تستحق الوصية ولابى حنيفة ان القذف بالحمل لو صح اما أن يصح باعتبار الحال أو باعتبار الثانى لا وجه للاول لانه لا يعلم وجوده للحال لجواز انه ريح لا حمل ولا سبيل الى الثانى لانه يصير فى معنى التعليق بالشرط كانه قال ان كنت حاملا فانت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط بخلاف الرد بعيب الحبل لانه يمكن القول بالرد على اعتبار الحال لوجود العيب ظاهرا واحتمال الريح خلاف الظاهر فلا يورث الا شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهات بخلاف القذف والنفقة لا يختص وجوبها بالحمل عندنا فانها تجب لغير الحامل ولا يقطع نسب الحمل قبل الولادة بلا خلاف بين أصحابنا أما عند أبى حنيفة فظاهر لانه لا يلاعن وقطع النسب من أحكام اللعان وأما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل وانما يستحق اسم الولد بالانفصال ولهذا لا يستحق الميراث والوصية الا بعد الانفصال وعند الشافعى يلاعن ويقطع نسب الحمل واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته وهى حامل والحق الولد بها فدل ان القذف بالحمل يوجب اللعان وقطع نسب الحمل ولا حجة له فيه لان هلالا لم يقذفها بالحمل بل بصريح الزنا وذكر الحمل وبه نقول ان من قال لزوجته زنيت وأنت حامل يلاعن لانه لم يعلق القذف بالشرط وأما قطع النسب فلان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحى ان هناك ولدا الا ترى انه قال صلى الله عليه وسلم ان جاءت به على صفة كذا فهو لكذا وان جاءت به على صفة كذا فهو لكذا ولا يعلم ذلك الا بالوحى ولا طريق لنا الى معرفة ذلك فلا ينفى الولد والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب اللعان وجوازه فانواع بعضها يرجع الى القاذف خاصة وبعضها يرجع الى المقذوف خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذى يرجع الى القاذف خاصة فواحد وهو عدم اقامة البينة لان الله تعالى شرط ذلك فى آية اللعان بقوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللعان ويقام عليها حد الزنا لانه قد ظهر زناها بشهادة الشهود ولو شهد أربعة أحدهم الزوج فان لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا وعند الشافعى لا تقبل شهادة الزوج عليها وجه قول الشافعى ان الزوج متهم فى شهادته لاحتمال انه حمله الغيظ على ذلك ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يدفع المغرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المغرم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ان شهادته بالقبول أولى من شهادة الاجنبى لانها أبعد من التهمة اذ العادة ان الرجل يستر على امرأته ما يلحقه به شين فلم يكن متهما فى شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده وقوله انه يدفع المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فانه لم يسبق منه قذف يوجب اللعان فانه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها فصار كشهادة الاجنبى فانها تقبل ولا تجعل دافعا للحد عن نفسه كذا هذا وان كان الزوج قذفها أولا ثم جاء بثلاثة سواه فشهدوا فهم قذفة يحدون وعلى الزوج اللعان لانه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته جعل دافعا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصار قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج لقذف زوجته فان جاء هو وثلاثة شهدوا انها قد زنت فلم يعدلوا فلا

حد عليها الان زناها لم يثبت الا بشهادة الفساق ولا حد عليهم لان الفاسق من أهل الشهادة ألا ترى ان تعالى أمر بالتوقيف فى بيانه فقد وجد اتيان أربعة شهداء فكيف يجب عليهم الحد ولا لعان على الزوج لانه شاهد وليس بقاذف فان شهد وامعه ثلاثة عمى حدوحدوا أى يلاعن الزوج ويحدون حد القذف لان العميان لا شهادة لهم قطعا فلم يكن قولهم حجة أصلا فكانوا قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج لان قذف الزوج يوجب اللعان اذا لم يأت بأربعة شهداء ولم يأت بهم وأما الذى يرجع الى المقذوف خاصة فشيئان أحدهما انكارها وجود الزنا منها حتى لو أقرت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا وهو الجلد ان كانت غير محصنة والرجم ان كانت محصنة لظهور زناها باقرارها والثانى عفتها عن الزنا فان لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الحد فى قذف الاجنبية اذا لم تكن عفيفة لانه اذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها ولما نذكر فى كتاب الحدود ونذكر تفسير العفة عن الزناء فيه ان شاء الله تعالى وعلى هذا قالوا فى المرأة اذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها انه لا يجب عليه اللعان ولو قذفها أجنبي لا يجب عليه الحد لانها وطئت وطأ حراما فذهبت عفتها ثم رجع أبو يوسف وقال يجب بقذفها الحد واللعان لان هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر فكان كالموجود فى النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا والجواب ان الوطء حرام لعدم النكاح انما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغى أن يجب الحد عليها الا انه سقط للشبهة فلان يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة أولى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو أن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين فى القذف أما اعتبار الزوجية فلان الله تبارك وتعالى خص اللعان بالازواج بقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم وانه حكم ثبت تعبدا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد وانما ورد التعبد به فى الازواج فيقتصر عليهم وعلى هذا قال أصحابنا ان من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية اذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وقال الشافعى يلاعنها اذا كان القذف بنفي الولد لان القذف اذا كان بنفي الولد تقع الحاجة الى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع النسب والجواب ان قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان الا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية ولو طلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالابانة والثلاث ولو طلقها طلاقا رجعيا ثم قذفها يجب اللعان لان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ولو قذف امرأته بزنا كان قبل الزوجية فعليه اللعان عندنا وعند الشافعى عليه حد القذف واحتج بآية القذف وهى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولنا آية اللعان وهى قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله من غير فصل بين ما اذا كان القذف بزنا بعد الزوجية أو قبلها والدليل على انه قذف زوجته انه أضاف القذف اليها وهى للحال زوجته الا انه قذفها بزنا متقدم وبهذا لا تخرج من أن تكون زوجته فى الحال كما اذا قذف أجنبية بزنا متقدم حتى يلزمه القذف كذا ههنا وأما آية القذف فهى متقدمة على آية اللعان فيجب تخريجها على التناسخ فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره عند عامة مشايخنا وعنده يقضى العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر ولو قذف امرأته بعد موتها لم يلاعن عندنا وعند الشافعى يلاعن على قبرها واحتج بظاهر قوله عز وجل فى آية اللعان فشهادة احدهم من غير فصل بين حال الحياة والموت ولنا قوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم الآية خص سبحانه وتعالى اللعان بالازواج وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد قذف الزوجة فلا يجب اللعان وبه تبين ان الميتة لم تدخل تحت الآية لان الله تعالى أوجب هذه الشهادة بقذف الازواج بقوله والذين يرمون أزواجهم وبعد الموت لم تبق زوجة له وأما اعتبار الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنطق وعدم الحد فى القذف فالكلام فى اعتبار هذه الاوصاف شرطا لوجوب اللعان فرع الكلام فى معنى اللعان وماهيته شرعا وقد اختلف فيه قال أصحابنا ان اللعان شهادة مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن

وبالغضب وانه فى جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفى جانبها قائم مقام حد الزنا وقال الشافعى اللعان ايمان بلفظ الشهادة مقرونة باللعن والغضب فكل من كان من اهل الشهادة واليمين كان من اهل اللعان ومن لا فلا عندنا وكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان عنده سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن ومن لم يكن من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان احتج الشافعى بقوله تعالى فى تفسير اللعان فشاهدة أحدهم أربع شهادات بالله فسر الله تعالى اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين الا ترى ان من قال أشهد بالله يكون يمينا الا انه يمين بلفظ الشهادة ولان اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى لان الشهادة لا تفتقر الى ذلك وانما اليمين هى التى تفتقر اليه ولانه لو كان شهادة لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كما فى سائر المواضع التى للمرأة فيها شهادة فينبغى ان تشهد المرأة عشرة مرات فلما لم يكن ذلك دل انه ليس بشهادة والدليل على انه يمين ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فرق بين المتلاعنين وكانت المرأة حبلى فقال لها اذا ولدت ولدا فلا ترضعيه حتى تأتينى به فلما انصرفوا عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ولدته احمر مثل الدبس فهو يشبه اباه الذى نفاه وان ولدته اسود ادعج جعدا قططا فهو يشبه الذى رميت به فلما وضعت واتت به رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر اليه فاذا هو أسود أدعج جعد قطط على ما نعته رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التى سبقت لكان لى فيها رأى وفى بعض الروايات لكان لى ولها شأن فقد سمى صلى الله عليه وسلم اللعان أيمانا لا شهادة فدل انه يمين لا شهادة (ولنا) قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله والاستدلال بالآية الكريمة من وجهين احدهما انه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء لانه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والمستثنى من جنس المستثنى منه والثانى انه سمى اللعان شهادة نصا بقوله عز وجل فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله والخامسة أى الشهادة الخامسة وقال تعالى فى جانبها ويدرأ عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله والخامسة أى الشهادة الخامسة الا انه تعالى سماه شهادة بالله تأكيدا للشهادة باليمين فقوله أشهد يكون شهادة وقوله بالله يكون يمينا وهذا مذهبنا انه شهادات مؤكدة بالايمان وهو أولى مما قاله المخالف لانه عمل باللفظين فى معنيين وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد فكان ماقلناه أولى والدليل على انه شهادة انه شرط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم وأما قوله لو كان شهادة لكان فى حق المرأة على النصف من شهادة الرجل فنقول هو شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط لفظة الشهادة فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة فى العدد عملا بالشبهين جميعا ولا حجة له فى الحديث لانه روى فى بعض الروايات لولا ما مضى من الشهادات وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة ثم نقول بموجبه انه يمين لكن هذا لا ينفى ان يكون شهادة فهو شهادة مؤكدة باليمين والله تعالى الموفق واذا عرف هذا الاصل تخرج عليه المسائل أما اعتبار العقل والبلوغ فلان الصبى والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين فلا يكونان من أهل اللعان بالاجماع وأما الحرية فالمملوك ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل اللعان بالاجماع وأما الاسلام فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم وان كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر واذا كانا كافرين فالكافر وان كان من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين بالله تعالى لانه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصح ظهار الذمى عندنا واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالايمان فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان وأما اعتبار النطق فلان الاخرس لا شهادة له لانه لا يتأتى منه لفظة الشهادة ولان القذف منه لا يكون الا بالاشارة والقذف بالاشارة يكون فى معنى القذف بالكتابة وانه لا يوجب اللعان كما لا يوجب الحد لما نذكره فى الحدود ان شاء الله تعالى وأما المحدود فى القذف فلا شهادة له لان الله تعالى رد شهادته على التأبيد ولا يلزم على هذا الاصل قذف الفاسق والاعمى فانه يوجب اللعان ولا شهادة لهما لان الفاسق له شهادة فى الجملة ولهما جميعا أهلية الشهادة ألا ترى أن القاضى لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه ومعلوم

انه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك الا انه لا تقبل شهادة الاعمى في سائر المواضع لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لا لانه ليس من أهل الشهادة ثم هذه الشرائط كما هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها وعند الشافعي يجري اللعان بين المملوكين والاخرسين والمحدودين في القذف لان هؤلاء من أهل اليمين فكانوا من أهل اللعان وكذا بين الكافرين لان يمين الكافر صحيحة عنده لا من أهل الاعتاق والكسوة والاطعام ولهذا قال يجوز ظهار الذمي وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة وأبي يوسف انهما اذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما لان اللعان لما كان شهادة فالشهود اذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عزل قبل القضاء بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهادة وعند محمد لا يستقبل اللعان وقوله لا يخرج على هذا الاصل ولكن الوجه له ان اللعان قائم مقام الحد فاذا التعنا فكانه أقيم الحد والحد بعد اقامته لا يؤثر فيه العزل والموت والجواب ان حكم القذف لا يتناهى الا بالتفريق فيؤثر العزل والموت قبله ثم ابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم لا لعان بين المسلم والكافرة والعبد والحرة والحر والامة والكافر والمسلمة وصورته الكافر أسلمت زوجته فقبل ان يعرض الاسلام على زوجها قذفها بالزنا (ولنا) أصل آخر لتخريج المسائل عليه وهو ان كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبيا لا يوجب اللعان اذا كان القاذف زوجا لان اللعان موجب القذف في حق الزوج كما ان الحد موجب القذف في الاجنبي وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجب الحد لو كان أجنبيا فاذا كان زوجا لا يوجب اللعان وابتداء ما يحتج به الشافعي عموم آية اللعان الا من خص بدليل ولا حجة له فيها لان الله تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء في آية اللعان واستثناهم من الشهداء المذكورين في آية القذف ولم يدخل واحد ممن ذكرنا في المستثنى منهم فكذا في المستثنى لان الاستثناء استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها وأما الذي يرجع الى المقذوف به والمقذوف فيه ونفس القذف فنذكره في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي فسبب ظهور القذف نوعان أحدهما البينة اذا خاصمت المرأة فانكر القذف والافضل للمرأة ان تترك الخصومة والمطالبة لما فيهما من اشاعة الفاحشة وكذا تركها من باب الفضل والاكرام وقد قال الله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم فان لم تترك وخاصمته الى القاضي يستحسن للقاضي ان يدعوهما الى الترك فيقول لها اتركي وأعرضي عن هذا لانه دعاء الى ستر الفاحشة وانه مندوب اليه فان تركت وانصرفت ثم بدا لها ان تخاصمه فلها ذلك وان تقادم العهد لان ذلك حقها وحق العبد لا يسقط بالتقادم فان خاصمته وادعت عليه انه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل منها في اثبات القذف الا بشهادة رجلين عدلين ولا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي كما لا يقبل في اثبات القذف على الاجنبي لان اللعان قائم مقام حد القذف وأسباب الحدود ولا يقبل في اثباتها شهادة النساء على النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها والحدود تدرأ بالشبهات والثاني الاقرار بالقذف وشرط ظهور القذف بالبينة والاقرار هو الخصومة والدعوى لما نذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه و بيان حكمه اذا سقط أو لم يجب أصلا فنقول وبالله التوفيق كل ما يمنع وجوب اللعان اذا اعترض بعد وجوبه يسقط كما اذا جنى بعد القذف أو جن أحدهما أو ارتدا أو ارتد أحدهما أو خرسا أو خرس أحدهما أو قذف أحدهما انسانا فحد حد القذف أو وطئت المرأة وطأ حراما فلا يجب عليه الحد وكذا اذا أبانها بعد القذف فلا حد ولا لعان أما عدم وجوب الحد فلان القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد وأما عدم وجوب اللعان فلزوال الزوجية وقيام الزوجية شرط جريان اللعان لان الله سبحانه

وتعالى خص اللعان بالازواج ولو طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط اللعان لان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قال لها يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان لان قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد لانه قذف الزوجة ولما قال أنت طالق ثلاثا فقد أبطل الزوجية واللعان لا يجرى في غير الازواج ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان لانه قذفها بعد الابانة وهي أجنبية بعد الابانة وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الاتيان به اذ من المحال ان يؤمر ان يشهد بالله انه لمن الصادقين وهو يقول انه كاذب ويجب الحد لما نذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو أكذبت المرأة نفسها في الانكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر ان شاء الله تعالى ولو لم ينعقد القذف موجبا للعان أصلا لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلا فقالوا ان كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حد ولا لعان وان كان القذف صحيحا وان كان لمعنى من جانبه فان لم يكن القذف صحيحا فكذلك وان كان صحيحا يحد وعلى هذا الاصل خرجوا جنس هذه المسائل فقالوا اذا أكذب نفسه يحد لان سقوط اللعان لمعنى من جانبه وهو اكذابه نفسه والقذف صحيح لانه قذف عاقل بالغ فيجب الحد ولو أكذبت نفسها في الانكار وصدقت الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وان كانت على صفة الالتعان لان سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو اكذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الالتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود في قذف فعليه الحد لان قذفها قذف صحيح وانما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو انه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيا أو مجنونا فلا حد ولا لعان وان كانت المرأة على صفة الالتعان لان قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغا مسلما غير محدود في قذف والزوجة لا بصفة الالتعان بان كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان لان قذفها ليس بقذف صحيح ألا ترى ان أجنبيا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة بالغة عفيفة الا انها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان لان القذف وان كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو انها ليست من أهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وان كان كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فقذفها فعليه الحد لان القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى في الزوج ولا يقال انه سقط لمعنى في المرأة بدليل ان الزوج لو لم يكن محدودا والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها وان كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي ان لا يجب اللعان ولا الحد لانا نقول القذف الصحيح انما تعتبر فيه صفات المرأة اذا كان الزوج من أهل اللعان فاما اذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وانما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان حكم اللعان والثاني في بيان ما يبطل حكمه. أما بيان حكم اللعان فللعان حكمان أحدهما أصلي والآخر ليس بأصلي أما الحكم الاصلي للعان فنذكر أصل الحكم وصفه أما الاول فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وايلاؤه ويجرى التوارث بينهما قبل التفريق وقال زفر والشافعي هو وقوع الفرقة بنفس اللعان الا ان عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج قبل ان تلتعن المرأة وجه قول الشافعي ان الفرقة أمر يختص بالزوج ألا ترى انه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق واحتج زفر بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص ولنا ما روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما ان رجلا لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة وعن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدى

و بين امرأته فرق بينهما و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى و بين امرأته فلما فرغا من
اللعان فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام الله يعلم ان أحدكما لكاذب فهل منكما تائب قال ذلك ثلاثا فابيا ففرق
بينهما فدلت الاحاديث على ان الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها اذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ولان ملك النكاح كان ثابتا قبل اللعان والاصل ان الملك متى
ثبت لانسان لا يزول الا بازالته أو بخروجه من ان يكون منتفعا به فى حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الازالة من
الزوج لان اللعان لا ينبئ عن زوال الملك لانه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك ولهذا
لا يزول بسائر الشهادات والايمان والقدرة على الامتناع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما
ذكره الشافعى ثم قول الشافعى مخالف لآية اللعان لان الله تعالى خاطب الازواج باللعان بقوله عز وجل والذين
يرمون أزواجهم الى آخر ما ذكر فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهى غير زوجة وهذا خلاف النص
وأما زفر فلا حجة له فى الحديث لان المتلاعن متفاعل من اللعن وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا
يبقى فاعلا حقيقة فلا يبقى ملاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لاثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه وانما
الثابت عقيبه وجوب التفريق فان فرق الزوج بنفسه والا ينوب القاضى منابه فى التفريق فاذا فرق بعد تمام
اللعان وقعت الفرقة فان أخطأ القاضى ففرق قبل تمام اللعان ينظر ان كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ
التفريق وان لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ وانما كان كذلك لان تفريق
القاضى اذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد فى موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما فى سائر
المجتهدات والدليل على ان تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة احدها انه عرف أن الاكثر يقوم مقام الكل
فى كثير من الاحكام فاقتضى اجتهاده الى أن الاكثر يقوم مقام الكل فى اللعان والثانى انه اجتهد ان التكرار فى
اللعان للتأكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد فى الاكثر والثالث انه زعم انه لما ساغ للشافعى الاقتصار على لعان
الزوج اذا قذف المجنونة أو الميتة فلان يسوغ له الاجتهاد بعدما كمل الزوج لعانه واتيان المرأة بأكثر اللعان
أولى فثبت ان قضاء القاضى صادف محل الاجتهاد فينفذ فان قيل شرط جواز الاجتهاد ان لا يخالف النص وهذا قد
خالف النص من الكتاب والسنة لان كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص وكذا النبى صلى الله عليه وسلم لاعن
بين الزوجين على ذلك العدد واذا كان العدد منصوصا عليه فالاجتهاد اذا خالف النص باطل فالجواب ممنوع ان
اجتهاد القاضى خالف النص فان التنصيص على عدد لا ينفى جواز الاكثر واقامته مقام الكل ولا يقتضى الجواز
أيضا فلم يكن الحكم منصوصا عليه بل كان مسكوتا عنه فكان محل الاجتهاد وفائدته التنصيص على العدد المذكور
والتنبيه على الاصل والاولى وهذا لا ينفى الجواز وأما الثانى فقد اختلف العلماء فيه أيضا قال أبو حنيفة ومحمد
الفرقة فى اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ماداما على حالة اللعان فان
أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو أكذبت المرأة نفسها بان صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان وقال أبو يوسف
وزفر والحسن بن زياد هى فرقة بغير طلاق وانها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول
النبى صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وهو نص فى الباب وكذا روى عن جماعة من الصحابة رضى
الله عنهم مثل عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم انهم قالوا المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ولابى حنيفة
ومحمد ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عويمر العجلانى و بين امرأته فقال عويمر كذبت عليها
يا رسول الله ان أمسكتها فهى طالق ثلاثا وفى بعض الروايات كذبت عليها ان لم أفارقها فهى طالق ثلاثا فصار طلاق
الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين لان عويمر طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
فانفذها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب على كل ملاعن ان يطلق فاذا امتنع ينوب القاضى منابه فى

التفريق فيكون طلاقا كما في العنين ولان سبب هذه الفرقة قذف الزوج لانه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة الى القذف السابق وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقا كما في العنين والخلع والايلاء ونحو ذلك وهو قول السلف ان كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق من نحو ابراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم رضي الله عنهم وأما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا ان حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وكما فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة فانصرف المراد الى الحكم وهو ان يكون حكم اللعان فيهما ثابتا فاذا أكذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما لجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف انهم ان يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا اذا أبدا أي مادامو في ملتهم ألا ترى انهم اذا لم يفعلوا يفلحوا فكذا هذا وأما الحكم الذي ليس بأصلي للعان فهو وجوب قطع النسب في أحد نوعي القذف وهو القذف بالولد لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن أمية و بين زوجته وفرق بينهما نفى الولد عنه والحقه بالمرأة فصار النفي أحد حكمي اللعان ولان القذف اذا كان بالولد فغرض الزوج ان ينفي ولدا ليس منه في زعمه فوجب النفي تحقيقا لغرضه واذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللعان فلا يجب قبل وجوده وعلى هذا قلنا ان القذف اذا لم ينعقد موجبا للعان أو سقط بعد الوجوب ووجب الحد أو لم يجب أو لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لا ينقطع نسب الولد وكذا اذا نفى نسب ولد حرة فصدقته لا ينقطع نسبه لتعذر اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله انه لمن الكاذبين وقد قالت انه صادق واذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لانه حكمه و يكون ابنهما لا يصدقان على نفيه لان النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع الا باللعان ولم يوجد ولا يعتبر تصادقهما على النفي لان النسب يثبت حقا للولد وفي تصادقهما على النفي ابطال حق الولد وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان نحو ما اذا علقت وهي كتابية أو أمة ثم أعتقت الامة أو أسلمت الكتابية فولدت فنفاه انه لا ينقطع نسبه لانه لا تلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان ثم لوجود قطع النسب شرائط منها التفريق لان النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفي ومنها ان يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو بيومين أو نحو ذلك من مدة توجد فيها التهنئة أو ابتياع آلات الولادة عادة فان نفاه بعد ذلك لا ينتفي ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتا وروى عن أبي حنيفة انه وقت له سبعة أيام وأبو يوسف ومحمد وقتاه بأكثر النفاس وهو أربعون يوما واعتبر الشافعي الفور فقال ان نفاه على الفور انتفى والا لزمه وجه قوله ان ترك النفي على الفور اقرار منه دلالة فكان كالاقرار نصا وجه قولهما ان النفاس أثر الولادة فيصح نفي الولد مادام أثر الولادة ولابي حنيفة ان هذا أمر يحتاج الى التأمل فلا بد له من زمان التأمل وانه يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال فتعذر التوقيت فيه فيحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة أو مضي مدة يفعل ذلك فيها عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك و بهذا يبطل اعتبار الفور لان معنى التأمل والتروي لا يحصل بالفور وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب انه له ان ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بلوغ الخبر لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصار حال القدوم و بلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا وروى عن أبي يوسف انه قال ان قدم قبل الفصال فله ان ينفيه في مقدار مدة النفاس وان قدم بعد الفصال فليس له ان ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره القدوري و وجهه ان الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الاول فصار كمدة النفاس و بعد الفصال انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال الصغر فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ان بلغه الخبر في مدة النفاس فله ان ينفي الى تمام مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد أربعين فقد روى عن أبي يوسف

انه قال له أن ينفى الى تمام سنتين لانه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر فى غير رواية الاصول عن أبى يوسف انه لا يقطع النسب و يلاعن وعن محمد انه قال ينتفى الولد اذا نفاه بعد بلوغ الخبر الى أربعين يوما ومنها أن لا يسبق النفى عن الزوج ما يكون اقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا دلالة فان سبق لا يقطع النسب من الاب لان النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفى بوجه لانه لما أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفى فالنص نحو ان يقول هذا ولدى أو هذا الولد منى والدلالة هى ان يسكت اذا هنئ ولا يرد على المهنئ لان العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة فكان السكوت والحالة هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف وروى ابن رستم عن محمد انه اذا هنئ بولد الامة فسكت لم يكن اعترافا وان سكت فى ولد الزوجة كان اعترافا ووجه الفرق ان نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش الا ان له غرضية النفى من الزوج فاذا سكت عند التهنئة دل على انه لا ينفيه فبطلت الغرضية فتقرر النسب فاما ولد الامة فلا يثبت نسبه الا بالدعوة ولم توجد فان جاءت بولدين فى بطن فاقر باحدهما ونفى الآخر فان أقر بالاول ونفى الثانى لاعن ولزمه الولدان جميعا اما لزوم الولدين فلان اقراره بالاول اقرار بالثانى لان الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالولد الواحد انه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فاذا نفى الثانى فقد رجع عما أقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعا و يلاعن لان من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وان كان لا يقطع نسبه لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه فى الجملة ألا ترى انه شرع فى المقذوفة بغير ولد ثم انما وجب اللعان لانه لما أقر بالاول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا ومن قال لامرأته أنت عفيفة ثم قال لها أنت زانية يلاعن وان نفى الاول واقر بالثانى حد ولا لعان و يلزمانه جميعا أما ثبوت نسب الولدين فلان نفى الاول وان تضمن نفى الثانى فالاقرار بالثانى يتضمن الاقرار بالاول فيصير مكذبا نفسه ومن وجب عليه اللعان اذا أكذب نفسه يحد واذا حد لا يلاعن لانهما لا يجتمعان ولانه لما نفى الاول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثانى فقد وصفها بالعفة ومن قال لامرأته أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة يحد حد القذف ولا يلاعن ومنها ان يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فان لم يكن لا يقطع نسبه من الاب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن و يلزمه الولد لان النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفى الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك اذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن و يلزمه الولدان لما قلنا وكذلك اذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن الزوج و يلزمه الولد لما قلنا وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما ثم مات قبل اللعان أو قتلا يلاعن و يلزمه الولدان لان النسب بعد الموت لا يحتمل القطع و يلاعن لما قلنا وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان لان نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت فكذا نسب الحى لانهما توأمان وأما اللعان فقد ذكر الكرخى انه يلاعن ولم يذكر الخلاف وكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وذكر ابن سماعة الخلاف فى المسئلة فقال عند أبى يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل وجه قول محمد ان اللعان قد وجب بالنفى فلو بطل انما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان ولابى يوسف ان المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعنى القذف بنفى الولد هو نفى الولد فاذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن فى بقاء اللعان فائدة فلا ينفى الولد ولو ولدت ولدا فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق والزم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ثم ولدت ولدا آخر من الغد لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لانه قد ثبت نسب الولد الثانى اذ لا يمكن قطعه بما وجد من اللعان لان حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثانى وان قال الزوج هما ابناى لا حد عليه لانه صادق فى اقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتى النسب منه شرعا فان قيل أليس انه اكذب نفسه بقوله هما ابناى لانه سبق منه نفى الولد ومن

نفى الولد فلوعن ثم أكذب نفسه فيقام عليه الحد كما اذا جاءت بولد واحد فقال هذا الولد ليس منى فلاعن الحاكم بينهما ثم
قال هو ابنى فالجواب ان قوله هما ابناى يحتمل الاكذاب و يحتمل الاخبار عن حكم لزمه شرعا وهو ثبوت نسب
الولدين فلا يجعل اكذابا مع الاحتمال بل حمله على الاخبار أولى لانه لو جعل اكذابا للزمه الحد ولو جعل اخبارا عما قلنا
لا يلزمه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم حتى لو قال كذبت
فى اللعان وفيما قذفتها به من الزنا يحد لانه نص على الاكذاب فزال الاحتمال وقد قال مشايخنا ان الاقرار بالولد بعد
النفى انما يكون اكذابا اذا كان المقر بحال لو لم يقر به للوعن به اذا كان من أهل اللعان وههنا لم يوجد لانه لو لم يقر بهما لم
يلاعن بخلاف الفصل الاول فانه لو لم يقر بهما للوعن به وعلى هذا قالوا وولدت امرأته ولدا فقال هو ابنى ثم ولدت آخر
فنفاه ثم اقر به لا حد عليه لانه لم يصر مكذبا نفسه بهذا الاقرار ألا ترى انه لو لم يقر به لا يلاعن بنفى الولد لثبوت نسب
الولدين ولو قال ليسا بابنى كانا ابنيه ولا حد عليه لانه أعاد القذف الاول وكرره لتقدم القذف منه واللعان والملاعن اذا
كرر القذف لا يجب عليه الحد ولو طلق امرأته طلاقا رجعيا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جاءت بولد بعد
سنتين بيوم فاقر به فقد بانت ولا لعان ولا حد فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هذه رجعية وعلى الزوج الحد
فنذكر أصلهما وأصله ونخرج المسئلة عليه فمن أصلهما ان الولد الثانى يتبع الولد الاول لانها جاءت به فى مدة يثبت
نسبه فيها وهكذا هو سابق فى الولادة فكان الثانى تابعا له فجعل كانها جاءت بهما لاقل من سنتين فلا تثبت الرجعة
فتبين بالولد الثانى فتصير أجنبية فيتعذر اللعان ومن أصله ان الولد الاول يتبع الثانى لان الثانى حصل من وطء حادث
بعد الطلاق بيقين اذ الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين والاول يحتمل انه حصل من وطء حادث أيضا واننا نرد
المحتمل الى المحكم فجعل الاول تابعا للثانى فصار كانها ولدتهما بعد سنتين والمطلقة طلاقا رجعيا اذا جاءت بولد لاكثر
من سنتين ثبتت الرجعة لانه يكون من وطء حادث بعد الطلاق بيقين فيصير مراجعا لها بالوطء فاذا أقر بالثانى بعد
نفى الاول فقد أكذب نفسه فيحد وان كان الطلاق بائنا والمسئلة بحالها يحد و يثبت نسب الولدين عندهما وعند
محمد لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين لان من أصلهما ان الولد الثانى يتبع الاول فتجعل كانها جاءت بهما لاقل
من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية و يجب الحد لاكذاب نفسه ومن أصله ان الاول يتبع
الثانى وتجعل كانها جاءت بهما لاكثر من سنتين والمرأة مبتوتة والمبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين لا يثبت نسب
الولد ولا يحد قاذفها لان معها علامة الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها ومنها ان
لا يكون نسب الولد محكوما بثبوته شرعا كذا ذكر الكرخى فان كان لا يقطع نسبه فصورته ماروى عن أبى يوسف انه
قال فى رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبى بالولد الذى جاءت به فضرب القاضى الاجنبى الحد
فان نسب الولد يثبت من الزوج و يسقط اللعان لان القاضى لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه والحكم بكذبه حكم
بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفى باللعان كالنسب المقر به وانما سقط اللعان لان الحاكم لما حد
قاذفها فقد حكم باحصانها فى عين ما قذفت به ثم اذا قطع النسب من الاب والحق الولد بالام يبقى النسب فى حق سائر
الاحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة اليه ولا يجب
القصاص على الاب بقتله ونحو ذلك من الاحكام الا انه لا يجرى التوارث بينهما ولا نفقة على الاب لان النفى باللعان
يثبت شرعا بخلاف الاصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولد
للفراش فلا يظهر فى حق سائر الاحكام

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به حكم اللعان فكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق
وهو ما ذكرنا من جنونهما بعد اللعان قبل التفريق أو جنون أحدهما أو خرسهما أو خرس أحدهما أو ردتهما أو ردة
أحدهما أو صيرورة أحدهما محدودا فى قذف أو صيرورة المرأة موطوءة وطأ حراما أو اكذاب أحدهما نفسه حتى

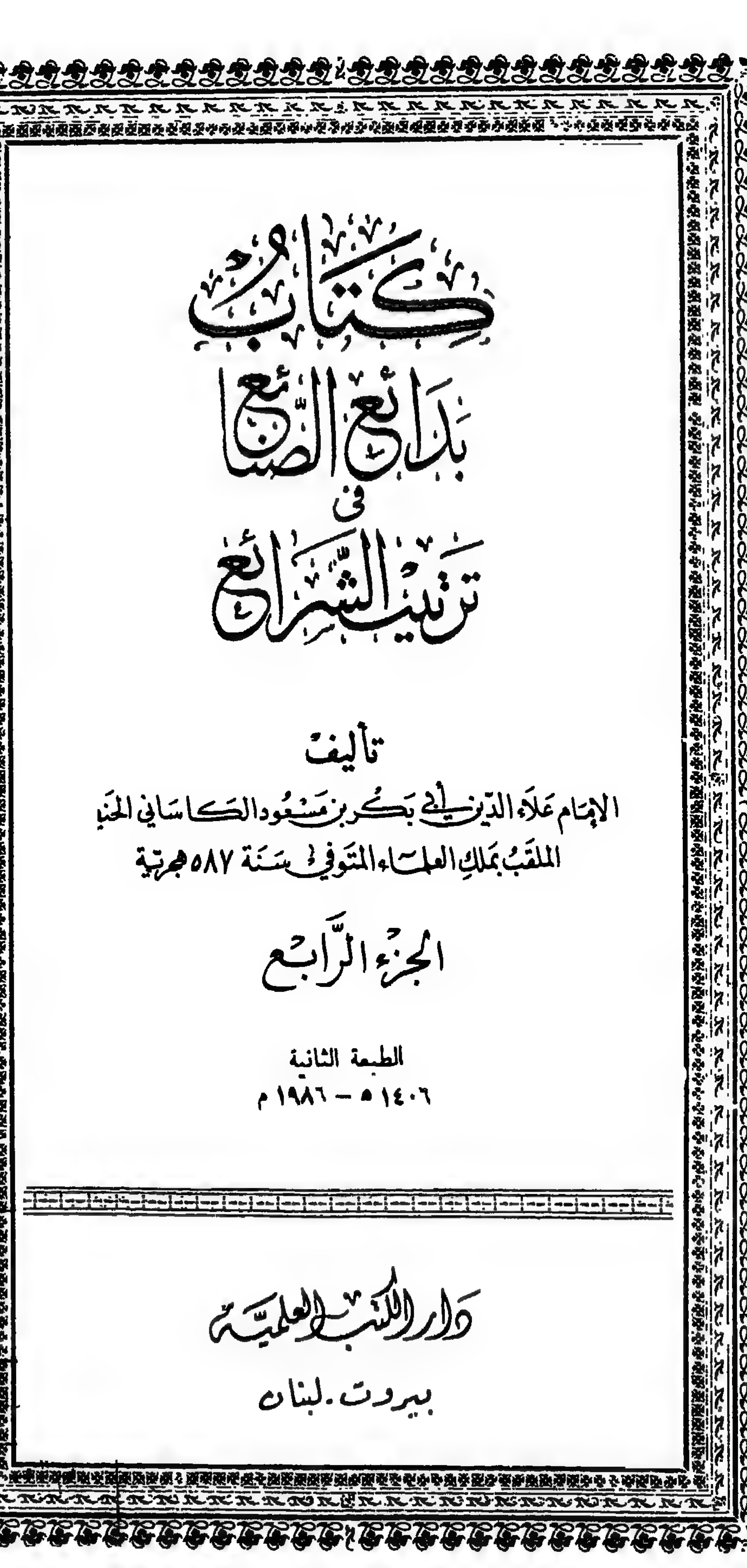
لا يفرق الحاكم بينهما ويكونان على نكاحهما والاصل ان بقاءهما على حال اللعان شرط بقاء حكم اللعان فان بقيا على حال اللعان بقي حكم اللعان والا فلا وانما كان كذلك لان اللعان شهادة ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة الى ان يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض فلا يجوز للقاضي التفريق ولو لاعنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحد ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره يجب عليه الحد والفرق ان اللعان لا يوجب تحقيق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان الا ان في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا وهو الولد بغير أب فلم تكن عفيفة فلا يقام الحد على قاذفها ولم يوجد ذلك في اللعان بغير ولد فبقيت عفتها فيجب الحد على قاذفها ولو أكذب نفسه بعد اللعان بولد أو بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره يجب الحد لان اللعان لا يحقق الزنا والولد بلا أب مع الاكذاب لا يكون علامة الزنا فتكون عفتها قائمة فيحد قاذفها والله عز وجل أعلم

﴿ تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب الرضاع ﴾



(فهرست الجزء الثالث من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿تمت﴾



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي

الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

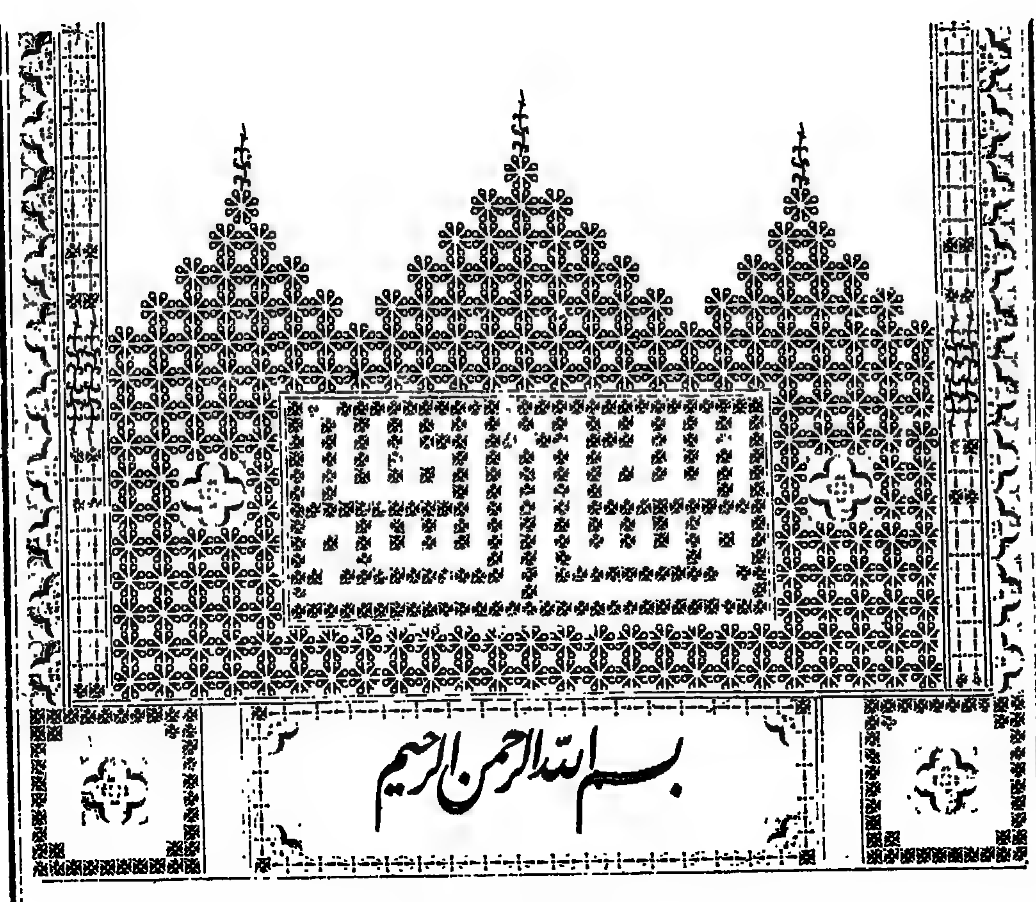
الجزء الرابع

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



﴿ كتاب الرضاع ﴾

قدذكرنافى كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأبيد أنواع ثلاثة محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية فى كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام فى هذا الكتاب يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان المحرمات بالرضاع والثانى فى بيان صفة الرضاع المحرم والثالث فى بيان ما يثبت به الرضاع

﴿ فصل ﴾ أما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عز وجل فى كتابه الكريم نصا أودلالة على ماذكرنا فى كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الاان الحرمة فى جانب المرضعة متفق عليها وفى جانب زوج المرضعة مختلف فيها أما تفسير الحرمة فى جانب المرضعة فهوان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت أماله بالرضاع فتحرم عليه لقوله عز وجل وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم فسمى سبحانه وتعالى المرضعة ام المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أومن غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله عز وجل واخواتكم من الرضاعة اثبت تعالى الاخوة بين بنات المرضعة و بين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين أخت واخت وكذا بنات بناتها و بنات ابنائها وان سفلن لانهن بنات أخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة ولو ارضعت امرأة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل فى ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد صارا اخوين او اختين اواخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان

يتزوج

يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة واخواتها اخوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرمن على المرضع لانهن بنات اخواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على ابناء المرضع وابناء ابنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروى عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسى ومالك وهي المسئلة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أولا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها بنته من الرضاع وكذا على ابنائه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاعة وكذا على ابناء ابنائه وابناء بناته من غير المرضعة لانهم ابناء اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان كان احدهما انثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاعة وان كانا انثيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان لاب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب من الرضاعة وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرمن عليه واما اولاد اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال انه لا يحرم بان الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وامهاتكم من اللاتى ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ولان المحرم هو الارضاع وانه وجد منها لا منه فصارت بنتا لها لا له والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة لم تحرم عليه فاذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمى من الرضاعة فاستأذن على فابيت ان آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم انما هو عمك فأذنى له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وكان ذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أى بعد أمر الله عز وجل النساء بالحجاب عن الاجانب وقيل كان الداخل عليك أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال أراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقالت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمى من الرضاعة أكان يدخل على فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن على رضي الله عنه انه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجاريه فقال رضي الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا وأما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم يبينها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقين بيان احاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطا

للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعا وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمات احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات أيضا ألا ترى ان المرأة تحرم على جدها كما تحرم على أبيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليه في الكتاب العزيز لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهو ان البنت وان حدثت من ماء الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات ثم ذكر لبنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذا ههنا على انه ان لم يبين بوحي متلو فقد بين بوحي غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لما ذكرنا انه وجد منهما لان سبب حصول اللبن ماؤهما جميعا فكان الارضاع منهما جميعا واما الزوج اذا نزل له لبن فارتضعت به صغيرة فذلك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة ومعنى الرضاع أيضا لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء لانه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة . والله عز وجل أعلم ثم انما تثبت الحرمة من جانب الزوج اذا كان لها زوج فاما اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبيا فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني لان نسبه يثبت منها لا من الزاني والاصل ان كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الاربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في النسب وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وان علون أو بنات بناتها او بنات أبنائها وان سفلن من الرضاع كما في النسب وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أب الرضاع وأب أبيه وان علا كما في النسب وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل كما في النسب وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالا بان كان بملك اليمين أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان بزنا عندنا وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسئلة قد مرت في كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يجري على عمومه الا في مسئلتين احداهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت ابنه من النسب لامه وهو ان يكون لابنه أخت لامه من النسب من زوج آخر كان لها ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع وهو ان يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من الجواز في النسب كون أم الاخت موطوءة الزوج لان أمها اذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وانها حرام وهذا لم يوجد في الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب لابيه وهو ان يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الاخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع وهو ان يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب لان المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز للرجل ان يتزوج أخت أخيه لابيه من النسب وصورته

منكوحة أبيه اذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لابيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لان المرضع ابنه ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لانها أم ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بامه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فاما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ما روى عن عائشة رضي الله عنها انه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر وروى ان أبا حذيفة تبنى سالما وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله قد كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روى عنها انها كانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ان يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على انه غير منسوخ ولنا ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمي من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما اخواتكم من الرضاعة انما الرضاعة من المجاعة أشار صلى الله عليه وسلم الى ان الرضاع في الصغر هو المحرم اذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان ارضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما فتق الامعاء ورضاع الصغير هو الذي يفتق الامعاء لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من ألطف الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فاما أمعاء الكبير فمنفتقة لا تحتاج الى الفتق باللبن وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال وروى ان رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولدا فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فسأل عنه أبا موسى الاشعري رضي الله عنه قال قد حرمت عليك ثم جاء الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال هل سألت أحدا فقال نعم سألت أبا موسى الاشعري فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود أبا موسى الاشعري رضي الله عنهما فقال له أما علمت انه انما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم فقال أبو موسى لا تسألوني عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء الى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة أطؤها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه واقعها فهي جاريتك فانما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين ان ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه دافعا للجوع منبتا للحم منشرا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله وأما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما يحتمل انه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ما روى ان سائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة في سالم وحده

فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس ولا نترك به الاصل المقرر فى الشرع والثانى ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا بما روينا من الاخبار وأما عمل عائشة رضى الله عنها فقد روى عنها ما يدل على رجوعها فانه روى عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم وروى انها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهم ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صاروا رجالا على ان عملها معارض بعمل سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يرين أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال والمعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير فى حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ثلاثون شهرا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم وهو قول الشافعى وقال زفر ثلاثة أحوال وقال بعضهم خمس عشرة سنة وقال بعضهم أربعون سنة احتج أبو يوسف ومحمد بقوله والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شىء وبقوله تعالى وفصاله فى عامين وقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقى مدة الفصال حولين وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين وهذا نص فى الباب ولابى حنيفة قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلاثين شهرا ليس بمراد فيعمل باطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضى بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفصال بعدهما والثانى انه أثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقاء حكم الرضاع فى مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم أثبت لهما ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الارضاع انما يوجب الحرمة لكونه منبتا للحم منشرا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عادة ان يكون منبتا للحم الى الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغيير الغذاء الا بعد مدة معتبرة ولان المرأة قد تلد فى البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبى سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة بفطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بد وان تؤمر بالرضاع ومحال أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع فى وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا أن أبا حنيفة استحسن فى تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لانه أقل مدة تغير الولد فان الولد يبقى فى بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذائها ثم ينفصل فيصير أصلا فى الغذاء وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع فى ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت فى بقيتها كالسنة الاولى والثانية وأما الآية الاولى ففيها ان الحولين مدة الرضاع فى حق من أراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفى أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع فى حق من لم يرد أن يتم الرضاعة مع ما أن ذكر الشىء بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على أن فى الآية الكريمة ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع فى حق الحرمة أو فى حق وجوب أجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع فى حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الاب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين أو تحمل الآية على هذا

توفيقا بين الدلائل لان دلائل الله عز وجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت كقوله عز وجل فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة اذا لم يعلم فيهم خيرا وأما الآية الثالثة فتحتمل ماذكرتم ان المراد من الحمل هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالبا الا أن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل وبعضها مدة الفصال لان اضافة السنتين الى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضي أن يكون الثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه ان وقع التعارض بين الآيات ظاهرا لكن ما تلونا حاظر وما تلوتم مبيح والعمل بالحاظر أولى احتياطا وأما الحديث فالمشهور لا رضاع بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجاز أن يكون أصل الحديث هذا وأن من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الا رضاع على الاب بعد الحولين أي في حق وجوب الاجر عليه على ماذكرنا من تأويل الاية أو يحمل على هذا اعمالا بالدلائل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يفطم هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر الوقت فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما اذا فطم أو لم يفطم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال اذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا لانه لا رضاع بعد الفطام وان هي فطمته فأكل أكلا ضعيفا لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فأرضع كما يرضع أولا في الثلاثين شهرا فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسير الظاهر قول أصحابنا وهو ان الرضاع في المدة بعد الفطام انما يكون رضاعا محرما اذا لم يكن الفطام تاما بأن كان لا يستغني بالطعام عن الرضاع فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على الفصال المتعارف المعتاد وهو الفصال التام المغني عن الرضاع ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان فيما نزل عشر رضعات يحرم ثم صرن الى خمس فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبتا للحم ومنشرا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرما ولنا قوله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة مطلقا عن القدر وروي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال الرضعة الواحدة تحرم وروي أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلى قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وروي أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول لا تحرم المصة والمصتان فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل انه لم يثبت عنها وهو الظاهر فانه روي أنها قالت توفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فما الذي نسخه ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا

يحتمل أن يقال ضاع شيء من القرآن ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة الحديث. ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي أن في اسناده اضطرابا لان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها وروى أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وان كان قطرة واحدة تحرم والراوي اذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك وهنا في ثبوت الحديث لانه لو ثبت عنده لعمل به على أنه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم ويحتمل أنها لم تثبت لانه لا يعلم ان اللبن وصل الى جوف الصبي أم لا وما لم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم القدر المحترم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما اذا عق الصبي فقد حرم حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم لان العق اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزج اذا وصل اللبن الى جوفه يقال هل عققتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيه انما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه لانه لا يعق من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه ويحتمل أنه كان ذلك في ارضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ وأما قوله ان الرضاع انما يحرم لكونه منبتا للحم منشرا للعظم فنقول القليل ينبت وينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الاحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما تلونا محرم والمحرم يقضي على المبيح احتياطا لان الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم ومعلوم ان الجرعة الواحدة الكثيرة في اثبات اللحم وانشار العظم فوق خمس رضعات صغار فدل أنه لا مدار على هذا وكذا يستوى فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه اذا حلب لبنها في حال حياتها في اناء فأوجر به الصبي بعد موتها أنه يثبت به الحرمة (وجه) قوله ان حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عندكم فصار لبنها كلبن البهائم ولو ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا واذا لم تثبت الحرمة في حقها لا تثبت في حق غيرها لان المرضعة أصل في هذا الحكم فأولا يثبت في حقها ثم يتعدى الى غيرها فاذا لم يثبت في حقها فكيف يتعدى الى غيرها بخلاف ما اذا حلب حال حياتها ثم أوجر الصبي بعد وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك وههنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فاشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي فان العرب تقول يتيم راضع وان كان يرضع بلبن الشاة والبقر ولا على فعل الارتضاع منها بدليل انه لو ارتضع الصبي منها وهي نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى يحرم ويقال أيضا أرضع هذا الصبي بلبن هذه الميتة كما يقال أرضع بلبن الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع من المجاعة وقوله الرضاع ما انبت اللحم وأنشر العظم وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ما فتق الامعاء ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشر العظم ويفتق الامعاء فيوجب الحرمة ولان اللبن كان محرما في حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روى عن عمر رضي الله عنه انه قال اللبن لا يموت ولان الموت يحل محل الحياة ولا حياة في اللبن الا ترى انها لم تتألم بأخذه في حال حياتها والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر اعضائه واذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحاله قبل موتها وقبل موتها محرم كذا بعده وأما قوله المرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا للحرمة وهي الاصل في هذه الحرمة فنقول الحرمة في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصالة والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة لانها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شيء بناه على أصله فأما على أصل أصحابنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وان تنجس الوعاء

الاصلى له ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف اذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له فى الاصل فاما اذا كان فى الاصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف ألا ترى ان الدم الذى يجرى بين اللحم والجلد فى المذكاة لا ينجس اللحم لما كان فى معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب لبنها فى حال حياتها فى وعاء نجس فأوجر به الصبى يحرم ولا فرق بين الوعاءين اذ التنجس فى الحالين مايجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعاء الذى ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولى ويستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم مما هو معدن له أولى ويستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم هو حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانشار العظم وسد المجاعة لان يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط يصل الى الدماغ والى الحلق فيغذى ويسد الجوع والوجور يصل الى الجوف فيغذى وأما الاقطار فى الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله الى الدماغ لضيق الخرق فى الاذن وكذلك الاقطار فى الاحليل لانه لا يصل الى الجوف فضلا عن الوصول الى المعدة وكذلك الاقطار فى العين والقبل لما قلنا وكذلك الاقطار فى الجائفة وفى الآمة لان الجائفة تصل الى الجوف لا الى المعدة والآمة ان كان يصل الى المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبى باللبن فى الرواية المشهورة وروى عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها وصلت الى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية أن المعتبر فى هذه الحرمة هو معنى التغذى والحقنة لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم ونشور العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أو أقطا أو مصلا فتناوله الصبى لا يثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفى به الصبى فى الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما ان اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم فى قولهم جميعا لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذى فلا يثبت به الحرمة وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم أصل فى الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما اذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولأبى حنيفة ان الطعام وان كان أقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن لانه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك فى حس البصر فلا تقع الكفاية به فى تغذية الصبى فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه الاشياء لا تحل بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل بقدر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن الى ما كان لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشياء أولى وان كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به التغذى فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضا فان كان اللبن غالبا يثبت به الحرمة وان كان الماء غالبا لا يثبت به وهذا عندنا وعند الشافعى اذا اقطر من الثدى مقدار خمس رضعات فى حب ماء فسقى منه الصبى تثبت به الحرمة وجه قوله أن اللبن وصل الى جوف الصبى بقدره فى وقته فتثبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالبا ولا شك فى وقت الرضاع والدليل على ان القدر المحرم من اللبن وصل الى جوف الصبى ان اللبن وان كان مغلوبا فهو موجود شائع فى أجزاء الماء وان كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة فى باب الرضاع بمعنى التغذى على ما نطقت به الاحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذى الصبى لزوال قوته ألا ترى انه لا يقع الاكتفاء به فى تغذية الصبى فلم يكن محرما وقد

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما فاما على قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه بالماء يسلب قوته وان كان الماء قليلا كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضا لما ذكرنا ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف وروى عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وجه قول محمد ان اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا في الكثير فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشار العظم أو سد الجوع لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر والدليل على ان خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا ما قاله ان من غصب من آخر زيتا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعا ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه و يعطيه قسط ما اختلط بزيته وان كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكا فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب كذا ههنا ولمحمد ان يفرق بين الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاخلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لان الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التغذي أو يختل والله عز وجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فارضعت صبيا عند الثاني ينظر ان أرضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا وان أرضعت بعد ما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لان اللبن منه ظاهرا وان أرضعت بعد ما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الاول الى أن تضع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان علم أن هذا اللبن من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من الاول وروى الحسن بن زياد عنه أنها اذا حبلت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر الرضاع منهما جميعا الى أن تلد فاذا ولدت فهو من الثاني وجه قول محمد أن اللبن الاول باق والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر بخلاف ما اذا وضعت لان اللبن الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه وجه قول أبي يوسف أن الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني اذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص اذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على أنها من الحمل الثاني لا من الاول وجه رواية الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الاول و يحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الاول فكان الرضاع منه لا من الاول ولابي حنيفة أن نزول اللبن من الاول ثبت بيقين لان الولادة سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة أخرى لا الحمل لان الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا يزول بالشك وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فان لزيادة اللبن أسبابا من زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول بالشك وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب و يستوي في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبيان هذا الاصل في

مسائل

مسائل اذا تزوج صغيرة فارضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لانها صارت أخته من الرضاع فتحرم عليه كما في النسب وكذا اذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع لانها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاعة وأنها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين رضيعتين فجاءت امرأة أجنبية فارضعتهما معا أو على التعاقب حرمتا عليه لانهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب ويجوز أن يتزوج احداهما أيتهما شاء لان المحرم هو الجمع كما في النسب فان كن ثلاثا فارضعتهن جميعا معا حرمن عليه لانهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن وله أن يتزوج واحدة منهن أيتهن شاء لما قلنا وان أرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاولتان وكانت الثالثة زوجته لانها لما أرضعت الاولى ثم الثانية صارتا أختين فبانتا منه فاذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختا لهما لكنهما أجنبيتين فلم يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا اذا أرضعت البنتين معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا ولو أرضعت الاولى ثم الثنتين معا حرمن جميعا لان الاولى لم تحرم كذا الارضاع لعدم الجمع فاذا أرضعت الاخرتين معا صرن أخوات في حالة واحدة فيفسد نكاحهن ولو كن أربع صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لانها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختا للاولى فحصل الجمع بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختا الثالثة فحصل الجمع فبانتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسئلة التي تليها وهي ما اذا تزوج صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام والبنت من الرضاع نكاحا حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبدا كما في النسب وان كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يتزوج الصغيرة لانها ربيبته من الرضاع لم يدخل بامها فلا يحرم عليه نكاحها كما في النسب لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا لانها أم منكوحته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما في النسب وأما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها لان السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقا لها بطريق الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الاصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبدل في ملك واحد في عقد المبادلة كان ينبغي أن لا يجب على الزوج شيء سواء كانت الفرقة بغير طلاق أو بطلاق الا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها تطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فاذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيأ وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك لا شيء لها وجه قوله أن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاعها لانه بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة وانما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها بالقام ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شيء ولا يجب على الزوج للمرضعة شيء أيضا ولنا ما ذكرنا ان الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب نصف المهر مقدرا بالمسمى ابتداء صلة للمرأة نظرا لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر لان فعلها لا يوصف بالحظر وليست هي من أهل الرضا لتجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من أهل الرضا وارضاعها جناية فلا تستحق النظر بايجاب نصف المهر لها ابتداء اذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان

لئلا يفعل مثله فى المستقبل فلا يجب لهاشىء سواء تعمدت الفساد أولم تتعمد لان فعلها جناية فى الحالين ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وروى عن محمد أن له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أولم تتعمد وهو قول زفر و بشر المريسى والشافعى وجه قولهم أن هذا ضمان الاتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ والدليل على ان هذا ضمان الاتلاف ان الفرقة حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر أصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أولم تتعمد واذا كان حصول الفرقة من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لانه كان محتملا للسقوط بردتها أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها اذا كبرت فهى بالارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد فهى صاحبة شرط فى ثبوت الفرقة لان علة الفرقة هى الارتضاع للصغيرة لما بينا والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط على أن ارضاعها ان كان سبب الفرقة فهو سبب محض لانه طرأ عليه فعل اختيارى وهو ارتضاع الصغيرة والسبب اذا اعترض عليه فعل اختيارى يكون سببا محضا والسبب المحض لا حكم له وان كان صاحب السبب متعمدا فى مباشرة السبب كفتح باب الاصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت اوطار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها اما ان يجب باتلاف ملك النكاح أو باتلاف الصداق أو بتأكيد نصفه على الزوج لا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على أصلنا ولا وجه للثانى لانها ما أتلفت الصداق بل اسقطت نصفه والنصف الباقى بقى واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون أعتداء بالمثل ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الكبيرة وان كانت محصلة شرط الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتركا فى الحظر والاباحة أى فى سبب المؤاخذة وعدمه فاضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط فاما اذا كان الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالحظر فاضافة الحكم الى الشرط أولى من اضافته الى العلة كما فى حق البئر على قارعة الطريق فالكبيرة اذا لم تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة فى عدم الحظر فكانت الفرقة مضافة الى العلة وهى ارتضاعها وان كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر وهى ارتضاع الصغيرة فكان اضافة الحكم الى الشرط أولى واذا اضيفت الفرقة الى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كانها علة لوجوبه لانه بقى النصف بعد الفرقة واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول بتخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطة لكله وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج اذ الاداء مبنى على الوجوب فيثبت له حق الرجوع عليها ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد لان عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة الى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها وأما مسئلة فتح باب الاصطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمدا لان عنده يضمن الفاتح وان اعترض على الفتح فعل اختيارى فقد خرج الجواب عن الباقى فافهم ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء بعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهى ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لولم ترضعها والقول قولها فى انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج يدعوى تعمد الفساد يدعى عليها الضمان وهى تنكر فكان القول قولها وعلى هذا حكم المهر والرجوع فى المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة فان أرضعتهما معا حرمن عليه لانهما جميعا صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهن نكاحا فحرمن عليه ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخل بها أولم يدخل بها لانها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له أن يجمع بين الصغيرتين نكاحا أبدا لانهما صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج باحداهما ان كان لم يدخل

بالكبيرة

بالكبيرة لأنها ربيبته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما في النسب وان كان قد دخل بها لا يجوز كما في النسب وان أرضعتهما على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا منه وأما الصغيرة الثانية فانما أرضعتها بعد ما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا لكنها ربيبته من الرضاع فان كان قد دخل بامها تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعا لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الاولى مبانتان فلا تحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لانها ربيبته وقد دخل بامها وان كان لم يدخل بامها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فاذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا أختين والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج احدى الصغائر ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان الى احدى الصغيرتين فارضعتاها احداهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امرأته لانهما لما أرضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعا بينهن فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحة كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر في جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذي مر ولو كانت احدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتي بدأت بها الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امرأته وان كانت بدأت بالتي لم تبدأ بها الاولى حرمن عليه جميعا وانما كان كذلك لان الكبيرة الاولى لما أرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الاخرى أرضعتها وهي أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته فان كان لم يدخل بامها لا تحرم وان كان قد دخل بها تحرم فلما جاءت الكبيرة الاخيرة فارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الاخرى فقد أرضعتها وهي أجنبية فصارت ربيبته فلا تحرم اذا كان لم يدخل بامها وان كان قد دخل بامها تحرم واذا كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتي لم تبدأ بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعا مع أمها فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فارضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما صارتا أختين وكذا اذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت أخت امرأته والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها ويجوز للانسان أن يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها في النسب فكذا في الرضاع ولو طلق رجل امرأته ثلاثا ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانت الصغيرة لانها صارت بنتا له فحصل الجمع في حال العدة والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال قيام النكاح ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدت وبانت من الصبي ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني كذا روى بشر بن الوليد عن محمد لان ذلك الصبي صار ابنا لزوجها فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو زوج رجل أم ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا لزوجها فصارت هي موطوءة أبيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين لانها

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لانها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يثبت به الرضاع أي يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الاقرار والثاني البينة أما الاقرار فهو ان يقول لامرأة تزوجها هي أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصر عليه فيفرق بينهما لانه أقر ببطلان ما يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون في ابقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبته لان الحرمة ثابتة في زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبته لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها في المهر وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق بابطال حقها فان أقر بذلك ثم قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعي يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره وجه قولهما انه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بان قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال أوهمت والدليل عليه انه لو قال لامته هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الاقرار اخبار فقوله هذه أختي اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأبيد فاذا قال أوهمت صار كانه قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق و بخلاف قوله لامته هذه أمي أو ابنتي لان ذلك لا يقتضي نفي الملك في الاصل ألا ترى انها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال أوهمت لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت وكذلك اذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختي من الرضاع أو أمي أو بنتي وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال أوهمت أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا أقر بالنسب فقال هذه أمي من النسب أو بنتي أو أختي وليس لها نسب معروف وانها تصلح بنتا له أو أما له فانه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف أو لا تصلح أما أو بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب في اقراره بيقين والله أعلم وأما البينة فهي ان يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعي يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد النظر الى الثدي وانه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة ولنا ما روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون اجماعا ولان هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدي الامة فلانه يجوز للاجانب النظر اليه وأما ثدي الحرة فيجوز لمحارمها النظر اليه فثبت ان هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لان قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فاذا جاز الاطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امرأة على الرضاع فالافضل للزوج ان يفارقها لما روي عن محمد ان عقبة ابن الحرث قال تزوجت بنت أبي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت اني أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم فارقها فقلت انها امرأة سوداء وانها كيت وكيت فقال صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفى بعض الروايات قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال فى الثالثة أو الرابعة فدعها اذاً وقوله فارقها أو فدعها اذ ندب الى الافضل والاولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت انها أرضعتهما فسأل الرجل عليا رضى الله عنه فقال هى امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضى الله عنهما فقال له مثل ذلك ولانه يحتمل ان تكون صادقة فى شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة فاذا فارقها فالافضل له أن يعطيها نصف المهر ان كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها فى الشهادة والافضل لها ان لا تأخذ شيأ منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها فى الشهادة وان كان بعد الدخول فالافضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تأخذ الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو فى سعة من المقام معها لان النكاح قائم فى الحكم وكذا اذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شئ لها لانه تبين ان النكاح كان فاسدا وان كان بعد الدخول بها يجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى فى سائر الانكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم

﴿كتاب النفقة﴾

النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهائم والجمادات أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان وجوبها وفى بيان سبب الوجوب وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان كيفية وجوبها و بيان سبب الوجوب وفى بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا فى الذمة أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أى على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها لا تصل الى النفقة الا بالخروج والاكتساب وفى حرف عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن أى لا تضاروهن فى الانفاق عليهن فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن أو لا تضاروهن فى المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن وقوله عز وجل وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله عز وجل ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله فى النساء فانهن عندكم عوار لا يملكن لانفسهن شيأ وانما أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن فى بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل بلغت ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيرا لما أجمل الحق فى قوله ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف فكان الحديث مبينا لما فى الكتاب أصله وروى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما حق المرأة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها اذا طعم ويكسوها اذا كسى وان لا يهجرها الا فى المبيت ولا يضربها ولا يقبح وقال النبى صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك

بالمعروف ولولم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالاخذ من غير اذنه وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على هذا وأما المعقول فهو ان المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا اليه فكانت كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانها اذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلولم يكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح لان الانفاق على المملوك من باب اصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا ان حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا أثر له لانه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر اذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة له في الآية لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل يبنى انه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه ان ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وانما يثبت لتحصين الماء ولان حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح فلما لم تجب في النكاح فلان لا تجب في العدة أولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح لان النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لان حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق أو عن فرقة بغير طلاق وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة الا اذا كانت من قبلها بسبب محظور استحسانا أو شرح هذه الجملة ان الفرقة اذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكنى سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أو حائلا بعد ان كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا وهي حامل فكذلك فاما المبتوتة اذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى الا انه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمسئلة ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة وسواء كان الطلاق ببدل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالعها على أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لان النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فتملك الابراء عن حقها فاما السكنى ففيها حق الله عز وجل فلا تملك المعتدة اسقاطه ولو أبرأته عن النفقة من غير خلع لا يصح الابراء لان الابراء اسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب والنفقة تجب شيأ فشيأ على حسب مرور الزمان فكان الابراء اسقاطا قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما اذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرناه في الخلع ولانها جعلت الابراء عن النفقة عوضا عن نفسها في العقد ولا يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة انها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق اذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محظور كالردة ووطء أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح واذا كانت من قبل المرأة فان كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وان كانت بسبب محظور بان ارتدت أو طاوعت ابن زوجها أو أباه أو لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وان كانت مستكرهة والقياس ان يكون لها النفقة والسكنى فى ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما اذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وكما اذا كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور وللاستحسان وجهان أحدهما ان حق الحبس قد بطل بردتها الا ترى انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت الفرقة بسبب مباح لان هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة وكذا اذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقى حبس النكاح مادامت العدة قائمة ولا اشكال فى الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو ان لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثانى ان حبس النكاح انما أوجب النفقة عليه صلة لها فاذا وقعت الفرقة بفعلها الذى هو معصية لم تستحق الصلة اذ الجانى لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك فى الحرمان لا فى الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة على الوطء لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا اذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذى هو معصية فى اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وانما لم تحرم السكنى بفعلها الذى هو معصية لما قلنا ان فى السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت فى النكاح حتى حرمت النفقة ثم اسلمت فى العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت فى العدة ثم اسلمت وهى فى العدة تعود النفقة ووجه الفرق ان النفقة فى الفصل الثانى بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد تعارض الردة فاذا عادت الى الاسلام فقد زال العارض فتعود النفقة وأما فى الفصل الاول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة فى حق حبس النكاح لان الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والاصل فى هذا ان كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت فى العدة لعارض منها ثم زال العارض فى العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة فى العدة وان زال سبب الفرقة فى العدة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت انها تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وانما فوت التسليم المستحق بالعقد فاذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها أو أباه فى العدة أو لمسته بشهوة فان كانت معتدة من طلاق وهو رجعى فلا نفقة لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور وان كان الطلاق بائنا أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما اذا ارتدت فى العدة انه لا نفقة لها الى ان تعود الى الاسلام وهى فى العدة لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة والمس ولو ارتدت فى العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت أو سبيت واعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان العدة قد بطلت باللحاق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهى أمة طلاقا بائنا وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتا حتى وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد ان يعيدها الى الزوج و يأخذ النفقة كان له ذلك وان لم يكن بوأها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم أراد ان يبوئها مع الزوج فى العدة لتجب النفقة فانها لا تجب وجه الفرق ان النفقة كانت واجبة فى الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما أخرجها الى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا له فاذا أعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق

المولى فى النفقة فاما فى الفصل الثانى فالنفقة ما كانت واجبة فى العدة لانعدام سبب الوجوب أوشرط الوجوب وهو التسليم فهو بالبينونة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء فى العدة فلا يملك ذلك والاصل فى ذلك ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فيها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبدا الا الناشزة وتفسير ذلك والوجه فيه ماذكرنا ويستوى فى نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحمل لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق فينفق عليها مادامت فى العدة وان تطاولت المدة لعذر الحبل أو لعذر آخر ويكون القول فى ذلك قولها لان ذلك أمر يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل أنفق عليها الى سنتين منذ طلقها لان الولد يبقى فى البطن الى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أتوهم انى حامل ولم أحض الى هذه الغاية وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعلة الحمل وأكثر مدة الحمل سنتان وقد مضى ذلك فلا نفقة على فان القاضى لا يلتفت الى قوله ويلزمه النفقة الى ان تنقضى عدتها بالاقراء وتدخل فى عدة الاياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقى الآخر وهو عذر امتداد الطهر اذ الممتد طهرها من ذوات الاقراء وهى مصدقة فى ذلك فان لم تحض حتى دخلت فى حد الاياس أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها فطلقها بعد مادخل بها انفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت عدة الاقراء انفق عليها حتى تنقضى عدتها لما قلنا وان طالبته امرأته بالنفقة وقدمته الى القاضى فقال الرجل للقاضى قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها فى هذه المدة وجحدت المرأة الطلاق فان القاضى لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضى لانه يصدق فى حق نفسه لا فى ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضى لا يعرفهما أمره القاضى بالنفقة وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد فان أقام بينة عادلة أو أقرت هى انها قد حاضت ثلاث حيض فى هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت أخذت منه شيأ ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة وان قالت لم أحض فى هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول فى انقضاء العدة قولها فان قال الزوج قد أخبرتنى ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله فى ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها فى ابطال حقها ولو طلق امرأته ثلاثا أو بائنا فامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاها النفقة الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة وعند أبى يوسف لا يسترد شيأ من النفقة وكذلك اذا طلق امرأته فى حال المرض فامتد مرضه الى سنتين وامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة الى وقت الوفاة فانها لاترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ترث ولا يسترد شيأ من النفقة وقد مرت المسئلتان فى كتاب الطلاق ولا نفقة فى الفرقة قبل الدخول باى سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد اذا أعتقها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما يثبت لتحصين الماء فاشبهت المعتدة من النكاح الفاسد ولان نفقتها قبل العتق انما وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة انما وجبت بالاحتباس وأنه قائم

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان أحدهما يعم النوعين جميعا أعنى نفقة النكاح ونفقة العدة والثانى يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الاول فتسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم ونعنى بالتسليم التخلية وهى أن تخلى بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة اذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى هذا تخرج مسائل اذا

تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها الى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها وهى بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنقلة فلها النفقة لانه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير الذى ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفاء فلا يبطل حقها فى النفقة فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعد ما أوفاها المهر الى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها الا على سبيل النشوز فان قالت حولنى الى منزلك أو اكتر لى منزلا أنزله فانى احتاج الى منزلى هذا آخذ كراءه فلها النفقة لان امتناعها عن التسليم فى بيتها لغرض التحويل الى منزله أو الى منزل الكراء امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان كان بغير حق بان كان الزوج قد أوفاها مهرها او كان مؤجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبى حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعا بغير حق عندهما ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها على كره منها فلها النفقة لانها محقة فى المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالبالغة فى النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعى لها النفقة بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجدا وشرط الوجوب عندنا تسلم النفس ولا يتحقق التسليم فى الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع فى نفسها من الوطء والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها اليه فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لانها اذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذى أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول فان أمسكها فلها النفقة لانه حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى يجىء حال يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذى أوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذى ذكرنا وانما عجز الزوج عن القبض وأنه ليس بشرط لوجوب النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو محبوسا فى دين أو مريضا لا يقدر على الجماع أو خارجا للحج فلها النفقة لما قلنا ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهى مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا فاذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهى لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وان كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة فاذا نقلت وهى مريضة فله أن يردها وجه رواية أبى يوسف أنه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو تبوؤ المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة التى لا تحتمل الوطء واذا سلمت نفسها وهى مريضة له أن يردها لان التسليم الذى أوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطء لما لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم الذى لم يوجبه العقد وهكذا قال أبو يوسف فى الصغيرة التى لم يجامع مثلها أن له أن يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية أن التسليم فى حق التمكين من الوطء ان لم يوجد فقد وجد فى حق التمكين من الاستمتاع وهذا يكفى لوجوب النفقة كما فى الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم رأسا فلا تستحق النفقة وقال أبو يوسف اذا كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها فى غير الجماع فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا فى الصغيرة وان نقلت وهى صحيحة ثم مرضت فى بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض أو نقول التسليم المستحق بالعقد فى حق المريضة التى لا تحتمل الجماع قبل الانتقال و بعده هو التسليم فى حق الاستمتاع لا فى حق الوطء كما فى حق الحائض وكذا اذا نقلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة أو كبرت فطعنت فى السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها أو أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا ولو حبست فى دين ذكر فى الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما اذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده و بين ما اذا كانت قادرة على التخلية أو لا لان حبس النكاح قد بطل باعتراض حبس الدين لان صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضا بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة وذكر الكرخى أنها اذا كانت محبوسة فى دين من قبل النقلة فان كانت تقدر على أن تخلى بينه و بين نفسها فلها النفقة وان كانت فى موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد فى الجامع لانها اذا كانت تقدر على أن توصله اليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فان لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وان كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا فى المريضة وذكر القدورى أن ما ذكره الكرخى فى الحبس محمول على ما اذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فاما اذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها اذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كانها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضى لها النفقة ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهرا أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة فى المدة التى منعها لفوات التسليم لا لمعنى من جهة الزوج وروى عن أبى يوسف أن لها النفقة لان الفوات ما جاء من قبلها والرتقاء والقرناء لهما النفقة بعد النقلة وقبلها اذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فاما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبى يوسف أن التسليم الذى أوجبه العقد لم يوجد فى حقهما قبل الانتقال و بعده الا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضى بالتسليم القاصر كما قال فى المريضة الا أن ههنا قال لا يجوز له أن يردهما وقال فى الصغيرة التى ينتفع بها فى الخدمة والمريضة التى يستأنس بها أن له أن يردهما وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد فى حقهما موجبا تسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطء وهذا النوع من التسليم يكفى لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع ما ان التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة ازالة المانع من الرتق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت المرأة حجة فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم ولا زوج فهى ناشزة وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها فى قولهم جميعا لانها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وان كانت انتقلت الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال أبو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات بامر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولابى يوسف ان التسليم المطلق قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت الى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذر فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم اذا وجبت لها النفقة على أصل أبى يوسف يفرض لها القاضى نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر فاما زيادة المؤنة التى تحتاج اليها المرأة فى السفر من الكراء ونحو ذلك فهى عليها لا عليه لانها لاداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت فى الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فان جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج اقامة لا تحتاج اليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة فى ذلك فصارت كالناشزة فان طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجىء لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادت أخذت ما بقى لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة السفر ونفقة الاقامة تفرض لها كل شهر فشهر

وهذه الجملة لا تتفرع على أصل محمد هذا اذا لم يخرج الزوج معها الى الحج فأما اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطأ واستمتاعا فى الطريق فصارت كالمقيمة فى منزله ولو آلى منها أو ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قائم والتسليم موجود ولتمكنه من وطئها والاستمتاع بها بغير واسطة فى الايلاء وبواسطة تقديم الكفارة فى الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فرق بينهما ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها فلامرأته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم الا انه امتنع الانتفاع بها بعارض بزول فأشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا تزوج حر أو عبد أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد انه ان بوأها المولى تجب النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة لان التبوئة هو ان يخلى المولى بينها وبين زوجها فى منزل زوجها لا يستخدمها فاذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة اليه ولا يجبر المولى على التبوئة لان خدمتها حق المولى فلا يجبر الانسان على ايفاء حق نفسه لغيره فان بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع سائر الاعضاء بقيت على ملكه وانما أعارها للزوج بالتبوئة وللمعير أن يسترد عاريته ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو بوأها مولاها بيت الزوج فكانت تجيء فى أوقات الى مولاها فتخدمه من غير ان يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدح فى التسليم كالحرة اذا أخرجت الى منزل أبيها وان كانت مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوئة لان خدمتها ليست حق المولى اذ لا حق للمولى فى منافعها ألا ترى انه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت فى منافعها كالحرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد اذا تزوج باذن المولى حرة أو أمة فهو فى وجوب النفقة كالحر لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا استويا فى وجوب المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة اذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا ان يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب عليه ضريبة فان نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت دينا فى رقبته حتى يباع بها فأشبه سائر الديون بخلاف الغلة فانها لا تجب للمولى على عبده دين فى الحقيقة فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ المولى بشيء لفوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون اذا هلك يبطل الدين الذى تعلق به وكذلك اذا قتل العبد فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى انه اذا قتل كانت النفقة فى قيمته وجه ما ذكره الكرخى ان القيمة قامت مقام العبد لانها بدله فتقوم مقامه كانه هو كما فى سائر الديون وجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام الرقبة فى الديون المطلقة لا فيما يجرى مجرى الصلات والنفقة تجرى مجرى الصلات على أصل أصحابنا لما نذكر ان شاء الله تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطأ سقطت عندنا ولا تقام الدية مقامه فكذا اذا كان عبدا وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا غير ان هؤلاء لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفائها من رقابهم لان الاستيفاء بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع وأما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فيسعى فيها ما دام مكاتبا فاذا قضى بعجزه وصار رقنا يباع فيها الا ان يفديه المولى كما فى الكتابة وأما المعتق البعض فهو عند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع فى الدين فيسعى فى نفقتها وعندهما هو حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سواء كان من امرأة حرة أو أمة لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا يجب على العبد نفقة

الحر وتكون على الام نفقته ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من أمة فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مماليكه والعبد والحر فى ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد فى هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى الامة فى هذه المسائل فقيرا والزوج أب الولد غنيا لا يؤمر الاب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه أو ينفق عليه ان كان من أمة قنة وان كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى اذا أيسر لتعذر الجبر على البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما اذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وانما تجب على الام المكاتبة سواء كان الاب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبة ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبة كسبا ألا ترى انها تستعين باكسابه فى رقبتها وعتقها واذا كانت اكسابه حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت يجب لها على أبيها دين فيجوز أن يجب على عبد أبيها وان زوج أمته من عبده فنفقتهما جميعا على المولى لانهما جميعا ملك المولى والله عز وجل أعلم والكتابية فى استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وشرطه والذمى فى وجوب النفقة عليه لزوجته التى ليست من محارمه كالمسلم لاستوائهما فى سبب الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمى فى النفقة ولقول النبي صلى الله عليه وسلم واذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على الذمى وأما اذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة انها اذا طلبت النفقة فان القاضى يقضى بالنفقة لها وعند أبى يوسف ومحمد وزفر والشافعى لا يقضى بناء على ان هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبى حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح عندهم حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما وذكر الكرخى ان هذا النكاح فاسد بالاجماع وانما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده فان أبا حنيفة قال انى أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها جائزا كان النكاح عندى أو باطلا ووجهه انه لما أقره على نكاحها فقد الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح فى حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح فى بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك ويستوى فى استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وان كانت موسرة لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض فيستوى فيها الفقير والغنى كنفقة القاضى والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغنى لانها تجب صلة محضة لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى لكنها لا تصير دينا فى الذمة الا بقضاء أو رضا على ما نذكر ان شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوى الارحام فانها لا تجب من غير قضاء القاضى ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضاء القاضى والفرق بين هذه الجملة نذكر فى نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز فى النكاح ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بان خرجت بغير اذنه وغابت أو سافرت فأما اذا كانت فى منزله ومنعت نفسها فى رواية فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغالبا فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز فى العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روى ان فاطمة بنت قيس كانت تبذو على احمائها فنقلها النبى صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لان الاخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كانها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها وأما الثانى وهو الشرط الذى يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحسانا والقياس انه ليس بشرط وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وغير ذلك من النصوص التى ذكرناها فيما تقدم ولان سبب وجوبهما

لا

لا يختلف وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا يفصل والله أعلم وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولانهما استويا فى سبب الوجوب وشرطه وهو ماذكرنا فيستويان فى الوجوب ويستوى فى وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان فى مقدار الواجب منهما وسنبينه ان شاء الله تعالى فى موضعه ولو أراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها أومع احمائها كام الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه ان يسكنها فى منزل مفرد لانهن ربما يؤذينها ويضررن بها فى المساكنة وابائوها دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها ويعاشرها فى أى وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معهما ثالث حتى لو كان فى الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انها ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت فى منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت الى القاضى ان الزوج يضربها ويؤذيها سأل القاضى جيرانها فان أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضى يؤدبه ويأمره بان يحسن اليها ويأمر جيرانه ان يتفحصوا عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين أمره القاضى ان يحولها الى جيران صالحين فان أخبروا القاضى بخلاف ما قالت أقرها هناك ولم يحولها وللزوج ان يمنع أباها وأمها وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر اليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له الا أن يكون فى ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك أيضا

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان ما تقدر به هذه النفقة والثانى فى بيان من تقدر به أما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها وقال الشافعى مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته أى قدر سعته فدل انها مقدرة ولانها اطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالاطعام فى الكفارات ولانها وجبت بدلا لانها تجب بمقابلة الملك عندى ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن فى البيع والمهر فى النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولانه أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته فى العرف والعادة كرزق القاضى والمضارب وروى ان هند امرأة أبى سفيان قالت يارسول الله ان أباسفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضى والمضارب وأما الآية فهى حجة عليه لان فيها أمر الذى عنده السعة بالانفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب فانه اطعام واجب وهى غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن فى الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب وأما قوله انها وجبت بدلا ممنوع ولسنا نقول انها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والادام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا مأدوما والدهن لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على أى سعر كانت لان فيه اضرارا باحد الزوجين اذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين ويجب عليه من الكسوة فى كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس

لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على ماذكران شاء الله تعالى وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر في الوقت ولو جاء الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز يعني بان تطبخ وتخبز لماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة رضي الله عنهما ولكنها لاتجبر على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج ان يأتي لها بطعام مهيأ ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز ولا يجوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها الاخذ وذكر الفقيه أبو الليث ان هذا اذا كان بها علة لاتقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الاشراف فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك وان كان لها خادم يجب لخادمها أيضا النفقة والكسوة اذا كانت متفرغة لشغلها وخدمتها لا شغل لها غيرها لان أمور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج الى خادم ولا يجب عليه لا كثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجب لخادمين ولا يجب أكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة اذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج الى أكثر من ذلك يجب لا كثر من ذلك بالمعروف وبه أخذ الطحاوي وجه ظاهر قول أبي يوسف ان خدمة امرأة لاتقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين يكون أحدهما معينا للآخر وجه قولهما ان الزوج لوقام بخدمتها بنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلا وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره لانه اذا قام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لا بد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من الثلاثة والاربعة فيقدر بالاقل وهو الواحد هذا اذا كان الزوج موسرا. فاما اذا كان معسرا فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم وقال محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم انها لاترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها وان لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكتفي المرأة بخدمة نفسها فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم وأما الثاني وهو بيان من يقدر به هذه النفقة فقد اختلف فيه أيضا ذكر الكرخي ان قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره واعساره لا بحالها وهو قول الشافعي أيضا وذكر الخصاص انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج معسرا والمرأة موسرة ولا خلاف في هذه الجملة فاما اذا كان الزوج موسرا والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ماذكره الكرخي وعلى قول الخصاف عليه أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا في اليسار يأكل خبز الحواري ولحم الحمل والدجاج والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكل في بيت أهلها أيضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاف ان في اعتبار حالتهما في تقدير النفقة والكسوة نظرا من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما والصحيح ماذكره الكرخي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وهذا نص في الباب واذا عرف هذا فنقول اذا كان الزوج معسرا ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام والادام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وان كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار

وملحفة وسراويل أيضا فى عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن اذا كان من الفقراء واللين اذا كان من الاغنياء والوسط اذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان الا الخمار فانه يفرض على الغنى خمار حرير وفى الشتاء يزاد على ذلك حشو يا وفرو بحسب اختلاف البلاد فى الحر والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا فقالت المرأة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج انى معسر وعلى نفقة المعسرين والقاضى لا يعلم بحاله ذكر فى كتاب النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضى والخصاف وذكر محمد فى الزيادات ان القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا انه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب فى يسار المطلوب واعساره فى سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه رأى المطلوب ومحمد فصل بين الامرين فجعل القول قول الطالب فى البعض وقول المطلوب فى البعض وذكر فى الفصل أصلا يوجب أن يكون القول فى النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضى أن يكون القول فى النفقة قول الزوج وبيان الاصلين وذكر الحجج يأتى فى كتاب الحبس ان شاء الله تعالى فان أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضى لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها فى الفرض لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فانه يزيدها فى الفرض لان الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج اليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضى الشهر وكذا اذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضى المدة التى أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الاقارب فان هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام المدة التى أخذ لها الكسوة اذا حلف انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى انها لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت الحاجة الى نفقة أخرى وكسوة أخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبها بالاعواض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس فى جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر فى هذه المدة ولو فرض القاضى لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذى أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بان أكلت من مال آخر أو لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وانما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا فى هذه المدة وهى محتبسة بعد مضى هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو تقدت نفقتها قبل مضى المدة التى لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضى المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فى كيفية وجوبها قال أصحابنا انها تجب على وجه لا يصير دينا فى ذمة الزوج الا بقضاء القاضى أو بتراضى الزوجين فان لم يوجد أحد هذين تسقط بمضى الزمان وقال الشافعى انها تصير دينا فى الذمة من غير قضاء القاضى ولا رضاه ولا تسقط بمضى الزمان فيقع الكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان ان الفرض من القاضى أو التراضى هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا فى ذمة الزوج أم لا وفى بيان شرط جواز فرضها من القاضى على الزوج اذا كان شرطا وفى بيان حكم صيرورتها دينا فى ذمة الزوج أما الاول فهو على الاختلاف الذى ذكرنا احتج الشافعى بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان وقوله عز وجل لينفق ذو سعة

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل ان ماوجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا الوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت فى الذمة من غير قضاء كالمهر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر ولنا ان هذه النفقة تجرى مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهى الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهى الاختصاص بها لاسبيل الى الاول لان الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا فى ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف فى ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثانى لان ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضى والصلات لا تملك بانفسها بل بقرينة تنضم اليها وهى القبض كما فى الهبة أو قضاء القاضى لان القاضى له ولاية الالزام فى الجملة أو التراضى لان ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه بخلاف المهر لانه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضى الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له فى الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجبة لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لالزام الخصم وأما قوله ان الاصل فيما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو الابراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضى الزمان كنفقة الاقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها وجبت عوضا وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك فى الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة فى العبد يجبر عليه ويحبس بانه وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما اذا استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضى فانفقت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة فى الانفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لانها لم تصر دينا فى ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا فى ذمته فكانت الاستدانة الزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا اذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضى والتراضى لا يصح الابراء لانه ابراء عما ليس بواجب والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضى ما يكفيها فان القاضى يفرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالابراء والله أعلم وأما الثانى فلوجوب الفرض على القاضى وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لانه انما يفرض النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثانى حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضى أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضى عالما بالزوجية وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول ابراهيم النخعى ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضى النفقة على الغائب وحجة هذا القول ماروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبى صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبى سفيان وكان غائبا وحجة القول الاخير ان الفرض من القاضى على الغائب قضاء عليه وقد صح من أصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهند على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبى سفيان وفرض النفقة من القاضى تقديرها فاذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على الغائب فانما يجوزه اذا كان غائبا

غيبة سفر فاما اذا كان فى المصر فانه لا يجوز بالاجماع لانه لا يعد غائبا وأبو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضى عالما بالزوجية فسألت القاضى أن يسمع بينتها بالزوجية و يفرض على الغائب قال أبو يوسف لا يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع و يفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البينة فى وجهه فان فعلت نفذ الفرض وصحت الاستدانة وان لم يفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضى انما يسمع هذه البينة لا لاثبات النكاح على الغائب ليقال ان الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها الى الفرض ويجوز سماع البينة فى حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة وانها تقبل فى حق المال ولا تقبل فى حق القطع كذا ههنا تقبل هذه البينة فى حق صحة الفرض لا فى اثبات النكاح فاذا حضر وأنكر استعاد منها البينة فان أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول أبى يوسف لان البينة على أصل أصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع وما ذكره زفر ان بينتها تقبل فى حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن الى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل الى القبول فى حق صحة الفرض ضرورة هذا اذا كان الزوج غائبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان كان المال فى يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضى لحديث أبى سفيان فلو طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة فى ذلك المال وعلم القاضى بالزوجية و بالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضى فلم يكن الفرض من القاضى فى هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها على استيفاء حقها وان كان فى يد مودعه أو مضارب به أو كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضى عالما بذلك فرض لها فى ذلك المال نفقتها فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه قوله ان هذا قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر اذ المودع ليس بخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد وهو المودع اذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقر ان لها حق الاخذ والاستيفاء لان للزوجة أن تمد يدها الى مال زوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة أبى سفيان فلم يكن القاضى فرض لها النفقة فى ذلك المال قضاء بل كان اعانة لها على أخذ حقها وله على احياز وجته فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا علم للقاضى به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لانه ان أنكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس بخصم عنه فى الزوجية وان انكر الوديعة أو الدين لا يمكنها اقامة البينة على الوديعة والدين لانها ليست بخصم عن زوجها فى اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا هذا اذا كانت الوديعة والدين من جنس النفقة بان كانت دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيأ من ذلك وان طلبت من القاضى فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضى النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب فى النفقة بالاتفاق وان كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف فيه فقال القاضى لا يبيع العروض عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما له ان يبيعها عليه وهى مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدورى المسئلة على الاتفاق فقال القاضى انما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما فى الامتناع دفعا لظلمه والغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضى لها النفقة فى شىء من ذلك وأخذ منها كفيلا فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على ايفاء حقها فى النفقة عاجلا فينبغى أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل لها النفقة فقد مضى الامر وان كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء أخذ من المرأة وان شاء أخذ من الكفيل

ولو أقرت المرأة انها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر فى حقها لا فى حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك وان كان عالما بهما لان القضاء بالنفقة فى الوديعة والدين كان نظرا للغائب لما فى الاتفاق من احياء زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد فى المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضى لها بنفقة ماضية فى الوديعة والدين قضى لها بذلك لانه لما جاز القضاء بالنفقة فى الوديعة والدين يستوى فيه الماضى والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك اذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنى فقراء أو اناث فقيرات والدان فقيران فان كان المال فى أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وان طالبوا من القاضى فرض النفقة منه فرض لان الفرض منه يكون اعانة لا قضاء وان كان المال فى يد مودعه أو كان دينا على انسان فرض القاضى نفقتهم منه وكذلك اذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضى بذلك لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الاحياء لان الانسان يرضى باحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لاحدهما أن يمد يده الى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضى أن يفرض ذلك من طريق الاعانة لصاحب الحق وان جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضى به لم يفرض لما ذكرنا فى الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوى الرحم المحرم نفقتهم فى مال الغائب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة اذ ليس لهم حق فى مال الغائب أصلا ألا ترى انه ليس لاحد أن يمد يده الى مال صاحبه فيأخذه وان مست حاجته من غير قضاء القاضى فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس للقاضى ان يبيع على الغائب فى النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم فى العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف وفى بيع الاب العروض خلاف نذكره فى نفقة المحارم وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو كان معسرا وطلبت المرأة الفرض من القاضى فرض عليه اذا كان حاضرا وتستدين عليه فتنفق على نفسها لان الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض واذا طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة على زوجها الحاضر فان كان قبل النقلة وهى بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضى لها اعانة لها على الوصول الى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها الى منزله فزعمت انه ليس ينفق عليها أو شكت التضييق فى النفقة فلا ينبغى له انه يعجل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لان ذلك من باب الامساك بالمعروف وانه مأمور به ويتأنى فى الفرض ويتولى الزوج الانفاق بنفسه قبل الفرض الى ان يظهر ظلمه بالترك والتضييق فى النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويامره أن يدفع النفقة اليها لتنفق هى بنفسها على نفسها ولو قالت أيها القاضى انه يريد أن يغيب فخذ لى منه كفيلا بالنفقة لا يجبره القاضى على اعطاء الكفيل لان نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب يحققه انه لا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير الواجب والى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال أبو يوسف أستحسن ان آخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لانا نعلم بالعادة ان هذا القدر يجب فى السفر لان السفر يمتد الى شهر غالبا والجواب ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو أعطاها كفيلا جاز لان الكفالة بما يذوب على فلان جائزة وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة دينا فى ذمة الزوج فنقول اذا فرض القاضى لها نفقة كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهرا غائبا كان أو حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى لانها لما صارت دينا بالفرض أو التراضى صارت فى استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الاقارب اذا مضت المدة ولم تؤخذ انها تسقط لانها لا تصير دينا رأسا لان وجوبها

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى انها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة وليس فى مضى الزمان الا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو التراضى لها انه ترجع على الزوج لان النفقة صارت دينا عليه وكذلك اذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها باذن القاضى أو بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضى كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن القاضى لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضى بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها ان تحبسه لان النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء صارت كسائر الديون الا انه لا ينبغى ان يحبسه فى أول مرة تقدم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعظه فى كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه حينئذ كما فى سائر الديون لما نذكر فى كتاب الحبس ان شاء الله تعالى واذا حبس لاجل النفقة فما كان من جنس النفقة نسلمه القاضى اليها بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيأ من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا فى سائر الديون فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يبيع عليه وهى مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها فى كتاب الحجران شاء الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعى قضاء دين عليه وهى منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما فى سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هى هو من النفقة فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لان التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث اليها شيأ فقالت هو هدية وقال هو من المهران القول فيه قوله الا فى الطعام الذى يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج لان التقاصر انما يقع بين الدينين المتماثلين ألا ترى انه لا يقع بين الجيد والردىء ودين الزوج أقوى بدليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد بالردىء فلا بد من المقاصة بخلاف غيرها من الديون والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا فى ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها دينا فى الذمة واحد وهو مضى الزمان من غير فرض القاضى والتراضى وأما المسقط لها بعد صيرورتها دينا فى الذمة فأمور منها الابراء عن النفقة الماضية لانها لما صارت دينا فى ذمته كان الابراء اسقاطا لدين واجب فيصح كما فى سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لانها تجب شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فكان الابراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضا وهو حق الحبس لانه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا يصح هبة النفقة الماضية لان هبة الدين يكون ابراء عنه فيكون اسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا انها تجرى مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فان كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضى ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشىء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء كان قائما أو مستهلكا وكذلك لو ماتت هى لم يرجع الزوج فى تركتها عندهما وقال محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقى ان كان قائما وان كان هالكا فلا شىء بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشىء وان كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقى وجه هذه الرواية ان الشهر فما دونه فى حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه فى حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد ان هذه النفقة تشبه الاعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالاجارة اذا عجل المستأجر الاجرة ثم مات أحدهما

قبل تمام المدة وجه قوله ان هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة وأما قوله انها تشبه الاعواض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هي صلة بأصلها ألا ترى انها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين أصحابنا الاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا فراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتبار اللاصل و راعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات و راعينا معنى الوصف بعد القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالاعواض اعتبار اللاصل والوصف جميعا على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما نفقة الاقارب فالكلام فيها أيضا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب أما الاول وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواع القرابات فنقول و بالله التوفيق القرابة في الاصل نوعان قرابة الولادة وقرابة غير الولادة وقرابة غير الولادة نوعان أيضا قرابة محرمة للنكاح كالاخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الاعمام والاخوال والخالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد وأما نفقة الوالدين فلقوله عز وجل وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه و بالوالدين احسانا أي أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا الا اياه أمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان وقوله عز وجل ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله تعالى أن اشكر لي ولوالديك والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر سبحانه وتعالى الولد أن يكافئ لهما و يجازي بعض ما كان منهما اليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله عز وجل وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى والانفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء ومعلوم أن معنى التأذي بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة و روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لي مالا وان لي أبا وله مال وان أبي يريد أن يأخذ مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك أضاف مال الابن الى الاب بلام التمليك وظاهره يقتضي أن يكون للاب في مال ابنه حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم اذا احتجتم اليه بالمعروف والحديث حجة بأوله وآخره أما بآخره فظاهر لانه صلى الله عليه وسلم أطلق للاب الاكل من كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به وأما بأوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه أي كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل أطيب المأكول والمأكول كسبه لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان في كسبه ولان ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الانسان كسبه ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه وأما نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن أي رزق الوالدات المرضعات فان كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الاب لاجل الولد كما في قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وان كان المراد منهن المنكوحات أو المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وان كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد لانها تحتاج الى فضل اطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع ألا ترى أن لها أن تفطر لاجل الرضاع اذا كانت صائمة لزيادة حاجتها الى الطعام بسبب

الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى الى القطع فكان حراما واختلف فى وجوبها فى القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا تجب وقال مالك والشافعى لا تجب غير أن مالكا يقول لا نفقة الا على الاب للابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال الشافعى تجب على الوالدين والمولودين والكلام فى هذه المسئلة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلى هذا ينبنى العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهى من مسائل العتاق نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ثم الكلام فى المسئلة على سبيل الابتداء احتج الشافعى فقال ان الله تعالى أوجب النفقة على الاب لا غير بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله فى القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضى الله عنه صرف قوله ذلك ترك المضارة لا الى النفقة والكسوة فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على ترك المضارة معناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفا على هذا لكان عطف الاسم على الاسم وانه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل فكان الاول أولى ولانه لو جعل عطفا على قوله لا تضار لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا فى حالة واحدة فينصرف قوله ذلك الى الكل أى على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وانه لا يضارها ولا تضاره فى النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضى الله عنهما على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفى وجوب النفقة على الوارث بل يوجب لان قوله تعالى لا تضار والدة بولدها نهى سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقا فى النفقة وغيرها فاذا كان معنى اضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الانفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك أنه لا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب وذلك يقتضى أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة باجرة مثلها ولا يخرج الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث الا من خص أو قيد بدليل وأما القرابة التى ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وانا نقول المراد من الوارث الاقارب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولان وجوبها فى القرآن العظيم معلولا بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لان به تثبت الجزئية والبعضية والانفاق على المحتاج احياء له ويجب على الانسان احياء كله وجزئه وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب فى الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لانه اذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض الى القطع وترك الانفاق من ذى الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضى الى قطع الرحم فيحرم الترك واذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة واذا عرف هذا فنقول الحال فى القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت حال الانفراد واما ان كانت حال

الاجتماع فان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة الا واحد تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل أنه متى اجتمع الاقرب والابعد فالنفقة على الاقرب فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم فان استويا فى القرب ففى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما وأما فى غيرها من الرحم المحرم فان كان الوارث أحدهما والآخر محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة فى قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة وفى غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة لقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والانثى فيه سواء فدل به ماذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن أيضا اذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الابعد مع قيام الاقرب الا ان القاضى يامر ابن الابن بانه يؤدى عنه على ان يرجع عليه اذا أيسر فيصير الابعد نائبا عن الاقرب فى الاداء ولو أدى بغير أمر القاضى لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الاب لا على الجد لان الاب أقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقته على الاب أيضا اذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب اذا أيسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الاب لانه أقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يؤدى عن الاب بامر القاضى ثم يرجع عليه اذا أيسر ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الأب وان استويا فى القرب والوراثة ويرجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حقا فى كسبه وكون ماله مضافا اليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا يشارك الولد فى نفقة والده أحد لما قلنا وكذا فى نفقة والدته لعدم المشاركة فى السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان أحد فى نفقة جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا اذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الانثى فى النفقة لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحة أبيه لانها أجنبية عنه الا ان يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لانه يؤمر بخدمة الاب بنفسه أو بالاجير ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الاب لا على الام بالاجماع وان استويا فى القرب والولاد ولا يشارك الاب فى نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد اليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن أى رزق الوالدات المرضعات سمى الام والدة والاب مولودا له وقال عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الاب بايتاء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب فى الآيتين كل نفقة الرضاع على الاب لولده الصغير وليس وراء الكل شىء ولا يقال ان الله عز وجل قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام وارثة فيقتضى ان تشارك فى النفقة كسائر الورثة من ذوى الرحم المحرم وكمن قال أوصيت لفلان من مالى بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا لانا نقول لما جعل الله عز وجل كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن تعذر ايجابها على الام

حال

حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجه فى الحالين ولم يوجد مثل هذا فى سائر ذوى الرحم المحرم وفى باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين فى حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما فى حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا أيسر لانها تصير دينا فى ذمته اذا أنفقت بامر القاضى ولو كان للصغير أب وأم أم فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الاب فى نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها أولى هذا اذا كان الولد صغيرا فقيرا وله أبوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر فى كتاب النكاح ان نفقته أيضا على الاب خاصة وذكر الخصاف انه على الاب والام أثلاثا ثلثاها على الاب وثلثها على الام وجه ماذكره الخصاف ان الاب انما خص بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما وجه رواية كتاب النكاح ان تخصيص الاب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار الولاية والارث فى هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد فى نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج فى نفقة زوجته أحد لانه لا يشاركه أحد فى سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج او أب موسر أو أخ موسر فنفقتها على الزوج لا على الاب والابن والاخ لكن يؤمر الاب أو الابن أو الاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج اذا أيسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لانهما فى القرابة والوراثة سواء ولا ترجيح لاحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقى على ابن الابن كالميراث ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان له أم وأخ لاب وأم أو لاب أو ابن أخ لاب وأم أو لاب أو عم لام وأب أو لاب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك اذا كان له أخ لاب وأم وأخت لاب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له أخ لاب وأم وأخ لام فالنفقة عليهما أسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم لانهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيرجح بكونه وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثا ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما ما استويا فى سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع اذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد الاستواء فى ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما فى سبب استحقاق الارث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شىء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه وهو القرابة المحرمة القطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة أسهم ثلاثة أسهم على الاخت لاب وأم وسهم على الاخت لام وسهم على الاخت لاب على قدر الميراث ولا يعتد بابن العم فى النفقة لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ للاب والام وعلى الاخ للام على قدر الميراث أسداسا لان الاخ لاب لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لان العم مساو لهما فى سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا اذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت والاصل فى هذا ان كل من كان يحوز جميع الميراث

وهومعسر يجعل كالميت واذاجعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لايجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب على أخيه لابيه وأمه وعلى أخيه لامه أسداسا سدس النفقة على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ونفقة الولد على الاخ لاب وأم خاصة لان الاب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الاب هذا فأما الابن فوارثه العم لاب وأم لا العم لاب ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وأم ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها على الاخت لاب وأم وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لاب وأم لانها هي الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة بحالها فنفقة الاب فى الاخوة المتفرقين على أخيه لابيه وأمه وفى الاخوات المتفرقات على أخته لابيه وأمه لان البنت لاتحوز جميع الميراث فلا حاجة الى أن تجعل كالميتة فكان الوارث معها الاخ للاب والام لاغير والاخت لاب وأم لاغير لان الاخ والاخت لام لايرثان مع الولد والاخ لاب لايرث مع الاخ لاب وأم والاخت لاب لاترث مع البنت والاخت لاب وأم لان الاخوات مع البنات عصبة وفى العصبات تقدم الاقرب فالاقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لاب وأم أو على العمة لاب وأم لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لايمكن الايجاب للنفقة على الاخوة والاخوات الا بجعل الابن كالميت لانه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة الى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ لاب وأم وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا فكذا النفقة وعلى هذا الاصل مسائل

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب هذه النفقة فانواع بعضها يرجع الى المنفق عليه خاصة و بعضها يرجع الى المنفق خاصة و بعضها يرجع اليهما و بعضها يرجع الى غيرهما أما الذى يرجع الى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها اعساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم لان وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولانه اذا كان غنيا لا يكون هو بايجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل اذا كان مستغنى بماله كان ايجاب النفقة فى ماله أولى من ايجابها فى مال غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوى فيها المعسرة والموسرة كثمن البيع والمهر واختلف فى حد المعسر الذى يستحق النفقة قيل هو الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية فى رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الاخ بالانفاق عليها وكذلك اذا كانت بنتا له أو أما وفى رواية يستحق وجه الرواية الاولى ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين لانه يمكن الاكتفاء بالادنى بان يبيع بعض المنزل أوكله و يكترى منزلا فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم وجه الرواية الاخرى أن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق عليه ألا ترى انه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير اذا كان له مال حتى كانت نفقته فى ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا فان كان المال حاضرا فى يد الاب أنفق منه عليه و ينبغى أن يشهد على ذلك اذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبى اذا بلغ فيقول للاب انك أنفقت من مال نفسك لا من مالى فيصدقه القاضى لان الظاهر ان الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الاب وان كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بامر القاضى اياه بالانفاق ليرجع أو يشهد على انه ينفق من مال نفسه ليرجع به فى مال ولده ليمكنه الرجوع لما ذكرنا ان الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فاذا أمره القاضى بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد

على

على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه انما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبى فيمكنه الرجوع وهـذا فى القضاء فأما فيما بينه و بين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضى والاشهاد بعـد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لانه اذا نوى صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض ماله منه والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه و بين الله تعالى والله أعلم والثانى عجزه عن الكسب بان كان به زمانة أوقعد اوفلج أوعمى أوجنون أوكان مقطوع اليدين أوأشلهما أومقطوع الرجلين أومفقوء العينين أوغـير ذلك من العوارض التى تمنع الانسان من الاكتساب حـتى لوكان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفـقة على غـيره وان كان معسرا الا للاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادرا على الكسب بعد أن كان معسرا على ولده الموسر وكذا نفقة الجـد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق عليـه اذا كان قادرا على الكسب كان مستغنى بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فـلا تجب نفقته عـلى غيره الا الولد لان الشرع نهى الولد عن الحاق أدنى الاذى بالوالدين وهو التأفيف بقوله عز وجـل ولا تقل لهما أف ومعـنى الاذى فى الزام الاب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهى ولم يوجـد ذلك فى الابن ولهـذا لا يحبس الرجـل بدين ابنــه و يحبس بدين أبيه ولان الشرع أضاف مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث ان الطلب والخصومة بين يدى القاضى فى أحد نوعى النفقة وهى نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضى والقضاء لابد له من الطلب والخصومة وأما الذى يرجع الى المنفق خاصة فيساره فى قرابة غـير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر فى هذه القرابة نفقة وان كان قادرا على الكسب لان وجوب هـذه النفقة من طريق الصـلة والصلات تجب على الاغنياء لا على الفـقراء واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه فى قرابة ذى الرحم فلابد من معرفـة حد اليسار الذى يتعلق به وجوب هـذه النفقة روى عن أبى يوسف فيه انه اعتبر نصاب الزكاة قال ابن سماعة قال فى نوادره سمعت أبا يوسف قال لا أجبر على نفقة ذى الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة ولو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجـة لم أجـبره على نفقتها وان كان يعمل بيده و يكتسب فى الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد انه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذى الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شىء له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفى منـه بار بعة دوانيق فانه يرفع لنفسـه ولعياله ما يتسع به و ينفق فضلـه على من يجبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غنى عنـه فى الحال والشهر يتسع للاكتساب فكان عليـه صرف الزيادة الى أقاربه وجه قول أبى يوسف ان نفقة ذى الرحم صلة والصلات انمـا تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنا فى الشريعـة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد اوفق وهو انه اذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج الى جميعه فـما زاد على كفايته يجب صرفه الى أقاربه كفضل ماله اذا كان له مال ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر فى وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبـد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وانما يعتـبر فيها امكان الاداء ولو طلب الفقـير العاجز عن الكسب من ذى الرحم المحرم منـه نفقة فقال أنا فقـير وادعى هو انه غنى فالقول قول المطلوب لان الاصـل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا له فمحمد يحتاج الى الفرق بينه و بين نفقـة الزوجات والفرق له ان الاقـدام على النكاح دليـل القـدرة فبطلت شهادة الظاهر وأما قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافيـة حتى تجب عليه النفقـة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفـقراء والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد أن كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احياؤهم واحياؤهم احياء نفسه لقيام الجزئية والعصبية واحياء نفسـه واجب ولو كان لهم جـد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر

الجد بالانفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب ألا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى وان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف انه قال في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الاب أجبرته على نفقة الغلام اذا كان زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزؤه قال فان لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الاب ووجه الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه أحد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع اليه وان كان لا يفضل من كسبه شئ يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل ان يواسى أباه اذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه وتفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض أو يدخل عليه في النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لو أصاب الناس السنة لادخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفى الاثنين وجه قول العامة ان الجبر على الانفاق والاشراك في نفقة الولد المعسر يؤدى الى اعجازه عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذاء فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في الكتاب أرأيت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غنى يعطيه كل يوم رغيفا أو رغيفين أيؤمر الابن ان يعطى أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضى ان ابنى هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق على لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقى ينظر القاضى في ذلك فان كان الاب صادقا في مقالته أمر الابن بان يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شئ ينفق على أبيه فطلب الاب من القاضى أن يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضى ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا بخلاف ادخال الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة وكذلك الام اذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع اليهما جميعا فنوعان أحدهما اتحاد الدين في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة ويجب على الذمى نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام باسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره ووجه الفرق من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدئ بقتل أخيه الحربى ولا يجوز له أن يبتدئ بقتل أبيه الحربى وقد قال سبحانه في الوالدين الكافرين وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثانى ان وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة لما ذكرنا ان الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرها من الرحم المحرم بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدين

فلا

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمى فنفقته عليهما على السواء لما ذكرنا ان نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين والثانى اتحاد الدار فى غير قرابة الولادة من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين الذمى الذى فى دار الاسلام و بين الحربى فى دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمى والحربى المستأمن فى دار الاسلام لان الحربى وان كان مستأمنا فى دار الاسلام فهو من أهل الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة فى دار الاسلام فاختلف الداران وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن فى دار الاسلام و بين الحربى الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لاختلاف الدارين وهذا ليس بشرط فى قرابة الولاد والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة فى هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب فى قرابة الولاد والثانى ان الوجوب ههنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما الذى يرجع الى غيرهما فقضاء القاضى فى أحد نوعى النفقة وهى نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى ولا يشترط ذلك فى نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه و يجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضى فاما نفقة سائر ذى الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضى و بخلاف نفقة الزوجات لان لها شبها بالاعواض فمن حيث هى صلة لم تصر دينا من غير قضاء و رضا ومن حيث هى عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين وعلى هذا يخرج ما اذا كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضى لا يأمر أحدا بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والاناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لاحق لاحد فى ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه ليس لغيرهم أن يمد يده الى ماله فيأخذه وان كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضى بالانفاق من ماله لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان المال حاضرا عند هؤلاء وكان النسب معروفا وعلم القاضى بذلك أمرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضى فكان الامر من القاضى بالانفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضى بالبينة لا تسمع منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضى بالانفاق منها وكذا اذا كان له دين على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون اليهم بغير اذن القاضى يضمن واذا وقع باذنه لا يضمن واستوثق القاضى منهم كفيلا ان شاء وكذا لا يأمر الجد وولد الولد حال وجود الاب والولد لانهما حال وجودهما بمنزلة ذوى الارحام و يأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه و ولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه وان كان صاحب اليد أو المديون منكرا فارادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضى الى ذلك لما ذكرنا فان أنفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للاب كنت موسرا وقال الاب كنت معسرا ينظر الى حال الاب وقت الخصومة فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استمرار حال اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالآجر مع المستأجر اذا اختلفا فى جريان الماء وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا هذا فان اقاما البينة فالبينة بينة الابن لانها تثبت أمرا زائدا وهو الغنا هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة فان كان من غير جنسها فالقاضى لا يبيع على الغائب العقار لاجل القضاء بالاتفاق وكذا الاب الا اذا كان الولد صغيرا فليبيع العقار وأما العروض فهل يبيعها القاضى فالامر فيه على ماذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهو

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولابى حنيفة أن فى بيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد الى الوالد وسماه كسباله فان لم يظهر ذلك فى حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر فى ولاية بيع عرضه عند الحاجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها بالكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج الى خدمته تفرض له أيضا لان ذلك من جملة الكفاية

﴿ فصل ﴾ وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا فى الذمة أصلا سواء فرضها القاضى أولا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير دينا فى الذمة بفرض القاضى أو بالتراضى حتى لو فرض القاضى للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفى نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة فى مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فى نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين فى أشياء منها ما وصفنا آنفا ان نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا هلكت قبل مضى مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفى نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا تعيبت بعد مضى المدة لا تجب أخرى وفى نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة فى فصل نفقة الزوجات ومنها أنه اذا عجل نفقة مدة فى الاقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيأ منها بلا خلاف وفى نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس فى نفقة الاقارب كما يحبس فى نفقة الزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فيحبس فى نفقة الولد أيضا ولا يحبس فى سائر ديونه لان ايذاء الاب حرام فى الاصل وفى الحبس ايذاؤه الا ان فى النفقة ضرورة وهى ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد فى سائر الديون ولان ههنا ضرورة أخرى وهى ضرورة استدراك هذا الحق أعنى النفقة لانها تسقط بمضى الزمان فتقع الحاجة الى الاستدراك بالحبس لان الحبس يحمله على الاداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقه رأسا فشرع الحبس فى حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد فى سائر الديون لانها لا تفوت بمضى الزمان فلا ضرورة الى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا ان الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضى الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضى الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضى نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما نفقة الرقيق فالكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان وجوب هذه النفقة وفى بيان سبب وجوبها وفى بيان شرط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان كيفية الوجوب أما الاول فوجوبها ثابت

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل أو ماملكت أيمانكم معطوفا على قوله و بالوالدين احسانا أمر بالاحسان الى المماليك ومطلق الامر يحمل على الوجوب والانفاق عليهم احسان بهم فكان واجبا و يحتمل أن يكون أمرا بالاحسان الى المماليك أمرا بتوسيع النفقة عليهم لان المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد يقتر في الانفاق عليه لكونه مملوكا في يده فامر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدما وخولا أذلاء تحت أيديهم يستخدمونهم و يستعملونهم في حوائجهم وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصي بالمملوك خيرا و يقول أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم مالا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضى الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وماملكت أيمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه وعليه اجماع الامة أن نفقة المملوك واجبة وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شيء فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فاذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا ينبنى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه ان كانت حرة فهو حر وان كانت مملوكة فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في يده لمولاه والمولى أجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير لملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بأن تزوج حر أمة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغا صحيحا فنفقته في كسبه وان كان صغيرا أو زمنا قالوا ان نفقته في بيت المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له قريب و بيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل هذا عبدك أودعتنيه فجحد قال محمد أستحلفه بالله عز وجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذى هو في يده لانه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقى في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد ولو كان كبيرا لم أستحلف المدعى عليه لانه اذا كان كبيرا كان في يد نفسه وكان دعواه هدرا فيقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعى أنه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه الموليان ان نفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما لان كل واحد منهما أب كامل في حقه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان و بخدمته لآخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لان ملك المنفعة في زمن العارية له اذ الاعارة تمليك المنفعة ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصحابنا حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الا باستبقائه ولا بقى عادة الا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الاقارب

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبها فانها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة فى الجملة بيان ذلك أن المملوك اذا خاصم مولاه فى النفقة عند القاضى فان القاضى يأمره بالنفقة عليه فان أبى ينظر القاضى فكل من يصلح للاجارة يؤاجره و ينفق عليه من أجرته أو بيعه ان كان محلا للبيع كالقن ورأى البيع أصلح ولا يجبر على الانفاق وان لم يصلح للاجارة بان كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدبر وأم الولد يجبره على الانفاق لانه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه جائعا تضييع الى آدمى فيجبر المولى على الانفاق والله عز وجل أعلم (وأما) نفقة البهائم فلا يجبر عليها فى ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه و بين الله تعالى أن ينفق عليها وروى عن أبى يوسف أنه يجبر عليها لان فى تركه جائعا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه و بين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وأما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب الا أنه اذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الحضانة﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الحضانة وفى بيان من له الحضانة وفى بيان مدة الحضانة وفى بيان مكان الحضانة أما الاول فالحضانة فى اللغة تستعمل فى معنيين أحدهما جعل الشئ فى ناحية يقال حضن الرجل الشئ أى اعتزله فجعله فى ناحية منه والثانى الضم الى الجنب يقال حضنته واحتضنته اذا ضممته الى جنبك والحضن الجنب فحضانة الام ولدها هى ضمها اياه الى جنبها واعتزالها اياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام على ارضاعه الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت شريفة لم تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض وجوه التأويل أى لا تضار بالزام الارضاع مع كراهتها وقوله عز وجل فى المطلقات فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن جعل تعالى أجر الرضاع على الاب لا على الام مع وجودها فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف أى رزق الوالدات المرضعات فان أريد به المطلقات ففيه أنه لا ارضاع على الام حيث أوجب بدل الارضاع على الأب مع وجود الام وان أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم ايجاب زيادة النفقة على الاب للام المرضعة لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولد ولان الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها الام كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا فى الحكم وأما فى الفتوى فتفتى بانها ترضعه لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض تأويلات الآية أى لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد تضرر الوالد لانه يتألم قلبه بذلك وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده أى لا يضار المولود له بسبب الاضرار بولده كذا قيل فى بعض وجوه التأويل ولان النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل الا باجتماعهما على مصالح النكاح ومنها ارضاع الولد فيفتى به ولكنها ان أبت لا تجبر عليه لما قلنا الا اذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذ تجبر على ارضاعه اذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو التمس الاب لولده مرضعا فارادت الام أن ترضعه بنفسها فهى أولى لانها أشفق عليه ولان فى انتزاع الولد منها اضرارا بها وانه منهى عنه لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض الاقاويل أى لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهى تريد امساكه وارضاعه فان أرادت أن تأخذ على ذلك أجرا فى صلب النكاح لم يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها فى الحكم فهو مستحق فى الفتوى ولا يجوز أخذ

الاجر على أمر مستحق لانه يكون رشوة ولانها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ولان أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا اليس في حفظه منفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها أن تسكنه معها وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الاجرة كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وأما المبتوتة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الاجر لانها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية وأما اذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع وقال الاب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان في الزام الاب بما تلتمسه الام اضرارا بالاب وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار الاب بالزام الزيادة على ما تلتمسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهن أشفق وأرفق وأهدى الى تربية الصغار ثم تصرف الى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلابد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الاقرب فالاقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الاب لان الجدتين وان استويتا في القرب لكن احداهما من قبل الام أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلي بقرابة الام كان أولى لانها تكون أشفق ثم الاخوات فأم الاب أولى من الاخت لان لها ولادا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق وأولى الاخوات الاخت لاب وأم ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة الاب وترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت أولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة أيتهما أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لاب أولى وجه الرواية الاولى ما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فأخذها فاختصم فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال رضي الله عنه بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه بنت أخي آخيت بيني وبين حمزة يارسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الاخرى أن الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت أقرب فكانت أولى وبنت الاخت لاب وأم أولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت لاب أولى من الخالة على الرواية الاخيرة لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد فكانت أولى وأما على الرواية الاولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها لانها تتقدم على أمها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها أولى وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت أولى والخالات أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة أولى وبنات الاخ أولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما أعني بنت الاخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الاخ أقرب لانها ولد الاب والعمة ولد الجد فكانت بنت الاخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من

العمات وان تساوين فى القرب لان الخالات يدلين بقرابة الام فكن أشفق وأولى الخالات الخالة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد فى كتاب الطلاق أن أم الاب أولى من الخالة فى قول أبى يوسف وقال زفر الخالة أولى وجه قول زفر قول النبى صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وجه قول أبى يوسف أن أم الاب لها ولاد والولاية فى الاصل مستفادة بالولاد وأولى العمات العمة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن فى الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبى من الصغير فان كانت فلا حق لها فى الحضانة وأصله ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به منه مالم تنكحى وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضى الله عنه أم ابنه عاصم رضى الله عنه فلقيها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بعاصم بن عمر رضى الله عنهما لامه مالم يشب أو تتزوج وقال ان ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الاب لانه يبغضه لغيرته وينظر اليه نظر المغشى عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذى رحم محرم من الصبى لا يسقط حقها فى الحضانة كالجدة اذا تزوجت بجد الصبى أو الام تزوجت بعم الصبى أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها فى الحضانة لان المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هى أولى ممن هى أبعد منها كما كانت ومنها عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها فى الحضانة لان المرتدة تحبس فيتضرر به الصبى ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء اذا اجتمعن ولهن أزواج قال يضعه القاضى حيث شاء لانه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد فى حضانة الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فاما اذا اعتقتا فهما فى الحضانة كالحرة لانهما استفادتا الولاية بالعتق وأهل الذمة فى هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وأنه لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت فى الحضانة كالمسلمة كذا ذكر فى الاصل لما قلنا وكان أبو بكر احمد بن على الرازى يقول انها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما وقت الحضانة التى من قبل النساء فالام والجدتان أحق بالغلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر فى ظاهر الرواية وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أى ويستنجى وحده ولم يقدر فى ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك وأما الجارية فهى أحق بها حتى تحيض كذا ذكر فى ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهى وانما اختلف حكم الغلام والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ فى الغلام والجارية جميعا لانها ضرب ولاية ولانها ثبتت للام فلا تنتهى الا بالبلوغ كولاية الاب فى المال الا انا تركنا القياس فى الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم لما روينا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر لامه مالم يشب عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس فى الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم فبقى الحكم فى الجارية على أصل القياس ولان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والاب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك فى يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد فى الجارية فتترك فى يد الام بل تمس الحاجة الى الترك فى يدها الى

وقت

وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم آداب النساء والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الام ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الام حد الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلابد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك في أيديهن الى ان تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم الى الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء الى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسلمها الى الاب احترازا عن الوقوع في المعصية وأما التي للرجال فاما وقتها فابعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية اذا كانت عند الام أو الجدتين وان كانا عند غيرهن فابعد الاستغناء فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وانما توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام اذا كان غير مأمون عليه فللاب أن يضمه الى نفسه ولا يخلي سبيله كيلا يكتسب شيأ عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الاب وهو مأمون عليه فلا حق للاب في امساكه كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء والجارية ان كانت ثيبا وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلي سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث أحبت وان كانت بكرا لا يخلي سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد أبوه وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ان كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم منها لانه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها وأما الغلام فانه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عم الاب لاب وأم ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلهم لاب وام أو لاب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة اليه فيراعى الاصلح فان رآه أصلح ضمها اليه والا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الاخ لام والخال وأبو الام لانعدام العصوبة وقال محمد ان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والاخ من الاب أحق من الخال لانه عصبة وهو أيضا أقرب لانه من أولاد الاب والخال من أولاد الجد وذكر الحسن ابن زياد أن الصبي اذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبو الام لانه عصبته والاخ لاب أولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه أقرب فان لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فان الام أولى من الخال والاخ لام لان لها ولادا وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الارحام ومنها اذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق لان في كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم اليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها اليها الى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وان كانت بكرا ومنها اتحاد الدين فلا حق للعصبية في الصبي الا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين اذا كان أحدهما مسلما والآخر يهوديا والصبي يهودي أن اليهودي أولى به لانه عصبة لا المسلم والله عز وجل الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا اختلف الابوان فيهما قبل

البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام اذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وانه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر أيهما شئت فاختار أمه فأعطاها اياه ولان في هذا نظر للصغير لانه يختار الاشفق ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للام أنت أحق به مالم تنكحي ولم يخير ولان تخيير الصبي ليس بحكمة لانه لغلبة هواه يميل الى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الابوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة ومعنى قولها نفعني أي كسب على والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ يخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومي انه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخيرني على رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فأبى عمي ان يرضى فوكزه على رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغنى عنها لما ذكرنا انها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلا عن الاخراج من البلد وان أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد اولم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما اذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه الى بلد فهذا على أقسام ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت أولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لان من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح مادام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنتقل بولدها الى بلدها بان تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق ولو أرادت أن تنقل الولد الى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين أحدهما أن يكون البلد الذي تريد ان تنقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية النقل وروى عن أبي يوسف ان لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط واليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما أنظر في هذا الى عقدة النكاح أين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا وان أجمل المسئلة في الجامع فقد فصلها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر وقد يكون المفسر بيانا للمجمل كالنص

المجمل من الكتاب والسنة اذا لحق به التفسير انه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا والله عز وجل الموفق هذا اذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة فان كانت قريبة بحيث يقدر الاب أن يزور ولده ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل الى أطراف البلد وأما أهل السواد فالحكم فى السواد كالحكم فى المصر فى جميع الفصول الا فى فصل واحد وبيانه ان النكاح اذا وقع فى الرستاق فارادت المرأة أن تنقل الصبى الى قريتها فان كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما فى المصر لما قلنا وان كان وقع فى غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التى وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما ذكرنا فى المصر وان كانت قريبة على التفسير الذى ذكرنا فلها ذلك كما فى المصر وان كان الاب متوطنا فى المصر فارادت نقل الولد الى القرية فان كان تزوجها فيها وهى قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا فى المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما فى المصر وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين لان أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضا بهذا الضرر اذ لم يقع أصل النكاح فى القرية والله عز وجل أعلم وليس للمرأة أن تنقل ولدها الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها مسلما أو ذميا لان فى ذلك اضرارا بالصبى لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبى تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿كتاب الاعتاق﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان أنواع الاعتاق وفى بيان ركن الاعتاق وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاعتاق وفى بيان حكم الاعتاق وفى بيان وقت ثبوت حكمه وفى بيان ما يظهر به الاعتاق أما الاول فالاعتاق فى القسمة الاولى ينقسم الى أربعة أقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور أما الواجب فالاعتاق فى كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه فى باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين عند القدرة عليه وفى اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى فى كفارة القتل والظهار فتحرير رقبة وفى كفارة اليمين أو تحرير رقبة وانه أمر بصيغة المصدر كقوله عز وجل فضرب الرقاب وقوله عز وجل والوالدات يرضعن أولادهن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ونحو ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى كفارة الافطار أعتق رقبة وأما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما مؤمن أعتق مؤمنا فى الدنيا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن واثلة بن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صاحب لنا قد أوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن أبى نجيح السلمى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى بسهم فى سبيل الله فله درجة فى الجنة ومن شاب شيبة فى الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وأيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان به وقاء كل عظم من عظام محرره من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كان بها وقاء كل عظم من عظام محررتها من النار وعن البراء بن عازب قال جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال صلى الله عليه وسلم لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى فكاكها وفى بعض الروايات ان تعين فى ثمنها وأما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود معنى الاباحة فيه وهى تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا وأما المحظور فهو ان يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان

و يقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض ونقسمه أيضاً أقساماً أخر نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذي جعل دلالة على العتق في الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه الى بيان الالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة اما مع النية أو بدون النية والى بيان ما لا يثبت به العتق من الالفاظ رأسا أما الاول فالالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة فتنقسم ثلاثة أقسام صريح وملحق بالصريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحرية أو الولاء نحو قوله أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاي لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلاشك فيه لانه لا يستعمل الا في العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحاً فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق اذ النية لتعيين المحتمل وأما لفظ الولاء فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة في الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فانه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم و يقع على ابن العم قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام واني خفت الموالي من ورائي و يقع على المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحتمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده ولا ابن العم اذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق اذ العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مراداً به واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذي يحتمله مراده بدليل معين فكان صريحاً في العتق فلا يحتاج الى النية كقوله أنت حر أو عتيق وكذا اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة النداء بان قال ياحر ياعتيق يامعتق لانه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق وذكر محمد انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال له ياحر لا يعتق لانه اذا كان مسمى بذلك الاسم معروفا به لندائه يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق وكذا اذا قال له يامولاي يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يامولاي يحتمل التعظيم و يحتمل العتق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله ياسيدي و يامالكي ولنا ان النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد واكرامه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كان قال أنت مولاي ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله ياسيدي و يامالكي لان هذا قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لانا انما أعتقناه في قوله يامولاي لاجل الولاء لا لاجل الملك ومعناه ماذكرنا والله عز وجل أعلم ولو قال في شيء من هذه الالفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه عنيت به الخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل في انشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الاخبار فان العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق في القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك ونوى به الاخبار كذبا لا يصدق في القضاء و يصدق به فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان ارادته الخبر خلاف الظاهر ولو قال عنيت به انه كان حرا فان كان موكدا لا يصدق أصلا لانه كذب محض وان كان انشاء لا يصدق قضاء لان الظاهر ارادة الانشاء من هذه الالفاظ فلا يصدق في العدول عن الظاهر و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل الاخبار عن الماضي ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء لان العتق بالنسبة الى الاعمال والازمان لا يتجزأ لاستحالة ان يعتق اليوم و يسترق غدا أو يعتق في عمل و يرق في عمل فكان الاعتاق في عمل دون عمل وفي زمان دون زمان اعتاقا من الاعمال كلها وفي الازمان بأسرها فاذا نوى بعض الاعمال والازمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وكذا اذا قال أنت مولاي وقال عنيت به الموالاة في الدين لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر اذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهرا

و يصدق

و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت الا حر آكد من قوله أنت حر لانه اثبات بعد النفى كقولنا لا اله الا الله ولو قال أنت حر لوجه الله تعالى عتق لان اللام فى قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجز الحرية و بين ان غرضه من التحرير وجه الله عز وجل وكذا لو قال لعبده أنت حر لوجه الشيطان عتق ذكره محمد فى الاصل لانه أعتقه بقوله أنت حر و بين غرضه الفاسد من الاعتاق فلا يقدح فى العتق ولو دعى عبده سالما فقال يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذى أجابه لان قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب اليه من الساكت ولو قال عنيت سالما عتقا فى القضاء أما مرزوق فلان الاشارة مصروفة اليه لما بينا فلا يصدق فى انه ما عناه وأما سالم فباقراره وأما فيما بينه و بين الله تعالى فانما يعتق الذى عناه خاصة لان الله تعالى يطلع على سره ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب ههنا الا سالم فيصرف قوله أنت حر اليه والله عز وجل أعلم وأما الذى هو ملحق بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك و يعتق سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينو لان الايجاب من الواهب أو البائع ازالة الملك من الموهوب أو المبيع وانما الحاجة الى القبول من الموهوب له والمشترى لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد فى نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق ولهذا لا يفتقر الى القبول فلا يحتاج الى النية أيضا لان اللفظ صريح فى الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال أبو حنيفة اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أى لا أعتقه لم يصدق فى القضاء لان الهبة وضعت لازالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه وروى عن أبى يوسف فيمن قال لعبده أنت مولى فلان أو عتيق فلان انه يعتق فى القضاء لانه أخبر انه معتق فلان ولا يكون معتق فلان الا وان يكون مملوكا لفلان فاعتقه فان أعتقك فلان فليس بشىء لان قوله أعتقك فلان يحتمل انه أراد أن فلانا أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك و يحتمل انه أراد به انه قال لك للحال أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء لان شراءه جعل اعتاقا شرعا حتى تتأدى به الكفارة اذا اشترى أباه ناويا عن الكفارة فى قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعى وعند مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدأ والاصل ان كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعى لا يعتق بالملك الا من له ولاد فاما من لا ولاد له فلا يعتق الا باعتاق مبتدأ أما مالك فانه احتج بما روى أبو داود فى سننه باسناده عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقق صلى الله عليه وسلم الاعتاق عقيب الشراء ولو كان الشراء نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شراء القريب ليس باعتاق ولان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك و بينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال له صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد أعتقه والحديثان حجة على مالك والشافعى ومعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة فيعتقه أى تعتقه بالشراء يحمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض واما قوله الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم ولكن الممتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد فى زمان واحد وأما فى زمانين فلا لان علل الشرع فى الحقيقة دلائل واعلام على المحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ الشراء السابق علما على ثبوت الملك فى الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق فى الزمان الثانى اذ لا تنافى عند اختلاف الزمان وأما

الكلام مع الشافعي مبني على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا يبنى وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة في هذه القرابة انه لا يقطع ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في ان قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضا في ان القرابة التي لا تحرم النكاح كقرابة بني الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بني الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة والاحسان الى القريب والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى القرابات وهي قرابة الولاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولا يوجد ذلك في هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة وهي قرابة بني الاعمام ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهي جريان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار ونكاح الحليلة وعدم التكاتب ولنا ان قرابة الولاد انما أوجبت العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقاء الملك في القريب يفضي الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم وشرع السبب المفضي الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لانه لم يشرع بقاؤه في المسلم والذمي الا لاجل الملك المحترم للمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة قال الله تبارك وتعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون معناه واتقوا الله وصلوا الارحام وقد روي في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال صلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بالفعل نهي عن ضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يارب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفيك اني شققت لك اسما من اسمي أنا الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جاء في الحديث والقرابة سبب الرحمة والشفقة على القريب طبعا واما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد بدليل ثم نخرج الاحكام أما جريان القصاص فلا يفضي الى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم فكانه قتل نفسه أو قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزاء المطل الذي هو جناية فكان مضافا اليه وأما الاجارة فهي عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضي الى القطع الا انه لا يجوز استئجار الاب ابنه في الخدمة التي يحتاج اليها الاب لا لانه يفضي الى قطيعة الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن شرعا فلا يجوز ان يستحق الاجر في مقابلته فلا يدخل في العقد ولو استأجر الابن أباه يصح ولكن يفسخ احتراما للاب ونحن نسلم ان للاب زيادة احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق القصاص والحبس ولا كلام فيه وأما نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع غضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فلان الجمع بين الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلو عن نوع غضاضة وأما التكاتب فعند أبي يوسف ومحمد يتكاتب الاخ كما في قرابة الولاد وعن أبي حنيفة فيه روايتان ثم نقول عدم تكاتب الاخ لا يفضي الى قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق فاذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضي الى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا في حق حرية نفسه لكن

حرية

حرية أبيه وابنه في معنى حرية نفسه لأن المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم وسواء كان المالك لذي الرحم المحرم بالغا أو صبيا عاقلا أو مجنونا يعتق عليه اذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولانه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضي ان كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبي والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فان قيل ان الصبي العاقل اذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاق عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبي وان كان عاقلا فليس من أهل الاعتاق فينبغي ان لا يعتق أولا يكون الشراء اعتاقا قيل ان كون شراء الاب اعتاقا عرفناه بالنص وهو ما رويناه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبي ليس بمراد لانه ليس من أهل الاعتاق فلا يكون الشراء من الصبي وان كان عاقلا اعتاقا بل يكون تملكا فقط فيعتق عليه بالملك شرعا لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة ابنه أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا اذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتهما لا يعتق لان شرط العتق ملك ذي رحم محرم فلا بد من وجودهما أعني الرحم المحرم ففي الاول وجد المحرم بلا رحم وفي الثاني وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق وأهل الاسلام وأهل الذمة في ذلك سواء لاستوائهم في حرمة قطع الرحم وأهلية الاعتاق وأهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر وولاء المعتق لمن عتق عليه لان العتق ان وقع بالشراء فالشراء اعتاق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وان وقع بالملك شرعا فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه والامة لغير الاب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها اذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء الاخ جائز كشراء الاب وسائر ذوي الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه لانها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما يحققه انه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائما فلان في بطنها ولدا حرا ولان بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فاذا كان الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع يصير كانه استثنى الولد واذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال واذا ملك شقصا من ذي رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كما لو اعتق شقصا من عبده أجنبي لان العتق يتجزأ عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنيع واما ان ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيأ موسرا كان أو معسرا في قول أبي حنيفة ولكن يسعى له العبد في نصيبه وعند أبي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وعلى هذا الخلاف اذا باع رجل نصف عبده ممن ذي رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البائع عند أبي حنيفة موسرا كان القريب أو معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته للبائع وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخي أني لا أعرف الرواية في هذه المسئلة واجمعوا على أن العبد اذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت ان كان موسرا ولا يضمن البائع شيأ والكلام في هذه المسائل بناء على أن الاعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما وشراء القريب اعتاق فكان شراء نصيبه اعتاقا لنصيبه واعتاق نصيبه اعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه أحدهما وهو موسر ولما كان متجزئا عنده كان شراء نصيبه

اعتاقا لنصيبه خاصة فلم يكن افساداً لنصيب شريكه ولا تمليكا لنصيبه أيضا لان ذلك ثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة عدم التجزئة فاذا كان متجزئا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التمليك والدليل عليه أنه لا ضمان اذا كان معسرا وضمان الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفا للاصول بالنص نظرا للشريك الساكت وهو مستحق للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضيا به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذي رحم محرم راض بشرائه ومن رضي بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقي الحكم فيها على الاصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذي رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلا حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان في معنى المنصوص عليه فيلحق به ثم وجه الكلام لابي حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء نصيبه اعتاق لنصيبه وافساد لنصيب شريكه لكن هذا افساد مرضي به من جهة الشريك لانه رضي بشراء نفسه واثبات الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيما اذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وأن يكون القبول موافقا للايجاب اذ البائع ما رضي الا به ألا ترى أنه لو قال بعت منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افسادا لنصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه اعتق نصيبك أو رضيت باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه النكتة لا تمشي في الهبة فان أحدهما اذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة في نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا مرضيا به من جهة الشريك وكذا لا تمشي فيما اذا لم يعلم الشريك الاجنبي أن شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افسادا لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشيء بدون العلم به محال فالجواب أن هذا من باب عكس العلة لانه أراد الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط في العلل الشرعية لجواز أن يكون لحكم واحد شرعي علل فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا ونبقيه في غيره بعلة أخرى ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما اذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شيء واحد لانه جواب ايجاب واحد مثاله اذا قرأ المصلي آية واحدة قصيرة أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كآية واحدة كذا هذا وأما فصل العلم فتخريجه على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبي حنيفة لا يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم وعندهما يجب علم أو لم يعلم نص عليه في الجامع الصغير اما على أصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل أولى وأما على أصل أبي حنيفة فلان سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يقف على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والآذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم ليست بشرط في بناء الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل اليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا في يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروى بشر عن أبي يوسف أنه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الاجنبي يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب أنه ان علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزمه العقد

فى حق أحد الشريكين لم يلزم فى حق الآخر فلا يعتق العبد و يثبت للمشترى حق الفسخ وذكر فى الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقى وهو موسر فالمشترى بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين اعتقه أحدهما فالمشترى بالخيار لانه لم يوجد من المشترى الاجنبى ماهو دليل الرضا فى سقوط الضمان عن الاب فلا يسقط وروى عن أبى يوسف أنه قال لوأن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبى من مولاه فالبيع باطل فى حصة الاجنبى لانه اجتمع العتق والبيع فى عقد واحد فى زمان واحد لان بيع نفس العبد منه اعتاق على مال فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن أحدهما أنه يصح وان اجتمع الشراء والعتق فى عقد واحد لان شراء القريب تملك فى الزمان الاول واعتاق فى الزمان الثانى وأنه جائز لما بينا وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال ان ملكت من هذا العبد شيأ فهو حر ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة عتق على الاب وهذا على أصله لان العتق عنده لا يتجزأ وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين الا أن القرابة سابقة على اليمين فاذا ملكاه صار كان عتق الاب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال فى رجل قال ان اشتريت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أن ابنه ثم اشترياه عتق عليهما ونصف ولائه للذى أعتقه وهو ابن للذى ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاؤه بينهما لانه عتق عليهما والولاء للمعتق وان ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما بسبب لا صنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان أومعسرا ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريكه فى قولهم جميعا لان العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة أحد من العباد اذ لا صنع لاحد من العباد فى الارث ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعا صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق ومن هذا القبيل ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو اما أن يكون على وجه الصفة واما أن يكون على سبيل النداء فان ذكرها على طريق الصفة بان قال لمملوكه هذا ابنى فهو لا يخلو اما ان كان يصلح ابناله بان كان يولد مثله لمثله واما ان كان لا يصلح ولا يخلو اما ان كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فان كان يصلح ابناله فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالاجماع وان كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا وعند الشافعى لا يثبت العتق والاصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابناله فلا يثبت النسب بلا شك وهل يعتق قال أبو حنيفة يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق والاصل عندهما أن العتق مبنى على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا والاصل عند أبى حنيفة أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتى فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الابن وجه قولهم أن العتق لو ثبت لا يخلو اما ان ثبت ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل للثانى أما عند الشافعى فلان النسب لم يثبت فى المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه وأما عندهما فلان فى المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت العتق وفى المسئلة الاولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على النسب الظاهر فيعتق ولابى حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن لاعتبار عقله ودينه دلالة وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز أما الكناية فلوجود طريق الكناية فى اللغة وهو الملازمة بين الشيئين أو المجاورة بينهما غالبا على وجه يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون الكناية كالتابع للمكنى والمكنى هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكنى عنه باسم الملازم اياه التابع له كما فى قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالى المطمئن من الارض كنى به عن الحدث للملازمة بين هذا المكان وبين الحدث غالبا وعادة اذ العادة ان الحدث يوجد فى مثل هذا المكان تسترا عن الناس وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث اذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار

وكذا العرب تقول مازلنا نطأ السماء حتى أتينا كم أى نطأ المطر اذ المطر ينزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة فى الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكنى بقوله هذا ابنى عن قوله هذا معتق وذكر الصريح والكناية فى الكلام سواء ولو صرح فقال هذا معتق عتق فكذا اذا كنى به وأما المجاز فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين فى المعنى الملازم المشهور فى محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذى هو ظاهر فى المستعار عنه خفى فى المستعار له كما فى الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين أحدهما ان الابن فى اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله عز وجل واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله تعالى عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة فى هذا المعنى وأنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن على المعتق مجازا لاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثانى ان بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل فى ملكه مشابهة فى معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل فى ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب عن قولهم ان العتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لانا نقول ابتداء لكن باحد الطريقين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا ولا يلزم على أبى حنيفة ما اذا قال لامرأته هذه بنتى ومثلة لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهما لان اقراره بكونها بنتا له نفى النكاح لاجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت النسب والدليل على التفرقة بين المسئلتين انه لو قال لزوجته وهى معروفة النسب من الغير هذه بنتى لم تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى معروفة النسب تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت لا تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفرقة بينهما وكذلك لو قال هذا أبى فان كان يصلح أبا له وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح أبا له ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعى وان كان لا يصلح أبا له لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق وكذلك لو قال هذه أمى فالكلام فيه كالكلام فى الاب وأما الكلام فى الحرية بان كان المملوك أمة ففى كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتى أو قال لامته هذا ابنى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمى أو خالى يعتق بلا خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أخى أو أختى ذكر فى الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابنى أو أبى أو عمى أو خالى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يعتق كما فى قوله عمى أو خالى وجه هذه الرواية انه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما اذا قال هذا عمى أو خالى وجه رواية الاصل ان قوله هذا أخى يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام والتحقى به لانه يستعمل فى ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم فانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالى أو عمى على ارادة الاكرام فكان ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا ابنى أو هذا أبى لانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وشرعا وقد منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل أدعياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وروى أنهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا فى الاكرام يحمل على التحقيق وأما النداء فهو ان يقول يا ابنى يا أبى يا بنتى يا أمى يا خالى يا عمى أو يا أختى أو يا أخى على رواية الحسن لا يعتق فى هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المنادى لا تحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان الاسم موضوعا له على ما بينا

فاحتمل

فاحتمل انه أراد به النداء على طريق الاكرام دون تحقيق العتق فلا يحمل على العتق من غير نية ولو قال لعبده يا ابن أولا مته يا ابنة لا يعتق لعدم الاضافة الى نفسه ولو قال يا ابني أو يا ابنية يعتق لوجود الاضافة وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لى عليك أولا ملك لى عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكى فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل واحد من هذه الالفاظ يحتمل العتق و يحتمل غيره فان قوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة أى ليس لى عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة و يحتمل لا سبيل لى عليك لانى كاتبتك فزالت يدى عنك و يحتمل لا سبيل لى عليك لانى أعتقتك فلا يحمل على العتق الا بالنية و يصدق اذا قال عنيت به غير العتق الا اذا قال لا سبيل لى عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق فى القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لانه نفى كل سبيل وأثبت سبيل الولاء واطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالاة دين فى القضاء لان مطلق الموالاة يراد بها الموالاة فى الدين أو يستعمل فى ولاء الدين وولاء العتق فاى ذلك نوى يصدق فى القضاء وقوله لا ملك لى عليك يحتمل ملك اليد أى كاتبتك فزالت يدى عنك و يحتمل لا ملك لى عليك لانى بعتك و يحتمل لا ملك لى عليك لانى أعتقتك فتقف على النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أى لا أستخدمك و يحتمل أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال له أمر عتقك بيدك اوجعلت عتقك فى يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك فى عتقك أو فى العتق لا يحتاج فيه الى النية لانه صريح ولكن لابد من اختيار العبد العتق و يقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكى يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك و يحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر او أصلك حر فان كان يعلم أنه سبى لا يعتق وان لم يكن سبى يعتق لان الاصل ان حرية الابوين تقتضى حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان حرية المسبى بطلت بالسبى فبقى الحكم فى غير المسبى على الاصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم يعتق فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله ان قوله لله تعالى يحتمل ان يكون بيان جهة القربة للاعتاق المحذوف فاذا نوى العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولابى حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات العتق ولم يوجد لان كونه لله تعالى كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن ذلك اعتاقا فلا يعتق ولو قال له أنت عبد الله لم يعتق بلا خلاف أما على قول أبى حنيفة فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضى ان لا يكون ثابتا قبله وكونه عبد الله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة وأما على قول أبى يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربة للاعتاق وقوله لله تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى فى صحته أو مرضه وقال لم أنو العتق ولم يقل شيأ حتى مات قبل ان يبين لا يعتق وان نوى العتق عتق وكذلك اذا قال هذا فى مرضه فمات قبل ان يبين فهو عبد أيضا لانه يحتمل انه أراد بهذا اللفظ النذر و يحتمل انه أراد به العتق فلا يعتق الا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لامته أطلقتك يريد به العتق تعتق لان الاطلاق ازالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق و بغير العتق بالكتابة فاذا نوى به العتق تعتق كما لو قال لها خليت سبيلك ولو قال لها طلقتك يريد به العتق لا تعتق عندنا لما نذكر ولو قال فرجك على حرام يريد العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطئ أمها أو بنتها أو جارية مجوسية انها لا تعتق وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده أن ت ح ر أو قال لزوجته أن ت ط ا ل ق فتهجى ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لانه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة فى الدلالة على المعنى لانها عند انفرادها لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية وأما ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة لانها فى الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وابهام لان الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد

يكتب لتجويد الخط فالتحق بسائر الكنايات فافتقر الى النية والكلام في هذا كالكلام في الطلاق وقد ذكرناه في الطلاق وكذا الاشارة من الاخرس اذا كانت معلمة مفهومة المراد لانها في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في الطلاق والاصل في قيام الاشارة مقام العبارة قوله تعالى خطابا لمريم عليها السلام فقولي انى نذرت للرحمن صوما أى صمتا وامساكا وذلك على الاشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولا فدل أنها تعمل عمل القول وأما الالفاظ التي يقع بها العتق أصلا نوى أولم ينو فنحو أن يقول لعبده قم أواقعد أواسقني ونوى به العتق لان هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لى عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضى انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضى العتق بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لانه نفى السبل كلها ولا ينتفى السبيل عليها مع قيام الرق ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضا فقوله لا سلطان لى عليك أى لا حجة لى عليك وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حريته وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت أوتوجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أوقال له أنت طالق أوطلقتك أوأنت بائن أوابنتك أوقال لامته أنت طالق أوطلقتك أوأنت بائن أوابنتك أوأنت على حرام أوحرمتك أوأنت خلية أوبرية أو بتة أواذهبي أواخرجي أواعزبي أوتقنعي أواستبرئي أواختاري ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مماذكرنا في الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعي يقع العتق بها اذا نوى ولقب المسئلة أن صريح الطلاق وكناياته لا يقع بها العتاق عندنا خلافا له وجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أوطلقتك اثبات الانطلاق أوازالة القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق وناقص وذلك بزوال اليد لا غير كما في المكاتب والمأذون فاذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا اذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا أن هذه الالفاظ المضافة الى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضى العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت أوتوجه الى أين شئت لانه عبارة عن رفع اليد عنه وانه لا ينفى الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضى زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله أنت بائن أوابنتك لانه ينبئ عن الفصل والتبعيد وكذا التحريم يجامع الرق كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية ونحوذلك بخلاف قوله لامرأته أنت حرة لان التحريم تخليص والقيد ثبوت فينافيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح ومالا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فاذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فانه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول بردة المرأة وكذا بشرائها بان اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبده رأسك رأس حر أوبدنك بدن حر أوفرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز من باب المبالغة قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب أى كمر السحاب وقال الشاعر

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

فتشبيه الشيء بالشيء لا يقتضى المشاركة بينهما في جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل كأنهن الياقوت والمرجان وقال تعالى كأنهن بيض مكنون فلا يعتق ولو نون فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر فهو حر لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق ولو قال ما أنت الا مثل الحر أو أنت مثل الحر لم يعتق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر في الاصل

لان

لان هـذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصـفات بخلاف قوله ما أنت الا حر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفي وأثبت والنفي مازاده الا تأكيدا كقول القائل لغيره ما أنت الا فقيه وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم من الاموال ووصف الـكل بالحرية بقوله كل مالي حر ومعلوم أن غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فينصرف الوصف بالحرية الى الحرية التي يحتملها الـكل وهي أن تـكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع اليهما جميعا و بعضها يرجع الى نفس الركن أما الذي يرجع الى المعتق خاصة فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منهما وأما المجنون الذي يجن في حال و يفيق في حال فما يوجد منه في حال افاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة وأما السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق ومنها أن يكون بالغا فـلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجـل اعتقت عبدي وأنا صبي أو قال وأنا نائم كان القول قوله والاصل فيه أنه اذا أضاف الاعتاق الى حال معـلوم الـكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصـدق بان قال أعتقته وأنا صبي أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربي في دار الحرب على أصل أبي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا أضاف الاعتاق الى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم ان أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق ولو قال أعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لانه اذا أضافه الى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال أعتقته قبل أن أخلق أو قبـل أن يخلق لا يعتق لان زمان ماقبل الخلاقه والخلاق العبـد معلوم فقد أضاف الاعتاق الى زمان معـلوم الـكون ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق وأما كونه طائعا فليس بشرط عنـدنا خلافا للشافعي والمسئلة مرت في كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتى يصح اعتاق الخاطئ لما ذكرنا في الطلاق وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالـكتابة المستبينة والاشارة المفهومة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الاعتاق بعوض و بغـير عوض اذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق و يبطل الشرط أما اذا كان بغـير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغـير العوض لا يحتمل الفسخ وكذا ان كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو رد العبد العقد في مدة الخيار فينفسخ العقد ولا يعتق لان العوض في جانبـه هو المال فـكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وعلى هذا الصلح من دم العمـد بشرط الخيار وان الخيار ان كان مشروطا للمولى يبطل الخيار و يصح الصـلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العـفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل جاز لان ماهو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم اذا اجاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العـفو فالقياس أن يبطل لانه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان لا يبطل و يلزم القاتل الدية كذا روى عن محمد أما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو الولي يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات وأما وجوب الدية فلان الولي لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هي قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال و بين الـكتابة فانه يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق على مال والله عز وجـل

الموفق وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ فى الحال فى قول أبى حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها فى كتاب السير ان شاء الله تعالى وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية فى أحد نوعى الاعتاق وهو الكناية دون الصريح ويستوى فى صريح الاعتاق وكناياته ان يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصالة أو بغيره على طريق النيابة عن المولى باذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحا وكناية على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو ان يأمر غيره بالاعتاق بان يقول لغيره اعتق عبدى فلانا من غير التقييد بالمشيئة والرسالة معروفة وقد فسرناها فى كتاب الطلاق والحكم فى هذه الفصول فى العتاق كالحكم فيها فى الطلاق وقد استوفينا الكلام فيها فى كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل ومنها عدم الشك فى الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا فى الطلاق وأما الذى يرجع الى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الاضافة فمنها ان يكون المضاف اليه العتق موجوداً بيقين فان لم يكن لم تصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر أو ما فى بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم يعتق لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت اليمين تيقنا بوجوده فى ذلك الوقت لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فان ولدت واحداً لاقل منها بيوم ثم ولدت آخر لا كثر منها بيوم عتقا جميعاً لان الاول عتق لكونه فى البطن يوم الكلام فاذا عتق الاول عتق الثانى لانهما توأمان واما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك فى ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها الاضافة الى بدن المعتق أو الى جزء جامع منه وهو الذى يعبر به عن جميع البدن او الى جزء شائع عندنا خلافاً للشافعى حتى لو أضاف الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما فى الطلاق غير انه اذا أضاف العتق الى جزء شائع منه لا يعتق كله عند ابى حنيفة وانما يعتق قدر ما اضاف اليه لا غير وعند ابى يوسف ومحمد يعتق كله وفى الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على ان العتق يتجزأ عند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ والطلاق لا يتجزأ بالاجماع فابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطء والاستمتاع وذلك لا يتحقق فى البعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق فى البعض دون البعض مفيداً فلزم القول بالتكامل فاما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطء فانه يثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وانما وضع للاسترباح أو الاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك فى البعض دون البعض فكان ثبوت العتق فى البعض دون البعض مفيداً فهو الفرق فلا ضرورة الى التكامل واما كون المضاف اليه العتق معلوما فليس بشرط لصحة الاضافة عند عامة العلماء فيصح اضافته الى المجهول بان قال لعبديه أحدكما حر او قال هذا حر أو هذا أو قال ذلك لامتيه وقال نفاة القياس شرط حتى لا تصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام فى العتاق على نحو الكلام فى الطلاق وقد ذكرناه فى كتاب الطلاق وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان عتق واحداً من عبيده عيناً ثم نسى المعتق لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ومنها قبول العبد فى الاعتاق على مال فان لم يقبل لا يعتق ومنها المجلس وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضرا ومجلس العلم ان كان غائباً لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو الملك اذ المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج فى هذا الفصل الى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا والى بيان من

يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل أما الاول فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولان زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه اذ لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي مسئلة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع وكذا العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا يعتق عليه لما قلنا ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق لان اعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشترى قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي يوسف في الحربي اذا أعتق عبدا حربيا له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك وأما عند أبي حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في انه اذا أعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولاء انه هل يثبت منه أم لا ذكر الطحاوي عن أبي حنيفة ان للعبد ان يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخلاف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحربي اذا دخل الينا ومعه مماليك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله وان قال هم أولادي أوهن أمهات أولادي قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن أبي حنيفة محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام واذا خرج الى دار الاسلام فلا ولاء له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق بخروجه الى دار الاسلام وعند أبي يوسف عتق باعتاق مولاه له وجه قول أبي يوسف في مسئلة العتق انه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق عبده الحربي أو مسلما أو ذميا وكالمسلم اذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك انه أعتق ملك نفسه لان أموال أهل الحرب املاك لهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورث عنهم ولو كانت جارية يصح من الحربي استيلاؤها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربي عبده الحربي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسي والغلبة الحقيقية حتى ان العبد اذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه واذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما اذا أعتق في دار الاسلام لان يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء وبخلاف المسلم اذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس أن لا يعتق عندهما كالحربي اذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب ومنهم من جعل المسئلة على الاختلاف وعلى هذا الخلاف اذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الاعتاق وأما الثاني فالاعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزا وإما أن يكون تعليقا بشرط وإما أن يكون اضافة الى وقت فان كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات

العتق للحال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالتعليق فى الاصل نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك أو بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام فى الحاصل فى موضعين أحدهما فى بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط والثانى فى بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الاول فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبده ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم فلان ونحو ذلك فانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا فى الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليق العتق بالشرط ليس الا اثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا كان موجودا عند التعليق لان الظاهر بقاؤه الى وقت الشرط واذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولان اليمين بغير الله عز وجل شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل فاذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا أضاف اليمين الى الملك أو سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتنعقد اليمين ثم اذا وجد التعليق فى الملك حتى صح فالعبد على ملكه فى جميع الاحكام قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو فى ملكه يعتق وان لم يكن فى ملكه تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس فى ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان فى بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك الا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا عاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا فى الطلاق ولو قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو فى يده حنث لوجود الملك له فيه ولو كان التعليق فى الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق والمسئلة مرت فى كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عند الدخول أيضا لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد الا فى الملك أو مضافة الى الملك أو بسببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لعبده أنت حر ان شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت أو قال لامته ان كنت تحبينى أو تبغضينى أو اذا حضت فأنت حرة فالجواب فيه كالجواب فى الطلاق وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها فى كتاب الطلاق ولو قال أنت حر ان لم يشأ فلان فان قال فلان شئت فى مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه وان قال لا أشاء يعتق لكن لا بقول لا أشاء لان له أن يشاء فى المجلس بل لبطلان المجلس باعراضه واشتغاله بشىء آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه اذا قال ان لم يشأ فلان اليوم فأنت حر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا أشاء لا يعتق لان له أن يشاء بعد ذلك ما دامت المدة باقية الا اذا مضى اليوم ولم يشأ فحينئذ يعتق ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر ان شئت أنا فلم توجد المشيئة منه فى عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفريق اذ العتاق بيده ولو قال أنت حر ان لم تشأ فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا أشاء لا يعتق لان العدم لا يتحقق بقوله لا أشاء اذ له أن يشاء بعد ذلك الى أن يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فاذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس وههنا لا يقتصر على

المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت فاذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل و يعتبر من ثلث المال كوقوع العتق فى المرض اذ الموت لايخلو عن مقدمة مرض ولو قال أنت حر غدا ان شئت فالمشيئة فى الغد فان شاء فى الحال لا يعتق مالم يشأ فى الغد ولو قال أنت حر ان شئت غدا فالمشيئة اليه فى الحال فاذا شاء فى الحال عتق غدا لان فى الفصل الاول علق الاعتاق المضاف الى الغد بالمشيئة فيقتضى المشيئة فى الغد وفى الفصل الثانى أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة الى الغد فيقتضى تقدم المشيئة على الغد و روى عن أبى حنيفة أنه قال المشيئة فى الغد فى الفصلين جميعاً وقال زفر المشيئة اليه للحال فى الفصلين جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح فى الملك و يتعلق العتق بوجود الشرط وهو الاداء اليه فى ملكه فاذا جاء بألف وهو فى ملكه وخلى بينه و بين الالف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول الا أن القاضى يجبره على القبض بالحبس كذا فسره محمد فقال ان العبد اذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان والقياس أن لا يعتق مالم يقبض أو يقبل وهو قول زفر (وجه) القياس أنه علق العتق بشرط الاداء اليه ولا يتحقق الاداء اليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال ان أديت الى عبدا فأنت حر فجاء بعبد ردىء وخلى بينه و بينه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى كرا من حنطة فأنت حر فأدى كرا من حنطة رديئة ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى ثوبا أو دابة فأتى بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا اذا قال ان أديت الى ألفا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الالف مالم يقبل وكذا اذا قال ان أديت الى هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال الى الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تبارك وتعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها أى تسلموا وقال سبحانه وتعالى خبرا عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ان أدوا الى عباد الله أى سلموا وتسليم الشىء عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازعه فيه أحد وهذا يحصل بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما فى الكتابة وكذا فى المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الى القبض كما لا يحتاج اليه فى الكتابة والمعاوضات المطلقة مع ما أن التخلية تتضمن القبض لانها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل فى البراجم كما فى سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسئلة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فانما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردىء فاذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضا آخر فى الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلى يعتق وهو الجواب فى مسئلة الكر وأما مسئلة الثوب فثم لا يعتق مالم يقبل ولا يعتق بأداء الوسط لان الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على أدنى الردىء لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستتر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته ألف ومتى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال ان أديت الى ثوبا هرويا فأنت حر يقع على الوسط واذا جاء به يجبر على القبول وكذا الجواب عن مسئلة الدابة لان الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان أديت الى فرسا فأنت حر فقد قالوا انه يقع على الوسط و يجبر على القبول وأما مسئلة الحج ففيها تفصيل ان قال ان أديت الى ألفا فحججت بها أو قال وحججت بها فاتى بالالف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما ولو قال ان أديت الى ألفا أحج بها يعتق اذا خلى و يكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد فى الاداء حيث يصير كسبه مصروفا الى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسئلة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر فى الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا عدد من الخنازير على انه متى أتى

بها فهو حر فقبل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه قيمة نفسه فيجوز ان يقاس عليه ويقال يعتق ههنا بالتخلية أيضا وقال بعض المشايخ ان العتق في هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كما في الكتابة والصحيح انه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما في سائر التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لعبده اذا أديت الى ألفا فأنت حر ومتى أديت أوان أديت فان أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه وكذا قال أبو يوسف ومحمد فان أدى قبل ان يبيعه فان أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله ويعتق استحسانا فان مات المولى قبل ان يؤدى الالف فالعبد رقيق يورث معا كسابه بخلاف الكتابة ولومات العبد قبل الاداء وترك مالا فماله كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقي بعد الاداء في يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب في يد نفسه ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى وقالوا ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كما في قوله لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب واذا رضي تنفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان اديتما الى ألفا فأنتما حران فان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الالف ولم يوجد وكذا اذا أدى أحدهما الالف كلها من عنده لانه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعا الالف ولم يوجد الالف فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الالف كلها وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبي ليؤديها اليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الالف منهما حصة أحدهما بطريق الاصالة وحصة الآخر بطريق النيابة لان هذا باب تجزئ فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه ولو ادى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أداؤهما وأما اذا أدى الاجنبي الالف وقال أؤديها اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الاجنبي كانه قال له ان أديت الى ألفا فعبدي حر ويرد المال الى المولى لان المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز ان يستحق بذلك على الغير الا بخلاف ما اذا قال لآخر طلق امرأتك على ألفي هذه ودفع اليه فطلق ان الالف تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة اذ هو اسقاط حق والاجنبي صار متبرعا عنها بذلك فأشبه ما اذا قضى عنها دينا بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلا على الغير ولو أداها الاجنبي وقال هما أمراني ان أؤديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه يجوز أن يكون الرجل رسولا عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فان أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط ويرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما أذن له بالاداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المغصوب بان غصب ألفا من رجل وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع على العبد بمثلها وان أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه أدى مال المولى فيرجع عليه كما لوا كتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه أدى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم استحسنوا فقالوا انه لا يرجع لانه أدى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القبول اذنا له بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل الى أداء الالف الا بالتجارة فيصير مأذونا في التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو مأذون في الاداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى في القدر الذي يؤدى ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم أدت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

الكتابة فان العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العقد في المعاوضات كالبيع وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبده ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا اذا قال اخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على ان العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الازمان ألا يرى انه اذا قال له ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احداهما وقال المولى أسقطت عنك دخول الاخرى لا يسقط كذا هذا ولو أبرأ المولى العبد من الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد في الزيادات انه اذا قال ان أديت لي ألفا في كيس أبيض فانت حر فاداها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا اذا رده عليه بعيب أو خيار وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء تحريضه على الكسب ليصل اليه المال وذلك في المال القائم وأكد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا أتى بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله ان يبيعها مالم تؤد وان كسرت شهرا لم تؤد اليه ثم أدت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام وذكر في رواية أخرى وقال هذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزا وجه هذه الرواية انه أدخل فيه الاجل فدل انه كتابة وجه رواية أبي حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غدا فانت حرة لا يكون ذلك كتابة وان أدخل الاجل فيه والدليل على ان الصحيح هذه الرواية انه اذا قال لها اذا أديت الى ألفا في هذا الشهر فانت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم أو بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على المجلس فان قال متى أديت أو متى ما أديت أو اذا ما أديت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى الوقت وان قال ان أديت الى ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن أبي يوسف يدل انه لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية عن أبي يوسف انه قال في رجل قال لعبده ان أديت الى ألفا فانت حر أو متى أديت أو ان أديت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا أو متى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن أبي يوسف ان المولى إذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق ويبعد ان ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار فأنت حر وغير ذلك وجه رواية الاصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كانه قال أنت حر ان شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال اذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا وسواء أدى الالف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى اذا تم الالف يعتق لانه علق

العتق باداء الالف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبده فى مرضه اذا أديت الى ألفا فانت حر وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسن أبو حنيفة ذلك وقال زفر يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فاذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لان المولى لا يملك اكتساب العبد المكاتب فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال وجه الاستحسان أن القدر الذى يؤدى من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لان المولى أطمعه العتق باداءه اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا الى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له أد الى ألفا وأنت حر فلم يؤد لا يعتق لانه أتى بجواب الامر لان جواب الامر بالواو فيقتضى وجوب ما تعلق بالامر وهو الاداء ولو قال أد الى ألفا فانت حر فلا رواية فى هذا وقيل هذا والاول سواء لا يعتق الا باداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفاء ولو قال أد الى ألفا أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد لانه لم يوجد ههنا ما يوجب تعلق العتق بالاداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال اذا ولدت ولدا فهو حر و يعتبر لصحة قيام الملك فى الامة وقت التعليق كما فى قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا فى الامة وقت التصرف فالظاهر بقاؤه الى وقت الولادة فلا حاجة الى اضافة الولادة الى الملك فيصح فاذا صح التعليق فكل ولد تلده فى ملكه يعتق وان ولدت فى غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بان ولدت بعد ما مات المولى أو بعد ما باعها ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما فى جنين الامة لان الحرية تحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة فكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال اذا حملت بولد فهو حر كان فيه ما فى جنين الحرة لان الحرية تحصل منها بالحمل فالضرب صادفه وهو حر الا أنا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم بوجوده فاذا ألقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب فان قيل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحريته فالجواب أنه لما حكم الشرع بالارش على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحى ولو باعها المولى فولدت عند المشترى قبل مضى ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لانا تيقنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة شهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع واثبات الحرية ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى والامة على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على أنهما لا يعلمان واما ان اختلفا فى ذلك فان علم أيهما ولد أولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهى انما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها وان كانت الجارية هى الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال لانه لا حال له فى الحرية أصلا سواء كان متقدما فى الولادة أو متأخرا الا انه ان كان أولا فذلك شرط عتق أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وان كانت الجارية أولا فولادتها لم تجعل شرط العتق فى حق أحد فلم يكن للغلام حال فى الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال وأما الجارية والام فيعتق من كل واحدة منهما نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق فى حال وترق فى حال لان الغلام ان كان أولا عتقت الام والجارية أما الام فلوجود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام اذا عتقت عتقت الجارية بعتق الام تبعا لها فعتقتا جميعا وان كانت الجارية أولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق فى الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقها بعتقها فاذا هما يعتقان فى حال و يرقان فى حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الاصل المعهود لاصحابنا فى اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان و روى عن محمد أنه يستحلف

المولى

المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف كانوا جميعا أرقاء وكذلك اذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده فاقر أنه لا يدرى وحلف بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا رقوا ووجه هذه الرواية أن الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان ههنا ممكن بالرجوع الى قول الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب أنه لا سبيل الى البيان باليمين ههنا لان الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان الاول منهما فلا يجوز للقاضى أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا فالقول قول المولى ان الجارية هى الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام والجارية لا غير أما الام فلوجود الشرط وأما الجارية فلعتق الام وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم أن الجارية كانت هى الاولى عتقت هى لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر فى غيرها وان لم يعلم أيهما أول فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال ويعتق نصف الام وتسعى فى نصف قيمتها أما حرية الجارية على كل حال فلانه لا حال لها فى الرق لان الغلام ان كان أولا عتقت الجارية لان أمها تعتق فتعتق هى بعتق الام وان كانت الجارية أولا فقد عتقت لوجود شرط العتق فى حقها فكانت حرة على كل حال وأما رق الغلام على كل حال فلانه ليس له حال فى الحرية سواء ولد أولا أو آخرا وأما الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق فى حال وترق فى حال لان الغلام ان كان هو الاول تعتق الام والجارية أيضا بعتق الام وان كانت الجارية أولا تعتق الجارية لا غير لان المعلق به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى الى عتق الام فاذا تعتق الام فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال وان اختلفا فالقول قول المولى لما بينا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كان جارية فانت حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن الجارية ولدت أولا عتقت الام والغلام لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال له فى الرق سواء كان أولا أو آخرا والجارية رقيقة على كل حال لانه لا حال لها فى الحرية تقدمت فى الولادة أو تأخرت لان الغلام ان كان هو الاول لا يعتق الا هو وان كانت الجارية هى الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم يكن للجارية حال فى الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هى الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول لا يعتق شئ منها فتعتق فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها وتسعى فى النصف اعتبارا للحالين وعملا بهما بقدر الامكان وان اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان علم أولهم أنه ابن يعتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان علم أنه جارية فهى رقيقة ومن سواها أحرار لانه جعل ولادتها أولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك بعتق الام تبعا لها وان لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته ويعتق من الام نصفها وتسعى فى نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها وانما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط وان كان جارية عتق الغلامان لان الام تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى وقد تيقنا بحرية أحد الغلامين وشككنا فى الآخر وله حالتان يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستويا فى ذلك وليس أحدهما فى ذلك بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته وأما الام فانها تعتق فى حال ولا تعتق فى حال لان أول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق أصلا وان كان جارية تعتق فتعتق فى حال وترق فى حال فيعتق نصفها وتسعى فى نصفها وأما الجاريتان فاحداهما أمة بلاشك لان أول ما ولدت ان كان غلاما فهما رقيقان

وان كانت جارية فان الاولى لا تعتق وتعتق الاخرى بعتق الام فاذا فى حالة لهما حرية واحدة و فى حالة لا شىء لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احداهما باولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها والله عز وجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم جارية فانت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام أولا عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية أولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على انهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها فى الحرية لانها ترق فى جميع الاحوال وأما الغلام والام فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه و يسعى فى نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق فى حال و يرق فى حال فيعتق نصفه و يسعى فى نصف قيمته واذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها و بقى الغلامان والجارية الاولى أرقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثانى بعتق الام وان ولدت غلاما ثم جارية ثم غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط و بقى من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لا غير لوجود شرط العتق فى حقه لا غير وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون أيهم الاول يعتق من الاولاد من كل واحد ربعه لان أحد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال فى الحرية والجارية الاخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما فى حال و يرق فى حال فيعتق من كل واحد نصفه فما أصاب الجارية يكون بينها و بين الجارية الاخرى نصفين اذ ليست احداهما باولى من الاخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينه و بين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لانه ان سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى فى نصف قيمتها وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها ان ولدت ما فى بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما فى بطنها وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعتق لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم نتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد بعد فلا يدخل تحت الايجاب مع الشك وكذا اذا قال لها ما فى بطنك حر الا ان ههنا يعتق من يوم حلف وفى الفصل الاول يوم تلد لان هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها اذا حملت فأنت حرة فولدت لاقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى وقت اليمين و يحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك فى شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق فان قيل أليس ان من أصلكم ان الوطء اذا كان مباحا تقدر مدة الحبل بستة أشهر فهلا قدر تم ههنا كذلك فالجواب ان هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة أو اعتاق بالشك ولو جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعدا لاعقر عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهى حامل لان الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر فاذا وضعت لاقل من ستة أشهر بعد الوطء علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطء فيجب عليه العقر لانه علم انه وطئها بعد ثبوت الحرية فاذا ولدت لستة أشهر فصاعدا من وقت الوطء يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطء فلا يجب العقر لان الوطء لم يصادف الحرية ويحتمل انه حصل بوطء قبله فيجب العقر فيقع الشك فى وجوب العقر فلا يجب مع الشك وينبغى فى الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها ان يعتزلها حتى يعلم أحامل أم لا فان حاضت وطئها بعد ماطهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطء فعتقت فاذا وطئها بعد ذلك كان وطء الحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت فى يد المشترى ينظر ان ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هى وولدها وبيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة أشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا يفسخ بالشك ولو قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما فى الرحم قال الله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما فى البطن حتى لا تنقضى العدة الا بوضع جميع ما فى الرحم وليس كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام وبعضه جارية فصار كانه قال ان كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فلا يعتق أحدهم وكذلك لو قال ان كان ما فى بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما فى بطنها ولو قال ان كان فى بطنك عتق الغلام والجارية لان قوله ان كان فى بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما فى البطن بل يقتضى وجوده وقد وجد غلام ووجد أيضا جارية فعتقا ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة أشهر فهى حرة وولدها وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت لاقل من ستة أشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين ويعتق الحمل بعتقها تبعا لها واذا أتت لستة أشهر أو أكثر يحتمل ان يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا يعتق ويحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق فوقع الشك فى العتق فلا يعتق مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاد تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما كتاب مفرد وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامته كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة تعليق بل هى كلمة الاحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه أوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذى تلده فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا فى قوله ان ولدت ولدا أو ان دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة فى ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه ويصح اذا كانت الامة فى ملكه وقت التعليق وقيام الملك فى الامة يكفى لصحته ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وأنت فى ملكى فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت فى ملكه يعتق الولد لوجود الشرط فى الملك وان ولدت فى غير ملكه

لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق كذا هذا وعلى هذا اذا قال لعبد يملكه أو لا يملكه كل ولد يولد لك فهو حر فولد له ولد من أمة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد لك من أمة لى فهو حر فاذا لم تكن الامة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك ولا الاضافة الى الملك فلا يصح هذا اذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح فاما اذا ولد منها من سفاح بان زنى العلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل الجامع ولو قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر او ان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحي قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وحاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حي فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حي وجه قولهما ان الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق لانه أطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان فولدت ولدا ميتا عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا الى جزاء وتبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا الى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا ولابي حنيفة ان الايجاب أضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الذي لا يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به كانه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر كما اذا قال لآخر ان ضربتك فعبدي حر انه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا ولا فرق سوى ان ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق عبد آخر أو طلاق امرأته لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة الى التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها ان ولدت ولدا فأنت حرة أو قال أول ولد تلدينه فأنت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وههنا بخلافه وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان ان ولادة الولد الميت تصلح شرطا في عتق عبد آخر لكون المحل قابلا للتعليق ولا تصلح شرطا في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزآن ثم ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر لمانع كمن قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا هذا وأما التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط ألا ترى انه يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ أما ههنا فلا وجه لتصحيح الايجاب في الميت رأسا لعدم احتمال المحل اذ لا سبيل الى اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة الى التقييد بصفة الحياة وذكر محمد في الاصل اذا قال أول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا فمن أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة خاصة لان ما أضيف اليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار

كانه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كما في الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الحالف أطلق اسم العبد فيجري على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدوري وهو الصحيح لانه علق العتق باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثاني لوجود الشرط في حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك ألا ترى ان من مات ولم يترك شيئا فكفنه على أقاربه وان لم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت صار الثاني أول عبد من عبيده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لي فهو حر ويقع على ما في ملكه في الحال حتى لو لم يكن يملك شيئا يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملك في المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له في الحال وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حر او قال اذا دخلت أو اذا ما دخلت أو متى دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لي حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وان كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة أما العرف فان من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يريد به الحال أو يقول الرجل أنا أملك ألف درهم يريد به الحال وأما الشرع فان من قال أشهد أن لا اله الا الله يكون مؤمنا ولو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا يكون شاهدا ولو قال أقر ان لفلان على كذا صح اقراره وأما اللغة فان هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال دخيلا فعند الاطلاق يصرف الى الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ما في ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة للحال فاذا قال أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق في قوله اردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه باقراره كما اذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا وكذا لو قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر ان هذا يقع على ما في ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهي الحال لا الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده فان قال أردت به من أستفيده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق في صرفه اللفظ عمن يكون في ملكه للحال سواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر او قال كل مملوك أملكه حر ان دخلت الدار فهذا والاول سواء في ان اليمين انما يتعلق بما في ملكه يوم حلف لانه علق العتق بشرط فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيده كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان قال أردت به ما استحدث ملكه عتق ما في ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث باقراره لانه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره ويصدق في التشديد على نفسه فان لم يكن في ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فاذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا أو ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق لان قوله أشتري أو أتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكا مستأنفا وقد جعل الكلام أو الدخول شرطا لانعقاد اليمين فيمن يشتري أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد في يومه ذلك مملوكا آخر عتق ما في ملكه وما استفاد ملكه في اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وان يكون التوقيت مقيدا ولو لم يتناول الا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عنيت به أحد الصنفين دون الآخر لم يدين في القضاء لانه

نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لان الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد فى الجامع انه يعتق من ملكه فى غد ومن كان فى ملكه قبله وهو قوله فى الاملاء أيضا وهو احدى روايتى ابى سماعة عنه وقال أبو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه فى غد ولا يعتق من جاء غد وهو فى ملكه وهو احدى روايتى ابن سماعة عن محمد وجه قول محمد انه أوجب العتق لكل من يضاف اليه الملك فى غد فيتناول الذى ملكه فى غد والذى ملكه قبل الغد كانه قال فى الغد كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول أبى يوسف ان قوله أملك ان كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف العتق الى زمان فى المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف اليه بقرينة السين فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر و رأس الشهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه لان رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال فى العرف والعادة لاول يوم من الشهر هذا رأس الشهر و روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس هذا على ما فى ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبى يوسف صحيح لانه أضاف العتق الى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لى حر يوم الجمعة فهذا على من فى ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من فى ملكه فى الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك أملكه اذا جاء غد فهو حر فهذا على ما فى ملكه فى قولهم لانه جعل مجىء الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من فى ملكه لكن عند مجىء غد والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا الا انه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق فى أحدهما قبل الاختيار وانما ثبت عند الاختيار فى أحدهما عينا وهو الذى يختار العتق فيه مقصورا على الحال كانه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك الا انه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال بعض مشايخنا فى كيفية الاعتاق المضاف الى المجهول و بعضهم نسب هذا القول لابى يوسف و يقال انه قول أبى حنيفة أيضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق فى غير العتق للحال واختيار العتق فى أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده و بعضهم نسب هذا القول الى محمد والحاصل ان الخلاف فى كيفية هذا التصرف على الوجه الذى وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار اليه أما الدلالة فانه ظهر الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد فى الطلاق فيمن قال لامرأتيه احداكما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار فى قول أبى يوسف والعدة انما تجب من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفى قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق وأما الاشارة فانه روى عن أبى يوسف انه قال اذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته و يقال له أعتق وهذا اشارة الى ان العتق غير نازل فى المحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله يقال له أعتق أى اختر العتق لاجماعنا على انه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذكر محمد فى الزيادات يقال له بين وهذا اشارة الى الوقوع فى غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخى والقدورى وحققا الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد الا ان القدورى حكى عن الكرخى انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا فى الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت فى الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من أصحابنا يسوى بينهما لان الطلاق أيضا يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة ألا ترى ان الفرقة واجبة على العنين وانما يقوم القاضى مقامه فى التفريق وهو الصحيح انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون

الحقيقة

الحقيقة وهما في هذا المعنى مستويان وجه القول الاول ان قوله احدكما حر تنجيز الحرية في أحدهما وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز في غير المعين فيتعين بالاختيار و وجه القول الثاني ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق واما ان يثبت بالكلام السابق والثاني لاسبيل اليه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا في الشرع الا ترى انه لو قال لعبده اخترت عتقك لا يعتق فلا بد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده في أحدهما غير عين و يتعين باختياره واما ان يثبت عند وجود الاختيار في أحدهما عينا وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر الى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق الى الحر أو استرقاق الحر والاول محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهي ان يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال البيان اظهار محض ومنهم من قال هو اظهار من وجه وانشاء من وجه واستدلوا بما ذكر محمد في الزيادات في موضع يقال له بين وفي موضع يقال له أعتق و زعموا ان المسائل تتخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون اظهارا وانشاء اذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاظهار إبداء أمر قد كان و بينهما تناف وثمرة هذا الاختلاف تظهر في الاحكام وانها في الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الاول و بعضها يدل على صحة القول الثاني ونحن نشير الى ذلك اذا انتهينا الى بيان حكم الاعتاق و بيان وقت ثبوت حكمه فاما ترجيح أحد القولين على الآخر وتخرج المسائل عليه فذكوران في الخلافيات وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر أو ان اشتريتك فأنت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعي لا يصح ولا يعتق وقال بشر المريسي يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء أما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق وأما مع بشر فوجه قوله ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك ولم توجد الاضافة الى الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الاضافة الى الملك فلا يصح بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف الى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من أسباب الملك فكان ذكره ذكرا للملك والاضافة اليه اضافة الى الملك كانه قال ان ملكتك فأنت حر ولانه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت العتق كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كانه قال ان اشتريتك شراء موجبا للملك فانت حر فاذا اشتراه شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تعتق ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر انه وجدت الاضافة الى الملك لان التسري لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الى التسري اضافة الى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة الى الملك والكلام فيه ولا الى سبب الملك لان التسري ليس من أسباب الملك ألا ترى انه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك أو سببه ولم يوجد شئ من ذلك وأما قوله ان التسري لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسري وجوازه لكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسري نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم يصح ثم اختلف في تفسير التسري قال أبو حنيفة ومحمد هو ان يطأها و يحصنها و يمنعها من الخروج والبروز سواء طلب منها الولد أو لم يطلب وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان الانسان يطأ جاريته و يحصنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك اذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والعادة ولهما انه ليس في لفظ التسري ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه أسرى الجوارى أي أشرفهن واما

ان يكون مأخوذا من السرو هو الجماع قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس فى أحدهما ما ينبئ عن طلب الولد ولو وطئ جارية كانت فى ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم التسرى لانه لم يوجد منه الا الوطء والوطء وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال لامرأة حرة ان ملكتك فانت حرة أو قال لها ان اشتريتك فانت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف ذكر محمد فى الجامع أن على قياس قول أبى حنيفة لا تعتق وعند أبى يوسف ومحمد تعتق يعنى به قياس قوله فى المكاتب والعبد المأذون اذا قال كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبدا أو اشترى عبدا على قول أبى حنيفة لا يعتق وعلى قولهما يعتق والمسئلة تأتى فى موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فانت حرة بعد موتى فاشتراها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء لان قوله أنت حرة بعد موتى صورة التدبير وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلا أنت حرة بعد موتى وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك يستفيده لانه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة عن محمد فى النوادر اذا قال كل جارية أشتريها الى سنة فهى حرة فكل جارية يشتريها الى سنة فهى حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية أشتريها فهى حرة الى سنة فاشترى جارية لم تعتق الى سنة لانه فى الفصل الاول عقد يمينه على الشراء فى السنة فتعتق كل جارية يشتريها فى السنة ساعة الشراء كانه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق وفى الفصل الثانى جعل الشراء شرط العتق مؤقت بالسنة فكانه قال بعد الشراء أنت حرة الى سنة قال ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غدا فهذا عندى على كل مملوك يشتريه قبل الغد وان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشراء شرط الزوال حرية مؤقتة بوجود الغد فلا بد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك أملكه الى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه فى الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكوته فى قولهم جميعا ولا يكون على ما فى ملكه قبل ذلك لانه لما أضاف العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال لا يحمل على الحال اذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لان ذلك ليس أصلا الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو فى ثلاثين سنة أو قال أملكه الى سنة أو سنة أو فى سنة أو قال أملكه أبدا أو الى ان أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان فى ملكه لانه أضاف الحرية الى المستقبل فان قال أردت بقولى كل مملوك أملكه سنة ان يكون ما فى ملكه يوم حلف مستدا ما سنة دين فيما بينه و بين الله تعالى ولم يدين فى القضاء لان الظاهر انه انما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق فى العدول عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر او قال اذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق ما فى ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يومئذ أى يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم اذ ادخل الدار لانه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكانه قال عند الدخول كل مملوك لى فهو حر وسواء دخل الدار ليلا أو نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم و بئس المصير وهذا الوعد يلحق المولى دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر ان كلمت أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا او اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد فكل مملوك اشتريته فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده يعتق ووجه الفرق ان فى

الفصل

الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك أشتريه فهوحر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء فاذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت فلايدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لى حر ان دخلت الدار وفى الفصل الثانى جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الآن انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك أشتريه فهوحر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك أشتريه اذا دخلت الدار فهوحر اوقال ان قدم فلان فهذا على ما يشترى بعد الفعل الذى حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار كانه قال كل مملوك أشتريه فهوحر والدليل على انه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين ان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله اذا دخلت الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا لعدم حرف العطف ولا سبيل الى الغاء الشرط الثانى لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثانى مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير والثانى ان يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضا بجعل المقدم من الشرطين مؤخرا الا ان التغيير فيه أقل لان فيه تبديل محل الكلام لا غير وفى الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثانى أقل تغييرا فكان التصحيح به أولى وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولهذا قال محمد الا ان يعنى غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال المكاتب أو العبد المأذون كل عبد أملكه فهوحر فعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق فتنحل اليمين لا الى جزاء ولو قال كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهوحر فعتق فملك عبدا عتق لانه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبى اذا قال كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهوحر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق لان الصبى ليس من أهل الاعتاق تنجيزا وتعليقا لكونه من التصرفات الضارة المحضة فاما العبد فهو من أهله لكونه عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهوحرا وقال كل مملوك أشتريه فهوحر فعتق فملك بعد ذلك عبدا أو اشترى عبدا لا يعتق عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره فيعمل بعموم اللفظ كما فى الحر ولان فى الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفى الحمل على الحال ابطال فكان الحمل على الاستقبال أولى ولابى حنيفة ان للمكاتب نوع ملك ضرورى ينسب اليه فى حالة الرق فى حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق ألا ترى الى قول النبى صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث أضاف المال اليه بلام الملك دل ان له نوع ملك فهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه فى المستقبل فهوحر فملكه فى حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حرا لا يعتق وتنحل اليمين بالشراء الاول لان الملك المجازى مراد فخرجت الحقيقة عن الارادة كى لا يؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد وقد قالوا فى عبد قال لله تعالى على عتق نسمة أو اطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه اذا اعتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام فى الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصح و يلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهوحر او ان اشتريت هذه الشاة فهى هدى لم يلزمه ذلك فى قياس قول أبى حنيفة حتى يضيف الى ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمانه لان من أصل أبى حنيفة أن العبد يضاف اليه الشراء فى الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن أصلهما ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء فى عمره وتصحيح اليمين أيضا أولى من ابطالها وقد قالوا جميعا فى مكاتب أو عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدى هذا حر ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد

الاضافة الى ما يصلح وقالوا في حر قال لامرأة حرة اذا ملكتك فانت حرة أو اذا اشتريتك فانت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف انها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة وعندهما تعتق بناء على أن من أصل أبي حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل في الحال وهو ملك النكاح ههنا والشراء أيضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحرية أيضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام أبي حنيفة في هذا الفصل ظاهر لان اليمين تحمل على ما يسبق الى الاوهام ولا تنصرف الاوهام الى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها لان ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه الى ما ذكرنا أولى من صرفه الى ما تسبق اليه الاوهام ومن أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي ولو قال لها اذا ارتدت وسبيت فملكتك أو اشتريتك فانت حرة فكان ذلك عتقت في قولهم لانه أضاف العتق الى الملك الحقيقي فيضاف اليه والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد ولو اشترى عبدين معا لم يعتق أحدهما لانه ان وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد استشهد محمد في الكتاب لبيان الثالث ليس باول أنه لو قال آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر ثم مات المولى أنه يعتق الثالث فدل أنه آخر واذا كان آخرا لا يكون أولا ضرورة لاستحالة كونه ذات واحدة من المخلوقين أولا وآخرا ولو قال أول عبد اشتريه واحدا فهو حر عتق الثالث لانه أعتق عبدا يتصف بكونه فردا سابقا في حال الشراء وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولا لا آخرا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثاني لانه آخر عبد اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق فعند أبي حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند أبي يوسف ومحمد يوم مات وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الآخرية وانما يتحقق عند موته اذا لم يشتر آخر ألا ترى أنه لو اشترى بعده عبدا آخر حرم هو ومن أن يكون آخرا فيتوقف اتصافه بكونه آخرا على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت لابي حنيفة أنه لما لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخرا يوم اشتراه الا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشترى آخر بعده فتوقفنا في تسميته آخرا فاذا لم يشتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخرا من وقت الشراء ولو اشترى عبدا ثم عبدين معا لم يعتق أحدهم أما الاول فلا شك فيه لانه أول فلا يكون آخرا وأما الآخران فلان الآخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو اما أن يكون مقرا بوجود الشرط واما أن يكون منكرا وجوده فان كان مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان من الشرط وان كان منكرا فان كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المحلوف بعتقه كمشيئة ومحبة وبغضة والحيض ونحو ذلك يظهر بقوله واذا اختلفا كان القول قوله لانه اذا كان أمرا لا يعرف الا من قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان أمرا يمكن الوصول اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك اذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان العبد يدعي عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولو كان الشرط ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة لا تعتق عن أبي حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة والمسئلة مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق وأما الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل فنقول وبالله التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل في الملك والاضافة ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يدين في القضاء لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فاذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا

يصدق في القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى مايحتمله كلامه و يدخل فيه المدبر والمدبرة وأم الولد وولدا هما لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطأ المدبرة وأم الولد مع ان حل الوطء منفي شرعا الا باحد نوعي الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعينه لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة فلا يدخل تحت اطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وان عنى المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ماعنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه العبد الذي اعتق بعضه لانه حر عندهما وعنده بمنزلة المكاتبة و يدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن لما قلنا وأما عبيد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فهسل يدخلون قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يدخلون الا أن ينويهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله انه اذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن في الاضافة اليه قصورا ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل أن محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفي الاضافة خلل واعتبارهما أولى لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لي فالم يوجد اعلى الاطلاق لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته و بما في يده لم يعتق عبيده عند أبي حنيفة وان نواهم بناء على أصله أن المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه وقال أبو يوسف ان نواهم عتقوا لانهم مماليكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق فاذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم بناء على ماذكرنا ان محمدا لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه و بين أجنبي كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى مايحتمله لفظه في الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه الحمل ان كان أمه في ملكه يدخل و يعتق بعتقها وان كان في ملكه الحمل دون الامة بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان في وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل عليه أنه لو قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو قال لامته كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق الا اذا كانت أمه في ملكه فيعتق بعتقها لانه في حكم اجزائها وأما التعليق الذي فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما الاعتاق على مال فالكلام فيه في مواضع في بيان ألفاظه وفي بيان ماهية الاعتاق على مال وفي بيان ما يصح تسميته فيه من البدل ومالا يصح وفي بيان حكم صحة التسمية وفسادها أما الاول فنحو أن يقول لعبده أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تؤدي الى ألفا أو على أن تجيئني بالف أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها الي وكذا لو قال بعت نفسك منك على كذا او وهبت لك نفسك على ان تعوضني كذا فهذا وقوله انت حر على كذا أو اعتقتك على كذا سواء اذا قبل عتق لماذكرنا فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البائع عن المبيع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم لو كان المشتري والموهوب له ممن يصح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصح ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فبقي البيع والهبة ازالة الملك لا الى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو قال انت حر وعليك الف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقني ولك ألف درهم فاعتقه والمسئلة ذكرت في كتاب الطلاق وأما بيان ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعى فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

عنه ولا الفسخ ولا النهى عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لوكان
غائبا عن المجلس يصح و يصح تعليقه بشرط واضافته الى وقت بان يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فانت حر
على الف درهم أو يقول ان دخلت أو ان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا او نحو ذلك ولا
يصح شرط الخيار فيه بان قال انت حر على ألف على انى بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال
بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه احكام معاوضة المال كالبيع
ونحوه حتى لو ابتدا العبد فقال اشتريت نفسى منك بكذا فله ان يرجع عنه و يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى
و بقيام المولى أيضا ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت
نفسى منك بكذا اذا جاء غد أو قال عند رأس شهر كذا ولو قال اذا جاء غد فأعتقنى على كذا جاز لان هذا توكيل منه
بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط و بعده وقبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ اعتاقه و يجوز بشرط
الخيار لهما عند ابى حنيفة على ما ذكرنا فى كتاب الطلاق فى فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال
الا فى الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة و يعتق العبد بنفس
القبول لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره
ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض فى المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف
قوله ان اديت الى ألفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الاداء فلا يعتق
قبله والعتق ههنا تعلق بالقبول فاذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول
قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعى وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول
المولى كما لو قال لعبده ان دخلت الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم والعبد يدعى الدخول وانكر المولى كان القول قول
المولى كذا ههنا ولو كان الاختلاف فى البيع كان القول قول المشترى بان قال البائع بعتك عبدى امس بألف درهم فلم
تقبل وقال المشترى بل قبلت فالقول قول المشترى والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بعد قبول المشترى فاذا قال بعتك
فقد أقر بالقبول فبقوله لم تقبل يريد الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه تعليقا
لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذاك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا فى ثبوت العتق وعدمه
فكان القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد فى مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان
القول قوله فى القدر المستحق كما فى سائر الديون ولانه لو وقع الاختلاف فى اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا اذا
وقع فى القدر وان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء اذا اختلفا فى مبلغ المال ان القول
فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع فى شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعى العتق على المولى وهو
ينكر فكان القول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما أمكن اذ هو عمل بالدليلين
وههنا امكن الجمع بينهما لعدم التنافى لانا نجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق
ثم اذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور دينا فى ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة على ما تبين و يسعى
وهو حر فى جميع احكامه وذكر على الرازى اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى فى تخليص رقبته فهو فى
حكم المكاتب عند ابى حنيفة وكل من يسعى فى بدل رقبته الذى لزمه بالعتق أو فى قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه او
لدين ثبت فى رقبته فهو بمنزلة الحر فى احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر وكذلك العبد المأذون اذا
اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى فى قيمتها وهى بمنزلة الحرة وكذلك
اذا قال لعبده انت حر رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية فى هذه الفصول لزمت بعد ثبوت
الحرية وفى الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية الى الحرية عند ابى حنيفة وعلى هذا لو ابرأ المولى

المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدى الكتابة لان الابراء يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق و يلزمه المال ولو قال لامته انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد أن يسعى فى شئ مما اعتقت عليه لانها اعتقت بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء اعتق عبده على عوض فقبل او نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير انه اذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض و يسعى العبد فى نصف قيمته عن النصف الآخر فاذا ادى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب فى جميع احكامه الا انه لا يرد فى الرق وهذا قول ابى حنيفة وعلى قول ابى يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزأ عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقى فيجب تخريجه الى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض عتقا للكل بذلك العوض وذكر محمد فى الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على ألف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا قول محمد وقال ابو يوسف فى مسئلة الطلاق القبول على الكلام الاخير وهى طالق ثلاثا بمائة دينار قال الكرخى وكذلك قياس قوله فى العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقد انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ الا نفساخ فلم يتضمن الايجاب الثانى انفساخ الاول فيصح الايجابان و ينصرف القبول اليهما جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزم المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثانى انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل ويكون ذلك دينا عليه مؤجلا وله ان يشترى منه شيئا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لان من أصل اصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض كاثمان البياعات والعروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض فى المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو أعطاه كفيلا بالمال الذى اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حرا بالقبول والكفالة بدين على حر جائزة كالكفالة بسائر الديون وولاؤه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه فى جانبه معاوضة والمولى أيضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله عز وجل أعلم وأما بيان ما تصح تسميته من البدل وما لا تصح و بيان حكم التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو اما أن يكون عين مال واما أن يكون منفعة وهى الخدمة فان كان عين مال فاما أن يكون بعينه بأن كان معينا مشارا اليه واما ان كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار اليه فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان أجاز المالك سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته اذ الاعتاق على القيمة جائز كما اذا قال أعتقتك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشئ فقبل يعتق وكذا عدم الملك فى باب البيع لا يمنع صحة التسليم أيضا حتى لو اشترى شيأ بعبد مملوك لغيره صح العقد الا أن هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد اذ لا سبيل الى ايقاعه على القيمة اذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لامكان الايقاع على القيمة اذ الاعتاق على القيمة اعتاق صحيح فتجب قيمته كما فى النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول لان جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر و بدل الخلع والصلح من دم العمد وان كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية والاصل فيه ان كل

جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل فى باب النكاح والكلام فيه كالكلام فى المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء فى كتاب النكاح الا أن هناك اذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وهنا تجب قيمة العبد لان الموجب الاصلى هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل والمصير الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلى والموجب الاصلى ههنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشىء هى التى تعادله الا أن عند صحة التسمية يعدل عنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلى وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعة وهى خدمته بأن قال لعبده أنت حر على أن تخدمنى سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يؤخذ بها لان تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى كما اذا أعتقه على مال عين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقى من الخدمة وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقى من الخدمة وكذلك اذا قال أنت حر على أن تخدمنى أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى لمولاه فى ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضى بقيمة الخدمة وأصل المسئلة ان من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف وجملة الكلام فيه ان المولى اذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين فى الذمة أو العروض والحيوان كالثوب الهروى والفرس والعبد والجارية فعلى العبد مثله فى المكيل والموزون والوسط فى الفرس والحيوان لان العقد وقع على مال فى الذمة وانما المقبوض عوض عما فى الذمة فاذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقى موجب العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك وان كان عينا فى العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا أو حيوانا فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق (وجه) قول محمد ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العوض لانه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجبا لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما ان العقد قد انفسخ فى حق أحد العوضين وهو المستحق لانه تبين أنه وقع على عين هى ملك المستحق ولم يجز واذا انفسخ العقد فى حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته وانفساخه فى حق أحد العوضين يقتضى انفساخه فى حق العوض الآخر وهو نفس العبد الا أنه تعذر اظهاره فى صورة العبد فيجب اظهاره فى معناه وهو قيمته فتجب عليه اذ قيمته قائمة مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم انه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذا ههنا ثم ما ذكرنا من الاختلاف فى العيب اذا كان العيب فاحشا لان العيب الفاحش فى هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما فى باب النكاح فأما اذا كان غير فاحش فكذلك عندهما وأما عند محمد فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بما ليس بمال فأشبه النكاح والمرأة فى باب النكاح لا تملك رد المهر الا فى العيب الفاحش وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل اشترلى نفسى من مولاى بألف درهم فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما أن يبين وقت الشراء انه يشترى نفس العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لانه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر فى الجامع ان المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف فى حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العبد انما ترجع الى الوكيل فى مثل هذه

المعاوضة وذكر في كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا للنفسه لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبائع رضي بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد و يعتق لكان فيه اثبات الولاية على البائع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه لو خالف في الثمن بأن اشترى بزيادة يكون مشتريا للنفسه لما قلنا هذا اذا أمر العبد رجلا فاما اذا أمر رجل العبد بأن يشتري نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشتري للآمر فيكون للآمر ولا يعتق لانه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآمر ويصير قابضا لنفسه بنفس العقد لانه في يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شئ هو في يده وهو نفسه ولو وجد الآمر به عيبا له أن يرده ولكن العبد هو الذي يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقد وان لم يبين وقال لمولاه بع نفسي مني بألف درهم فباع صار مشتريا للنفسه وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا اذا بين وخالف أمره يصير مشتريا للنفسه و يعتق ولو قال لعبد واحد أنت حر على ألف درهم فقبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق و يلزمه المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت مبهما ولم يبين فكذلك في قول محمد وكذلك لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على ألف درهم أنت طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف وان أبهمت بان قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا في قول محمد وأما عند أبي يوسف فالقبول على الكلام الاخير في المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثاني انفساخ الاول كما في البيع فيتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولمحمد الفرق بين الاعتاق والطلاق على مال و بين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثاني رفع الاول بخلاف البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الاول هذا اذا قبل بالمالين أو قبل على الابهام فاما اذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يعتق وعلل بان للمولى أن يقول أعتقتك بالمالين جميعا فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك وذكر أبو يوسف في الامالي أنه يعتق و وجهه أن المولى أتى بايجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بايهما شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار فان قبل بأحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير لانه أعتقه باحد المالين وان قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضا لوجود الشرط و يلزمه أحد المالين والبيان اليه كما اذا قال لفلان على ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان اليه كذا ولو قال قبلت بالمالين لا شك أنه يعتق لان في قبول المالين قبول أحدهما فوجد شرط العتق فيعتق و يلزمه أحد المالين لانه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة والبيان الى العبد يختار أيهما شاء وكذلك اذا قال قبلت ولم يبين يعتق و يلزمه أحد المالين وخيار التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كانه قال قبلت باحدهما ولم يعين أو قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين اليه كذا ههنا وعلى هذا اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم أو على مائة دينار فقبلت باحدهما عينا أو غير عين أو قبلت بالمالين أو أبهمت لما قلنا في العتق وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين الا ان ههنا اذا قبل بالمالين يعتق بالف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الاكثر والاقل في الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله اذا أضاف العتق الى معين فان أضافه الى مجهول بان قال لعبديه أحدكما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر لا يعتق لان قوله أحدكما كما يقع على القابل يقع على غير القابل فمن الجائز أنه عنى به غير القابل ألا ترى أن له أن يقول عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحد منهما لانه أعتق أحدهما بالف لا بخمسمائة وان قبل كل واحد منهما

بالف بان قال كل واحد منهما قبلت بالف درهم أو قال قبلت ولم يقل بالف أو قالا ماقبلنا بالف أو قالا قبلنا ولم يذكرا الالف عتق أحدهما بالف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف و يقال للمولى اختر العتق فى أحدهما لانه هو الذى أجمل العتق فكان البيان اليه فايهما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة و يسعى فى نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بالف درهم أو قال أحدكما حر بغير شىء فاللفظ الثانى لغو لانهما لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق فى أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالايجاب الثانى يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شىء عتق أحدهما باللفظ الثانى بغير شىء لانهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب الثانى وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثانى الى أحدهما فاذا صرفه الى أحدهما عتق ذلك بغير شىء لان التنجيز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل فى المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب اشكال وهو أن شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول أحدهما فينبغى أن لا يعتق العبد الآخر والجواب أن الايجاب أضيف الا أحدهما ألا يرى أنه قال أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا الا انه اذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر فاذا عينه فى التخيير علم أنه ما أراده بالايجاب الاول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثانى فاذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان أيهما أريد بالايجاب الاول عتق بالقبول وأيهما أريد بالايجاب الثانى عتق من غير قبول لانه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما بالايجاب الاول وعتق الآخر بالايجاب الثانى فيعتقان ولا يقضى عليهما بشىء لان أحدهما وان عتق بالايجاب ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم انه لا يلزمهما بهذا الاقرار شىء لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق الا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما فى هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثانى الى غير القابل عتق غير القابل بغير شىء وعتق القابل بألف وان صرف اللفظ الثانى الى القابل عتق القابل بغير شىء وعتق غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل فى المجلس لان القابل منهما يعتق بالايجاب الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب الثانى وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبديه أحدكما حر بغير شىء ثم قال أحدكما حر بالف درهم فالكلام الثانى لغو لان أحدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تنجيز العتق فى أحدهما فالثانى يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبل أن يقبلا قال أحدكما حر بمائة دينار فان قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل أحدهما بالف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فان قبلا جميعا بالمالين بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا جميعا قد قبلنا يخير المولى فيقال له اما ان تصرف اللفظين جميعا الى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين و يبقى الآخر رقيقا واما ان تصرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى صاحبه فيعتق أحدهما بالف درهم والآخر بمائة دينار لان الايجابين وقعا صحيحين أما الاول فلا شك فيه ولانه أضيف الى أحد العبدين. وكذا الثانى لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالايجاب الثانى حصل مضافا الى أحد عبدين فيصح ومتى صح الايجاب الثانى فيحتمل أنه عنى به من عناه بالايجاب الاول و يحتمل أنه عنى به العبد الآخر لذلك

خير

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالين لان أحدهما حر بيقين لانه أراد بالايجاب الثانى غير من أراده بالاول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان أراد بالثانى عين من أراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فاذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس أحدهما بكمال العتق باولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين و يسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبد له بعينه أنت حر على ألف درهم فقبل ان يقبل جمع بين عبد له آخر و بينه فقال أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا يخير المولى فان شاء صرف اللفظين الى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شاء صرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل أنه أراد بالثانى المعين أيضا و يحتمل انه أراد به غير المعين فيقال له بين فايهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا أما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثانى فلان قوله أحدكما يقع على كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه ألف درهم وخمسون دينارا أما الالف فلانه لا مشاركة للثانى فيهما وأما نصف المائة الدينار فلانه فى حال يلزمه مائة دينار وهى ما عناه باللفظين وفى حال لا يلزمه منها شىء وهى ما اذا عنى باللفظ الثانى غيره فيتنصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا وأما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف المائة لانه يعتق فى حال ولا يعتق فى حال لانه ان عناه بالايجاب الثانى يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق شىء منه ولا يلزمه شىء فيعتق فى حال ولم يعتق فى حال فتعتبر الاحوال و يعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون هذا اذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الالف ونصف المائة الدينار لاستوائهما فى ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق و يسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبديه أحدكما حر على ألف درهم والآخر على خمسمائة فان قالا جميعا قبلنا أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال كل واحد منهما قبلت بأكثر المالين عتقا جميعا فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثانى ههنا غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعا وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحدهما عتق بألف والآخر بخمسمائة لكنا لا ندرى الذى عليه الالف والذى عليه خمسمائة الا انا تيقنا بوجوب خمسمائة على كل واحد منهما وفى الفصل الثانى شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين عتق الذى قبل العتق بأكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل أو بالايجاب بالاكثر فتيقنا بعتقه ثم فى الاكثر قدر الاقل و زيادة فيلزمه خمسمائة كانه قال قبلت بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسمائة و يصير بعد العتق كانه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الاقل كذا ههنا ولو قبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان لان حجة المولى لم تنقطع لان له أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما اذا قبل أحدهما بأكثر المالين لان الاقل داخل فى الاكثر ولو قال أحدكما حر بألف والآخر بألفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما ألف لانه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين فتيقنا بوجوب الالف على كل واحد منهما كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الالف تيقنا بها كذا هذا وان قبل أحدهما المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت أو قبل بأكثر المالين بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول

أما اذاقبل بالمالين أوقال قبلت فلاشك فيه وكذا اذاقبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسئلة الشهادة بالالف والالفين والصحيح انه يعتق بلا خلاف واذا عتق لا يلزمه الا الف درهم لان الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر أكثر والجنس متحد فيتعين بالاقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا لان التخيير بين الاقل والاكثر عند اتحاد الجنس غير مفيد لانه يختار الاقل لا محالة وان قبل أحدهما الالف لا يعتق لان للمولى أن يصرف العتق الى الآخر كما اذا قال أحدكما حر بألفين فقبل أحدهما ولو قال أحدكما حر بألف أحدكما حر بمائة دينار فان قبلا عتقا لوجود شرط العتق ولا شيء عليهما لان المقضى عليه مجهول اذ لا يدرى الذى عليه الالف منهما والذى عليه المائة الدينار كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار انه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان قال لامرأتيه احدا كما طالق بألف والاخرى بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما شيء لما قلنا وان قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال الآخر لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يقول لم أعتك بهذا المال الذى قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق و يلزمه أى المالين اختاره لان الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل الاول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لان المقضى عليه مجهول هذا اذا كان قبل قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفى حق الآخر لم يصح ولو قال أحدكما حر بألف والآخر حر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان الذى عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وان قبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر يقال للمولى اصرف اللفظ الذى هو اعتاق بغير بدل الى أحدهما فان صرفه الى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وان صرفه الى القابل عتق القابل بغير شيء و يعتق الآخر بالايجاب الذى هو ببدل اذا قبل في المجلس وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب الذى هو بغير بدل الى أحدهما يعتق هو و يعتق الآخر ان قبل البدل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذى لم يقبل و يسعى في نصف قيمته أما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه ان أريد بالايجاب الاول عتق وان أريد بالايجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لانه ان أعتق بالايجاب الاول يعتق بألف وان أعتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينتصف الالف فيلزمه خمسمائة وأما عتق النصف من غير القابل فلانه ان أريد باللفظ الاول لا يعتق وان أريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فينتصف عتقه فيعتق نصفه و يسعى في نصف قيمته هذا اذا كان الاعتاق تنجيزا أو تعليقا بشرط فأما اذا كان أضافه الى وقت فلا يخلو اما ان أضافه الى وقت واحد واما ان أضافه الى وقتين فان أضافه الى وقت واحد فاما ان أضافه الى مطلق الوقت واما ان أضافه الى وقت موصوف بصفة وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق الى وقت اثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا اذا كان موجودا وقت الاضافة لانه ان كان موجودا وقت الاضافة فالظاهر انه يبقى الى الوقت المضاف اليه فيثبت العتق واذا لم يكن موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه والاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى أوقعه أما الاضافة الى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده أنت حر غدا أو رأس شهر كذا فيعتق اذا جاء غدا أو رأس الشهر لانه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفا للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لانعدام أدوات التعليق وهى كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف فقال

هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال أنت حر اذا جاء غد لان ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقا بشرط والشرط ما في وجوده خطر ومجيء الغد كائن لا محالة قيل له من مشايخنا من قال ان الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة قال الله سبحانه وتعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب فيصلح مجيء الغد شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا عند وجود اشراطها من خروج يأجوج ومأجوج ودابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب وردت به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال ان مجيء الغد وان كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطا لوقوع العتق وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجيء الغد أو موت المولى أو موتهما وحينئذ لا يكون شرط العدم تصور الجزاء على ان الشرط اسم لما جعل علما لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود وأما الاضافة الى وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه أضاف العتق الى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله و يشترط تمام الشهر وقت التكلم وان كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان اضافة العتق الى وقت ايجاب العتق فيه غير ايجاب العتق في الزمان الماضي وايجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر واختلف في كيفية ثبوته فقال زفر يثبت من أول الشهر بطريق الظهور وقال أبو يوسف ومحمد يثبت مقتصرا على حال وجود الحوادث وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول وبين الموت فقال في القدوم والدخول كما قالا وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة وزفر وعندهما لا يعتق وجه قول زفر انه أوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدما على هذه الحوادث بشهر فاذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان الشهر من أوله كان موصوفا بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعا في أول الشهر كما اذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا يتوقف على مجيء شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا وجود هذه الحوادث يحتمل ان يتصل بهذا الشهر ويحتمل أن لا يتصل لجواز انها لا توجد أصلا فاما في ثبوت العتق في المسئلتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت وجه قولهما ان هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث لانه أوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا باتصالها به ولا تتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقا بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف شعبان لان اتصاف شعبان بكونه متقدما على رمضان لا يقف على مجيء رمضان ووجه الفرق لابي حنيفة بين الدخول والقدوم وبين الموت ان في مسئلة القدوم والدخول بعد ما مضى شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف اليه العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد لان قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا لما ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون القدوم اذ الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافا الى الشهر متعلقا بوجود القدوم فكان هذا تعليقا ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في سائر التعليقات فاما في مسئلة الموت فبعد ما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف اليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة لان الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير انه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت واذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر

المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه
وبخلاف القدوم والدخول فان بعد مضى شهر من وقت الكلام بقى ذات الشهر الذى أضيف اليه العتق موهوم
الوجود فلم يكن القدوم معرفا للشهر بل كان محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا
الشهر البتة فكان الموت مظهرا معينا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف مشايخنا فى كيفية الظهور
على مذهب أبى حنيفة قال بعضهم هو ظهور محض فتبين ان العتق كان واقعا من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت
وهو ان يعتبر الوقوع أولا ثم يسرى الى أول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أثبته المتصرف
والمتصرف أضاف العتق الى أول الشهر المتقدم على الموت فيقع فى أول الشهر لا فى آخره فكان وقت وقوع الطلاق
أول الشهر فيظهر ان العتق وقع من ذلك الوقت كما اذا قال ان كان فلان فى الدار فعبده حر فمضت مدة ثم علم انه كان
فى الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهؤلاء قالوا لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث
فالعدة تعتبر من أول الشهر فى قول أبى حنيفة حتى لو حاضت فى الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان
محسوبتين من العدة ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو بثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت
المرأة رأت ثلاثة حيض فى المدة تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد فى
الدار فامرأته طالق ثم علم بعد ما حاضت المرأة ثلاثة حيض انه كان فى الدار يوم التكلم به تبين انها قد طلقت من ذلك
الوقت وانها منقضية العدة كذا هذا وكذلك لو قال ان كان حمل فلانة غلاما فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق
على طريق التبيين كذا هذا والذى يؤيد ما قلنا ان رجلا لو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى
ثم ماتت طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبى حنيفة وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت كذا ههنا وقالوا لو
خالعها فى وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويؤمر الزوج برد بدل الخلع سواء كانت عند الموت
معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد فى الكتاب
لتخريج قول أبى حنيفة انه ان مات فلان وهى فى العدة يحكم ببطلان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وان كانت
غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطا أو كانت غير مدخول بها لا يبطل
الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج لا يستقيم على قول أبى حنيفة لان هذا ظهور محض فتبين
عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلقات الثلاث كانت واقعة
من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال ان كان فلان فى الدار فامرأته طالق ثم خالعها ثم تبين انه
كان يوم الحلف فى الدار انه يتبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا ههنا والفقه
ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان العتق أو الطلاق
يقع وقت الموت ثم يستند الى أول الشهر الا انه يظهر انه كان واقعا من أول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه
الا بمقدمة وهى ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا فى حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول
أصل فى الشرع والعقل ألا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه
دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عز وجل لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع ولا بالشرائع عند امكان
الوصول الى معرفتها بدليلها ثم الدليل وان خفى بحيث يتعذر الوصول اليه يكتفى به اذا كان ممكن الحصول فى الجملة اذ
الدلائل تتفاوت فى نفسها فى الجلاء والخفاء والمستدلون أيضا يتفاوتون فى الغباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار
هذا التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان فى هذا الباب وأما ما كان الدليل فى حقه منعدما فهو فى حق الاحكام
ملحق بالعدم واذا عرف هذا فنقول الشهر الذى يموت فلان فى آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان
دليل اتصافه منعدما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح الى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم

لكونه

كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الاجزاء المتقدمة عليه الى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا فى أول الشهر اذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الاخير من الشهر مقارنا لاول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقى ملك النكاح الى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم فى هذا الجزء بكونها طالقا ومن ضرورة كونها طالقا فى هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول الشهر لكن بعدما كان النكاح الى هذا الوقت قائما لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من أول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى الى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل واذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل أما العدة فانها تجب فى آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت لانها مما يحتاط فى ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت منقضية العدة صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا من وجه ويحكم ببقائه الى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند الى أول الشهر علم انه خالعها وهى بائنة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذى كان يبقى الى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقى النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع بخلاف ما اذا قال ان كان زيد فى الدار لان دليل الوقوف على كون زيد فى الدار موجود حالة التكلم فانعقد الطلاق تنجيزا لو كان هو فى الدار لان التعليق بالموجود تحقق وبخلاف ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد فى البطن يمكن الوقوف فى الجملة على صفة الذكورة والانوثة فانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخر الوجود حد الآخر وهو الفرد اللاحق وهى فرد وهى لاحقة ألا ترى انه يقول امرأتى الاولى وامرأتى الاخيرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج بثالثة فتسلب صفة الآخرية عن الثانية فاذا مات قبل أن يتزوج بثالثة تقررت صفة الآخرية للثانية من الاصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وههنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم فى أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهو هذا بخلاف ما اذا قال لامرأته ان لم أتزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امرأته مقتصرا على الحال لان هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر ألا ترى انه لو تزوج فى العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج لان الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصرا على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذى ذكرنا والله عز وجل الموفق ولو قال لامرأته أنت طالق قبل موتى بشهر أو قبل موتك بشهر فمات لتمام الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند أبى حنيفة يقع فهما فرقا بين الطلاق والعتاق فقالا العتاق يقع والطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط والزوج بعد الموت ليس من أهل ايقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما فى التدبير والله عز وجل أعلم ولو قال لعبده أنت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم قبل مضى شهر لا يعتق أبدا لانه أضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

وجوده بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفا بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما جميعا وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يمت الآخر بعد بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الآخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الاول سابقا على قدومهما وانما يتحقق عند وجود قدومهما جميعا فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضي شهر فكذا في القدوم وهو قول على الرازى لان العتق أضيف الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما لانه أضاف العتق الى شهر متقدم على موتهما أو قدومهما ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما جميعا وعند ثبوت التراخى فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعا قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر وانه خلاف ما أضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم انه أراد به اضافة العتق الى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى عين ما أضاف اليه وجوب الاستحالة عن هذا ان الاصل في أحكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخص في جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم أحدهما على صاحبه مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسئلة الفطر والاضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضي الشهر لا يعتق أبدا لما قلنا وان مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر وان قدم أحدهما بعد مضي الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر الا انه لا يستدل لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال أنت حر الساعة ان كان في علم الله عز وجل ان فلانا يقدم الى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا علم الله تعالى الازلى القائم بذاته عز وجل وانما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما في سائر التعليقات بشروطها والله عز وجل أعلم ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند أبى حنيفة وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال أبو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور والمحض لانه تبين ان العتق يثبت من أول الشهر فيتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض لان العتق عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر في هذه الحالة لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البدل وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبى يوسف وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثى بدل الكتابة ومن ثلثى قيمته وأصل المسئلة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانا بالتدبير ثم يسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد في الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة فهذا على ذلك الا ان عند أبى حنيفة يخير بين ان يسعى في هذا أو بين ان يسعى في ذلك وعندهما يسعى في الاقل

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسئلة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لانه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده و يعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من الثلث بان يقول أنت حر قبل موتي بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ماشاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقا بعد الموت والله عز وجل المستعان وأما الاضافة الى وقتين فالاصل فيه ان المضاف الى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما والمضاف الى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما ولو جمع بين فعل و وقت يعتبر فيه الفعل و ينزل عند وجوده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينزل عند أولهما أيهما كان و بيان هذه الجملة اذا قال لعبده أنت حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحد الوقتين لا كلاهما وانه ايقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه ولو قال أنت حر اليوم غدا أعتق في اليوم لانه أضاف الاعتاق الى اليوم ثم وصف اليوم بانه غد وانه محال و يبطل وصفه و بقيت الاضافة الى اليوم ولو قال أنت حر غدا اليوم يعتق في الغد لانه أضاف العتق الى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه و بقيت اضافته العتق الى الغد فيعتق في الغد ولو قال أنت حر ان قدم فلان وفلان فلم يقدما جميعا لا يعتق لانه علق عتقه بشرطين فلا ينزل الا عند آخرهما اذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكان ذلك تعليقا بأحدهما وهو علق بهما جميعا لا بأحدهما ولو قال أنت حر اليوم أو غدا يعتق في الغد لانه جعل أحد الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم لكان الوقتان جميعا ظرفا وهذا خلاف تصرفه ولو قال أنت حر ان قدم فلان أو غدا فان قدم فلان قبل مجيء الغد عتق وان جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق مالم يقدم في جواب ظاهر الرواية و روى عن أبي يوسف ان أيهما سبق مجيؤه يعتق عند مجيئه والاصل فيه انه ذكر شرطا و وقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط و بين الاضافة الى وقت من التنافي فلابد من اعتبار أحدهما وترجيحه على الآخر فابو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفا والظرف قد يصلح شرطا فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره تعليقا بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أيهما كان كما اذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والاضافة فان كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقا واعتباره تعليقا يقتضي نزول العتق عند اول الشرطين كما اذا علقه بأحد شرطين نصا وان كان الوقت هو السابق يعتبر اضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين كما اذا أضاف الى آخر الوقتين نصا والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ماذكرنا في الطلاق وهو أن يكون الركن عاريا عن الاستثناء رأسا كيفما كان الاستثناء وضعيا كان أو عرفيا عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق و بيان أنواعه وماهية كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان الا في شيء واحد وهو انه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لان الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وانما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو ان يقول لعبيده أنتم أحرار الا سالما لان الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عندهما بناء على ان العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال غلاماي حران سالم و بزيع الا بزيعا ان استثناءه جائز لانه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم و بزيع فانصرف الاستثناء الى الجملة الملفوظ بها فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما اذا قال سالم حر و بزيع الا سالما لانه لما ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولو قال

أنت حر وحر ان شاء الله تعالى بطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وجه قولهما ان هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه كما لو قال أنت حر لله ان شاء الله تعالى ولأبى حنيفة ان قوله حر وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لله ان شاء الله تعالى لان قوله لله تعالى ليس بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة فى نوادره عن محمد فى رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكى الا واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة من مماليكى أحرار الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقى فصار كانه قال تسعة من مماليكى أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال مماليكى العشرة أحرار الا واحدا عتق منهم أربعة لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط فى عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول ويبقى قوله مماليكى أحرار الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة الاعتاق فهى ان الاعتاق هل يتجزأ أم لا وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة يتجزأ سواء كان المعتق موسرا أو معسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يتجزأ كيفما كان المعتق وقال الشافعى ان كان معسرا يتجزأ وان كان موسرا لا يتجزأ والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبد بينه وبين غيره انه يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا الضمان وقال على وابن عباس رضى الله عنهما عتق ما عتق ورق ما رق هما احتجا بالنص والمعقول والاحكام أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا نص على عدم التجزى وفى رواية من أعتق شركا له فى عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وأما المعقول فهو ان العتق فى العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء والرق اسم لضعف حكمى يصير به الآدمى محلا للتملك فيعتبر الحكمى بالحقيقى وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقى فى النصف شائعا مستحيل فكذا الحكمى ولان للعتق آثارا من المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزى ولهذا لم يتجزأ فى حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق فى انصاف السبايا ويمن عليهم بالانصاف كذا فى حالة البقاء وأما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى الى النصف الباقى فى الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا وكذا يجب تخريجه الى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضى على ذلك وهذا من آثار عدم التجزى وكذا الاستيلاد لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه تصير كلها أم ولد له بالضمان ومعلوم ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق اذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى وكذا لو عتق نصف أم ولده أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها واذا لم يكن الاعتاق متجزئا لم يكن المحل فى حق العتق متجزئا واضافة التصرف الى بعض ما لا يتجزأ فى حقه يكون اضافة الى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله أعلم ولأبى حنيفة النصوص والمعقول والحكم أما النص فما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بقى وروى وجب عليه أن يعتق ما بقى وذلك كله نص على التجزى لان تكليف عتق الباقى لا يتصور بعد ثبوت العتق فى كله وقوله صلى الله عليه وسلم جاز ما صنع اشارة الى عتق البعض اذ هو الذى صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا عتق ما عتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقى بالضمان اذا كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض ان كان معسرا فيدل على التجزى فى حالة اليسار والاعسار وروى عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال

قال من كان له شقص فى مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فى رقبته غير مشقوق عليه ‘ وفى رواية من أعتق شقصا له من مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المعقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا فى الملك والمالية بالازالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجرى فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا فى الرق فالرق متجزئ أيضا لان محله متجزئ وهو العبد واذا كان محله متجزئا كان هو متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنين اذا أعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق فدل تجزؤه على تجزى العتق وأما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضى الله عنه وقد روى عنه خلافه فانه روى أنه قال فى عبد بين صبى وبالغ أعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبى فاذا بلغ ان شاء أعتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين أحدهما ان معنى قوله عتق كله أى استحق عتق كله لانه يجب تخريج الباقى الى العتق لا محالة فيعتق الباقى لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثانى أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها فى البعض شائعا ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس ان الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء ثم الملك يثبت فى النصف شائعا وهذا لان الامر الشرعى يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما فى الصبى والمجنون بل هى من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجز بن شكرا لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزأ ثبوته كذا ز والهمن مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على انصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض فى حالة البقاء ثم ان سلمنا فالرق متجزئ فى نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء اذ لا يتصور ورود على بعض المحل دون بعض وفى حالة البقاء وجود سبب زواله كاملا وقاصرا فيثبت كاملا وقاصرا على حسب السبب وأما التخريج الى الاعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزى بل لمعنى آخر نذكره ان شاء الله تعالى وأما الاستيلاد فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما الا أنه اذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره فى كتاب الاستيلاد وما هو متجزئ الا وله حال الكمال اذا وجد السبب بكماله يتكامل واذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره وفى مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وانما يثبت له العتق فى النصف الباقى لا باعتاقه بل لعدم الفائدة فى بقاء نصيب الشريك كما فى الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف فى مسائل الخلاف والله أعلم

واذا عرف هذا الاصل بنى عليه مسائل عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبى حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقى الباقى رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المعتق أو موسرا ويسعى وهو رقيق وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية فى جزء منه وترك المال من غير انتفاع أحد به سيبه له وأنه حرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله الخيار فى ذلك من الوجوه التى وصفنا أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق

على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء وأما خيار السعاية فلان نصيبه صار محتبسا عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختار صاحب الثوب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتبسا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التميز كذا ههنا ولان في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا وقال الشافعي لا أعرف السعاية في الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما أن يكون ضمان اتلاف واما أن يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد بوجه اذ لا صنع له في الاعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهي كون الشئ الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق اذا كان معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد أولى ولنا ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وروى محمد ابن الحسن عن أبي يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم في الجملة عرفها الشافعي أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني وبه يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده الى أن يؤدي السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية أو الى المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب وتثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان الا في وجه واحد وهو أن المكاتب اذا عجز يرد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق اذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية في جزء منه ولان رده في الرق ههنا لا يفيد لانا لو رددناه الى الرق لاحتجنا الى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد اذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضي والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط في الكتابة المبتدأة لانه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا وههنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا اذ لا يجوز ذلك فلم يشترط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق متلفا لنصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغي أن لا يجب حال الاعسار أيضا وأن لا يكون الواجب الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف بالاعسار واليسار الا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا والنص وردفيها في حال الاعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متجزئا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقي نصيبه محتبسا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الاعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين واذا عتق بالاعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما وأما خيار التضمين حال يسار

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالاحاديث التى رويناالان الاعتاق اذا كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا
فى ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف فى ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث فى ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه
كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دار جاره أو اسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره أوحفر بئرا فى دار نفسه فوقع فيها
انسان ونحو ذلك الا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبدا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل
القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كى لا يتلف ماله بمقابلة مال فى ذمة المفلس من غير صنع من المعتق فى نصيب
شريكه فصلح أن يكون موجبا للضمان ومن غير أن يكون فى مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم
وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما فى نفقة الاقارب أو وجب نظرا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه
فلم يتم غرضه فى ايصال ثمرات العتق الى العبد فوجب عليه الضمان تتميما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن
مشايخنا من سلك طريقة أخرى لابى حنيفة فى ضمان العتق فقال هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه
أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعا به فى حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك
عقيب فعله وانما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف اليه الا أنه لا يجب على المعسر
نصا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لانه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى
كان له أن يعتق نصيبه مجانا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تمسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك
العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى وجود الاتلاف كضمان
الغصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك قيل
يحتمل النقل الى ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا فى القياس هكذا ذكر فى
الاصل وقال ان باع الذى لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذه منه وهذا واختياره الضمان سواء فى
القياس غير أن هذا أفحشهما والبيع هو نقل الملك بعوض الا أن فى الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من
غيره لكن هذا لا ينفى جواز النقل لا على وجه البيع فان الشئ قد يحتمل النقل الى انسان بالضمان وان كان لا يحتمله
بجهة البيع فان الخمر تنتقل الى المسلم بالضمان بأن أتلف على ذمى خمره وان كانت لا تنتقل اليه بالبيع على أن قبول المحل
لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان لانه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل فى
ذلك الوقت ألا ترى أن من غصب من آخر عبدا فهلك فى يده ثم أدى الضمان أنه يملكه ومعلوم ان الهالك لا يقبل
الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه وكذا ههنا ثم اذا ضمن
الذى أعتق فالمعتق بالخيار ان شاء أعتق ما بقى وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا فى الشريك
الذى لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه وبأى وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له لانه عتق كله
على ملكه هذا اذا كان المعتق موسرا فأما ان كان معسرا فللشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان
شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا وأما على قول أبى يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ
فكان اعتاق بعضه اعتاقا لكله ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان
معسرا فله السعاية لا غير لما ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغى أن يكون الواجب هو الضمان فى
حالة اليسار والاعسار الا أن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعى ان
كان المعتق موسرا عتق كله وللشريك أن يضمنه لا غير كما قالا وان كان معسرا يعتق ما أعتق ويبقى الباقى محلا لجميع
التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزأ فى حالة اليسار وفى حالة الاعسار
يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لابى حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان من مشايخنا
من قال لا خلاف بين أصحابنا فى أن العتق لا يتجزأ وانما اختلفوا فى الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق لما كان

متجزئا عند أبي حنيفة كان العتق متجزئا ضرورة اذ هو حكم الاعتاق والحكم يثبت على وفق العلة ولما لم يكن متجزئا
عندهما لم يكن الاعتاق متجزئا أيضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة لانه يوجد الاعتاق في النصف
ويتأخر العتق فيه الى وقت الضمان أو السعاية وانه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل ولنا
ان العتق وان ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن في الاعتاق حق الله عز وجل وحق العبد بالاجماع
وانما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتمليك ابطال الحقين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من
حيث الثمرة للحال واضرار بالعبد من حيث الحاق الذل به في استعمال النصف الحر والضرر منفي شرعا فان قيل ان
كان في التمليك اضرار بالمعتق ففي المنع من التمليك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف في ملكه
فوقع التعارض فالجواب انا لا نمنعه من التمليك أصلا ورأسا فان له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد ويكاتبه وفي
التضمين تمليكه من المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبة ازالة الملك الى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة
فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند أبي حنيفة لان نصيبه
باق على ملكه فيحتمل التخريج الى العتق والتدبير تخريج الى العتق الا أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت
بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدي فيعتق لان تدبيره اختيار منه للسعاية وله أن يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس له
أن يضمن المعتق لان التضمين يقتضي تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك لان تدبيره اختيار منه
للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان اختار الكتابة فكاتب نصيبه
يصير نصيبه مكاتبا عند أبي حنيفة لما ذكرنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك
ولان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضا فتعذر التضمين ويملك اعتاقه لان الكتابة لا تمنع من الاعتاق
ثم معتق البعض اذا كوتب فالامر لا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه
على الحيوان فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبة على قدر قيمته جازت لانه قد ثبت له اختيار السعاية
فاذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها وان كاتبه على أقل من قيمته يجوز أيضا لانه رضي باسقاط بعض
حقه وله أن يرضى باسقاط الكل فهذا أولى وان كاتبه على أكثر من قيمته فان كانت الزيادة مما يتغابن الناس
في مثلها جازت أيضا لانها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقويم أحد المقومين وان كانت مما لا يتغابن الناس في
مثلها يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة
على القدر المستحق لانه يكون ربا وان كانت المكاتبة على العروض جازت بالقليل والكثير لان الثابت له عليه
وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز قلت العروض أو كثرت وان كانت على الحيوان جازت
لان الحيوان يثبت دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسط كذا
هذا ولو صالح الذي لم يعتق العبد أو المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الاقسام التي ذكرناها في المكاتبة فان كان الصلح
على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لا شك أنه جائز وكذا اذا كان على أقل من نصف قيمته لانه يستحق نصف
القيمة فاذا رضي بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا ان كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس في
مثله لما قلنا فأما اذا كان على أكثر من نصف قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعا أما على
أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لان نصف القيمة قد وجب على العبد أو على المعتق والقيمة من الدراهم والدنانير
فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة فيكون ربا كمن كان له على آخر ألف
درهم فصالحه على ألف وخمسمائة ان الصلح يكون باطلا كذا هذا وهذا على أصلهما مطرد لان عندهما أن من أتلف
على آخر مالا مثل له أو غصب منه مالا مثل له فهلك في يده فالثابت في ذمته القيمة حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز
عندهما فكذا ضمان العتق لانه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبي حنيفة فالصلح عن المتلف أو المغصوب على

أضعاف قيمته جائز وههنا نقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المسئلتين والفرق له من وجوه أحدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه في ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته فاذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب في الذمة فكان الثابت في الذمة هو القيمة وهي دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها والثاني ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له أن لا يضمنه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا اصلحا عن العبد على هذا القدر من المالين فكأنه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان في باب الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك الى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وانه في ذلك الوقت قابل للتمليك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان في باب العتق يجب وقت الاعتاق والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا تجوز الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صالحه على شئ من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان في الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع العبد في معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما في الفصل الثاني فانما جعل الحيوان بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق في العبد صبيا أو مجنونا له أب أو جد أو وصي فوليه أو وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لان التدبير اعتاق والصبي والمجنون لا يملكان الاعتاق فلا يملكه من يلي عليهما وانما ملك الاب والوصي الاستسعاء والتضمين لان الاستسعاء مكاتبة والاب والوصي يملكان مكاتبة عبد الصبي والمجنون والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبي والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا أو مأذونا عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة الا أنهما لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه أخص بالتصرف فيما في يده من المولى وأما المأذون الذي عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما في يده على أصل أبي حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى أصلهما ان كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما في يده من المولى فان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى كما في الحرية لانه اذا لم يكن عليه دين فهو وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية ففي الصبي والمجنون الولاء لهما لانهما من أهل الولاء لكونهما حرين وفي المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصي فان كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الامور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار في الضمان لا بد من معرفتهما فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقي من العبد قلت أو كثرت والاعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا الى هذا وقعت الاشارة فيما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له شقص في مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق عليه اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار صلى الله عليه وسلم الى أن الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان أيسر بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان اختلافهما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة بينة الآخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الاول وأنا معسر ثم أيسرت فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الاول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك اقامة البينة لان حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحى والطحان فى انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال كذا ههنا وقد قال أبو يوسف فى عبدين بين رجلين قال أحدهما أحدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما انما أنظر الى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق ثم انما أنظر الى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر الى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح لان اضافة العتق الى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كأنه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال لعبد مشترك بينه و بين غيره ان دخلت الدار فأنت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين لان يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فاضافة العتق الى المجهول تنجيز وانما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر صفة العتق فى يساره واعساره يوم التكلم بالعتق وكذا يعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمة فولدت لم يلتفت الى ذلك و يضمنه قيمته يوم أعتقه لانه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما فى الغصب والاتلاف وان لم يعلما ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما أن يكون قائما وقت الخصومة واما أن يكون هالكا اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها والاصل فى هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق أصله مسئلة الطاحونة وان كانت لا تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان كان العبد قائما وقت الخصومة واتفقا على العتق فى الحال واختلفا فى قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال شريكه نعم أعتقته اليوم الا أن قيمته أكثر من ذلك يرجع الى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال أصدق وكذا لو اختلفا فى حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمته أكثر وقال المعتق أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الآخر بل أعتقته قبل ذلك وقيمته كانت أكثر رجع الى قيمته فى الحال لان الحال اذا شهدت لاحدهما فالظاهر ان قيمته كانت كذلك وقت الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان فى انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا وان اتفقا على أن العتق كان متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت أكثر فههنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى قيمة العبد فى الحال لانها تزيد وتنقص فى المدة و يكون القول قول المعتق لان الشريك يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب وقالوا فى الشفعة اذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشترى فى قيمته وقيمة الارض ان المرجع الى قيمة الارض فى الحال والقول قول المشترى فى البناء لان الشفيع يريد أن يتملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز أن يتملكها الا بقوله فأما المعتق فلا يريد أن يتملك على شريكه وانما شريكه يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك اذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة والله عز وجل أعلم فان هلك العبد قبل أن يختار الشريك الذى لم يعتق شيأ هل له أن يضمن المعتق اذا كان موسرا اختلفت الرواية فيه عن أبى حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن واحدى روايتى أبى يوسف ان له أن يضمن المعتق وروى أبو يوسف رواية أخري عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان تضمين المعتق ثبت نصاً

بخلاف

بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف فى نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه و يده بعد الاعتاق الا أن ولاية التضمين ثبتت شرعا بشريطة تنقل ملك المضمون الى الضمان فاذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمين قد ثبتت بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما اذا مات العبد المغصوب فى يد الغاصب وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون الى ذلك الوقت كما فى باب الغصب وهو فى ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن ايجاب الضمان واذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه فى تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبى حنيفة ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له أن يرجع بذلك فى تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله أن يرجع فى تركة العبد وان لم يترك شيأ فلا شىء للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا هذا اذا مات العبد وأما اذا مات أحد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو اما أن يكون الاعتاق منه فى حال صحته واما أن يكون فى حال مرضه فان كان فى حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان فى حال مرضه لم يضمن شيأ حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يستوفى الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبنى على الاصل الذى ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان ضمان المعتق ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا فى ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان فى أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا أو افسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد فى حال اليسار المطلق وذلك فى حالة الصحة لانها حال خلوص أمواله وفى مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة أصلا ولا يصح تبرعه على الاجنبى الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقى الامر فيها على أصل القياس ولان ضمان المعتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق فى نصيب الشريك ألا ترى أنه لا يجب على المعسر والصلات اذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا أشار محمد لابى حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض و يؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض فى حال مرض موته والثلثين للورثة قال النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول فى حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة فى حالة البقاء فانه يثبت به الملك فى المضمون فى حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض أنه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلبت معاوضة لانه يوجب الملك فى رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لان الضمان عليه فى الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع فى مالية العبد بالسعاية كما فى الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا فى التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما فى ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت معاوضة ألا ترى أن من قال فى حال الصحة ما كان لك على فلان فهو على ثم كان له على فلان فى مرضه فأخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث و يؤخذ من تركته ولو وجد ابتداء الكفالة فى المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذى لم يعتق ثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شىء من الاعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت و يقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

و بعضهم التضمين ذكر فى الاصل أن لهم ذلك وقال الحسن بن زياد انه ليس لهم ذلك الا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضمنوا والظاهر أنه رواية عن أبى حنيفة لان الاعتاق عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبى يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفريع على مذهبه وجه ماذكر فى الاصل ان نصيب الشريك قد بقى على ملكه عند أبى حنيفة لتجزى الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه الى الورثة بموته فصاروا كالشركاء فى الاصل فى العبد أعتق أحدهم نصيبه ان للباقين أن يختار كل واحد منهم مايشاء كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة انتقل اليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار الضمان فى البعض والسعاية فى البعض فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة ومن كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الاعتاق و بعضهم التضمين و بعضهم الاستسعاء بل ليس لهم الا أن يجتمعوا على شىء واحد اما العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا على الاعتاق لان المستسعى كالمكاتب على أصل أبى حنيفة ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا عليه كذا هذا فاذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولاء يكون للميت حتى ينتقل الى الذكور من ورثته دون الاناث وهو فائدة كونه للميت لان من أصل أبى حنيفة ان المعتق بعضه فى معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل فيه بالارث فكان ولاؤه للميت كذا هذا واذا كان المعتق موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك و يختار السعاية ذكر فى الاصل أنه ليس له ذلك و لم يفصل بين ما اذا رضى المعتق بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم و روى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك مالم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم فان قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ من لم يجعل فى المسئلة اختلاف الرواية وجعل ماذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيرا لماذكره فى ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما ذكر فى الكتاب اذا قضى به القاضى أو رضى به الشريك وحكى عن الكرخى والجصاص أنهما جعلا مسئلة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا أنه اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بداله واختار تضمين الآخر فله ذلك الا أن يرضى به المضمن أو يقضى به القاضى ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين وجه ماذكر فى الاصل ان له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين اذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين ابراء للعبد عن السعاية ولهذا لو اختيار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان وكانت نفس اختيار السعاية ابراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا كذا اذا اختار الضمان وجه رواية ابن سماعة ان اختيار الشريكين تضمين المعتق ايجاب الملك له فى المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا أو بالقضاء فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له الرجوع عنه الى السعاية بخلاف ما اذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضى بذلك العبد أو لم يرض لان اختيار السعاية على العبد ليس فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه فان أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شىء أما على أصل أبى حنيفة فظاهر لان العتق يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق فاذا صادف ملك غيره لم ينفذ وأما على أصلهما فالعتق وان كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق فى نصيبه ثم يسرى الى نصيب شريكه فاذا أضاف الاعتاق الى نصيب شريكه لم يثبت العتق فى نصيب نفسه فلا يتعدى الى نصيب الشريك وان كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيأ لان الحمل بمنزلة طرف من أطرافها والاطراف بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا تفرد بالضمان الا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولان الحبل فى الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل حمل يعتق أمه اذا كان المعتق مالكهما كما فى الرهن وان لم يكن مالكا للولد كما فى الجارية الموصى برقبتها لرجل و بحملها لآخر فأعتق صاحب الرقبة الام يعتق الحمل و يضمن قيمته لصاحبه لان الولد انفرد عن الام فى الملك فجاز أن ينفرد بالضمان وان كان العبد بين جماعة فاعتق أحدهما نصيبه فاختار بعض الشركاء الضمان و بعضهم السعاية

و بعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة لان اعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار وعلى هذا الاصل قال أبو حنيفة في عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا وان شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لان نصيبه بقي على ملكه فثبتت له الخيارات للتخريج الى الاعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثاني وان كان موسرا الان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع للمعتق في نصيب الشريك باتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة في الاصل فاذا أعتق الاول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون اليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين الى غيره فان اختار تضمين الاول فالاولى ان يعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثاني لان الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الاول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثاني وليس للثاني والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا والسعاية ان كان معسرا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول أبي حنيفة يعتق نصفه و يبقى الباقي رقيقا يجب تخريجه الى العتاق فان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى واذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له أن يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان المعتق موسرا أو معسرا من غير سعاية وكذا اذا أعتق جزأ من عبده أو شقصا منه يمضي منه ما شاء و يبقى الباقي رقيقا يخرج الى العتاق بالخيارات التي وصفنا في قول أبي حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ الا ان هنا أضاف العتق الى مجهول فيرجع في البيان اليه كما لو قال أحد عبيدي حر وقيل ينبغي في قياس قول أبي حنيفة في السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان رجلا أوصى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من أهل اللسان ان السهم عبارة عن السدس في اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزأ عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وان كان معسرا فللشريك خمس خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وليس له أن يضمن وهذا قول أبي حنيفة لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية فلان نصيبه بقي على ملكه في حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر فللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له فاذا أدى عتق والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه اليه وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه وأما اذا كان معسرا فلا حق له في الضمان لان ضمان التدبير لا يجب مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فبقي أربع خيارات وأما على قول أبي يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالاعتاق المعجل وليس للشريك الا التضمين موسرا كان المدبر أو معسرا على الرواية المشهورة عنهما لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الثاني وهو موسر فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته و يرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث

قيمته مدبرا وليس له أن يضمنه ما انتقل اليه من نصيب الثالث وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد العبد كله مدبر للذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا لان التدبير لما كان متجزئا عند أبي حنيفة فلما دبره أحدهم فقد ثبت لكل واحد من الشريكين ست خيارات فلما أعتقه الثاني فقد استوفى ما كان له فلم تبق له ولاية تضمين المدبر وللساكت أن يضمنه لانه أتلف عليه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له أن يضمن المعتق لان ضمان المعتق ضمان معاوضة في الاصل وهو ضمان التملك وهو ان يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون لان التدبير انعقد سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون فصار ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتعذر تضمين المعتق ولان المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يجوز ان ينقله الى الغير وللمدبر ان يضمن المعتق لانه بالاعتاق أتلف نصيبه باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدبرا لان المتلف مدبر ويرجع به المدبر على العبد لان نصيب الساكت انتقل اليه فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فكذا للمدبر ولان الحرية لم تثبت في جزء منه لجاز بقاؤه على الرق ولم يمكن ان يجعل هذا الضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل الى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدبر أعتق نصيبه الذي دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شاء استسعى العبد كما في عتق أحد الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعى العبد لان المدبر أقامه مقام نفسه فكان له أن يستسعيه فكذا له وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل اليه من الثالث لان المدبر انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستندا الى وقت التدبير والمستند قبل ثبوته في المحل يكون ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك وأما عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الكل مدبرا ويضمن ثلثي قيمته للشريكين لاتلاف نصيبهما عليهما سواء كان موسرا أو معسرا لا تجب السعاية هنا بخلاف الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر وههنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى هذا اذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين وشهد أحدهما على صاحبه انه أعتقه وأنكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز اقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد في قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة وعندهما ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه أما عدم قبول شهادته فلان شهادة الفرد في هذا الباب غير مقبولة ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما بشهادتهما يجران المغنم الى أنفسهما لانهما يثبتان به حق التضمين لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه بشهادته على صاحبه صار مقرا بفساد نصيبه باقراره على صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب نفسه جائز لان الانسان يصدق باقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لم يوجد منه الاقرار بعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وانما أقر بالعتق في نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حق شريكه لم ينفذ فينفذ اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلان فساد نصيبه يوجب التخريج الى العتق بالسعاية ويسعى العبد لهما في قيمته بينهما فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته سواء كان المنكر موسرا أو معسرا في قول أبي حنيفة لان السعاية تثبت مع اليسار والاعسار على أصله أما حق الاستسعاء للشاهد وان كان المشهود عليه موسرا فلان في زعمه ان شريكه قد أعتق وان له حق التضمين أو الاستسعاء الا انه تعذر التضمين لان اقراره لم يجز عليه في حقه فبقي له حق الاستسعاء وأما المنكر فلان في زعمه ان نصيبه على ملكه وقد تعذر

عليه

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعى وأما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على أصلهما وان كان معسرا فللشاهد أن يستسعى وأما المنكر فيستسعى على كل حال بالاجماع معسرا كان أو موسرا لان نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز فى قول أبى حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزأ فاذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما لان العتق منهما وكذلك ان استسعيا وأدى السعاية فالولاء لهما وأما على قولهما فالولاء فى نصيب الشاهد موقوف لان فى زعم الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزأ على أصلهما وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف وان شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أولا كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعى وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان فائدة الاستحلاف النكول ليقضى به والنكول اما بذل أو اقرار والضمان مما يصح بذله والاقرار به واذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما فى نصف قيمته فى قول أبى حنيفة لان فى زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وان له الضمان أو السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر فبقى الاستسعاء ولا فرق عند أبى حنيفة بين حال اليسار والاعسار وأما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعى الضمان على شريكه ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وان كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وانما له السعاية على العبد والمعسر انما يزعم أن الضمان على الشريك وانه قد أبرأ العبد ثم هو عبد فى قول أبى حنيفة ويسعى وهو رقيق الى أن يؤدى ما عليه لان المستسعى فى حكم المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين حين شهد الموليان فيسعى وهو حر لان فى زعم كل واحد منهما أنه حر من جهة صاحبه ومن أقر بحرية عبد فى ملكه عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار أمس فانت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فانت حر ولا يدرى أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد بينهما ويسعى فى نصف قيمته بين الموليين موسرين أو معسرين فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان كانا معسرين سعى فى نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للمعسر فى ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين يسعى لهما فى جميع قيمته وجه قول محمد ان كل واحد منهما يدعى على صاحبه انه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحانث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نصف السعاية مجهولا فلا يمكن القضاء به ولابى حنيفة وأبى يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشريكين حانث بيقين اذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل اذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحنث أولى من الآخر والمقضى له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما فاذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل السعاية عليه فتجب نصف السعاية ثم على أصل أبى حنيفة يسعى فى نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند أبى يوسف يختلف فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره محمد ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الآخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفى مسئلة الشهادة لم نستيقن بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين وأما قوله ان الذى يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا

لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما لان المقضى له اذا كان معلوما يمكن رفع الجهالة التى من جانب المقضى له بالقسمة والتوزيع واذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لاحدهما فقال أحدهما لعبده ان كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الآخر لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبدين لان ههنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة فى الطرفين وفى الفصل الاول المقضى له بالعتق متيقن معلوم والقضاء فى مثله جائز كمن أعتق واحدة من جواريه العشر ثم جهلها وعلى هذا قال أبو يوسف فى عبدين بين رجلين قال أحدهما لاحد العبدين أنت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فان هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته بين المولبين نصفين وقال محمد قياس قول أبى حنيفة أن يسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بينهما نصفين وجه قول أبى يوسف ان نصف أحد العبدين غير عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حرا بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما فى ثلاثة أرباع قيمته للتخريج الى العتق كما فى المسئلة المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى فى النصف الباقى وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين المولبين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما فى الباقى وذلك ثلاثة أرباع قيمته وجه قياس قول أبى حنيفة أن المقضى له وعليه مجهول لان ولا سبيل الى القضاء بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بخلاف المسئلة المتقدمة لان ثمة المقضى له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبى يوسف فى عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وانه هو أعتقه اليوم وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضمن لى نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذى زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة لان قوله أنا أعتقته اليوم ليس باعتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح وكذا لو قال أنا أعتقته أمس وأعتقه صاحبى منذ سنة وان لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلى للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق اثبات العتق والعتق فى اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى فطار عن وكره وفى عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف فى اللغة يقال ثوب رقيق أى ضعيف وفى متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمى الذى يصير به الآدمى محلا للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الاصلى للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير هو اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر أى خالص وأرض حرة اذا لم يكن عليها خراج وفى عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع أنواع الاعتاق غير أنه ان كان تنجيزا ثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط أو اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك فى جميع الاحكام الا فى التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد ثم هذا الحكم قد يثبت فى جميع ما أضيف اليه وقد يثبت فى بعض ما أضيف اليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو اما ان كان فى الصحة واما ان كان فى المرض فان كان فى الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن وسواء كان عليه دين أو لم يكن لان حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالاعتاق صادف خالص ملكه

لاحق لاحد فيه فنفذ وان كان فى المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال
يعتق كله لان الثلث خالص حقه لاحق للورثة فيه وانما تعلق حقهم فى الثلثين والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وان كان لايخرج
كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان
لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله و يسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان أجازت الورثة عتق
كله لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه أيضا ماروى فى حديث أبى قلابة ان
رجلا اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فاجاز النبى صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه فى ثلثى قيمته فدل الحديث
على جواز الاعتاق فى مرض الموت حيث أجاز النبى صلى الله عليه وسلم ذلك على ان الاعتاق فى مرض الموت
وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لاسعاية فى الشريعة حيث استسعى العبد هذا اذا لم يكن عليه
دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد أوله مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق
يسعى فى جميع قيمته للغريم ردا للوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لايحتمل النقض فتجب السعاية
وروى عن أبى الاعرج ان رجلا أعتق عبداله عند الموت وعليه دين فقال النبى صلى الله عليه وسلم يسعى فى الدين
وهكذا روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين ألف درهم
وقيمة العبد ألفان يسعى فى نصف قيمته للغريم ردا للوصية فى قدر الدين ثم نصفه الثانى عتق بطريق الوصية فان
أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثانى وان لم تجز يعتق ثلث النصف الثانى مجانا بغير شئ وهو سدس الكل و يسعى
فى ثلثى النصف فالحاصل انه يعتق سدسه مجانا بغير شئ و يسعى فى خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان
للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التى ذكرنا انه ان كان له مال سواهما وهما يخرجان
من الثلث عتقا جميعا بغير شئ لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يجيزوا
الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله و يسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان أجازت الورثة
عتقا جميعا بغير شئ وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه مجانا و يسعى فى الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على
ثلاثة أسهم لحاجتنا الى الثلث فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية
للعبدين سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان فان مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو
مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقى فيجمع نصيب الورثة وذلك
أربعة أسهم ونصيب العبد الحى وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسه و يسعى فى أربعة أخماسه
فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحى سهم والميت قد استوفى سهما فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان
فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه و يسعى فى ثلثى قيمته فيصير
كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فان مات أحدهم قبل
السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبدين
سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربعه و يسعى فى ثلاثة أرباعه
فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدين سهمان والميت استوفى سهما فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع
نصيب الورثة ستة وللحى سهم فيكون سبعة فيعتق من الحى سبعه و يسعى فى ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة
وللحى سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله
اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد فى قيمته للغرماء ردا للوصية لان العتق فى مرض
الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفا وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى

كل واحد فى نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية فان أجازت الورثة عتق النصف الباقى من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقى مجانا وهو السدس و يسعى فى ثلثى النصف ففى الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجانا و يسعى فى خمسة أسداسه والله عز وجل أعلم ثم المريض اذا أعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد فى الحال فى أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برأ تبين انه صار حرا من حين أعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما هو حر وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزأ وأما الذى هو من التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والارث وغير ذلك لكن هذه ليست من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هى من التوابع والثمرات تثبت فى بعض أنواعه دون بعض كالاعتاق المضاف الى الصبى والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول وجملة الكلام فيه ان جهالة المعتق اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة فان كانت أصلية وهى ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة الى أحد المذكورين غير عين فيجعل المضاف اليه لمزاحمة صاحبه اياه فى الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو اما ان يكون محتملا للاعتاق أو لا يكون محتملا له والمحتمل لا يخلو من ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو ان يقول لعبديه أحدكما حر او يقول هذا حر او هذا أو يقول سالم حر أو بزيع لا ينوى أحدهما بعينه فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان كيفية هذا التصرف والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة به أما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم وأما الكلام فى الاحكام المتعلقة به فى الاصل فنوعان نوع يتعلق به فى حال حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته أما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير نازل فى أحدهما لانه لا سبيل الى استخدام الحر من غير رضاه وله ان يستعملهما و يستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى وهذا أيضا يدل على ماقلنا ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولى واما ان كانت من الاجنبى ولا تخلو اما ان كانت على النفس أو على مادون النفس فان كانت الجناية من المولى فان كانت على مادون النفس بان قطع يد العبدين فلا شئ عليه وهذا أيضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما فى حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون ثابتا بخلاف القتل لما نذكر وان كانت جناية على النفس بان قتلهما فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد والثانى حر لانه لما أقدم على قتل الاول فقد تعين الثانى للعتق فاذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شئ لانه قاتل والقاتل لا يرث وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته لان المضمون على المولى أحدهما وهو الحر منهما وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق فى غير العين وان كانت الجناية من الاجنبى فان كانت فيما دون النفس بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون ارشهما للمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وان كانت فى النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا فان قتلهما معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك وتكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل فى غير العين اذ لو لم يكن لكان الواجب فى قتلهما معا قيمة عبدين ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية وبقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وانما تقسم لان كل واحد منهما تجب ديته فى حال وقيمته فى حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو أصل أصحابنا وان قتلهما على التعاقب يجب على

القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثانى للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثانى للعتق فيتعين الاول للمولى وقد قتل حرا وعبدا خطأ وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل واحد منهما معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى وايجاب القيمتين يوجب قيمة ودية على قول من يقول ان العتق غير نازل ظاهر الان كل واحد منهما قتل عبدا خطأ وانه يوجب القيمة وأما على قول من يقول بنزول العتق فانما لم تجب الدية لان من تجب الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذى تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا لان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه وانما الجهالة فيمن له وأما انقسام القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل الآخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق فى حال ولا يستحق فى حال فوجوب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول الآخر وان وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثانى الدية للورثة لان أحدهما قتل عبدا والآخر قتل حرا لان قتل الاول أوجب تعين الثانى للحرية والاول للرق ولو كان المملوكان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولدا أو ولدت احداهما ولدا فاختار المولى عتق احداهما عتقت هى وعتق ولدها سواء كان للاخرى ولد أو لم يكن أما على قول التخيير فظاهر لان العتق كان نازلا فى غير العين منهما والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعا لها وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سبب النزول فى احداهما فيسرى الى ولدها كالاستيلاد والكتابة ولو ماتت الامتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير المولى فيختار عتق أى الولدين شاء لانهما لما ماتتا معا لم تتعين احداهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير فى الام فان مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الامتين لا يلتفت الى ذلك و يخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين اذ الحرية انما تتعين فيه بتعينها فى أمه وحكم التعيين فى الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى فيهما فايهما اختار عتقها فعتقت عتق ولدها ولو قتل الامتين معا رجل خير المولى فى الولدين لما قلنا فى الموت وأيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من ارش أمه شيأ لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيأ بل يكون الكل للمولى وهذا نص مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا فى احداهما لحدوثهما على وصف الام لكان الاختيار تعيينا لمن وقع عليه العتق فكان عتقه متقدما على موت الام فينبغى أن يرث والله عز وجل أعلم ولو وطئت الامتان بشبهة قبل اختيار المولى يجب عقر أمتين و يكون للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيزا لكان الواجب عقر حرة وأمة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارش فالعقر أولى لانهما لا يملكان بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالغاصب فلما كان الكسب له فالارش والعقر أولى ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا أما على قول التنجيز فظاهر لان العتق اذا نزل فى غير العين منهما صار جامعا بين حر وعبد فى البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما الا انه غير جائز بالاجماع وأما على قول التعليق فلان حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر فى البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى المشترى فاعتقهما المشترى فيقال للبائع اختر العتق فى احدهما وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشترى لان المشترى لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ اعتاقه فيه فاذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق المشترى وانما بدئ بتخيير البائع لان التمليك منه حصل فى مجهول فما لم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد فان مات البائع قبل البيان قامت الورثة مقامه و يقال لهم بينوا فان بينوا فى أحدهما عتق الآخر على المشترى ولا يقال ينبغى أن ينقسم العتق بموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام أن لا يزول الملك عن أحدهما لاستحالة انقسام الحرية على الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام و بقى الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الارث بل لانهم استحقوا قيمة أحد العبدين فكان لهم التعيين كما كان للبائع وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشترى فماتا في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الاختيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعتق المشترى حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضى البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك فى أحدهما والملك قد زال عن أحد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل القاضى أو بتراضى المتعاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البائع وشاع العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما يخير فيختار العتق فى أيهما شاء وتجوز الهبة والصدقة والامهار فى الآخر لان حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية فى أحدهما على اختلاف الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات ألا ترى أنه لو جمع فى الهبة أو فى الصدقة أو فى النكاح بين حر وعبد يصح فى العبد وكذا اذا جمع فيها بين مدبر وقن يصح فى القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد فى البيع انما يوجب فساد البيع لانه اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع فى كل واحد منهما شرطا لصحة قبوله فى الآخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قيل اذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما فكيف يخير المولى فالجواب أنا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار فاذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق يزول الملك عن أحدهما وان مات المولى قبل أن يبين العتق فى أحدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشياع فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما ويكون الآخر لاهل الحرب لان أهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان أحدهما حر أو حق الحرية لاحدهما ثابت وكل ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار أحدهما بقى الآخر عبدا فيملكه أهل الحرب فان لم يختر المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لان أحدهما حر أو ثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع أحدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فللمولى أن يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فاذا باعوا فقد ثبت للمشترى ما كان ثابتا قبل خيار العمل فاذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشترى منهم فى الآخر فيأخذه بحصته من الثمن فان اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية الاختيار قائمة للمولى فان أخذه المولى من الذى اشتراه بالثمن عتق الآخر لان أخذه اياه اعادة له الى قديم ملكه فيتعين الآخر للعتق كانه أعتقه ولو قال فى صحته لعبديه أحدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال وان كانت قيمته أكثر من الثلث بان كانت قيمة أحدهما ألفا وقيمة الآخر ألفين فبين العتق فى الذى قيمته ألفان وهذا يدل على أن اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتنجيز اذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على حالة المرض ينبغى أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق فى المرض والله عز وجل الموفق وللعبدين حق مخاصمة المولى فلهما أن يرفعانه الى القاضى ويستعديا عليه واذا استعديا عليه أعداهما القاضى وأمره القاضى بالبيان أعنى اختيار أحدهما وجبره عليه بالحبس لو امتنع أما على مذهب التنجيز فلان العتق نازل فى أحدهما غير عين وكل واحد منهما يجوز أن يكون هو الحر والحرية حقه وله فيها حق وأما على مذهب التعليق فلان الحرية ان لم تثبت فى أحدهما فقد يثبت حق

الحرية أعني انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلا وهذا حجة وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان البيان الى المولى لان الاجمال منه فكان البيان اليه كما في بيان المجمل والمشترك في النصوص وكمن أقر بشيء مجهول أو باع قفيزا من صبرة كان البيان اليه كذا هذا ثم البيان أنواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة أما النص فنحو أن يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذي ذكرت أو اخترت أن تكون حرا باللفظ الذي قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذي قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الالفاظ فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق فان أراد به عتقا مستأنفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق لان انشاء العتق في أحدهما قبل الاختيار اختيار العتق في الآخر دلالة لما نذكر ان شاء الله تعالى وان قال عنيت به الذي لزمني بقولي أحدكما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقك وأما الدلالة فهي أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بانشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤاجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولدان كانت أمة لان الاصل ان من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كأنه قال اخترت والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا أصلا في الباب وهذه التصرفات كلها في أحدهما دليل اختيار العتق في الآخر لان منها ما ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه وهي التصرفات المزيلة للملك ومنها مالا ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة والكتابة والتدبير والاستيلاد والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان فكان اقدامه على كلا النوعين من التصرفات في أحدهما دليلا على اختياره العتق المبهم في الآخر واختياره العتق المبهم في أحدهما عينا شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخريج على قول من يقول ان العتق غير نازل في العين فيهما فاما على قول من يقول بنزول العتق في أحدهما غير عين فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فلا قدام عليها يكون اختيارا للملك في المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصا ودلالة كما اذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل وسواء كان البيع بتا أو فيه خيار للبائع أو للمشتري أما على مذهب التنجيز فلانه لا صحة للبيع الا بالملك فكان اقدامه على بيع أحدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافي اختيار العتق المبهم فيه وأما خيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحا أو فاسدا اذا قبض المشتري لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة وأما اذا لم يقبض فقد ذكر في الاصل اذا باع أحدهما بيعا فاسدا او قبض المشتري عتق الباقي ولم يذكر انه اذا لم يقبض ماذا حكمه وهكذا ذكر محمد في الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض ليس بشرط ويتعين العتق في الآخر سواء قبض المشتري أو لم يقبض وهكذا ذكر القدوري وقال قد ظهر القول من أصحابنا انه اذا ساوم باحد العبدين وقع العتق في الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لو أوصى باحدهما أو ساوم عتق الآخر ومعلوم ان المساومة دون البيع الفاسد فالسوم لما كان بيانا فالبيع أولى وبه تبين ان ذكر القبض في الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا أو اشعارا انه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك ولو علق عتق أحدهما عينا بشرط بان قال له ان دخلت الدار فانت حر عتق الآخر أما على مذهب التنجيز فلان التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح الا في الملك فكان الاقدام على تعليق عتقه اختيارا للملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة

كما لو نجز العتق فى أحدهما وأما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو دبر أحدهما وذكر ابن سماعة عن محمد أنه اذا قال لاحدهما ان دخلت الدار فانت حر ثم قال أحدكما حر ثم دخل الذى علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لان ملك المولى زال عن أحدهما السبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداء أو باعه ولو كان المملوكان أختين فوطئ المولى احداهما فان علقت منه عتقت الاخرى بالاجماع لانها صارت ام ولد له وقد ذكرنا ان الاستيلاد يكون معينا للعتق فى الاخرى وان لم تعلق لا تعتق الاخرى فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال وكذلك لو قبل احداهما بشهوة أو لمس بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة ولو استخدم احداهما لا تعتق الاخرى فى قولهم جميعا لان الاستخدام تصرف لا يختص بالملك اذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما ان الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطء الحلال لا الحرام وحل الوطء لا يثبت الا باحد نوعى الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين للحل واذا تعينت الموطوأة للملك تعينت الاخرى للعتق ولان الوطء لو لم يجعل بيانا فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوأة فيتبين أنه وطئ حرة من غير نكاح فيجعل الوطء بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا ومآلا حتى لو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة الى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطء بيانا فى الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأتيه احداكما طالق فوطئ احداهما طلقت الاخرى كذا ههنا ولابى حنيفة أن كون الوطء بيانا للعتق فى غير الموطوأة يستدعى نزول العتق ليكون العتق تعيينا للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلائل وهكذا نقول فى الطلاق المبهم أنه غير واقع فى غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا أن هناك جعل الوطء دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطء فى باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان قيل فى التفسير ان الامساك بالمعروف هو الوطء والنفقة واذا كان الوطء مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا قصد وطء احداهما صار مختارا لامساكها فيلزمه ايفاء المستحق شرعا ضرورة اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخرى والوطء فى الامة غير مستحق بحال فلا يكون وطء احداهما اختيارا للعتق فى الاخرى لو صار مختارا للامساك انما يصير ليقع وطؤه حلالا تحرجا عن الحرمة ووطؤه اياهما جميعا حلال وباختيار احداهما لا يظهر ان وطء الموطوأة كان حراما لان العتق ثبت حال الاختيار مقصورا عليها وأما الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدين قبل الاختيار فيعتق الآخر لانه بالموت خرج من أن يكون محلا لاختيار العتق المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصا ولا دلالة وهذا يدل على أن العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهى ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان الميت كان محلا للبيان اذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده وكان حيا فى ذلك الوقت وهذا بخلاف ما اذا باع أحد عبديه على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما ان ملك المشترى يتعين فى الميت منهما ولا يتعين فى الحى لان هناك وجد المسقط للخيار فى الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة لحدوث العيب فيه يبطل خيار المشترى فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحى للرد وههنا حدوث العيب فى أحدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما اذا قال أحد هذين ابنى أو احدى هاتين أم ولدى فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد كذا روى ابن سماعة عن محمد لان قوله احدى هاتين أم ولدى أو أحد هذين ابنى ليس بانشاء بل هو اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح فى الحى والميت فيقف على بيانه وقوله أحدكما حر أو أحد هذين حر انشاء للحرية فى أحدهما والانشاء لا يصح الا فى الحى فاذا مات أحدهما تعين الآخر للحرية وكذا اذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبى لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شئ عليه وان كان من الاجنبى فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحى ولكن قيمة المقتول

تكون

تكون لورثته لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيأ من قيمته فان قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فان قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق فان بينه في غير المجني عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه في المجني عليه ذكر القدوري في شرحه ان الارش للمولى أيضا ولا شئ للمجني عليه من الارش وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون للمجني عليه وهكذا ذكر القاضي فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه في المجني عليه يجب عليه أرش الاحرار و يكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بانه جنى على حر وان بينه في غير المجني عليه فلا شئ على المولى و لم يذكر القدوري هذا الفصل وانما ذكر فصل الاجنبي وما ذكره القاضي قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب ارش الاحرار على المولى للعبد وما ذكره القدوري قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم ولو قال عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين بالايجاب فانصرف اليه فان قال لي عبد آخر عنيته لم يصدق في القضاء لانه اذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه الى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر الا ببينة تقوم على أن له عبدا آخر و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال أحد عبيدي حر او أحد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضي آحادا ألا ترى أن الله تعالى موصوف بانه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الازل و روى بشر عن أبي يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الاول لانه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثاني لهذا المعنى وقد بقي له عبدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد ولو قال أحدكم حر أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثاني جمع بين حر وعبدين فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضاً لانه يحمل على الاخبار وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عنيت به الحرية عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات و نصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا أن نصفه يعتق مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حالة الصحة و نصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة و يسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبدين فقال أحدكما حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات في حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير و يسعى كل واحد منهما في نصف قيمته على كل حال ولو قال أنتما حران أو مدبران والمسئلة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات و نصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة أعبد فقال هذا حر اوهذا وهذا عتق الثالث و يؤمر بالبيان في الاولين ولو قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الاول و يؤمر بالبيان في الآخرين وكذلك هذا في الطلاق ووجه الفرق ان كلمة أو في الفصل الاول دخلت بين الاول والثاني فأوجبت حرية أحدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فصار كانه قال أحدكما حر وهذا و في الفصل الثاني أوجب الحرية للاول عينا ثم أدخل كلمة أو في الثاني والثالث فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الاول و يؤمر بالبيان في الثاني والثالث وهذا بخلاف ما اذا قال ان كلمت هذا

أو هذا أو هذا فعبدي حر انه ان كلم الاول وحده حنث وان كلم الثانى أو الثالث وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا او هذا أو هذا فعبدي حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الأول أو الثانى وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعاً لان فى الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده أو كلام الثانى والثالث جميعاً لانه جعل الثالث معطوفا على الثانى بحرف العطف فقد أدخل كلمة أو بين الاول وحده و بين الثانى والثالث جميعاً وأما فى الفصل الثانى فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثانى جميعاً أو كلام الثالث وحده لانه عطف الثانى على الاول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الاول والثانى جميعاً والثالث وحده والله عز وجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدى كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لاحدهما ونكل للآخر فالذى نكل له حر دون الآخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضى يقضى بالاختلاط و يعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شئ ونصفه بنصف القيمة وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه و يسعى فى ثلثى قيمته كذا ذكره الكرخى وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه فان بين فهو على ما بين فان لم يبين وقال لا أدرى أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ونصفه بنصف القيمة كذلك ههنا وأما النوع الثانى وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه أحدكما حر لا ينوى أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع اليأس عن البيان والاختيار اذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا و يسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق فى أحدهما اذ الثابت تشييع والموت ليس باعتاق علم ان الكلام السابق وقع تنجيزا للعتق فى أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار و بين خيار التعيين فى باب البيع لانه الوارث هناك يقوم مقام الموت فى البيان وههنا لا ووجه الفرق ان هناك ملك المشترى أحد العبدين مجهولا اذ كل واحد منهما محل للملك فاذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجهولا فجرى الارث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الارث فى أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما اذا كان ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره فقال أحدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية لان قوله أحدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق فى نفسه ومحتمل لنفوذ الاعتاق فيه فى الجملة فلا ينصرف الى عبد نفسه الا بالنية وان كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلا كما اذا جمع بين عبده و بين بهيمة أو حائط أو حجر فقال أحدكما حر أو قال عبدى حر أو هذا أو هذا فان عبده يعتق فى قول أبى حنيفة نوى أو لم ينو وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين عبده و بين ميت وقد ذكرنا الكلام فى هذه الجملة فى كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده و بين حر فقال أحدكما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق فى اخباره مع ما فى الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه أصل عند الامكان فيحمل عليه الا اذا نوى فيحمل على الانشاء بقرينة النية والحر لا يحتمل انشاء الحرية فينصرف الى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبرا الا بالنية و يحمل على الاخبار كما فى الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبرا و يؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم يصرف أحدهما الى المدبر و يكون اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر فى الوضع وهو صادق فى هذا الاخبار والآخر يصرف الى أحد العبدين فيكون انشاء للتدبير فى أحدهما اذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشاء كأنه قال للمدبر هذا مدبر وأحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه أحدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث و يعتق نصف كل واحد من العبدين من

الثالث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان فى المرض أو فى الصحة وهذا كما لو جمع بين عبد بن وحر فقال اثنان منكم حران انه يصرف أحدهما الى الاخبار عن حرية أحدهم والآخر الى انشاء الحرية فى أحد العبدين لا غير كأنه قال للحران هذا حر وأحد العبدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحدكما حر فالكلام فى هذه المسئلة فى الاصل يقع فى موضعين أحدهما يتعلق فى حال الحياة والثانى يتعلق بحال الموت. أما الاول فادام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدأ بالبيان للايجاب الأول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وتبين ان ايجاب الثانى بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عنى بالايجاب الاول الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكلام الثانى ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال أحدكما حر ينبغى ان ينصرف الى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدأ بالبيان للايجاب الثانى فان عنى به الداخل عتق الداخل عتق بالايجاب الثانى وبقى الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عنى به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثانى وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذى يتعلق بما بعد الموت فهنا حالان حال ما بعد موت العبدين وحال ما بعد موت المولى أما موت العبدين فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وان مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقى الايجاب الثانى بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وأما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه فى الصحة يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا واختلفوا فى الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربعه أما فى مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عنى بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثانى يعتق نصفه الباقى فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالايجاب الثانى وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما مسئلة الخلاف فاما وجه قول محمد فهو ان الايجاب الثانى يصح فى حال ولا يصح فى حال لانه ان كان المولى عنى بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثانى لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثانى جمعا بين العبدين فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فيصح الايجاب الثانى فى حال ولم يصح فى حال فلا يثبت الا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما ان الايجاب الثانى انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق بالايجاب الاول فى غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الايجاب الثانى صحيحا فى الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقى ولا يعتق الداخل وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شيء من النصف الباقى من الثابت فكل واحد منهما يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد غير سديد ان الايجاب الثانى لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلا ورأسا لان من جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر يبطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثانى حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

اذا كان القول منه فى الصحة فان كان فى المرض فان كان له مال آخر يخرجون من الثلث أولا يخرجون لكن ان أجازت الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة و وصية الثالث ثلاثة أرباع الرقبة و وصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهما ضرورة فيكون جميع المال أحدا وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم لان ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحدا وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة و يسعى فى خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة و يسعى فى أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة و يسعى فى خمسة أسهم كالخارج واذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان وهذا التخريج على قولهما وأما على قول محمد فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنى عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منها سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان و يسعى فى أربعة أسهم و يعتق من الثابت ثلاثة أسهم و يسعى فى ثلاثة و يعتق من الداخل سهم واحد و يسعى فى خمسة أسهم فصار للورثة اثنى عشر ولاصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله عز وجل أعلم وأما الجهالة الطارئة بان أضاف صيغة الاعتاق الى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام فى هذا الفصل أيضا فى موضعين أحدهما فى كيفية هذا التصرف والثانى فى الاحكام المتعلقة به أما الاول فلا خلاف فى ان أحدهما حر قبل البيان لان الصيغة أضيفت الى معين والمعين محل لنزول العتق فيه فكان البيان فى هذا النوع اظهارا وتعيينا لمن نزل فيه العتق وأما الثانى فالاحكام المتعلقة به ضربان أيضا ضرب يتعلق به فى حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الاول فنقول اذا أعتق احدى جاريتيه بعينها ثم نسيها أو أعتق احدى جواريه العشرة بعينها ثم نسى المعتقة فانه يمنع من وطئهن واستخدامهن لان واحدة منهن حرة بيقين فكل واحدة يحتمل أن تكون هى الحرة و وطء الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام والاصل فى هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لما ذكرنا فى كتاب الطلاق فلو انه وطئ واحدة منهن فحكمه نذكره هنا والحيلة فى ان يباح له وطؤهن ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى الى القاضى وطلبا منه البيان أمره القاضى بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكره الكرخى لان أحدهما حر بيقين والحرية حقه أوله فيها حق ولكل صاحب حق ان يطلب حقه واذا امتنع من الايفاء يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضى لكل واحد منهما بالله عز وجل ما أعتقه لان الاستحلاف لفائدة النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم ان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما وان حلف لهما يؤمر بالبيان لان أحدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد فى الطلاق يكون ذلك رواية فى العتاق وهو انهما اذا استحلفا فحلف المولى للاول يعتق الذى لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الآخر للحرية كما اذا قال ابتداء لاحدهما عبد وان لم يحلف له عتق هو لانه بذل له الحرية أو أقر وان تشاحا فى اليمين حلف لهما جميعا بالله عز وجل ما أعتق واحدا منهما فان حلف

لهما فان كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا ان حرية احداهما لا ترتفع بالحلف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان المولى لا يجبر على البيان فى الجهالة الطارئة اذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان أحدهما حر بيقين بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة فى المحل فى أصح القولين فلم يكن فى البيان استرقاق الحر ثم البيان فى هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة أما النص فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا هذا الذى كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهى ان يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف فى احدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاد اذا كانتا جاريتين لان هذه التصرفات لا صحة لها الا فى الملك فكان اقدامه دليل اختياره الملك فى التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا اذا كانا أمتين فوطئ احداهما عتقت الاخرى بلا خلاف لان احداهما حرة بيقين فكان وطء احداهما تعيينا لها للرق والاخرى للعتق وتعيين الاخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الاصلية على أصل أبى حنيفة لان العتق غير نازل فى احداهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء وان كن عشرا فوطئ أحداهن تعينت الموطوءة للرق حملا لامره على الصلاح وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان نصا أو دلالة وكذا لو وطئ الثانية والثالثة الى التاسعة فتتعين الباقية وهى العاشرة للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا فى الملك فكان الاقدام على وطئهن تعيينا لهن للرق والباقية للعتق أو تتعين الباقية ضرورة والاحسن أن لا يطأ واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوأة هى الحرة فلو أنه وطئ فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هى الميتة لان البيان فى هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة شرطا لمحلية البيان وكان اقدامه على وطئهن تعيينا للميتة للعتق والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أن الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة فى احداهن وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين الاخرى للعتق ضرورة فوقف تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة اذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا للبيان اذ البيان فى هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول فى أصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك وأشار الى أحدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو باعهما جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة ويفسخ البيع فى الكل ولو باعهم على الانفراد جاز البيع فى التسعة ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخى لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق ويتعين الباقى للعتق دلالة أو يتعين ضرورة عدم المزاحم كما لو وطئ عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته وان يتصرف فيها تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت فى الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك فى الطرفين فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما اذا كانت الجوارى لواحد فاعتق واحدة منهن ثم نسيها أنه يمنع من وطء الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا فى أحد الجانبين فلم يقع الشك الا فى أحد الجانبين اذ المعتق على يقين من حرية احداهن وكل واحدة تحتمل أن تكون هى الحرة فيمنع من وطئهن ولو دخل الكل فى ملك أحدهم صار كأن الكل كن فى ملكه فاعتق واحدة منهن ثم جهلها وأما الثانى فهو أن المولى اذا مات قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجانا بغير شىء ونصفه بالقيمة فتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للورثة لما ذكرنا فى الجهالة الاصلية والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيئان أحدهما الاقرار والثانى البينة أما الاول فلا شك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق فى اقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة ولو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا اشتراه فقد زال المانع من تقييده فى حقه فيعتق عليه وأما البينة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف فى أنها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبدا أو جارية فاما اذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا تقبل فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تقبل من أصحابنا من حمل المسئلة على أن عتق العبد حق العبد عند أبى حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعواهم كالاموال وسائر حقوق العباد وعندهما هى حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمته وتطليقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر فى كتاب السرقة فنتكلم فى المسئلة بناء وابتداء أما البناء فوجه قولهما ان فى الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى قال النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجلا باع حرا وأكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما فى عتق الامة وطلاق المرأة وكما فى الحدود الخالصة وكذا الاحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبى صغير من رجل وأنكر الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران وكذا التناقض فى العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال عبد لانسان اشترنى فانى عبد فلان فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما فى سائر الدعاوى ولابى حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق فى عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا ألا ترى أنه هو الذى يتضرر بانتفائها مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرير اثبات الحرية والحرية فى متعارف الشرع واللغة تنبئ عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع هو به دون غيره فاذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين أحدهما أن المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فاذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا أكذب شهوده لا تقبل شهادتهم له والثانى ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة فى الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لتبادر الى الدعوى ولا شهادة للمتهم وأما قوله فى الاعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبئ عن ذلك وانما ينبئ عن اثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم اذا ثبت حقه بالاعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عز وجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على أن حرمة ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان فى العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الاحكام فاما عتق الامة فثمة هكذا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق

من

من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الامة حق الله تعالى على الخلوص من حيث انه سبب لتحريم الفرج ووسيلة اليه والشيء من حيث التسبب والتوسل غير ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانهما غيران كذا هذا ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر فان العتق قد لا يكون وسيلة الى تحريم الفرج وهو عتق العبد ثم متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا في طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببية تحريم الفرج فلو قبل لقبل على ذات العتق ولا وجه اليه لما بينا فانه قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج فالجواب أن من أصحابنا من يمنع المسئلتين الاولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطء الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطء حالة الحيض ولهذا لو وطئها لا يسقط احصانه وبعد العتق لو وطئها يسقط احصانه فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى فأما الاخت من الرضاعة فحرام الوطء حقيقة حتى لو وطئها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الانوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسئلة وهي ما اذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضي نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوى في الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاد في الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى في الحال فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الحرية ثمة ثبت في الجملة أيضا عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائما مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا وأما الابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغي أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشرط في عتق الامة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع (وجه) قول أبي حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به والاصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا لقوله عز وجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله سبحانه وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلا الا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما في حد الزنا وعتق الامة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر في حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعا للفساد فبقي الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما فان شهدا في حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعى مجهول فجهالة المدعى منعته صحة الدعوى فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست بشرط فجهالة المدعى لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على أنه

أعتق أحدهما فى حال صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات أو شهدا بعد موته على أنه قال ذلك فى المرض لا تقبل فى قياس قول أبى حنيفة و فى الاستحسان تقبل ولا خلاف فى أنهما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه تقبل و يخير فيختار طلاق احداهما وجه قياس قول أبى حنيفة ماذكرنا ان الدعوى شرط والمدعى مجهول وجه الاستحسان أن المدعى ههنا معلوم لان الاعتاق فى مرض الموت وصية والخصم فى تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعى معلوما فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدين فكان المشهود له مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعاً فصار كل واحد منهما خصما فى حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبى حنيفة فى هذه المسئلة فى الامتين بأن شهدا بأنه أعتق احدى أمتيه انها لا تقبل لانعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة الفرج وهى حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبى حنيفة فكان الجواب فى العبدين والامتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه انها تقبل لانها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا ان أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلانا لم تجز شهادتهما لان المدعى عليه مجهول ولو شهدا أنه أعتق عبد الله وسماه ونسيناه ان الشهادة باطلة لان الشاهد اذا نسى ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به فى البيع لا تقبل و وجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين و يجوز اعتاق أحد العبدين ولو اختلف الشاهدان فى الشرط الذى علق به العتق لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والاصل فيه انه اذا اختلفت شهادة الشاهدين فان كان ذلك فى دعوى العتق لا تقبل أصلا وان كان فى دعوى المال ففيه تفصيل و وفاق واختلاف نذكر ذلك كله فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب التدبير ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا فى كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير و بيان شرائط الركن و بيان صفة التدبير و بيان حكم التدبير و وقت ثبوت حكمه و بيان ما يظهر به التدبير

﴿ فصل ﴾ أما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون بلفظ التحرير والاعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتى أو حررتك بعد موتى أو أنت معتق أو عتيق بعد موتى أو أعتقتك بعد موتى وكذا اذا قال أنت حر عند موتى أو مع موتى أو فى موتى هو بمنزلة قوله بعد موتى لان عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعى وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة ومقارنة الشئ يقتضى وجودهما و فى للظرف فاذا دخل ما لا يصلح ظرفا يجعل شرطا كما اذا قال لعبده أنت حر فى دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول ان مت فأنت حر أو يقول اذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو ان حدث بى حدث أو متى حدث بى لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا اذا ذكر فى هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال ان مات فلان فأنت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال أبو يوسف لو قال أنت حر ان مت أو قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة ولابى يوسف ان علق بأحد الامرين فلا يصير مدبرا

كما لوقال ان مت أو ملت زيد ولوقال ان مت وفلان فأنت حر أوقال أنت حر بعد موتي وموت فلان أوقال بعد موت فلان وموتي لم يكن مدبرا الا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا للحال لانه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فبعد ذلك ان مات فلان ووجد الشرط الآخر فانما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل أن يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد ثم ينظر ان مات المولى أولا فقد صار العبد ميراثا للورثة لما بينا وان مات فلان أولا فقد صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال ألا ترى أنه لوقال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فكلم فلانا كان مدبرا وكذلك قوله اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لانه بعد الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصي لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه أو يوصيه بوصية يستحق من جملتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصي يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك يزول الملك اليه والا فيزول لا الى أحد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق فهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتي وكذا لوقال له أوصيت لك بثلث مالي لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا الى أحد فيكون اعتاقا وروى بشر عن أبي يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه الى الورثة فلهم التعيين فيما شاء والله عز وجل أعلم وأما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا بصفة أو بموته وشرط آخر نحو أن يقول ان مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر أو يقول ان قتلت فأنت حر أو ان غرقت فأنت حر أو ان حدث بي حدث من مرضي هذا أو من سفري هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة ويحتمل أن لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لوقال اذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت وبمعنى آخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق كما لوقال اذا مت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى فدخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بموت نصفه فلم يكن تدبيرا أصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط أما المطلق فما ذكرنا وأما المعلق فنحو أن يقول ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم زيد فأنت مدبر لان التدبير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير وذكر محمد في الاصل اذا قال أنت حر بعد موتي ان شئت فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت مدبر وان عنى به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد قبله لا يعتبر فان مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد منه أن يعتقه الوصي أو الوارث لان العتق ههنا لم يتعلق بالموت وانما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

مالم يعتق وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سماعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان عن محمد فيمن قال لرجل اذا مت فأعتق عبدي هذا ان شئت أو قال اذا مت فأمر عبدي هذا بيدك ثم مات فشاء الرجل عتقه في المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس وكذا ان قال عبدي هذا حر بعد موتي ان شئت فشاء بعد موته في المجلس أو بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضي وهذا يؤيد قول الحاكم والجصاص لانه لا فرق بين المسئلتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد وههنا علق بمشيئة الاجنبي وكذلك لو قال لعبده أنت حر ان شئت بعد موتي فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولى أو أخذ في عمل آخر فان ذلك لا يبطل شيأ مما جعله اليه لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا يقف قبولها على المجلس وأما المضاف الى وقت فنحو أن يقول أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فاذا جاء الوقت صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وقد روى بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبده أنت حر بعد موتي بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا أن يعتق وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلا ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه ووجه القياس ما ذكرنا انه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه الى الورثة ولم يبق الا مضي الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق لان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضي شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر لانه ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهذا أيضا يحتمل الوجود والعدم لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو في ملكه ذكر الكرخي في مختصره أنه مدبر في قول أبي حنيفة وزفر وعند أبي يوسف ومحمد ليس بمدبر وعلل القدوري لابي حنيفة انه لما مضى شهر صار كانه قال عند مضي الشهر أنت حر بعد موتي وذكر في الجامع أنه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح أما على قول أبي حنيفة فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى وههنا ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى أول الشهر وكذا حكمه عند أبي حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا يستند وبهذا تبين ان ما ذكره القدوري من التعليل لابي حنيفة غير سديد وأما على قولهما فقد ذكر في النوادر ان عندهما يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه أنت حر بعد موتي فصار مدبرا مطلقا وأما على ظاهر الرواية منهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر ومتصل بالموت فيصير كانه قال أنت حر قبل موتي بساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت فان نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى حقيقة كلامه اذ اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز أن يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عنى به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال ان مت الى سنة أو الى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت الى مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك الوقت في الغالب فهو مدبر لان موته في تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام عن محمد فيمن قال أنت مدبر بعد موتي فهو مدبر الساعة لانه أضاف التدبير الى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتي فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أي أنت حر فيصير كانه قال أنت حر بعد موتي ولو قال أنت حر بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر في الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

الرواية وروى عن أبى يوسف ان القبول فى هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فاذا قبل فى المجلس صح التدبير وصار مدبرا ولا يلزمه المال واذا مات عتق ولا شىء عليه (وجه) قوله ان هذا ايجاب العتق فى الحال بعوض الا أن العتق يتأخر الى ما بعد الموت فكان القبول فى المجلس كما اذا قال له ان شئت فأنت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة فى المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا فاذا قبل فى المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب عليه للمولى دين واذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق وجه ظاهر الرواية انه أضاف الايجاب الى ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت اذ القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعتاق بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله فى حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى أو القاضى لم يذكر هذا فى الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخى لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فاذا قبل صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط وروى بشر عن أبى يوسف فى نوادره فيمن قال لعبده أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل فان مات وهو فى ملكه فقال قد قبلت أدى الالف وعتق وهو رواية عمرو عن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل وظاهر قوله أدى الالف وعتق يقتضى ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث أو الوصى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى اذا قال اذا مت فأنت حر على ألف درهم فانما يحتاج الى القبول بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصى لان العتق قد تأخر وقوعه عن الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت الا بايقاع من الوارث أو الوصى لانه يكون وصية بالاعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتاق كما لو قال أنت حر بعد موتى بيوم أو بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصى بعد مضى اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا ثم فى الوصية بالاعتاق يملك الوارث الاعتاق تنجيزا و تعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصى يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت و يقوم مقامه كأنه هو والوصى يتصرف بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو أعتقه الوصى أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لانه يقع عن الميت والولاء عن الميت لا عن الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعنى ولو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتى فالقبول فى هذا فى الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول فى الحالين شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما قلنا فاذا مات عتق ولا شىء عليه وهذا حجة أبى يوسف فى المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى فما فى ملكه صار مدبرا وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يدخل فى هذا الكلام ما يستفيده (وجه) قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد فى هذا فى الاعتاق البات كذا فى التدبير ولهما ان التدبير فى معنى اليمين ومعنى الوصية أما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كان لا يصلح الا فى الملك القائم أو مضافا الى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما فى ملك الموصى و بما يستحدث الملك فيه فان من أوصى بثلث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الى وقت الموت وقوله اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين قلنا قد يشتمل كالكتابة والاعتاق على مال فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يعم نوعى التدبير أعنى المطلق والمقيد و بعضها يخص أحدهما وهو المطلق أما الذى يعم النوعين فما ذكرنا فى كتاب العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقا عن الاستثناء

من أهله مضافا الى محله ولا يصح الا فى الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مضافا الى الملك أو سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدبر أو ان اشتريتك فأنت مدبر لانه التزم اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية فى الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك فى الحال لانه اذا كان موجودا للحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط والوقت واذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضا على ما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال ان مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذى يخص أحدهما فضربان أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثانى ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته وشرط آخر لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة التدبير فالتدبير متجزئ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يتجزأ لانه باعتبار الحال اثبات حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا اثبات حق الحرية باعتبار المال وهو اثبات حقيقة الحرية فكان اعتاقا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبى حنيفة صار نصيبه خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئا عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلا للتملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه عليه فى حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار الاعتاق فأعتق فللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا لانه أتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والولاء بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر أعتق نصيبه وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى العتاق هذا اذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا فللمدبر ثلاث خيارات ان شاء أعتق وان شاء استسعى وان شاء كاتب وان شاء اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه فى التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى فى نصف قيمته للباقى ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى والمدبر اذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول أبى حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر فلا تسقط بالموت وأما على قول أبى حنيفة فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية اذا اختار السعاية لان الاعتاق متجزئ عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان أدى فعتق مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة يذكر فيما بعد ان شاء الله

تعالى

تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الآخر كاملا للورثة لان ذلك النصف كان قنا وان شاؤا اعتقوا ذلك النصف وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فاذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيأ لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فاذا ادى يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار الى الورثة في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعى العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق البعض فيجب تخريجه الى العتق لا محالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسرا فان كان معسرا فللشريك الخيارات التي ذكرنا الا اختيار التضمين وأما على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن اذا كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان اتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في أصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حرا فيسعى وهو حر وههنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء هذا اذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب فان دبراه معا ينظر ان قال كل واحد منهما قد دبرتك أو أنت مدبر او نصيبي منك مدبر أو قال اذا مت فانت حر أو أنت حر بعد موتي وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والآخر بالخيار ان شاء اعتق وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فاذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا متنا فانت حر أو أنت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا لان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان كل واحد منهما قال ان مت أنا وفلان فانت حر أو انت حر ان مت أنا وفلان الا اذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبرا لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا لورثته ولهم الخيارات ان شاؤا اعتقوا وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا استسعوا وان شاؤا ضمنوا الشريك ان كان موسرا واذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو اعتقه الآخر فهذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان أعتقه أحدهما أولا ثم دبره الآخر فاما على قول أبي يوسف ومحمد فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين اعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فيما تقدم وأما على قول أبي حنيفة اذا أعتقه أحدهما فلم يعتق الا نصيبه لتجزي الاعتاق عنده فلما دبره الآخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثا للمعتق عن

الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات منها التضمين ومنها التدبير فاذا دبره فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه الذى صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخريجه الى العتق بالطرق التى بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه الذى صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره أحدهما أولا ثم اعتق الآخر فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزأ كالاعتاق البات و يضمن المدبر نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبى حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذى هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا فى ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول أبى حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده فصح التدبير فى النصف والاعتاق فى النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق و يبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزآن والاعتاق أقوى فيدفع الادنى وان كان أحدهما سابقا لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر فى الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر و يستسعى العبد له فى الربع الآخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول أبى حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سواء ووجه قولهما ان كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا فى أصول الشرع كالغرقى والحرقى والهدمى ولهذا قال بعض أهل الاصول فى النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كانهما وردا معا و يبنى العام على الخاص على طريق البيان و يكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص وجه قياس قول أبى حنيفة انه وقع الشك فى وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك فى سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير جبريا للمعتق من الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك فى الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك وجه الاستحسان له اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق اذا كان متقدما على التدبير فقد أبرأ المدبر المعتق عن الضمان وان كان متأخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فاذا لا ضمان على المدبر فى الحالين جميعا والمعتق يضمن فى حال ولا يضمن فى حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيعتق ربع القيمة و يسعى العبد للمدبر فى الربع الآخر لانه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه الى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسرا والله عز وجل أعلم أمة مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كامه لان ولد المدبرة مدبر لما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى فان ادعاه أحدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوى من أصحابنا وفى الاستحسان يثبت وجه القياس انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفى اثبات النسب من المدعى ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ وجه الاستحسان ان النسب قد ثبت فى نصيب المدعى لوجود سبب الثبوت وهو الوطء فى الملك واذا ثبت فى نصيبه يثبت فى نصيب شريكه لان النسب لا يتجزأ وأما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن يثبت النسب ولا يسقط حق الولاء لانه لا تنافى بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعى و يبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة على حالها للشريك فان قيل الاستيلاد لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة فالجواب ما ذكرنا فى كتاب العتاق انه متجز فى نفسه

عند أبي حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا نقول الاستيلاد لا يتجزأ
فيما يحتمل نقل الملك فيه فاما ما لا يحتمل فهو متجزئ وههنا لا يحتمل لما ذكر و يغرم المدعى نصف العقر لشريكه و نصف
قيمة الولد مدبرا ولا يضمن نصف قيمة الام أما وجوب نصف العقر فلانه أقر بالوطء في ملك الغير لاقراره بوطء
مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لا يجب للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العقر و يغرم نصف قيمة
الولد مدبرا لانه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لانه حصل في محل هو ملكهما فاذا ادعاه فقد أتلف
على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الكسب والخدمة فيضمن
نصف قيمته مدبرا لانه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجارية لان نصيب الشريك قد بقي
على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاد نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه و نصيبه لا يحتمل التملك
لكونه مدبرا بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما انه يثبت النسب و يغرم نصف عقر
الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له ولا يغرم من قيمة الولد شيأ لان هناك نصيب الشريك محتمل النقل
فامكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند الى وقت العلوق فتبين ان الولد حدث على ملكه
فلا يكون مضمونا عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعى و ينفرد الولد
بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعى أولا عتق نصيبه بغير شيء لان نصيبه ام ولد له فلا تسعى في
نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيأ لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت و يسعى في نصيب الآخر في قولهم
جميعا لان نصيبه مدبر فان مات الآخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله و بطلت السعاية عنها
في قياس قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ وقد ذكرنا
وجه البناء فيما تقدم وان مات الذي لم يدع أولا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر
في قول أبي حنيفة لان نصيبه أم ولد له ورق أم الولد ليس بمتقوم عنده وفي قولهما يسعى لان رقها متقوم فان لم يمت واحد
منهما حتى ولدت ولدا آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل
الجارية لان نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد اذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها وان جاءت بولد
وادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجارية أم ولد لهما جميعا و يبطل التدبير الى خلف هو خير وهو
الاستيلاد لان عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال فكان خيرا لها من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في
الجارية القنة وسنذكره في كتاب الاستيلاد ان شاء الله تعالى ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا فان
أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة وان لم يؤد حتى مات
المولى عتق أيضا ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج
المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فاذا خرج كله من الثلث عتق كله من
غير سعاية وان لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار ان شاء استسعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته فان
اختار الكتابة تسعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة والخلاف
في هذه المسئلة يقع في فصلين أحدهما في الخيار والثاني في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي
المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف و بين محمد أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على ان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة
وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزئا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد
و بقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احداهما الكتابة باداء بدل مؤجل والثانية التدبير
بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيخير ان شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذاك ولما لم يكن العتق متجزئا عندهما فاذا عتق

ثلثه بالموت فقد عتق كله و بطل التأجيل فى بدل الكتابة فصار المالان جميعا حالا وعليه أخذ المالين اما الكتابة واما السعاية وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة فى التخيير لانه يختار الاقل لامحالة ولان الواجب عليه اذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الاقل متيقنا به فيلزمه ذلك وأما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لان العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة فاذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كائنا ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث و بمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فيصرف كل البدل الى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على ألف درهم لزمها كل الألف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها و بين من لا يحل نكاحها فتزوجهما بالف درهم وجبت الالف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند أبى حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شئ بخلاف ما اذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة هذا اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثى القيمة وان شاء سعى فى ثلثى الكتابة وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى القيمة ومن ثلثى الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيأ من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بازائه من البدل فبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا فى الخيار فعند أبى حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلا و بين ثلثى القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه على ما بينا فى الفصل الاول والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم التدبير فنوعان نوع يرجع الى حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد موته أما الذى يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعى لا حكم له فى حال حياة المدبر رأسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا عليه وعلى هذا يبنى بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جائز ويجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن عطاء انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم وأدنى درجات فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا أوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص فى الباب وعن أبى سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى يحمل على التحريم وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبى جعفر محمد بن على ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبى والحسن البصرى والزهرى وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال أبو حنيفة لولا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولنا الاثبات حق

الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما أن يجعل سببا للحال واما أن يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل الى الثاني لانه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعني ثبوت حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية اذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع وأما دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت اما تقربا الى الله عز وجل بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث واما حقا لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته اليها ولا طريق لتحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به ولو لم ينعقد شيأ رأسا لفات غرضه في العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سببا في الحال وتأخر الحرية الى ما بعد الموت طريق احراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به اذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فان قيل هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصلكم ان التعليقات ليست اسبابا للحال وانما تصير أسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الاصل والتناقض في الاصل دليل فساد الفرع فالجواب ان هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا في الحال و في التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وههنا اراد كونه سببا في الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحرية في الثاني وأما حديث عطاء فيحتمل ان ذلك كان تدبيرا مقيدا وقوله باع حكاية فعل فلا عموم له و يحتمل أن يكون معنى قوله باع أي آجر اذ الاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة وهكذا روى محمد باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر و لم يبع رقبته و يحتمل أنه كان ذلك في ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا على ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع رجلا بدينه يقال له سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر الحاقا للحق بالحقيقة في باب الحرمات وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت من ذلك المرض و في ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط يحتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق بسائر الشروط وكذا التعليق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب الى الله عز وجل باعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة اذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة وأما قوله ان في التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن أمر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فان قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وههنا بخلافه واذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز ومالا يبطله يجوز وعلى هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به لانه تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها و يجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر وقد رويناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته و بيع خدمة المدبر بيع منفعته وهو معنى الاجارة و يجوز الاستخدام وكذا الوطء والاستمتاع في الامة لانها استيفاء المنافع و يجوز تزويجها لان التزويج تمليك المنافع وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطأ مدبرته ولان الاستيلاد آكد من التدبير لانه يوجب الحرية من جميع المال والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاد لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطء والتزويج فى الامة فالتدبير أولى والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتمل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى فى ديونه بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنايات لما نذكر فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى ويجوز اعتاقه لانه ايصاله الى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن المحال أن يمنع من ايصاله اليه ولهذا جاز اعتاقه أم الولد كذا المدبر ويجوز مكاتبته لانه يريد تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد وولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها وروى ان عثمان رضى الله عنه خوصم اليه فى أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رضى الله عنهم ولا يعرف فى السلف خلاف ذلك وانما قال به بعض أصحاب الشافعى فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحرية يسرى الى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان رضى الله عنه بحضرة الصحابة رضى الله عنهم ولان حق الحرية لم يكن ثابتا فى الام وقت الولادة حتى يسرى الى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير فهو رقيق وقالت هى ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعى سراية التدبير الى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين ويحلف على علمه لان الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة لان فيها اثبات التدبير ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد فى يدها فالقول قولها وان كان فى يد المولى فالقول قوله لانه اذا كان فى يدها كان الظاهر شاهدا لها واذا كان فى يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبرة لانها فى يد المولى فكذا ولدها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال وكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فأنت مدبرة وان اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبرة والولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط فى حق الولد وانه منفصل فلا يسرى اليه تدبير الام والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ما بعد موت المدبر فنها عتق المدبر لان عتقه كان معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط ويستوى فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا أن الشرط فى المقيد الموت الموصوف بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكما بالردة بأن ارتد المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجرى مجرى الموت فى زوال الاملاك وكذا المستأمن اذا اشترى عبدا فى دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربى عتق مدبره لان الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذى ليس من مولاها لانه تبعها فى حق الحرية فكذا فى حقيقة الحرية ويستوى فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه يحتسب من ثلث مال المولى وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم النخعى وحماد وجعلوه كام الولد ولنا ما رويناه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير فى المرض أو فى الصحة لانه وصية فى الحالين وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا لعموم الحديث الا أنه خص منه

المقيد فى حق البيع والهبة فيعمل بعمومه فى حق الاعتبار من الثلث ولان معنى الوصية توجد فى النوعين وانه يقتضى اعتباره من الثلث و يعتبر ثلث المال يوم موت المولى لان فى الوصايا هكذا يعتبر واذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فان كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة هذا اذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى فى جميع قيمته فى قضاء ديون المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها ان ولاء المدبر للمدبر لانه المعتق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولاء بينهما لان حق الحرية ثابت فى الحال عندنا وأنه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ وكذا المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان و لم يتغير الولاء عن الشركة فى قول أبى حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم وعلى قول أبى يوسف ومحمد اذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات حق الحرية فى الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وذا يظهر بأحد هذين فكذا هذا اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد فى قول أبى حنيفة وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا فى الاعتاق البات الا أن الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعواه بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لان تدبير الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه فى الصحة فالشهادة باطلة فى قول أبى حنيفة لان المدعى مجهول وعندهما يقبل ولو شهدا ان ذلك كان فى المرض يقبل عنده استحسانا والقياس أن لا يقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فى كتاب العتاق ولو شهدا أنه قال هذا حر وهذا مدبر بعد موتى فقد صار مدبرا لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة لجهالة المدعى ولو شهدا أنه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا كانا جميعا مدبرين و يعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثانى و رجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما اذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما لانه أعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثانى فالرجوع لا يصح و يصح التدارك فصار الاول حرا والثانى مدبرا ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى أما اللفظ فلا شك فيه وأما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا فى شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما فى الاعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿ كتاب الاستيلاد ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الاستيلاد لغة وعرفا و فى بيان شرطه و فى بيان صفته و فى بيان حكمه و فى بيان ما يظهر به أما تفسيره لغة فالاستيلاد فى اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس انه طلب الهبة والانس و فى العرف هو تصيير الجارية أم ولد يقال فلان استولد جاريته اذا صيرها أم ولده وعلى هذا قلنا انه يستوى فى صيرورة الجارية أم ولد الولد الحى والميت لان الميت ولد بدليل انه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضى به العدة و تصير المرأة به نفساء وكذا لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحى الكامل

الخلق فى تصيير الجارية أم ولد لان أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ماذكرنا وان لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فانها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لانه مالم يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولانه يحتمل أن يكون ولدا ويحتمل أن يكون دما جامدا أو لحما فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا وللشافعى فيه قولان فى قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد وفى قول قال يرجع فيه الى قول النساء والقولان فاسدان لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ولو أقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية منى صارت أم ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة عن الولد وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال حمل هذه الجارية منى أو قال هى حبلى منى أو قال مافى بطنها من ولد فهو منى ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهى أم ولد لانه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد فاذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت الى تصديقها لان فى الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال مافى بطنها منى ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ريحا وصدقته لم تصر أم ولد لان قوله مافى بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاد ولو قال المولى ان كانت هذه الجارية حبلى فهو منى فأسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا فان ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر صارت أم ولد له ولان الطريق الى ثبوت نسب الحمل منه هذا الان معنى قوله ان كانت حبلى فهو منى أى انى وطئتها فان حبلت من وطء فهو منى فاذا أتت بعد هذه المقالة بولد لاقل من ستة أشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فثبت النسب والاستيلاد فان أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب لان الزوج اذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأته على الولادة على ماذكرنا فى كتاب الطلاق فان جاءت لستة أشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد لانا لا نعلم وجود هذا الحمل فى ذلك الوقت لجواز انها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية أم ولد له فقد اختلف فيه قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعى سببه علوق الولد حرا على الاطلاق بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاد فى الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى جاريته مارية القبطية لما ولدت ابراهيم ابن النبى عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسبيب أى ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا فى جهة التسبيب فقال أصحابنا هى ثبوت نسب الولد وقال الشافعى هى علوق الولد حرا مطلقا (وجه) قوله ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضى حرية الكل اذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغى أن تعتق الام للحال الا أنه انما لا تعتق لان الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الام كما لو اعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية فى الحال وتأخر الحقيقة الى بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيأ واحدا وانخلاق الولد منه فكان الولد جزأ لهما وبعد الانفصال عنها ان لم يبق جزأ لها على الحقيقة فقد بقى حكما لثبوت النسب ولهذا تنسب كل الام اليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال فاذا بقيت حكما ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج فى ترتيب الاحكام على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى أشار عمر رضى الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف أصحابنا فى كيفية هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا أو حقيقة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا تزوج جارية انسان فاستولدها ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب الا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر اثبات حكمه

وهو حق الحرية فى غير الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة فى غيره فتأخر الحكم الى وقت الملك وعند الشافعى لا تصير أم ولد له وهو قول ابراهيم النخعى لان السبب عنده علوق الولد حرا على الاطلاق ولم يوجد لان الولد رقيق فى حق مولاه واذا ملك ولده الذى استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلانه ملك ولدا ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنى بجارية فاستولدها بأن قال زنيت بها أو فجرت بها أو قال هو ابنى من زنا أو فجور وصدقته وصدقه مولاها فولدت ثم ملكها لم تصر أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن تصير أم ولد له وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقا وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعا ولم يثبت

﴿ فصل ﴾ وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعا وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهة أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الامة فراشا فى ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء مع قرينة الدعوى عندنا وهى من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوة ويستوى فى الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوائهما فى اثبات النسب الا أن المدبرة اذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوى فى ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا فى الاستيلاد حتى لو أن جارية بين اثنين علقت فى ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى فى هذا الضمان اليسار والاعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيأ أما ثبوت النسب فلحصول الوطء فى محل له فيه ملك لان ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ واذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله ضرورة عدم التجزى ولان النسب ثبت بشبهة الملك فلان يثبت بحقيقة الملك أولى وأما صيرورة الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للتسبب لان نصف الجارية مملوك له والنصف الآخر اما باعتبار ان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا ثبت فى البعض يثبت فى الكل لضرورة عدم التجزى واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو النسب على كونه متجزئا فى نفسه لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاد فى نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل فى الباقى بسبب النسب واما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف فى الخلافيات ثم لا سبيل الى التكامل بدون ملك نصيب شريكه فيصير متملكا نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد فى ذلك النصيب ولا سبيل الى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى فى هذا الضمان حالة اليسار والاعسار لانه ضمان ملك كضمان المبيع وأما وجوب نصف العقر فلوجود الاقرار منه بوطء ملك الغير وانه حرام الا أن الحد يجب لمكان شبهة لحصول الوطء فى ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر فى ضمان القيمة لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولان منافع البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل فى مثله وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه يملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جاريا على ملكه فلا يكون مضمونا عليه ولان الولد فى حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان ويستوى فى ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد كالمكاتب اذا استولد جارية من اكسابه على ما نذكر فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى ويستوى فى دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الاصلية وكذلك اذا ادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة استندت الى حالة متقدمة وهى

العلوق والعتق وقع فى الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وان ادعياه جميعا فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما تخدم لهذا يوما ولذاك يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيأ ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصا أما ثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند الشافعى يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة وهى من مسائل كتاب الدعوى وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فلثبوت نسب ولدها منه فصار كأنه انفرد بالدعوة وانما لا يضمن أحدهما للآخر شيأ من قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل الى شريكه وانما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطء فى ملك الغير فيصير أحدهما قصاصا للآخر لعدم الفائدة فى الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا يثبت نسبه منهم وتصير الجارية أم ولد لهم فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يثبت النسب من أكثر من اثنين وعند محمد من أكثر من ثلاثة ونذكر الحجج فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى وان كانت الانصباء مختلفة بأن كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث ولآخر ما بقى يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى الى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه فى نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره ولو كانت الامة بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا أو كانت بين حر وعبد فادعياه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو بين مسلم وذمى أو بين كتابى ومجوسى أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم و بين حر كافر أو بين ذمى ومرتد فحكمه يذكر فى كتاب الدعوى هذا اذا كان العلوق فى ملك المدعيين فان لم يكن بان اشترياها وهى حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى نذكره هناك ان شاء الله تعالى وكذا اذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا أو ولدتهما فى بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معا أو على التعاقب وكذا اذا ولدت جارية لانسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم وهم ولدوا فى بطن واحد أو فى بطون مختلفة وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه فحكم هذه الجملة فى كتاب الدعوى وكذا دعوة الاب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها تذكر ثمة ان شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما انها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك صاحبه قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد فى رقبتها موسرا كان المشهود عليه أو معسرا وتخدم المشهود عليه يوما ويرفع عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت لورثته وكانت فى حال السعاية كالمكاتبة فان أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه والنصف لبيت المال وهو قول أبى يوسف الآخر وقال محمد تسعى الساعة فى نصف قيمتها للمشهود عليه فاذا أدت فهى حرة لا سبيل لاحد عليها وجه قوله ان المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لانه لما لم يصدقه الشريك انقلب اقراره على نفسه فن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان قد أعتقه وانكر البائع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا ههنا واذا انقلب اقراره على نفسه صار مقرا بالاستيلاد فى نصيبه ومتى ثبت فى نصيبه ثبت فى نصيب صاحبه لانه لم يتجزأ فقد أفسد نصيب صاحبه لكن لا سبيل الى تضمينه لان شريكه قد كذبه فى اقراره فكان لشريكه السعاية كما لو أعتق المقر نصيبه وهو معسر واذا سعت فى نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم تجزى العتق عنده ولهما ان المقر بهذا الاقرار يدعى الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل النقل والملك ويجب الضمان فيه على الشريك فى حالة اليسار والاعسار ودعوى الضمان توجب براءة الامة عن السعاية فبطل حقه فى رقبتها وبقى حق المنكر فى نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو اما ان كان صادقا فى الاقرار واما ان كان فيه كاذبا فان كان صادقا كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى يوجب ان لا سعاية عليها أيضا فاما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

هذه الجارية متعذر لان الشاهد أقر انها أم ولد وحين ما أقر كان له ملك فيها في الظاهر فينفذ اقراره في حقه واذا مات المشهود عليه فانها تسعى في نصف قيمتها لو رثته لان في زعم الشاهد انها عتقت بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه والامة المشتركة بين اثنين اذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان كذبه صاحبه في الاقرار كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لانها عتقت على ملكه ووقف النصف الآخر لان المقر أقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت بولد فقال أحدهما هو ابن الشريك وأنكر الشريك فالجواب في الام كذلك وأما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه وأحد الشريكين اذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر يسعى العبد للمشهود عليه وفي مسئلتنا لا يسعى للشاهد لانه أقر انه حر الاصل وانه لا سعاية عليه ونظير هذه المسئلة ما روى بشر عن أبي يوسف في جارية بين شريكين ادعى أحدهما ان شريكه دبرها وأنكر الشريك فان أبا حنيفة قال الشاهد بالخيار ان شاء دبر نخدمته يوما والآخر يوما وان شاء أمسك ولم يدبر نخدمته يوما والآخر يوما وان شاء استسعاها في نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فاذا ادت فعتقت سعت للآخر وكان قول أبي يوسف في ذلك انها كام الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا في تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة ووجه قول محمد على نحو ما ذكرنا في الاستيلاد وهو ان الشريك لما لم يصدقه في اقراره انقلب عليه اقراره وثبت التدبير في نصيبه وانه يتعدى الى نصيب المنكر لعدم تجزى التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه اياه فتسعى الجارية له كما لو أنشأ التدبير في نصيبه ومن أصل أبي حنيفة ان التدبير يتجزأ فلا يصير نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه انه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله الا أن ههنا لو اختار السعاية فانما يستسعاها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع منافعها فلا يملك ان يستسعي الا على مقدار حقه فاذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر في نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكان له ان يستسعي وأبو يوسف وافق أبا حنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه يدعي الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان مبرئا للامة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله عز وجل أعلم وروى ابن سماعة عن أبي يوسف انه اذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا أو معسرين لان كل واحد منهما يدعي حق الحرية من جهته والابراء للامة من السعاية ويدعي الضمان على شريكه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف فأما محمد فوافق أبا حنيفة في هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ههنا أبرأ الامة من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبي يوسف في عبد بين شريكين قال أحدهما للآخر هذا ابني وابنك أو ابنك وابني فقال الآخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد في الزيادات في صبي لا يعقل في يد رجلين قال أحدهما للآخر هو ابني وابنك وصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابني فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد لو قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابني دونك فهو كما قال لانه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك هو ابني يتضمن ابطال الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه قال فان قال المقر له ليس بابني ولكنه ابنك أو قال ليس بابني ولا ابنك أو قال ليس بابنك وسكت فليس بابن لواحد منهما في قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع اختلافهم فيمن أقر بعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم تصح دعوته في قول أبي حنيفة وفي قولهما تصح وجه قولهما انه لما كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما في الاقرار بالمال

واذا بطل اقراره التحق بالعدم فجاز ان يدعيه لنفسه ولابي حنيفة انه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت النسب منه فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق الشريك بل بقي ثابت النسب منه في حقه فاذا ادعى ولدا هو ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو من الثاني لانه لما قال هو ابني فقد صدقه فقد ثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع الى تصديقه لانه اذا كان عاقلا كان في يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد من أمة ولدته في ملكهما فالجواب كالاول في النسب ان على قول أبي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهما يثبت قال والامة أم ولد لمن ثبت النسب منه لان الاستيلاد يتبع النسب ومن هذا النوع ما اذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد في ملكهما لستة أشهر فصاعدا وادعى أحدهما ان الولد ابنه وادعى الآخر ان الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا فالدعوة دعوة من يدعي الولد ودعوة مدعي الام باطلة لان مدعي الولد دعوته دعوة الاستيلاد والاستيلاد يستند الى وقت العلوق ومدعي الام دعوة تحرير والتحرير يثبت في الحال ولا يستند فكانت دعوة مدعي الولد سابقة فثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها اليه فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن مدعي الولد بنصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد يضمن وذكر في الجامع الكبير ان هذا قياس قول أبي حنيفة وهي رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف وروى ابن سماعة عن أبي يوسف انه لا شيء على مدعي الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شيء له أيضا على مدعي الام فان أكذب مدعي الام نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعي الولد وذكر الكرخي ان هذا القول أقيس ووجهه ان مدعي الام اقر انها حرة الاصل فكان منكرا ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمين فان رجع عن دعواه وأكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه وجه قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف انه لما ثبت نسب الولد من المدعي فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزي الجارية في حق الاستيلاد فيما يحتمل النقل فصار متلفا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن له نصف عقر الجارية أيضا لان الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك فاصادف ملك غيره يجب به العقر وأما قوله ان مدعي الام أقر أنها حرة الاصل فالجواب من وجهين أحدهما انه لما قضى بكونها أم ولد للمدعي فقد صار مكذبا شرعاً فبطل كما لو ادعى المشترى انه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى القاضي بألفين على المدعى عليه ان الشفيع يأخذها بالالفين من المشتري وان سبق من المشتري الاقرار بالشراء بألف لما انه كذب شرعا كذا هذا والثاني ان اقراره بحريتها وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه لانها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصح اقراره فلم يصر اقراره ابراء اياه عن الضمان كما في مسئلة الشفيع ومن مسائل دعوى الولد اذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته أم كذبته وسواء جاءت بالولد لستة أشهر أو لاكثر أو لاقل فان نسب الولد يثبت على كل حال اذا ادعاه لان المكاتبة باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق وعتق الولد لان نسبه ثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لان غرض المكاتبة من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيأ ثم ان جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر لانه تبين أن الوطء حصل في حال الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لانه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت عجزت لان الحرية توجهت اليها من جهتين ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح لان بالكتابة تتعجل لها الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن تختار أيهما شاءت وان ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقت به في ملك المكاتب فانه يرجع الى تصديق المكاتب فان كذب المولى لم يثبت نسب

الولد

الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر محمد في الزيادات ولم يحك خلافا وكذا ذكر في الدعاوى الا أنه قال أستحسن ذلك اذا كان الحبل في ملك المكاتب وهذا يشير الى أن القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن أبي يوسف وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضا وجه الرواية الاخرى لابي يوسف أن حق الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فههنا أولى وجه ظاهر الرواية ان حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك النزع من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الاجنبي فتتوقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك في الام من وجه دون وجه لان ملك الذات في المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور أنه يثبت الملك في الام ظاهرا وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد في الزيادات اذا اشترى المكاتب أمة حاملا فادعى مولاها ولدها أو اشترى عبدا صغيرا فادعاه لم يجز دعوته الا بالتصديق كما في المسألة الاولى الا ان هناك اذا صدقه يثبت النسب ويعتق وههنا ان صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد لعدم العلوق في الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى انه لو أعتقه لا تصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق الا ترى ان من ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالتدبير وعند أبي حنيفة هو متجزئ الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده أيضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ان كلها صارت أم ولد له وان ادعياه جميعا صارت أم ولدهما جميعا ثم أم الولد الخالصة اذا أعتق المولى نصفها عتق كلها بالاجماع وكذا اذا كانت بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عندهما لعدم تجزي الاعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاد في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وستأتي المسألة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي أم ولد له ونصيب الآخر بقي مدبرا على حاله وان كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعي أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعي وتفسخ الكتابة في النصف وهي من مسائل كتاب المكاتب

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاستيلاد فنوعان أيضا كحكم التدبير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق بما بعد موته أما الاول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الاصفهاني امام أصحاب الظاهر لا حكم له في الحال وعلى هذا تبتنى جملة من الاحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روي عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مملوكة له بدليل انه يحل له وطؤها ولا يحل الوطء الا في الملك وكذا تصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب وروي عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك الى ما بعد الموت بالاجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم

يمنع جواز البيع وروى ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال ان الناس يقولون ان أول من أمر
بعتق أمهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من أعتقهن ولا يجعلن
فى الثلث ولا يستسعين فى دين وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد
وان لا يبعن فى الدين ولا يجعلن فى الثلث وكذا اجمع التابعين على انه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب
الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة أيضا لما روى عن على رضى الله عنه
انه سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال كان رأيى ورأى عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن فقال له عبيدة السلمانى رأيك
مع الجماعة أحب الى من رأيك وحدك وفى رواية أخرى عن على رضى الله عنه اجتمع رأيى ورأى عمر فى ناس من
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن فى الدين فقال عبيدة رأيك
ورأى عمر فى الجماعة أحب الى من رأيك فى الفرقة فقول عبيدة فى الجماعة اشارة الى سبق الاجماع من الصحابة
رضى الله عنهم ثم بدا لعلى رضى الله عنه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الاجماع مالم ينقرض العصر ومنهم
من قال كانت المسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فكان على وجابر رضى الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن
التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف فى أصول الفقه ولان أم
الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق فعلم أنه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد
الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا فى التدبير وأما حديث جابر رضى الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الاجارة لانها تسمى
بيعا فى لغة أهل المدينة ولانها بيع فى الحقيقة لكونها مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ويحتمل أنه كان فى ابتداء
الاسلام حينما كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله انها مملوكة للمستولد فنعم
لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلا ورأسا وهذا القدر يكفى للمنع من جواز البيع لما ذكرنا فى
كتاب التدبير وسواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنا خرج الى دارنا ومعه أم ولده لا يجوز له
بيعها لانها أم ولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام
بامان فقد رضى بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام أن لا يجوز بيع أم الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق
الحرية الثابتة لها بالاستيلاد لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين
فيوجب بطلان هذا الحق ومالا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال
والاستمتاع والوطء لانها تصرف فى المنفعة لا فى العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر
للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا املاك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا فى ثبوت حق الحرية
من غير حرية فكان ملك اليمين قائما وانما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا
الارش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغى أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة
لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسدا ويصير الزوج بالوطء ساقيا ماءه زرع غيره فكان التزويج تعريضا
للفساد فينبغى أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع
ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفى بطنها ولد ثابت
النسب منه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابنى لا يثبت نسبه
منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه فى ملكه وقد أقر بحريته
فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبده هذا ابنى وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت
من المولى من غير دعوة عند عدم الحرية الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا أنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة أو المدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا فلا تصير فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد أم الولد من المولى لانه لا يتحرز عن الاعلاق اذ التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر ان لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم أنه منه الا بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله عز وجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأبيد بان وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو بنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذى أتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطء كالنفى دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى أصلا فقال اذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرة ويزيل فراشها مثل المسائل التى ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا أن يدعيه لان فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه المعانى تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك اذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره الا أنه اذا ادعى يعتق عليه كما اذا قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هذا ابنى وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة لا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لانه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفى ولد أم الولد من غير لعان أما النفى فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان مصدقا وأما النفى من غير لعان فلان فراش أم الولد أضعف من فراش الحرة وهذا أصل يذكر فى كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة قوى وضعيف ووسط فالقوى هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة وينتفى من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفى بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفى بالنفى اذا لم يقض به القاضى أو لم تتطاول المدة فاما اذا قضى القاضى به أو تطاولت المدة فلا ينتفى لانه يتأكد بقضاء القاضى فلا يحتمل النفى بعد ذلك وكذا تطاول المدة من غير ظهور النفى اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفى بالنفى ولم يقدر أبو حنيفة لتطاول المدة تقديرا وأبو يوسف ومحمد قدراه بمدة النفاس أربعين يوما وقد ذكرناه فى كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج أم ولده فولدت ولدا لستة أشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية وقد ثبت حق الحرية فى الام فيسرى الى الولد فكان حكمه حكم الام فى جميع الاحكام هذا اذا استولد جارية فى ملكه فان كان استولدها فى ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بان استولدها ثم فارقها فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا ولا يصير ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الام وجه قوله أن الاستيلاد وان كان فى ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا وانما صارت أم ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام فاذا ملكه يثبت فيه الحكم الذى يثبت فى الام ولنا أن الاستيلاد فى الام وهو أمية الولد شرعا انما تثبت وقت ملك الام والولد منفصل فى ذلك الوقت والسراية لا تثبت فى الولد المنفصل ويتعلق الدين بكسبها لا برقبتها لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسمى

في ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها الا في رقبتها وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس
على المولى الا قدر رقبتها وان كثرت الجنايات كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو أعتق
المولى نصفها يعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان
على المعتق ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا
سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق ولو مات عن أم ولد بينه و بين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع
لانه لا صنع له في الموت و يقع الاختلاف في السعاية عند أبي حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا
الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد انها لا تضمن في قول أبي حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة
انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسئلة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث انها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة
من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف في ان المدبر متقوم من حيث
انه مال وربما تلقب المسئلة بان رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد في الاملاء انها تضمن في الغصب عند أبي حنيفة
كما يضمن الصبي الحر اذا غصب يعني اذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك وجه
قولهما ان أم الولد مملوكة للمولى ولا شك ولهذا يحل له وطؤها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم لان
الاستيلاد لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمدبر والدليل
على ان رقها متقوم ان أم ولد النصراني اذا أسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن
للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكاتبها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه
انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لمارية لما ولدت ابراهيم عليه السلام أعتقها
ولدها فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام
بالاجماع ولا اجماع في التقويم فكانت حرة في حق التقويم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق للحال موجود وهو
ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الواطىء والموطوءة و يجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال
في جميع الاحكام الا انه لم يظهر في سائر الاحكام بالاجماع فيظهر في حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك
السبب وهو التدبير أضيف الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها
في بيع المدبر والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة في حرمة البيع لا في سقوط التقوم وههنا الامر
على القلب من ذلك لان السبب يقتضي الحكم للحال والتأخر على خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من
حيث انها مال لانها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت متقومة من حيث انها مال لثبت للغريم حق فيها
وللوارث في ثلثيها فيجب أن يسعى في ذلك كالمدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته
ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله ان ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاد والعصمة قائمة فمسلم لكن
قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة وأما أم ولد النصراني اذا
أسلمت فالجواب من وجهين أحدهما انها متقومة في زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فاذا دانوا
تقومها يتركون وذلك ولذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا والثاني ان أم ولد النصراني اذا أسلمت تجعل مكاتبة
للضرورة اذ لا يمكن القول بعتقها لان ملك الذمي ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى ابقائها على ملكه يستمتع
بها و يستخدمها لما فيه من الاستذلال بالمسلمة ولا وجه الى دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم لخروجها بالاستيلاد عن
محلية البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط ولانه لا يوقف على كون ما يقابله مالا متقوما كما في النكاح
والخلع ثم اذا سعت تسعى وهي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهي حرة ووجه قوله ان الاستسعاء استذلال بها
وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الحكم بعتقها ابطال ملك الذمي عليه وتتعلق ديونه بذمة المفلس وملكه معصوم

والاستذلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك ألا ترى ان أمة النصراني اذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وماذكر محمد في الإملاء عن أبي حنيفة فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجوز كتابتها كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق اليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبي حنيفة انها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما في النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدى بدل الكتابة عتقت ولا شيء عليها أما العتق فلانها كانت أم ولد وقد مات مولاها وأما العتق بغير شيء فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت اليها من وجهين الاستيلاد والكتابة فاذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى اذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذي يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل في حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب ويستوى فيه الموت الحقيقي والحكمي بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير وكذا الحربي والمستأمن اذا اشترى جارية في دار الاسلام واستولدها ثم يرجع الى دار الحرب فاشترى الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر وكذا يعتق ولدها الذي ليس من مولاها اذا سرت أمية الولد اليها على ما بينا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص وروينا عن سعيد بن المسيب انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن في دين ولا يجعلن في الثلث وفي بعض الروايات ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين وفي بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن في دين ولان سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد والنسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد ومنها ان ولاءها للمولى لان الاعتاق منه لما بينا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به الاستيلاد فظهوره باقرار المولى ثم ان أقر به في حال الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت أم ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن لان الاقرار في حال الصحة لا تهمة فيه فيصح سواء كان معها ولد أو لم يكن ولهذا لو أعتقها في الصحة يعتبر من جميع المال وان كان الاقرار به في مرض موته فان كان معها ولد صارت أم ولده أيضا وتعتق من جميع المال اذا مات المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره ولان التسبب من الحوائج الاصلية وتصرف المريض في مرض الموت فيما يحتاج اليه حاجة أصلية نافذ كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لانه متهم في اقراره في حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفي التهمة وهو الولد وكذا اذا لم يكن معها ولد لا تحتاج الى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدى كقوله هذه حرة بعد موتى فتعتق بعد موته من الثلث

﴿ كتاب المكاتب ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز المكاتبة وفي بيان ركن المكاتبة وفي بيان شرائط

الركن وفى بيان مايملكه المكاتب من التصرفات ومالا يملكه وفى بيان مايملكه المولى من التصرف فى المكاتب ومالا يملكه وفى بيان صفة المكاتبة وفى بيان حكم المكاتبة وفى بيان ما تنفسخ به المكاتبة أما الاول فالقياس أن لاتجوز المكاتبة لما فيهما من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفى الاستحسان جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وأدنى درجات الامر الندب فكانت الكتابة مندوبا اليها فضلا عن الجواز وقوله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا أى رغبة فى اقامة الفرائض وقيل وفاء لا مانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى قوله عز وجل خيرا أى حرفة ولا ترسلوهم كلا باعلى الناس وأما السنة فما روى محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وروى أن عائشة رضى الله عنها كاتبت بريرة بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبه تبين ان قول داود بن على الاصفهانى ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك فى العبد القن لا فى المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالاجنبى عن كسب المكاتب فأمكن ايجاب الدين للمولى عليه

﴿فصل﴾ وأما ركن المكاتبة فهو الايجاب من المولى والقبول من المكاتب أما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة نحو قول المولى لعبده كاتبتك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك ان أديت الى فأنت حر أو لم يذكر عندنا وعند الشافعى لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو أن يقول كاتبتك على كذا على أنك ان أديت الى فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل فى الكتابة ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعتق عنده الاداء يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضا والعتق ثبت من حيث التعليق فلابد من حرف التعليق وما قلناه أولى بدليل انه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الاداء وكذا لو قال لعبده أنت حر على ألف تؤديها الى نجوما فى كل شهر كذا فقبل أو قال اذا أديت لى ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر فقبل أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤديها الى نجوما كل نجم كذا فاذا أديت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق وقبل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبرة فى العقود للمعانى لا للالفاظ وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا كالولد المولود فى الكتابة والولد المشترى والوالدين على ما نذكر لان الاتباع كما لا يفرد بالشروط لا يفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى بدل الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة أما الذى يرجع الى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة من الصبى الذى لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ وهى شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبى العاقل وان كان حرا أو مأذونا فى التجارة من قبل المولى أو الوصى لان المكاتبة ليست بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبة ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة العنان لما قلنا وله أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه

لان الاب والوصي يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها الملك والولاية وهذا شرط نفاذ لان المكاتبة فيها معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبة من الفضولي لانعدام الملك والولاية وتنفذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصي استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبة تصرف يفضي الى العتق وهما لا يملكان الاعتاق لا بغير بدل ولا ببدل كالاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان ان المكاتبة من باب الاكتساب المال ولهما ولاية الاكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاعتاق لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال دينا في ذمة المفلس فان أقر الاب أو الوصي بقبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود يصدق ويعتق المكاتب لانه أمين في قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا باع ثم أقر بقبض الثمن وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرارا بالعتق واقرار الاب أو الوصي بعتق عبد اليتيم لا يجوز واذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو كاتب الاب أو الوصي ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبة ماضية الا أنه ليس للوصي ولا للاب أن يقبض بدل الكتابة لانه انما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد لان حقوق العقد في المكاتبة يرجع الى من عقد له لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصي اذا باع شيأ ثم أدرك اليتيم ان له أن يقبض لان حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصي أن يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حضورا أو غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا بخلاف البيع لان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب والوصي أن يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ لان حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة صغارا وكبارا ذكر في الاصل أنه لا يجوز ثم اختلف في هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار وأما في نصيب الصغار فجائز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم يجز في نصيب الكبار لم يكن في جوازه في نصيب الصغار فائدة لان لهم أن يفسخوا العقد وصار كعبد بين اثنين انه يمنع أحدهما عن كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو كان على الميت دين فكاتب الوصي عبده من تركته لم يجز كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان الدين محيطا بالتركة وبين ما اذا لم يكن محيطا بها منهم من أجرى المذكور في الاصل على اطلاقه وقال لا تجوز مكاتبته سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن أما اذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكاتبة تتضمن ابطال حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وان كان غير محيط بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل الكتابة لان ذلك القدر من الدين يتأجل تسليمه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى من محل آخر فقد زال حقه فزال المانع من الجواز وذكر القدوري ان المسئلة محمولة على ما اذا كان للميت غير العبد أو غير القدر الذي يقضي به الدين فاما اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة يجوز له ذلك لانه اذا كان هناك مال آخر يقضى به الدين فحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق بحاجتهم الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه لانه لو تعلق قليل الدين بجملة التركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد الوصيين أن يكاتب بغير اذن صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد ويجوز في قول أبي يوسف وأصل المسئلة انه هل لاحد الوصيين أن يتصرف في مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذي ذكرنا وهي من مسائل كتاب الوصايا ولو وصى الوصي أن يكاتب

لانه قائم مقام الوصى وسواء كان المملوك محجورا أومأذونا بالتجارة وعليه دين أولا دين عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكاتبة الا أنه اذا كان عليه دين محيط أوغير محيط فللغرماء أن يردوا المكاتبة لان لهم حق الاستيفاء من رقبته وهو بالمكاتبة أراد ابطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا كما لو باعه وعليه دين محيط أوغير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا الا اذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبة لانها وقعت جائزة لوقوعها فى الملك الا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانه بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو أبى المولى أن يؤدى الدين وأداه الغلام عاجلا مضت المكاتبة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا فان كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعتق واقع اما من طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى واما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو أداء بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان بقى من دينهم شىء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته لانه أبطل حقهم فى قدر رقيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان ثابتا فى ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته اياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرهونا أومؤاجرا فكاتبه وقفت المكاتبة على اجازة المرتهن والمستأجر فان أجاز اجاز وان فسخا هل تنفسخ بفسخهما فهو على ما ذكر فى البيوع والاجارات ان شاء الله تعالى وسواء كان المملوك قنا أوغيره حتى لو كانت مدبرة أوأم ولد جازت المكاتبة لقيام الملك اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية فان أديا وعتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء عتقا لانهما يعتقان بموت السيد هذا اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار للثلث ولا تسعى وأما المدبر فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى جميع الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى القيمة اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية فى ثلثى قيمته يسعى حالا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبى يوسف يسعى فى الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثى القيمة وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الاستيلاد ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبة مع الاكراه والهزل والخطأ لانها من التصرفات التى تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبة فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتجوز مكاتبة الذمى عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمى حالة الانفراد وكذا عند الاجتماع والذمى اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا فرع أصلنا فى شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستذلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبة وأما مكاتبة المرتد فموقوفة فى قول أبى حنيفة فان قتل أومات على الردة أولحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هى نافذة وهى من مسائل السير والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المكاتبة فأنواع أيضا منها أن لا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما فى بطن جاريته لم ينعقد لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبة فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب عبدا له مجنونا أوصغيرا لا يعقل لا تنعقد مكاتبته

لان

لان القبول أحد شطرى الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لان ما هو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فان كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لان العتق لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الاجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى لانه أداه بدلا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضي المولى لم يجز أيضا لان الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدوري أنه لا يتوقف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى أنه يتوقف والصحيح ماذكره القدورى لان تصرف الفضولى انما يتوقف على الاجازة اذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده اذ الصغير ليس من أهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما اذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضى المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة العبد لانه من أهل الاجازة وقت قبول الفضولى عنه فكان له مجيزا وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير الى المولى ذكر فى الاصل أنه يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله اذا أديت الى كذا فعبدى حر وقال وهذا والكبير سواء والقياس أن لا يعتق لان المكاتبة على الصغير لم تنعقد لانه ليس من أهل القبول فيبقى الاداء بغير مكاتبة فلا يعتق وجه الاستحسان ان المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان العبد كبيرا غائبا فقبل الكتابة عنه فضولى وأداها الى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل استرداد المؤدى والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا هذا اذا أدى الكل فان أدى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد الا اذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له أن يسترد بعد ذلك لان بالاجازة استند جواب العقد الى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن أداء الباقى ورد فى الرق فليس له أن يسترد أيضا وان رد العبد فى الرق لان المكاتبة لا تنفسخ بالرد فى الرق بل تنتهى فى المستقبل فكان حكم العقد قائما فى القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع بأن من باع شيأ ثم تبرع انسان بأداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه ان للمتبرع أن يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح هذا كله اذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالاداء الا اذا ضمن فحينئذ يؤخذ به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت المكاتبة ويكون كالكبير فى جميع أحكامه عندنا خلافا للشافعى لان المكاتبة اذن فى التجارة واذن الصبي العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهى من مسائل المأذون

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى بدل الكتابة فمنها أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم لانهما ليسا بمال فى حق أحد لا فى حق المسلم ولا فى حق الذمى ألا ترى ان المشترى بهما لا يملك وان قبض ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وان أدى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال على أنك ان أديت الى فأنت حر فأدى فانه يعتق بالشرط واذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبة انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فأنت حر ومنها أن يكون متقوما وانه من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم أو الذمى على الخمر أو الخنزير ولا مكاتبة الذمى عبده المسلم على الخمر والخنزير لان الخمر وان كان مالا فى حق المسلمين فهى غير متقومة فى حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد فان أدى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ما نذكر فى بيان حكم المكاتبة أما الذمى فتجوز مكاتبته عبده الكافر على

خمر أو خنزير لان ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمى عبداله كافرا على خمر فأسلم أحدهما فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبة وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوما فى حقهم الا أنه اذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لان المسلم منهى عن ذلك فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد بخلاف ما اذا اشترى الذمى من ذمى شيأ بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر ان البيع يبطل وههنا لا تبطل المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظرا للعبيد ايصالا لهم الى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه بل يصار الى بدله فاما البيع فعقد مماكسة ومضايقة لا تجرى فيه من السهولة ما يجرى فى المكاتبة فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع واذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر وسواء كان معلوم الصفة أو لا وهو من شرائط الانعقاد فان كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة والاصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه أجاز المكاتبة على الوصفاء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة فى باب الكتابة وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق وان أدى لان الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافا متفاحشا وكذا الدور تجرى مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى الهيئة والتقطيع وفى القيمة باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك ولهذا امنعت هذه الجهالة صحة التسمية والاعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشياء لكثرة التفاوت فى أنواعها وأشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كانه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فادى طعاما ولو كان كذلك لا يعتق وان أدى أعلى الثياب والدواب والدور بخلاف ما اذا كاتبه على قيمة فادى القيمة انه يعتق لان التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما بجنسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطلة له وان كاتبه على ثوب هروى أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبة لان الجهالة ههنا جهالة الوصف انه جيد او ردىء أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما فى النكاح والخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بغير المال كما فى النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما فى باب الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقيمة الوسط فى هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما فى النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لانه ثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بالمال اذا كان موصوفا ويثبت فى مبادلة ماليس بمال بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ماليس بمال بمال فى جانب المولى فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة ههنا أفحش من جهالة النوع والقدر لان البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ههنا رأسا فكانت الجهالة أكثر والى هذا أشار فى الاصل فقال أرأيت لو حكم المولى عليه بملء الارض ذهبا كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم ينعقد العقد أصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتب على ألف درهم الى العطاء أو الى الدياس أو الى الحصاد أو نحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل المكاتبة وجه الاستحسان ان الجهالة لم تدخل فى صلب العقد لانها لا ترجع الى البدل وانما دخلت فى أمر زائد ثم هى غير متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف بخلاف البيع الى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لافضائها الى المنازعة والمنازعة قل ما تجرى فى هذا القدر فى المكاتبة لان مبناها على المسامحة

بخلاف البيع فان مبناه على المماكسة فيفضى الى المنازعة ولهذا اجازت الكفالة الى هذه الاوقات ولم يجز تأجيل الثمن اليها فى البيع بخلاف المكاتبة الى مجىء المطر وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم ففحشت الجهالة فان كاتبه الى العطاء فاخر العطاء فان الاجل يحل فى مثل الوقت الذى كان يخرج فيه العطاء لان المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء وكذا فى الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبة فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا امتنعت صحة التسمية فى باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبة بل أولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا جواز للمكاتبة من غير تسمية البدل فلما لم تصح تسمية القيمة هناك فلان لا تصح ههنا أولى ولان جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصا على الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف أى جيد او ردىء أو وسط فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم ألا ترى ان أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين دينارا فاما المكاتبة على القيمة فليست بمكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصار كما لو كاتبه على ألف أو على ألفين غير انه اذا أدى القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم فى الجملة عندنا كالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك فى البيع وتجب العدة والعقر ويثبت النسب فى النكاح وكذا المكاتبة الفاسدة ولو قال كاتبتك على دراهم فالمكاتبة باطلة ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما اذا قال أعتقتك على دراهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها مختلفة ولا يدرى فى أى شىء يستخدمه وانه يستخدمه فى الحضر أو فى السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة وبحال المولى انه فى أى شىء يستخدمه وبحال العبد انه لاى شىء يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة أولى لانها أقبل للجهالة من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز فى القياس كذا ذكره فى الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضى ان لا يجوز لما ذكرنا وانما أراد به القياس على الاستحسان الذى ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان اذا كان الحكم فى الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع أموال فى العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستأجر رجلا ليخدمه أو ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بئرا قد سمى له طولها وعمقها ومكانها أو على ان يبنى له دارا وأراه آجرها وجصها وما يبنى بها لانه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الاجارة عليه جائزة فالكتابة أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالكتابة فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز لانه يكون مكاتبة بغير بدل فى الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع داره من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن فى الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما فى يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز وأما كون البدل دينا فهل هو شرط جواز الكتابة بان كاتبه على شىء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبى وهو معين مشار اليه ذكر فى كتاب المكاتب اذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر فى كتاب الشرب اذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة الخلاف فقال لا يجوز عند أبى حنيفة ويجوز عند أبى يوسف وعند محمد ان أجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضى ان لا يجوز أجاز أو لم يجز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضى الجواز أجاز أو لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة أولى ويجوز أن يكون قول محمد

تفسير الروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الاجازة و رواية كتاب الشرب على حال الاجازة وجه رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على مال لا يملك لانه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز و به علل فى الاصل فقال لانه كاتبه على مالا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبة عقد وضع لا كساب المال والعبد لا يقدر على ا كساب هذا العين لا محالة لان مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولا نا لو قضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث تصح لانه اذا كاتبه على عبد هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كانه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح وما كان فى تصحيحه افساده فيقضى بفساده من الاصل أو يقال اذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب على قيمة العبد أو قيمة نفسه وكل ذلك فاسد وجه رواية كتاب الشرب وهو المروى عن أبى يوسف أيضا ان المكاتبة فى معنى الاعتاق على مال ثم لو أعتق عبده على عبد بعينه لرجل فقبل العبد جاز وجه ما روى عن محمد من التوقف على الاجازة ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كالبيع وكذلك كلما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون لان هذه الاشياء كلها تتعين فى العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبتك على ألف فلان هذه جازت المكاتبة لان الدراهم لا تتعين بالتعيين فى عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها فى الذمة لا على عينها فيجوز وان أدى غيرها عتق لان المكاتبة وقعت على ما فى الذمة وسواء كان البدل قليلا أو كثيرا لان دلائل جواز المكاتبة لا يفصل بين القليل والكثير وسواء كان مؤجلا أو غير مؤجل عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا مؤجلا وهو على قلب الاختلاف فى السلم انه لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعنده يجوز مؤجلا وغير مؤجل فالحاصل انه لا خلاف فى جواز المكاتبة على بدل مؤجل واختلف فى الجواز على بدل غير مؤجل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعى لا يجوز الا مؤجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد لانه معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل انه لو طرأ على العقد يرفعه فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الاولى لان المنع أسهل من الرفع وكذا مأخذ الاسم يدل على ما قلنا فان الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الاجل قال الله عز وجل وما أهلكنا من قرية الا ولها كتاب معلوم أى أجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمى هذا العقد كتابة لكون البدل فيه مؤجلا و يذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب سمى العقد بذلك لان البدل يكتب فى الديوان والحاجة الى الكتابة للمؤجل لا للحال فكان الاجل فيه شرطا كالمسلم لما كان مأخوذا من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطا لجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبئ عن نقل البدل من يد الى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير فصل بين الحال والمؤجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف والسلم وأما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد و يحتمل حدوث القدرة بعده بانه يكتسب مالا بقبول هبة أو صدقة فيؤدى بدل الكتابة وأما مأخذ الاسم فالكتابة تحتمل معان يقال كتب أى أوجب قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة وكتب أى ثبت قال الله تعالى كتب فى قلوبهم الايمان وكتب أى حكم وقضى قال الله تعالى كتب الله لاغلبن أنا و رسلى وشئ من هذه المعانى لا ينبئ عن التأجيل ثم اذا كانت المكاتبة حالة فان أدى البدل حين طالبه المولى بها والا يرد فى الرق سواء شرط ذلك فى العقد أو لم يشرط بان قال له ان لم تؤدها الى حالة فانت رقيق أو لم يقل لانه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة وكذلك اذا كانت منجمة بنجوم معلومة فعجز عن أول نجم منها يرد الى الرق فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان احتج أبو يوسف بما روى عن على رضى الله عنه انه قال المكاتب اذا توالى عليه نجمان رد فى الرق فقد شرط حلول

نجمين للرد فى الرق ولان العجز لا يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدى فاذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق عجزه ولهما ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه كاتب عبد اله فعجز عن نجم واحد فرده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان المولى شرط عليه فى كل نجم قدرا من المال وانه شرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة فكان له أن يرده الى الرق عند فواته كما لو عجز عن نجمين وأما احتجاجه بقول على رضى الله عنه فغير سديد لانه احتجاج بالمسكوت لان فيه انه اذا توالى عليه نجمان يرد الى الرق وليس فيه انه اذا كسر نجما واحدا ماذا حكمه أو يحمل على الندب وبه نقول ان المكاتب اذا كسر نجما يندب مولاه الى أن لا يرده الى الرق ما لم يتوالى عليه نجمان رفقا به ونظرا فان عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما فان كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره بان قال لى مال على انسان أو حال يجىء فى القافلة فان القاضى ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحسانا لان هذا القدر من التأخير مما لا ضرر فيه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد منهما الى حقه فيفعل القاضى ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى والمكاتب فى قدر البدل أو جنسه بان قال المولى كاتبتك على ألفين أو على الدنانير وقال العبد كاتبتنى على ألف أو على الدراهم فالقول قول المكاتب فى قول أبى حنيفة الآخر سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيأ أو كان لم يؤد وكان يقول أولا يتحالفان ويترادان كالبيع لان فى المكاتبة معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف فى قدر المستحق أو جنسه فالقول قول المستحق عليه فى الشرع كما فى سائر الديون ولان القياس يمنع التحالف لما نذكر فى كتاب البيوع ان شاء الله تعالى الا أن الشرع ورد بخلاف القياس فى البيع وانه مبادلة المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم تكن فى معنى البيع فلا يقاس عليه والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل فى صلب العقد من البدل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل فى صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد الكتابة فى جانب المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه والاعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع الى البدل وجانب المولى بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤول الى زوال ملكه عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشروط الفاسدة لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيجعل من الشروط الداخلة فى صلب العقد كالبيع فيعمل فيه الشرط الفاسد وفيما لا يدخل فى صلب العقد من الشروط يجعل كالاعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسائل اذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة فالكتابة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد لان عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وانه دخل فى صلب العقد لدخوله فى البدل حيث جعل بدل الكتابة بالف درهم ووطئها فافسدت المكاتبة ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا يخرج من المصر أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضى العقد لان العقد يقتضى انفكاك الحجر وانفتاح طريق الاطلاق له الى أى بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع الى صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه فلو انها أدت الالف فى المسئلة الاولى عتقت فى قول عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسى لا تعتق وجه قوله ان المولى جعل شرط العتق شيئين الالف ووطأها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما اذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدت الالف دون الخمر ولنا ان الوطء لا يصلح عوضا فى المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر فانه يصلح عوضا فى الجملة لكونه مالا مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بادائها ثم اذا أدت فعتقت ينظر الى قيمتها فان كانت قيمتها ألف درهم فلا شئ للمولى عليها

ولا لها على المولى لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب عليها رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهي ألف درهم وقد وصل بتمامه الى المولى فلا يكون لاحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل كما لو باع رجل من آخر عبده بالف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الالف وسلم العبد الى المشتري وهلك في يده لا يرجع أحدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البائع على المشتري اليه فكذا ههنا وان كانت قيمة الجارية أكثر من ألف رجع المولى عليها بما زاد على الالف لانها مضمونة بكمال قيمتها وما أدت اليه كمال قيمتها فيرجع عليها بما زاد كما اذا باع عبده من ذمي بألف ورطل من خمر وقبض الالف وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمته أكثر من ألف انه يرجع بما زاد لما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة المكاتبة أقل من الالف وأدت الالف وعتقت هل ترجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها قال أصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفر لها ان ترجع بالزيادة على المولى وجه قوله ان المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها كما في البيع الفاسد اذا استهلك المشتري المبيع انه ان كانت قيمته أكثر من الثمن يرجع البائع على المشتري بالزيادة وان كانت قيمته أقل يرجع المشتري على البائع بفضل الثمن كذا ههنا ولنا انها لو رجعت عليه لادى الى ابطال العتق لانها عتقت باداء المكاتبة فلو لم يسلم المؤدى للمولى لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم لها فيسلم المؤدى للمولى لان عقد المكاتبة مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا يوجب لها حق الرجوع كما لو قال لها ان أديت الى ألفا فأنت حرة فادت ألفا وخمسمائة وقيمتها ألف عتقت ولا ترجع عليه بشئ فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهي حامل على ألف ان ما في بطنها من ولد فهو له وليس في المكاتبة أو كاتب أمة على ألف درهم على ان كل ولد تلده فهو للسيد فالمكاتبة فاسدة لانه شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان موجبه ان يكون كل ولد تلده يكون مكاتبا تبعا لها فكان هذا شرطا فاسدا وانه داخل في صلب العقد لانه يرجع الى البدل فيوجب فساد العقد وان أدت الالف عتقت لما قلنا ثم اذا عتقت ينظر الى قيمتها والى المؤدى على ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى ان يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فادى الالف عتق لما قلنا ثم ينظر الى قيمته والى الالف على ما وصفنا ولو كاتبه على ألف منجمة على انه ان عجز عن نجم منها فكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبة لتمكن الغرر في البدل لانه لا يدري انه يعجز أو لا يعجز ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد ولنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وهذا كذلك ولو كاتبه على ألف يؤديها الى غريم له فهو جائز وكذا اذا كاتبه على ألف يضمنها الرجل عن سيده فالمكاتبة والضمان جائزان بخلاف البيع اذا باع عبدا بألف درهم يؤديها الى فلان أو على ان يضمنها المشتري عن البائع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة اذا لم تكن في صلب العقد كما لو كاتبه على ألف على ان لا يخرج من المصر أو لا يسافر الا ان هناك شرط الضمان باطل وههنا جائز لان ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه بما عليه مقيد اجائز لان ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعا في الضمان وضمان المكاتب عن الاجنبي انما لا يصح لكونه متبرعا ولم يوجد فان كاتبه على ألف درهم منجمة على ان يؤدي اليه مع كل نجم ثوبا وسمى نوعه جاز لان مكاتبته على بدل معلوم حيث سمى نوع الثوب فصار الالف مع الثوب بدلا كاملا وكل واحد منهما معلوم ألا ترى ان كل واحد منهما لو انفرد في العقد جاز وكذا اذا جمع بينهما وقد قال أصحابنا انه لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز بان يقول بعتك هذا العبد بالف درهم على ان تعطيني معه مائة دينار وتصير الالف والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا ههنا وكذلك ان قال على ان تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم وكذلك لو قال على ان تؤدي مع مكاتبتك ألف درهم لان الكل صار بدلا في العقد ولو كاتبه على ألف درهم وهي قيمته على انه اذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز وكان الامر على ما قاله اذا

أدى الالف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق لانه لوجعل الالفين جميعا بدل الكتابة لجاز ولوجعلهما جميعا بعد العتق لجاز كذا اذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبار اللجزء بالكل وان كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله يعني على ان يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جائز وان كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربا كذا ذكر في الاصل وفرق بينه وبين البيع اذا باع عبده مع مائة بالف درهم ومال العبد ألف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف يقابل الالف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربا ولا يتحقق الربا ههنا لان الربا لا يجرى بين العبد وسيده هذا معنى ما أشار اليه في الاصل ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارته أو بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصلا بعد العقد يكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين انه لا يجوز ويكون ربا لان مراد محمد في قوله انه لا يجرى الربا بين العبد وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى كالاجنبي عن كسب المكاتب فهو الفرق ولو اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد المكاتبة وقال المكاتب كان ذلك بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشئ في يده فكان الظاهر شاهد اله فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبني على ألف درهم على ان أعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت الكتابة لان هذا شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد فلو كاتبه على ألف درهم على انه بالخيار أو على ان العبد بالخيار يوما أو يومين أو ثلاثة أيام جاز لان دلائل جواز الكتابة لا توجب الفصل ولان الحاجة قد تدعو الى شرط الخيار في المكاتبة كما تدعو اليه في البيع وهو الحاجة الى التأمل ولان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان يثبت فيه خيار الشرط كالبيع فان قيل ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه فالجواب ماذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو ان يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى موجودا في موضع القياس وقد وجد ههنا على ماذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة فان أبطل خياره في الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام تمكن الفساد كما في البيع وعندهما يجوز قلت المدة أو كثرت بعد ان كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات ومالا يملكه فله ان يبيع ويشترى لانه صار مأذونا في التجارة والبيع والشراء من باب التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس كان وبالنقد وبالنسيئة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس في مثله وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق وهي من مسائل كتاب الوكالة وله ان يبيع ويشترى من مولاه لان المكاتب فيما يرجع الى مكاسبه ومنافعه كالحر فكان فيها بمنزلة الاجنبي فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الاجنبي الا انه لا يجوز له أن يبيع ما اشترى من مولاه مرابحة الا أن يبين وكذلك المولى فيما اشترى منه لان بيع المرابحة بيع أمانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما أمكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب أن يبين حتى يرتفع الشبهة ولا يجوز له أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لانه بعقد المكاتبة صار أحق بمكاسبه فصار كالاجنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا وله أن يأذن لعبده في التجارة لان الاذن في التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب مأذون في الاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يؤدى عنه المكاتب لان اذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله أن يحط شيأ بعد البيع لعيب ادعى عليه أو يزيد في ثمن شيء قد اشتراه لانه بالكتابة صار مأذونا بالتجارة وهذا من عمل التجارة وليس له أن يحط بعد

البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالعيب اذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه لانه أولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد المأذون اذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة ولهذا اجاز بيع احدهما من صاحبه فصارا كالاجنبيين وله ان يأذن لعبده في التجارة لانه من باب الاكتساب ولا تجوز هبة المكاتب شيأ من ماله ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك او عتق وترك وفاء لان هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكى عن ابن ابي ليلى انه قال عتقه وهبته موقوف فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع مملوكا بطل ذلك وجه قوله ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق و بين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد عندنا انما يتوقف اذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف فاذا وهب هبة او تصدق ثم عتق ردت اليه الهبة والصدقة حيث كانت لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل أما بغير بدل فلما قلنا و أما ببدل فلان الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب لان العتق فيه يثبت بنفس القبول و يبقى البدل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز كما لو قال له ان دخلت الدار فانت حر لا يصح وكذا اذا قال ان اديت الى ألفا فانت حر لا يصح لان ذلك تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد يفضي الى العتق فلا يجوز كما لو اعتقه على مال وجه الاستحسان ان المكاتبة نوع اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال ولهذا املك البيع وكذا المكاتبة بخلاف الاعتاق على مال فان ذلك ليس باكتساب المال الا ترى ان المكتسب بعد الاعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وانما المكاتب له دين يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتبة المكسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا وكذا لو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق ولو اشترى ذا رحم محرم من مولاه لا يعتق على مولاه لان هذا كسب المكاتب والمولى لو أعتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء أولى فان أدى الاعلى أولا عتق وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فاذا أدى الاسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الاعلى لانه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاء منه وان أدى الأسفل أولا يعتق و يثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الاعلى لانه ليس من أهل ثبوت الولاء فان عتق بعد ذلك لا يرجع اليه الولاء لان ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال وان أديا جميعا معا ثبت ولاؤهما معا من المولى وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده والاصل ان كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه الا أم ولده لان هؤلاء يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولانهم قد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز أن يكاتبوا ثانيا بخلاف أم الولد ولا يملك التصدق الا بشئ يسير حتى لا يجوز له أن يعطي فقيرا درهما ولا أن يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز أن يهدي الا بشئ قليل من المأكول وله أن يدعو الى الطعام لان ذلك عمل التجار وقد روى ان سلمان رضي الله عنه أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مكاتبا فقبل ذلك منه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة الى اداء مال الكتابة لانه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الاهداء اليه فيمكن من أداء بدل الكتابة و يملك الاجارة والاعارة والايداع لان الاجارة من التجارة ولهذا املكها المأذون بالتجارة والاعارة والايداع من عمل التجار وضرورات التجارة ولا يجوز له أن يقرض لان القرض تبرع بابتدائه وقيل معنى قوله لا يجوز أي لا يطيب للمستقرض أكله لان لا يملكه المستقرض حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه لانه تصرف في ملكه و يكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما قلنا في حق الاعتاق انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له أكله لكنه يكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه أعتق ملك نفسه كذا قرض المكاتب ولا تجوز وصيته لانها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع أما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من

غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهي وان كانت مبادلة في الانتهاء فهي تبرع في الابتداء والمكاتب ليس من أهل التبرع وسواء أذن المولى فيها أولم يأذن لان المولى لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع ويجوز له أن يتوكل بالشراء وان كان ذلك يوجب ضمانا عليه للبائع وهو الثمن لان عند بعض مشايخنا ملك المبيع يثبت له أولا ثم ينتقل منه الى الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم ان كان لا يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة فان أدى فعتق لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة في حقه لانه أهل الا انه لا يطالب به في الحال لانه لم يصح في حق المولى فاذا عتق فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور اذا كفل ثم عتق بخلاف الصبي اذا كفل ثم بلغ لان الصبي ليس من أهل الكفالة لانه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد تصرف في ملكه وتجوز كفالته عن سيده لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها والاداء اليه والى غيره سواء وهل يجوز له قبول الحوالة فهذا على وجهين ان كان عليه دين لانسان وعلى صاحب الدين دين لآخر فاحاله على المكاتب فهو جائز لانه ضمن مالا كان واجبا عليه فلم يكن متبرعا ولا فرق بين أن يؤدي الى هذا أو الى غيره وان كان لانسان على آخر دين فاحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي أحال عليه لا يجوز لانه تبرع وله أن يشارك حرا شركة عنان وليس له أن يشاركه شركة مفاوضة لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل على الوكالة والمكاتب من أهل الوكالة ولو كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما ان كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه واما ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولكنه قال ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق واما ان كاتبهما على مال ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضا ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق أما اذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس أن لا تجوز هذه الكتابة وفي الاستحسان تجوز اذا قبلا وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح ولانه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالاداء والمولى يملك تعليق عتقهما باداء كل واحد منهما ولو فعل هكذا كان جائزا كذلك هذا وأما اذا كاتبهما على ألف درهم على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة وعند زفر كل واحد منهما مكاتب على حدة فايهما أدى حصته يعتق وجه قوله ان كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره ما لم يشترطا ولم توجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما باداء الالف فما لم يوجد لا يقع العتق كما اذا قال لعبدين له ان دخلتما هذه الدار فانتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخلا جميعا فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما الا باداء الالف واذا لم يعتق واحد منهما الا باداء الالف صار جميع الالف على كل واحد منهما فصار كما اذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعتاق ان من قال لامرأتين له ان شئتما فانتما طالقان أو قال لعبدين له ان شئتما فانتما حران انه على قول زفر أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة كل واحد منهما الى عتق نفسه وطلاق نفسها وفي قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعا في طلاقهما جميعا أو في عتقهما جميعا لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا وأما الفصل الثالث وهو ما اذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فايهما أدى حصته فانه يعتق في قولهم جميعا لانه لم يعلق عتقهما باداثهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهما اليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتبا على حدة ثم اذا كاتبهما كتابة واحدة فادى أحدهما شيأ منه كان له أن يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف ما اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فادى أحدهما شيأ انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف فاذا جاوز النصف يرجع على صاحبه بالزيادة وجه الفرق ان في مسئلتنا هذه لو جعلنا أداءه عن نفسه أدى ذلك الى تغيير شرط المولى لانه يعتق ومن شرط

المولى عتقهما جميعا فاذا كان الامر هكذا فكان أداؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدى الى تغير شرط المولى وهذا المعنى لم يوجد فى تلك المسئلة فان أداءه عن نفسه لا يؤدى الى تغيير شرط المولى فكان أداؤه عن نفسه الى النصف لان نصف الدين عليه فان مات أحد المكاتبين لا يسقط شئ من الكتابة و يؤخذ من الحى جميع الكتابة و بمثله لو أعتق أحدهما سقطت حصته و وجه الفرق بينهما ان الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب اذا مات عن وفاء يؤدى كتابته وكذا لو ترك ولدا تؤخذ منه الكتابة فاما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب لو كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه الكتابة وكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار ان شاء أخذ بحصته المكاتب وان شاء أخذ المعتق بحق الكفالة فان أخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه أدى دين نفسه وان أخذ المعتق وأدى رجع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد أحدهما بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لان جواز الانكاح يعتمد الولاية ولا ولاية له اذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا و يزوج أمته ومكاتبته لان تزويجهما من باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد الاكتساب المال بخلاف تزويج العبد لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا و يجوز اقراره بالدين واستيفاؤه لان ذلك من ضرورات التجارة والمكاتبة اذن بالتجارة فكان هو اذنا بما هو من ضرورات التجارة ولا تجوز وصية المكاتب فى ماله وان ترك وفاء أما اذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا تجوز وصيته وأما اذا ترك وفاء فلانا وان حكمنا بعتقه فانما حكمنا به قبيل الموت بلا فصل وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية ولو أوصى ثم أدى الكتابة فى حال حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة أوجه فى وجه لا تجوز بالاجماع وفى وجه تجوز بالاجماع وفى وجه اختلفوا فيه فاما الوجه الذى تجوز بالاجماع فهو ان يقول اذا اعتقت فثلث مالى وصية فادى فعتق ثم مات صحت وصيته بالاجماع لانه أضاف الوصية الى حال الحرية والحر من أهل الوصية وأما الوجه الذى لا تجوز بالاجماع وهو ان يوصى بعين ماله لرجل فأدى فعتق ثم مات لا يجوز لانه ما أضاف الوصية الى حال الحرية وانما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه فى ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا يجوز الا اذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز لان الوصية مما يجوز بالاجازة بدليل ان رجلا لو قال لورثته أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالى فلانا كان ذلك منه وصية وأما الوجه الذى اختلفوا فيه فهو ما اذا أوصى بثلث ماله ثم أدى وعتق ثم مات قال أبو حنيفة لا تجوز الوصية الا أن يحددها بعد العتق لانها تعلقت بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف وقال أبو يوسف ومحمد تجوز وهذا نظير ما ذكرنا فى كتاب العتاق انه اذا قال العبد أو المكاتب كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو حر فاعتق ثم ملك مملوكا يعتق بالاجماع ولو لم يقل اذا أعتقت لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق وملك مملوكا لا يعتق فى قول أبى حنيفة وعندهما يعتق والحجج على نحو ما ذكرنا فى العتاق و يجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى فى آية الصدقات وفى الرقاب قيل فى التفسير ما أداها المكاتبون و يحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتبة و يحل له تناوله بعد العجز وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكما وان كانت عينا واحدة حقيقة والاصل فيه ما روى ان بريرة رضى الله عنها كانت يتصدق عليها وكانت تهدى ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يأكل منه و يقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير اذا مات وترك مالا جمعه من الصدقات ووارثه غنى يحل له أكله لما قلنا ولو أوصى المكاتب الى رجل أى جعله وصيا ثم مات فان مات من غير وفاء بطل ايصاؤه لانه مات عبدا والعبد ليس من أهل الايصاء وان مات بعد ما أدى بدل الكتابة جاز الايصاء وتكون وصيته كوصية الحر لان الولاية انما تنتقل اليه عند الموت وعند الموت كان حرا فتنتقل الولاية اليه فصار كوصى الحر

وان مات عن وفاء ولم يؤد فى حال حياته فان وصيه يكون وصيا على أولاده الذين دخلوا فى كتابته دون الاولاد الاحرار الذين ولد وامن امرأة حرة ويكون أضعف الاوصياء كوصى الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصى الاب حيث أجاز قسمته فى العقارات والقسمة تمنع البيع والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملك المولى من التصرف فى المكاتب ومالا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبة نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما صفة المكاتبة فنوعان أحدهما انها عقد لازم من جانب المولى اذا كان صحيحا حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب اذا لم يحل نجم أو نجمان على الخلاف غير لازم فى جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى لأنه عقد شرع نظرا للعبيد وتمام نظرهم ان لا يلزم فى حقهم ويجوز رد المكاتب الى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضى عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى لا يجوز رده الا عند القاضى لان العقد قد صح فلا ينفسخ الا بقضاء القاضى ولنا ماروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه واليه أشار فى الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ولان المكاتب قد ثبت له الخيار فى عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه ومن له الخيار فى العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضى كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لان العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حق للشرع رفعا للفساد كالبيع الفاسد وغيره والثانى انها متجزئة فى قول أبى حنيفة وعندهما غير متجزئة لانها عقد يفضى الى العتق والعتق متجزئ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا المكاتبة وعلى هذا يخرج ما اذا كاتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة فى النصف وصار نصفه مكاتبا عند أبى حنيفة لان الكتابة متجزئة عنده فصحت فى ذلك النصف لا غير وصار فى النصف الآخر مأذونا بالتجارة لان الكتابة تقتضى وجوب أداء بدل الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالاذن والاذن لا يتجزأ فصار الاذن فى قدر الكتابة اذنا فى الكل فصار مأذونا فى الكل ونصفه مكاتب فان أدى عتق نصفه وصار النصف الآخر مستسعى فان شاء أعتق وان شاء استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة رجل اعتق نصف عبده فان اكتسب العبد مالا قبل الاداء فنصفه له ونصفه للمولى فى قول ابى حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق فى قولهما والكسب كله للمكاتب لانه كله صار مكاتبا وما اكتسب بعد الاداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شئ اما على قولهما فلا يشكل لانه حر عليه دين وأما على أصل ابى حنيفة فلأن المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له واذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه و بين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل الى اداء بدل الكتابة الا بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد المأذون كله انه يملك حجره ومنعه من الاكتساب لانه انما صار مأذونا بالقول فيصير محجوزا عليه بحجره والاذن ههنا لا يثبت بالقبول بل بمقتضى الكتابة فلا يصير محجورا عليه الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج من المصر فله منعه بالقياس ولكن استحسن ان لا يمنعه وكذلك اذا أرادا ان يستخدمه يوما أو يستسعيه يوما و يخلى عنه يوما للكسب له ذلك فى القياس ولكن استحسن ان لا يتعرض له فى شئ حتى يؤدى أو يعجز كذا ذكر فى الاصل وجه القياس ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصر لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك مكاتبا فالنصف الآخر غير مكاتب فلى المنع فكان له أن يمسكه و يستخدمه يوما كالعبد المشترك وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذونا بالاكتساب وذلك بالخروج الى الامصار فلا يجوز له منعه وان يحول بينه و بين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه أن يخرج بالنصف دون النصف أو يستخدم النصف دون النصف فاما ان يجعل النصف الذى هو مكاتب تبعا

للنصف الذى ليس بمكاتب أو يجعل النصف الذى هو غير مكاتب تبعا للنصف الذى هو مكاتب وهذا الثانى أولى
لان الحرية والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية الرق وفى الكتابة شعبة من العتق لانها تعقد للعتق فى المستقبل وهى سبب
من اسبابه واذا كاتب نصف عبده ثم أراد ان يبيع الباقى فان باعه من غير العبد لا يجوز لان حق الحرية تعلق بالرقبة
فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه انه لا يجوز كذا هذا ولان المكاتب له أن يكتسب و يخرج
من المصر بغير اذن المولى فصار كانه باعه بشرط ان لا يسلم الى المشترى ولو فعل هكذا كان البيع فاسدا كذلك هذا
ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز لان بيع العبد من نفسه بيع فى الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل ان الولاء يثبت
منه بدليل انه لو باع نفس المدبر من المدبر يجوز ولو كان بيعا لما جاز واذا أعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء ادى الكتابة
وعتق وان شاء عجز و يسعى فى نصف قيمته لانه بوجه ايهما وجها عتق فى ذلك النصف عتق باداء الكتابة وعتق
بالسعاية فله ان يميل الى أى الوجهين شاء عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فالامر لا يخلوا اما أن كاتب نصفه أو كله وكل
ذلك لا يخلو اما أن يكون باذن شريكه أو بغير اذنه واذا أذن فلا يخلوا اما ان أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن
فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتباً لكن لشريكه ان ينقض الكتابة لانه يتضرر به فى الحال
وفى ثانى الحال لانه لا يجوز بيعه فى الحال لان نصفه مكاتب وفى الثانى يصير مستسعى فكان له حق الفسخ
والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضى لان الشريك الذى كاتب تصرف فى ملك نفسه فلا
يفسخ تصرفه الا بقضاء القاضى أو برضا العبد فان لم يعلم به الشريك حتى ادى عتق نصفه لان الكتابة نفذت فى
نصيبه فاذا وجد شرط العتق عتق ثم الذى لم يكاتب له ان يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ لان ما أخذه
كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه فى المأخوذ ثم الذى كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لانه
كاتبه على بدل ولم يسلم له الا نصفه فكان له أن يرجع عليه الى تمام البدل وما يكون من الكسب فى يد العبد له نصفه
بالكتابة و نصفه لشريكه الذى لم يكاتب هذا فى الكسب الذى اكتسبه قبل الاداء وأما ما اكتسبه بعد الاداء فهو
له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد فان اختلف العبد والمولى فقال
العبد هذا كسب اكتسبته بعد الاداء وقال المولى بل اكتسبته قبل الاداء فالقول قول العبد لان الكسب شىء
حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات وصار الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما فان كان موسرا فللشريك
ثلاث اختيارات وان كان معسرا فخياران هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاذا كان باذنه فان كان لم يأذن له بقبض
الكتابة فهذا والاول سواء الا فى فصلين احدهما انه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود الرضا والثانى انه ليس له ان
يضمنه نصف قيمة العبد بعد ما عتق لانه رضى بالعتاق حيث أذن له فى الكتابة وان كان أذن له بقبض بدل الكتابة
فهذا والاول سواء الا فى ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما والثالث أن ما قبض ليس له أن يشاركه هذا اذا كاتب
النصف فاما اذا كاتب الكل فهذا والاول سواء الا فى فصل واحد وهو انه اذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض
من الكتابة لا يرجع بذلك على المكاتب هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاما اذا كان باذنه واجاز قبل أن يؤدى صار
مكاتبا بينهما فلا يعتق جميعه الا باداء الالف اليهما جميعا فاذا ادى اليهما معاً عتق وان أدى الى أحدهما أولا لا يعتق
لان المكاتبة وقعت بصيغة واحدة هذا اذا لم يأذن له بقبض الكتابة فان أذن له بقبض الكتابة فان أدى اليهما
عتق كله وان أدى جميعه الى الذى كاتب عتق كله والالف بينهما وان أدى كله الى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه
الى شريكه وهذا كله قول أبى حنيفة وأما على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع سواء لان الكتابة عندهما
لا تتجزأ فان لم يجز صاحبه حتى أدى عتق كله و يأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما
قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذى لم يكاتب والولاء كله للذى كاتبه و يضمن
حصة شريكه ان كان موسرا و يسعى العبدان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فان أدى اليهما معا

عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان أدى الى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه الى الآخر الا اذا
أذن لشريكه بقبض الكتابة فان أدى كله الى المأمور عتق وان أدى كله الى الآمر لا يعتق حتى يصل نصفه الى
المأمور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بان كاتب أحدهما نصيبه على ألف درهم
ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فاذا أدى اليهما معا عتق وان أدى الى
احدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لانه لما كاتب صار راضيا بكتابته وللمكاتب ان يقضي غريما
دون غريم ونصيب الآخر مكاتب على حاله فاذا أدى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما وان لم يؤد نصيب الآخر
ولكنه عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار
نصيب كل واحد منهما مكاتبا له بالبدل الذي سمى فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو
كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول ابي حنيفة وأما على قولهما فكتابة البعض وكتابة الكل سواء فان
أدى اليهما عتق والولاء بينهما وان ادى الى أحدهما أولا عتق كله من المؤدى اليه وثبت الولاء منه و يضمن ان كان
موسرا و يسعى العبد ان كان معسرا الا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد في نصف القيمة أو في كتابة الآخر في
الاقل منهما وقال ابو يوسف بطلت كتابة الآخر وانما يضمن العبد أو يسعى في نصف قيمته لا غير ولو كان عبد
بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبة واحدة فأدى الى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع الكتابة اليهما لانهما
جعلا شرط عتقه اداء جميع المكاتبة فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما اذا كان لكل واحد منهما عبد
فكاتباهما جميعا مكاتبة واحدة ان كل واحد منهما يكون مكاتبا على حدة حتى لو أدى حصته يعتق لان ههنا
لو جعل كل نصف مكاتبا على حدة لادى الى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق باداء الكل فلا
يعتق احدهما الا باداء جميع الكتابة حتى لا يؤدى الى تغيير الشرط وهذا المعنى لم يوجد هناك لان عتق
أحدهما لا يؤثر في الآخر فكان الشرط فيه لغوا مكاتب بين رجلين اعتقه أحدهما قال أبو حنيفة لا ضمان عليه
في ذلك لشريكه موسرا كان أو معسرا لان نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئا عنده فان أدى
عتق والولاء بينهما لوجود الاعتاق منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والحكم فيه ما ذكرنا في كتاب
العتاق وعلى قولهما عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والولاء له الا ان على قول أبي يوسف صار حكمه حكم
عبد بين اثنين اعتقه أحدهما وعلى قول محمد ان كان المعتق موسرا ينظر الى قدر نصيب شريكه والى باقي الكتابة فأيهما
كان أقل ضمن ذلك وان كان معسرا سعى العبد في الاقل فان لم يعتقه أحدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبرا و يكون
مكاتبا على حاله لان التدبير لا ينافي الكتابة فان أدى الكل عتق والولاء يثبت منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين دبره
أحدهما صار نصيبه مدبرا ولشريكه خمس خيارات ان كان موسرا وان كان معسرا فاربع خيارات وهذا قول أبي
حنيفة وفي قولهما صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة و يضمن لشريكه نصف القيمة موسرا
كان أو معسرا في قول أبي يوسف وعلى قياس قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن جميع ما بقي
من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه أم ولد له
أما ثبوت النسب فلا خلاف فيه لان المولى اذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب لان فيه تأويل الملك ثم المكاتبة بالخيار
ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها ان تختار ايهما
شاءت ولا تصير كلها أم ولد لان الاستيلاد عندنا يتجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه فان مضت على الكتابة أخذت
منه عقرها واستعانت به على أداء بدل الكتابة وان عجزت نفسها وردت الى الرق فانها تصير أم ولد للمستولد لان
المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال و يضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة و نصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد
شيأ وهذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد لان الاستيلاد لا يتجزأ لو بطلت الكتابة

فيغرم للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسراً كان أومعسراً وعلى قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمى كاتب الذمى نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة فى قول أبى حنيفة ولا تجوز فى قول أبى يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصرانى منه من الخمر بناء على ان الكتابة متجزئة عند أبى حنيفة كالعتق فلما كاتب الذمى نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكاتبة على نصيب نفسه خاصة والذمى اذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر وأما عندهما فالكتابة فاسدة لان من أصلهما ان العقد لهما حيث كانت باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمى لانها كتابة واحدة فاذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصرانى من الخمر لان المسلم ممنوع من قبض الخمر وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم يجز فى نصيب واحد منهما أما فى نصيب المسلم فلا يشكل وأما فى نصيب الذمى فلان المكاتبة واحدة فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو أدى اليهما عتق وعليه قيمته للمسلم وللذمى نصف الخمر وانما عتق بالاداء اليهما لان الكتابة فاسدة وهذا حكم الكتابة الفاسدة انه اذا أدى يعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر فادى الا انه لا يسعى فى نصف قيمته للمسلم ولا يسعى فى نصيب الذمى لان الذمى قد سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم فى حق المسلم فيسعى فى نصف قيمته له والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المكاتبة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المكاتب ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق المكاتبة أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما قبل أداء بدل الكتابة وبعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة اما الاول فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالاجنبى عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل الكتابة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ماهو المقصود من هذا العقد لامن الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة اختلف المشايخ فيه قال عامتهم لا تزول وقال بعضهم تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشترى على أصل أبى حنيفة ان المبيع يزول عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف اليه كسائر الاوصاف الاضافية من الابوة والبنوة والاخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول فى باب البيع لان البيع فى الحقيقة ملك البائع أوملك المشترى الا انا لا نعلم ذلك فى الحال لانا لا نعلم ان العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف فى علمنا لجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة أو الفسخ يتبين انه كان ثابتا للمشترى أو للبائع من وقت البيع حتى يظهر فى حق الزوائد هذا معنى قول أبى حنيفة فى تلك المسئلة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار مأذونا فى التجارة لانه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان الشرط باطلا والكتابة صحيحة لما مر وليس له ان يأخذ الكسب من يده لان كسبه له ولا يجوز له اجارته و رهنه لان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف فى المنفعة والمنافع له ويجوز اعتاقه ابتداء بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قائم سواء كان المولى صحيحا أو مريضاً غير انه ان كان صحيحا يعتق مجانا وان كان مريضاً والعبد يخرج من الثلث فكذلك وكذلك اذا كان لا يخرج من الثلث لكن اجازت الورثة وان لم تجز الورثة فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثى القيمة حالا وان شاء سعى فى ثلثى الكتابة مؤجلا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى فى الاقل لان الكتابة سبقت الاعتاق والاعتاق فى المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على ماذكرنا فى كتاب التدبير كذا اذا أعتقه فى المرض ويجوز له اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعى والمسئلة تذكر فى كتاب الكفارات ولو أعتق الولد المولود أو المشترى فى

الكتابة جاز ولا يسقط شيء من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجه القياس ان في اعتاقه
الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده المولود والمشترى وبالاعتاق يبطل واليه أشار في الاصل فقال لان
للمكاتب ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى في حرية نفسه وأولاده وقد نال هذا المقصود
وانما لا يسقط من بدل الكتابة شيء لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منه بعتق الولد ولو أعتق أم ولد
المكاتب لم يجز لان المكاتب لو عتق كانت هي أم ولد على حالها الا انها لم تصر مكاتبة بكتابته فلا تعتق بعتق المكاتب
ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز
بيعه كالمدبر وأم الولد وان رضى به المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا للكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب
فاذا رضى فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد ان المولى والمكاتب اذا اجتمعا في البيع قال البيع لا يجوز
والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالة والكتابة تحتمل الاقالة
وماروى عن عائشة رضي الله عنها انها اشترت بريرة وكانت مكاتبة فمحمول على ان ذلك كان برضاها وعلى هذا
الهبة والصدقة والوصية ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالاجنبي في
منافعها ولو وطئها غرم العقر لها تستعين به على أداء بدل الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها ولو وطئها فعلقت منه
ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلان يثبت بحقيقته أولى صدقته المكاتبة
أو كذبته لما مر ثم ان جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا عقر عليه
والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها فادت وعتقت وأخذت العقر اذا كان العلوق في حال الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاد ولو جنى المولى على المكاتب
غرم الارش ليستعين به على الكتابة ولو استهلك شيأ من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه من المولى فكان في
مكاسبه كالحر وكذا اما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولو اشترى المكاتب امرأته لا ينفسخ النكاح وكذا
اذا اشترت المكاتبة زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع
البقاء كالعدة انها تمنع من انشاء النكاح واذا طرأت على النكاح لا تبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا زوج ابنته من
مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من
الابتداء ولا يمنع من البقاء فكذا هذا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه
فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع بخصومته ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته
ومن ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد القن اذا جنى
جناية ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجناية والحكم هناك ماذكرنا فكذا ههنا فينظر ان كان ارش الجناية أقل من
قيمته فعليه ارش الجناية لان المجني عليه لا يستحق اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقد سقط حقه وان كانت قيمته
أقل من أرش الجناية فعليه قيمته لان حكم الجناية تعلق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهى لا تحتمل اكثر من قيمتها
فلا يلزمه أكثر من ذلك وكذلك لو جنى جنايات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة
وان كثرت جناياته في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب عليه في كل جناية الاقل من ارشها ومن قيمته وهذا
فرع اختلافهم في أن جناياته تتعلق بالرقبة او بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعنده
تتعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فانها مقدور الدفع في الجملة بان يعجز فيدفع
الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كما لو جنى جنايات ثم اعتقه المولى من غير علمه بها
وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك ههنا هذا اذا جنى ثانيا قبل أن يحكم عليه الحاكم بالاولى فاما اذا حكم الحاكم
بالاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية لانه لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمته

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما اذا حفر المكاتب بئرأ على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ووجب عليه أن يسعى فى قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أو لم يحكم ووجه الفرق ان هنالك الجناية واحدة وهى حفر البئر فالضمان الذى يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثانى وان كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كانه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة فاما ههنا فقد تعددت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الاولى وانتقالها الى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم ولو سقط حائط مائل اشهد عليه على انسان فقتله فعليه ان يسعى فى قيمته لان المكاتب يملك النقض فيصح الاشهاد عليه كما فى الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ وكذلك اذا وجد فى دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى فى قيمته اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جنى جنايات ثم عجز قبل ان يقضى بها دفعه مولاه بها أو فداه وان قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهى دين فى رقبته يباع فيه لانه اذا لم يقض عليه لم تصر القيمة دينا فى رقبته فهو كعبد قن جنى جناية انه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء واذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك دينا فى رقبته فاذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين انه يباع أو يقضى السيد دينه هذا كانت جنايته عمدا بان قتل رجلا عمدا قتل به لانه لو كان حر لقتل به فالمكاتب أولى هذا اذا جنى المكاتب على غيره فاما اذا جنى غيره عليه فان كان خطأ فالارش له وأرشه أرش العبد اما كون الارش له فلان اجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه وأما كون ارشه ارش العبد فلانه عبد ما بقى عليه درهم بالحديث فكانت الجناية عليه جناية على العبد فكان ارشها أرش العبيد وان كان عمدا فالمسئلة على ثلاثة أوجه فى وجه يجب القصاص فى قولهم وفى وجه لا يجب القصاص وفى وجه اختلفوا فيه أما الاول فهو أن يقتله رجل عمدا ولم يترك وفاء فللمولى أن يقتل القاتل لانه لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فمات عبدا والعبد اذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله ان كان عبدا بالاجماع وان كان حرا عندنا كذلك ههنا وأما الوجه الثانى فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة أحرارا سوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباه ولى القصاص لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى أنه يموت حرا أو عبدا على ما نذكر ان شاء الله تعالى فمن قال مات حرا قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص فان قيل قياس هذه النكتة انه اذا اجتمع المولى والورثة ينبغى أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا قتل ان لهما أن يجتمعا فيقتلا وكذا العبد المرهون اذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص ان لهما أن يستوفياه كذلك ههنا فالجواب ان المانع هو اشتباه المولى وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية لاحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما بخلاف مسئلة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة لان الملك له وانما لصاحب الخدمة فيها حق فاذا اجتمعا فى الاستيفاء فقد رضى باسقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حق قوى لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الوليان على الاستيفاء وبخلاف مسئلة الرهن فان المستحق للقصاص هنالك هو الراهن اذ الملك له الا أن للمرتهن فيه حقا فاذا رضى بالاستيفاء فقد رضى بسقوط حقه وههنا بخلافه على ما بيناه وأما الوجه الثالث فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يجب القصاص للمولى لانه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حرا أو عبدا وقال محمد لا يجب لان المولى ان لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات حرا فالولاية تثبت بالارث وان مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين أحدهما ان السبب لم يشتبه لان السبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك والثانى ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه فى الحكم وهو الولاية لانها ثابتة بيقين فتثبت بأى سبب كان فان قتل ابن المكاتب أو عبده عمدا فلا قود عليه لان المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له ولو

عجز كان القصاص للمولى فاشتبه الولى و بهذا علل فى الاصل فقال لانى لا أدرى انه للمولى أو للمكاتب ومعناه ماذكرنا وان اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضا لان الولاية لاحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فعفوهما باطل والقيمة واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فأما عفو المولى فلانه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه وأما عفو المكاتب فلان القيمة قد وجبت على القاتل فكان ابراء المكاتب تبرعا منه وأنه لا يملك التبرع فان قتل مولى مكاتبه عمدا أو خطأ فلا قصاص عليه فى العمد بلا شك لان رقبته مملوكة له فيصير شبهة سواء ترك وفاء أو لم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير أنه ان ترك وفاء فعلى المولى قيمته يقضى بها كتابته وكذلك لو قتل ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فسقط عنه قدر ماله من الكتابة لان الاصل ان كل دينين التقيا من جنس واحد فى الذمة وليس فى اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه فى المجلس فانه يصير أحدهما بالآخر قصاصا وما بقى يكون لوارثه لا للمولى لانه قاتله فلا يرثه وانما يصير ذلك قصاصا اذا حل أجل الدية لان القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجلة ولو قتل عبد المكاتبة رجلا خطأ يقال للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لان العبد من تجارته وكسبه فكان التدبير اليه كعبد المأذون جنى جناية خطأ انه يخير المأذون بين الدفع والفداء فالمكاتب أولى بخلاف نفس المكاتب اذا جنى انه يلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه واذا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصار كما لو أعتق نفس العبد الجانى من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا ههنا ويؤخذ المكاتب باسباب الحدود الخالصة ونحوها كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقذف لا القن لانه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع فى سرقته من مولاه لانه عبده وكذا لا يقطع فى سرقته من ابن مولاه ولا من امرأة مولاه ولا من كل ذى رحم محرم من مولاه لان واحدا من هؤلاء لو سرق حق المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لا يقطع لان واحدا منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذا اذا سرق من المكاتب ولو سرق منه أجنبى يقطع بخصومته لان المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته و يصح من المولى وغيره نسب ولد أمته المكاتبة اذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبة أو كذبته جاءت به لاقل من ستة أشهر أو لاكثر لما ذكرنا فيما تقدم أنه ادعى نسب ولد جارية مملوكة له رقبة فكان ولدها مملوكا له أيضا ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة الى التصديق ثم الامة بالخيار ان شاءت عجزت نفسها وان شاءت مضت على الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقر ان كان العلوق فى حال الكتابة بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الكتابة لانها أحق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالاجنبى عنها والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها وان عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقط العقر هذا اذا استولد مكاتبته فان دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار ان شاء نقض الكتابة وان شاء مضى عليها لتوجه العتق اليه من جهتين فكان له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علقت به فى ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه الى تصديق المكاتب استحسانا وقد ذكرناه فى كتاب الاستيلاد ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة لانه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى هو يقول بانه دين فتصح الكفالة كسائر الديون ولنا أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما فى ذمة الاصيل وهذا لا يتحقق ههنا لان الثابت فى ذمة الاصيل دين يحبس به ودين لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما فى ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون وأما الذى يتعلق باداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا باداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه وقال على رضى الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى و يبقى الباقى رقيقا وقال ابن مسعود رضى الله عنه اذا أعطى مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة الغريم وقال عبد الله بن عباس رضى الله عنهما اذا كاتب العبد مولاه فهو غريم من الغرماء وهذا يدل على

أن مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك وجه قول على كرم الله وجهه ان المكاتبة عقد معاوضة فاذا أدى العبد بعض بدل الكتابة الى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر فلو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود رضى الله عنه ان قيمة العبد مالية فلو عتق باداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى واذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضى الله عنهما انه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين ولان الكتابة اعتاق على مال ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق والمال دين عليه كذلك ههنا وجه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه قول النبى صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وهذا نص فى الباب ولان المولى علق عتقه باداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده اذا أديت الى ألفا فانت حر انه لا يعتق ما لم يؤد جميع الالف كذا ههنا ثم العتق كما يثبت باداء بدل الكتابة يثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة لان عوض الشيء يقوم مقامه ويسد مسده كانه هو كما فى البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين فى ذمة العبد وقضاء الديون يكون باعواضها لا باعيانها وكذا يثبت بالابراء لما ذكر ثم اذا أدى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود فى الكتابة بان ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها لانه صار مكاتبا تبعا للاب فيثبت فيه حكم الأصل الا ان للمولى أن يطالب الاب دون الولد لانه لم يدخل فى العقد مقصودا بل تبعا فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب بالاداء من كسبه يعتق بالاداء من كسب ولده لان كسب الولد كسبه فاذا أدى يعتق هو وولده وكذا اولده المشترك فى الكتابة وولد ولده وان سفل والوالدون وان علوا اذا اشتراهم المكاتب يدخلون فى الكتابة كالولد المولود سواء لا فرق بينهم الا فى فصل واحد وهو أنه اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين اما أن تؤدوا الكتابة حالا والا رددنا كم فى الرق بخلاف الولد المولود فى الكتابة لما نذكر وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوى الرحم المحرم كالاخ والعم والخال ونحوهم فهل يدخلون فى الكتابة قال أبو حنيفة لا يدخلون وقال أبو يوسف ومحمد يدخلون ويسعون على النجوم بمنزلة الوالدين والمولودين والاصل عندهما ان كل من اذا ملكه الحر يعتق عليه فاذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه وجه قولهما ان المكاتبة عقد يفضى الى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم فى الحقيقة هذا فكذا فى كسب الكسب المفضى اليه ولهذا اعتبر بحقيقة العتق فى الوالدين والمولودين كذا ههنا ولابى حنيفة ان الاصل أن لا يثبت التكاتب رأسا لان ملك المكاتب ملك ضرورى لكونه مملوكا ما بقى عليه درهم فلا يظهر فى حق التبرع والعتق وانما يظهر فى حق حرية نفسه الا ان حرية ولده وأبويه فى معنى حرية نفسه لمكان الحرية ولم يوجد فى سائر ذوى الرحم فبقى الامر فيهم على الاصل وبدل القياس من وجه آخر يقتضى أن لا يدخل الولد لانه كسبه وحق الحرية لا يسرى للاكساب ككسب أم الولد والمدبر وانما استحسنا الولد بحكم الحرية ولم يوجد والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل فى الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد وقالت المكاتبة بعد العقد ينظر أن كان الولد فى يد المولى فالقول قوله انه انفصل قبل العقد وان كان فى يد الامة فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استأجر عبدا ومضت مدة الاجارة ثم اختلفا فادعى المستأجر الاباق والمؤاجر ينكر انه ينظر ان كان فى الحال آبقا فالقول قول المستأجر وان لم يكن فى الحال آبقا فالقول قول المؤاجر وكذلك هذا فى الطاحونة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه فان كان فى الحال منقطعا فالقول قول المستأجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر ولو تصادقا فى الاباق والانقطاع واختلفا فى مدة الاباق والانقطاع فالقول قول المستأجر لانه منكر وجوب الزيادة وسواء كان الاداء فى حال حياة العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب الى ورثته عتق لان العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلاف وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدى بدل الكتابة الى المولى ويحكم بعتقه عندنا وعند الشافعى لا يعتق ويسلم البدل للمولى بناء على أن عقد الكتابة لا ينفسخ بموت المكاتبة عندنا كما لا ينفسخ بموت المولى وعنده ينفسخ بموت

المكاتب وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب اذا مات عن وفاء انه يموت حرا أو عبدا قال علي رضي الله
عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يموت حرا فيؤدى بدل كتابته ويحكم بحريته و به أخذ أصحابنا وعن زيد بن
ثابت رضي الله عنه انه يموت عبدا والمال كله للمولى و به أخذ الشافعي وجه قول الشافعي انه لو عتق لا يخلو اما أن يعتق
قبل موته واما أن يعتق بعد موته لا سبيل الى الاول لان العتق معلق باداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل
الى الثاني لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات الشيء في غير محله محال فامتنع القول بالعتق
ولا يقال انه يعتق مستندا الى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت لان الاصل فيما يثبت مستندا
انه يثبت للحال ثم يستند ألا ترى ان من باع مال الغير توقف على اجازة المالك عندكم فان هلك المال ثم أجاز المالك
لا تلحقه الاجازة لان الحكم يثبت عند الاجازة مستندا فيراعى قيام محل الحكم للحال والمحل ههنا لا يحتمل العتق للحال
فلا يستند ولنا ما روي عن قتادة أنه قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا قال في المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه
دين يبدأ بدين الكتابة ثم بالدين فقال سعيد أخطأ شريح وان كان قاضيا فان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول ان
المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين يبدأ بالدين ثم بالكتابة فاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في الترتيب والميل
على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت فرواية قتادة تشير الى اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا ومثله
لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي لان العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء
واما معنى لا صورة بأخذ العوض أو بالابراء لا بصورة الاداء من المكاتب لان العتق يثبت من غير أداء أصلا بأخذ
المولى و بالابراء وقد سلم البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة بالابراء أما طريق الاستيفاء
فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته و في جانب المكاتب
سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده وأكسابه حال سلامة البدل للمولى و في الحال زوال يد المولى عنه وصيرورته
أحق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت الملك في البدل للمولى في ذمة العبد للحال حتى لو تبرع عنه انسان بالاداء وقبل المولى
صح ولو أبرأه جاز الابراء و يعتق ولو أحال المكاتب على غريم له عليه دين من أكسابه وقبل المولى صح وعتق واذا
ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي أن يزول المبدل من ملكه وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقا للمساواة
في عقد المعاوضة اذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر المعاوضات من البيع والاجارة كما في الخلع
والاعتاق على مال الا أن الزوال لو ثبت ههنا للحال بقي الدين في ذمة المفلس و يتكاسل في الاداء فيتضرر به المولى
فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة و زوال المبدل عن
المولى الا بسلامة البدل له على الكمال نظرا للموالي وترغيبا لهم في عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا الى العتق فاذا
جاء آخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته إلى أكسابه كما في الحر الا أن الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك
أو باخذ الورثة فاذا أدى ذلك الى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل للمولى فيسلم المبدل للمكاتب وهو
رقبته له وأما الابراء فهو انه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه عن الاداء بنفسه وانتقل الى المال
خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصي القاضي فاذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب في آخر
حياته فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج الجواب عما
ذكره الشافعي لما ذكرنا ان الشرط ليس هو من صورة الاداء بل سلامة البدل صورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى
بالابراء وقد حصل ومن أصحابنا من قال ان العتق يثبت بعد الاداء مقصورا عليه و يبقى حيا تقديرا لاحراز شرف
الحرية كما يبقى المولى حيا بعد الموت تقديرا لاحراز شرف الكتابة و يثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة و يقدر حيا
على اختلاف طريق أصحابنا في ذلك على ما عرف في الخلافيات ولو مات المكاتب وترك وفاء وأولادا أحرارا بأن
ولدوا من امرأة حرة يؤدى بدل كتابته وما فضل يكون ميراثا بين أولاده الاحرار لان المكاتب يعتق في آخر جزء

من حياته ثم يموت فيموت حرا فيرث منه أولاده الاحرار وكذلك أولاده الذين ولدوا فى الكتابة لانهم صاروا
مكاتبين تبعا له فاذا عتق هو فى آخر حياته يعتقون هم أيضا تبعا له فاذا مات هو فقد مات حرا وهم أحرار فيرثونه وكذا
أولاده الذين اشتراهم فى الكتابة و الداه لما قلنا وكذا ولده الذى كوتب معه كتابة واحدة لانه عتق معه فى آخر
حياته فيرثه وأما ولده الذى كاتبه كتابة على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا وولده مكاتب والمكاتب
لا يرث الحر ولو مات وترك وفاء وعليه دين أجنبي ودين المولى غير الكتابة وله وصايا من تدبير وغير ذلك وترك
ولدا حرا أو ولدا ولد له فى الكتابة من أمته يبدأ بدين الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقى ميراث بين
سائر أولاده وبطلت وصاياه أما بطلان وصاياه فلوجهين أحدهما يخص التدبير والثانى يعم سائر الوصايا أما الاول
فلان المدبر يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الاعتاق وأما الثانى فلانه اذا أدى عنه بعد الموت فانه
يحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية ثم انتقل الملك الى الوارث والملك
للموصى له يثبت بعقد الوصية الذى هو فعله فاذا لم يتسع الوقت له لا يمكن اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى
الورثة من غير صنع العبد واذا بطلت الوصايا بقيت الديون وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الاجنبي لان الاصل
فى الديون المتعلقة بالتركة انه يبدأ بالاقوى فالاقوى كما فى دين الصحة مع دين المرض ودين الاجنبي أقوى من دين
المولى لانه يبطل بالرق دين المولى ولا يبطل دين الاجنبي بل يباع فيه فيبدأ بدين الاجنبي ثم ينظر فى بقية التركة
فان كان فيها وفاء بدين المولى وبالكتابة بدئ بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى أقوى من دين الكتابة
بدليل انه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط دين المكاتبة عن نفسه قصدا
بأن يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة فكان دين المولى
أقوى فيقدم على دين الكتابة وأن لم يكن فى التركة وفاء بالديون جميعا بدئ بدين الكتابة لانه لو بدئ بقضاء
دين المولى لبطل القضاء لانه اذا قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجزا فتبطل الكتابة فلم يصح
القضاء لانه بالعجز صار قنا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس فى البداءة بقضاء دين الكتابة ابطال القضاء
فيكون أولى فيبدأ بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى فى ذمته فر بما يستوفى منه اذا ظهر له مال وما فضل عن
هذه الديون فهو ميراث لاولاده الاحرار من امرأة حرة ولاولاده المولودين فى الكتابة لانهم عتقوا بعتقه فى آخر
جزء من أجزاء حياته فيرثون كالحر الاصل ولو مات وترك وفاء وعليه دين وجناية ومكاتبة ومهر وأولاد أحرار
من امرأة حرة وأولاد ولدوا فى الكتابة من أمته وأولاد اشتراهم يبدأ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون الباقى
ميراثا لجميعهم لان الدين أقوى من الكتابة لما بينا ثم ينظر الى ما بقى من المال فان كان فيه وفاء بالكتابة فانه يبدأ
بالجناية لانه اذا كان به وفاء بالجناية صار كان المكاتب قن فيقضى عليه بالجناية ومتى قضى عليه بالجناية يصير عاجزا
اذا لم يكن فى الباقى وفاء وان لم يكن فى المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالخيار أو لم يكن فقد مات المكاتب عبدا
وبطلت الجناية لانه لاحق لصاحب الجناية فى مال العبد وانما كان حقه فى الرقبة وقد فاتت الرقبة وهذا اذا كان
القاضى لم يقض بالجناية فى حال حياته فان كان القاضى قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون وأما المهر فان
كان تزوج نكاحا صحيحا باذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وان كان النكاح بغير اذن المولى لا يجب للمرأة شئ مالم
يقض سائر الديون والجناية والكتابة فان فضل شئ يصرف الى المهر لان فى النكاح الفاسد انما يتبع بالمهر بعد
العتاق لانه لا يصح فى حق المولى فاذا زال حق المولى فحينئذ يؤاخذ به فان أديت كتابته وحكم بحريته وحرية أولاده
صار الباقى ميراثا لاولاده كلهم لانهم عتقوا بعتقه وكذلك ان كان الابن مكاتبا معه لانهم عتقوا فى زمان واحد وان
كاتب الابن مكاتبة على حدة لا يرث منه لانه لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه فى حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب
من غير وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة بأن ولدت أمته التى اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمة انسان باذن

مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب و ولدها أو المكاتبة ولدت من غير مولاها فانه يسعى في الكتابة على نجوم أبيه ولا يبطل الاجل لانه اذا مات لا عن وفاء فقد مات عاجزا فقام الولد مقامه كانه حي ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى على نجومه فكذا ولده بخلاف ما اذا مات عن وفاء لانه مات قادرا فيؤدي بدل الكتابة للحال ولا يؤخر الى أجله بل يبطل الاجل لان موت من عليه الدين يبطل الاجل في الاصل كما في سائر الديون وليس ههنا أحد يقوم مقامه حتى يجعل كانه حي واذا أدى السعاية عتق أبوه وهو وأما ولده المشتري في الكتابة فانه لا يسعى على نجومه بل يقال له اما أن تؤدي السعاية حالا أو ترد الى الرق ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة بل يسعى على نجوم أبيه ولا يرد الى الرق الا اذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف وانما كان ذلك لان دخول الولد في الكتابة بطريق التبعية وتبعية الولد المولود في الكتابة أشد من تبعية المشتري في الكتابة لان تبعيته باعتبار الجزئية والجزئية في الولد المولود في الكتابة حصلت في العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم في المكاتب على ما ذكرنا فكذا فيه ولا كذلك الولد المشتري لان جزئيته ما حصلت في العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من اظهار ذلك في الحكم ترتيبا للاحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف وذكر القاضي في شرح الكافي الخلاف في المسئلة وجعل ماذكرنا قول أبي حنيفة وأما على قولهما فالولد المشتري والولد المولود سواء وجه قولهما ان التكاتب على الولد المولود لمكان التبعية وهي موجودة في المشتري وجواب أبي حنيفة عن هذا ان معنى التبعية في المولود أقوى منه في المشتري فلا يصح القياس ولو مات من غير وفاء وترك الديون التي ذكرنا فالخيار في ذلك الى الولد يبدأ بأي ذلك شاء لان المكاتب اذا لم يترك وفاء صار التدبير الى الولد لانه يقضي من كسبه فيبدأ بأي ذلك شاء فان أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف يرد في الرق ولو كان بعض أولاده غائبا و بعضهم حاضرا فعجز الحاضر لا يرد في الرق حتى يحضر الغائب لجواز ان الغائب يحضر فيؤدي ولو مات المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد فان لم يكن معها ولد بيعت في المكاتبة وان كان معها ولد استسعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيرا كان ولدها أم كبيرا بناء على أن المكاتب اذا اشترى أم ولد وليس معها ولد فانها لا تدخل في مكاتبته وكان له أن يبيعها عند ابي حنيفة وكذا الموالاة عندهما تدخل في مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت في الكتابة واذا كان معها فانها تتبع ولدها في الكتابة عند أبي حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولدته في الكتابة و يصير كانه قائم لان الابن قام مقامه وعلى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه قولهما انها انما تسعى لان عتاق الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحدا ولابي حنيفة انه لا وراثة بينه و بينها وانما دخلت في كتابته لكتابة ولدها تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتها لانه كتابة الولد بطلت بموته فيبطل ما كان تبعا له والله عز وجل أعلم ولو ولدت المكاتبة ولدا واشترت ولدا ثم ماتت سعيا في الكتابة على النجوم والذي يلي الاداء المولود في الكتابة وهذا بناء على أن المولود في الكتابة يقوم مقام المكاتب والولد المشتري لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف الا انه يسعى تبعا للولد المولود في الكتابة فلا تجب عليه السعاية ألا ترى ان محمدا ذكر في الاصل فان قلت فلا يجب على الآخر شيء من السعاية قال لا انها لو لم تدع غيره بيع الا أن يؤدي الكتابة عاجلا وانما قلنا ان الذي يلي الاداء هو الولد المولود في الكتابة لما ذكرنا ان الولد المشتري لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبي حنيفة والمكاتبة ولو كاتب حية لكانت تملك كسب ولدها المشتري فكذا الذي يقوم مقامها وان سعى المشتري فادى الكتابة لم يرجع على أخيه بشيء لانه أدى الكتابة من كسب الام لان كسب أم الولد المشتري للام فاذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الام وكسبه لها فلا يرجع ولما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقامها ولو كانت الام باقية فادى الولد المشتري فعتقت الام لم يرجع عليه بشيء كذا هذا وكذا الولد المولود في الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشتري بشيء من هذا المعنى وقال

بعضهم هذا اذا أدى المولود فى الكتابة من مال تركته الام فاما اذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشترى ولم يذكر فى الاصل حكم المولود فى الكتابة وانما ذكر حكم المشترى انه اذا أدى لا يرجع ولو اكتسب هذا الابن المشترى كسبا كان لاخيه أن يأخذه و يستعين به فى كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقام الام وهى لو كانت قائمة لكانت تملك أخذ كسب المشترى وكذا من يقوم مقامها وكذا اذا أراد أن يسلمه فى عمل ليأخذ كسبه فيستعين به فى مكاتبته كان له ذلك وكذلك لو أمره القاضى أن يؤاجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤاجره و يستعين باجره على أداء الكتابة كان ذلك جائز الانه بمنزلتها وما اكتسب الولد المولود فى الكتابة بعد موت أمه قبل الاداء فهو له خاصة لانه داخل فى كتابة الام وقائم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه يحسب من التركة فتقضى منه المكاتبة والباقى منه ميراث بينهما والفرق بينهما ان الولد المولود فى الكتابة قام مقامها فكان حكمها كحكمه وكسب المكاتبة لها كذا كسب ولدها وأما الولد المشترى فلم يقم مقامها غير انه كسبها بجميع ما اكتسبه فيصير كانها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال تؤدى منه كتابتها والباقى ميراثا بينهما كذا هذا وقيل هذا كله قول أبى حنيفة فاما على قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه لان كل واحد منهما لو كان منفردا القام مقام المكاتبة و يسعى على النجوم عندهما فكذا اذا اجتمعا لم يكن أحدهما باولى من الآخر والله عزوجل الموفق وأما الفاسد وهى التى فاتها شىء من شرائط الصحة وهى ماذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شىء من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء لان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شىء مما كان للمالك عنه الى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله وأما الحكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق لان الفاسد من العقد عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا ونفس المكاتب فى قبضته الا ان فى الكتابة الفاسدة اذا أدى يلزمه قيمة نفسه وفى الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف ان الاصل أن يكون الشىء مضمونا بالمثل والقيمة هى المثل لانها مقدار ماليته وانما المصير الى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد لجهالة القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع الى الاصل وهو القيمة كما فى البيع ونحوه وكذا فى الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ الكتابة بغير رضا العبد و يرده الى الرق وليس له أن يفسخ فى الصحيحة الا برضا العبد وللعبد أن يفسخ فى الصحيح والفاسد جميعا بغير رضا المولى لما ذكرنا ان الفاسدة غير لازمة فى حقهما جميعا والصحيحة لازمة فى حق المولى غير لازمة فى حق العبد ثم اذا أدى فى الكتابة الفاسدة ينظر الى المسمى والى قيمة العبد أيهما أكثر على ماذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسواء كان الاداء فى حياة المولى أو بعد موته الى ورثته استحسانا والقياس أن لا يعتق بالاداء الى الورثة وجه القياس أن العتق فى الكتابة الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان فى الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فاذا فسدت بطل معنى المعاوضة فبقى معنى اليمين واليمين تبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى واذا بقى ملكه فاذا مات قبل الاداء انتقل الى ورثته فلا يعتق بالاداء وجه الاستحسان انها مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط بدليل أنه يجب فيها القيمة ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شىء لان القيمة لم تدخل تحت اليمين وكذا الولد المنفصل ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة وأما قوله ان ملك المولى لا يزول فى الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبل قبض البدل فاما بعد القبض فانه يزول ذلك عند الاداء ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم أدت عتقت وعتق ولدها معها لما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والا ولاد يدخلون فى الكتابة الصحيحة كذا فى الفاسدة فان ماتت الام قبل أن تؤدى لم يكن عمل ولدها أن يسعى لان الولد قائم مقام الام ثم الام لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه اذا سعى فيما على أمه يعتق استحسانا والقياس أن لا يعتق وهو على ماذكرنا فيما اذا مات المولى فادت المال الى

ورثته تعتق استحسانا والقياس أن لا تعتق وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شيء من الاحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالاداء الا اذا نص على التعليق بان قال ان أديت الى ألفا فانت حر فادى يعتق لكن لا بالمكاتبة بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه شيء كما في التعليق بسائر الشروط

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فانها تنفسخ بالاقالة لانها من التصرفات المحتملة للفسخ لكون المعاوضة فيها أصلا فتجوز اقالتها كسائر المعاوضات وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى بان يقول فسخت المكاتبة أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا انها وان كانت صحيحة فانها غير لازمة في جانب العبد نظراله فيملك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لانها عقد لازم في جانبه وهل تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان كان له كسب فيؤدي الى ورثة المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدي فيعتق فكان في بقاء العقد فائدة فيبقى وان عجز عن الكسب يزول الى الرق كما لو كان المولى حيا واذا مات المولى فادى المكاتب مكاتبته أو بقية منها الى ورثته وعتق فولاؤه يكون لعصبة المولى لان الولاء لا يورث من المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب الولاء ان شاء الله تعالى وان عجز بعد موت المولى فرد الى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة أخرى فادى اليهم وعتق فولاؤه للورثة على قدر مواريثهم لانه عتق باعتاقهم فكان ماله ميراثا بينهم اذ الولاء يورث به ان كان لا يورث نفسه واما بموت المكاتب فينظر ان مات عن وفاء لا ينفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات لا عن وفاء ينفسخ بالاجماع لانه مات عاجزا فلا فائدة في بقاء العقد فينفسخ ضرورة ولا ينفسخ بردة المولى بان كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لانها لا تبطل بموت المولى حقيقة فبموته حكما أولى ان لا ينفسخ ولهذا لا تبطل سائر عقوده بالردة كذا المكاتبة فان أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم جاز اقراره في قولهم وان قتل أو مات على الردة لم يجز في قول أبي حنيفة اذا لم يعلم ذلك الا بقوله بناء على ان تصرفات المرتد غير نافذة عنده بل هي موقوفة وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ماوليه من التصرفات كذا ذكر في الاصل لان ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر في موضع آخر ولا يجوز قبض المرتد لانه انما يملك لكونه من حقوق العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبة لا يتعلق بالعاقد فلا يملك القبض بخلاف البيع وأما على أصلهما فاقراره بالقبض جائز لان تصرفاته نافذة عندهما فان لم يقبض شيأ حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثا بين ورثته فاخذوا الكتابة ثم رجع مسلما فولاء العبد له لان ردته مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولو دفع الى الورثة بعد موته كان الولاء له كذلك هذا ويأخذ من الورثة ماقبضوه منه ان وجد بعينه كما في سائر أمواله التي وجدها مع الورثة باعيانها لان الوارث انما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الولاء﴾

الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعا عرفنا ذلك بالسنة واجماع الامة والمعقول أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وهذا نص وروى ان رجلا اشترى عبدا فأعتقه فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله اني اشتريت هذا فاعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعله عصبة اذا لم يترك وارثا آخر والثاني انه صلى الله عليه وسلم جعل المعتق مولى المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك ولا يكون مولاه الا وان يكون ولاؤه له

ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله عز وجل والله خلقكم وما تعملون على تقدير تسليم ارادة المعمول من قوله
سبحانه وتعالى وما تعملون فى اثبات خلق الافعال من الله تبارك وتعالى أخبر سبحانه انه خالقهم وخلق معمولهم ولا
معمول بدون العمل فيدل على كون المعمول مخلوق الله عز وجل وقوله صلى الله عليه وسلم ان شكرك فهو خير له لان
المعتق لما أنعم الله عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد أدى ما وجب عليه فكان خيراله وقوله صلى
الله عليه وسلم وشر لك لانه قد وصل اليه شئ من العوض فاوجب ذلك نقصانا فى الثواب لانه يصير كانه أعتقه على
عوض فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل اليه على اعتاقه عوض دنيوى أصلا ورأسا وقوله صلى الله عليه وسلم
وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه اذا خلى عن عوض دنيوى يتكامل ثوابه فى الآخرة وقوله صلى الله عليه وسلم
وشر له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فاذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شراله وروى ان معتق بنت
حمزة رضى الله عنه مات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لابنة حمزة وروى
عن عمر رضى الله عنه وعلى وعبد الله بن مسعود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت وأبى مسعود الانصارى وأسامة
ابن زيد رضى الله عنهم انهم قالوا الولاء للكبير فاتفاق هؤلاء النجباء من الصحابة رضى الله عنهم على لفظ واحد
بدليل سماعهم ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما ان هذا حكم لا يدرك بالقياس فالظاهر قول السماع وسيأتى
تفسير هذا الحديث فى أثناء المسائل ان شاء الله تعالى وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ثبوت هذا الولاء وأما
المعقول فمن وجوه أحدها ان الاعتاق انعام اذ المعتق أنعم على المعتق بايصاله الى شرف الحرية ولهذا اسمى المولى الاسفل
مولى النعمة فى عرف الشرع وكذا سماه الله تعالى انعاما فقال عز وجل فى زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم
واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه
عند استغنائه عنه لمولاه شكر الانعامه السابق ولهذا لا يرث المعتق من المعتق والثانى ان المعتق فى نصرة المعتق حال
حياته ولهذا كان عقله عليه وعليه ان ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره فاذا جنى فقد قصر فى أحد نوعى
النصرة وهو كفه عن الظلم على غيره فجعل عقله عليه ضمانا للتقصير فاذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة
والثالث ان الاعتاق كالايلاد من حيث المعنى لان كل واحد منهما احياء معنى فان المعتق سبب لحياة المعتق
باكتساب سبب الاهلية والمالكية والولاية التى يمتاز بها الآدمى عن البهائم كما ان الاب سبب حياة الولد
باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاد ثم الايلاد سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء
كالايلاد وهذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والله عز وجل أعلم فبعد هذا يقع
الكلام فى مواضع فى بيان سبب ثبوته وفى بيان شرائط الثبوت وفى بيان صفة الثابت وكيفيته وفى بيان قدره وفى بيان
حكمه وفى بيان ما يظهر له أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى
الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه لوجه
الله أو لوجه الشيطان وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار والايلاء
واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو
مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق
الحاصل بالتدبير والاستيلاد ويستوى فيه صريح التدبير والاعتاق والاستيلاد والكتابة والاصل فيه قول
النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل وعلى هذا اذا أمر المولى غيره بالاعتاق فى حال حياته أو بعد
وفاته ان الولاء للآمر لان العتق يقع عنه ولو قال لآخر اعتق عبدك عنى على ألف درهم فأعتق فالولاء للآمر
لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولاء للمأمور لان العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر وجه
القياس انه أمر باعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للآمر بل

للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدونه كالامر بصعود السطح يكون أمرا بنصب السلم والامر بالصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الآمر بدون ثبوت الملك فكان أمر المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمرا بتمليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه صرح بذلك فقال بعنه مني واعتقه عني ففعل ولو قال اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فاعتق فالولاء للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد لان العتق عنه وعند أبي يوسف هذا والاول سواء وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة الاولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهو انه في المسئلة الاولى أمكن اثبات الملك للآمر بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المأمور بائعا عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامره وتوكيله وأما في المسئلة الثانية فلا يمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء لان التمليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض فاذا أعتق فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الآمر فيقع عن نفسه فكان الولاء له فهو الفرق ولو قال أعتق عبدك ولم يقل شيء آخر فأعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لانه عتق عن نفسه لا عن الآمر لعدم الطلب من الآمر بالاعتاق عنه ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق توقف على قبول العبد اذا كان من أهل القبول فان قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فاذا أعتق المالك توقف اعتاقه على اجازة العبد كما اذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على ألف درهم فباعه أنه يتوقف على اجازة فلان كذا هذا وسواء كان المعتق ذكرا أو أنثى لوجود السبب منهما ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقال صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث والمستثنى من المنفي مثبت ظاهرا وسواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين أو كان أحدهما مسلما والآخر كافرا لوجود السبب ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذميا أو ذمي مسلما فولاء المعتق منهما للمعتق لما قلنا الا أنه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين بشيء وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن ويجوز أن يكون الولاء ثابتا لانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على ما ذكر حتى لو أسلم الذمي منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمي الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فانه يرث الولاء لان الذمي يجعل بمنزلة الميت وان لم يكن له عصبة من المسلمين يرد الى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمي فأعتقاه ثم مات العبد فنصف ولائه للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمي من المسلمين ان كان له عصبة مسلم وان لم يكن يرد الى بيت المال ولو أعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه حتى لو خرجا الى دار الاسلام مسلمين لا ولاء له وهذا قول أبي حنيفة ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخلية والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء وعند أبي يوسف يصير مولاه ويكون له ولاؤه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن استيلاده جائز وتصير الجارية أم ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم ان مبنى الاستيلاد على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو أعتق مسلم عبدا له مسلما أو ذميا في دار الحرب فولاؤه له لان اعتاقه جائز بالاجماع وان أعتق عبدا له حربيا في دار الحرب لا يصير مولاه عند أبي حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند أبي يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا ولاء للمعتق على المعتق وللمعتق أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق وله ولاؤه اذا خرجا مسلمين وان سبي العبد المعتق كان مملوكا للذي سباه في قولهم جميعا ولا يخلو اما أن يكون مملوكا أو حرا فان كان مملوكا

كان محلا للاستيلاد والتملك وكذا ان كان حرا لان الحربى الحر محل للاستيلاد والتملك وعلى هذا يخرج ما اذا دخل رجل من أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى عبدا فأعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسبى فاشتراه عبده المعتق فأعتقه ان كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى ان أيهما مات ولم يترك عصبة من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذا الذمى اذا أعتق عبدا له ذميا فأسلم العبد ثم هرب الذمى المعتق ناقضا للعهد الى دار الحرب فسبى وأسلم فاشتراه العبد الذى كان أعتقه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا وكذلك المرأة اذا أعتقت عبدا لها ثم ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الذى كانت المرأة أعتقته فأعتقها كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم العتق كما هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه حفظه فاذا جنى فقد قصر فى الحفظ وأما شرط ثبوته فلثبوت الولاية شرائط بعضها يعم ولاء العتاقة وولاء ولد العتاقة وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة فأما الذى يعمهما جميعا فهو أن لا يكون للعبد المعتق أو لولده عصبة من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرثه من طريق التعصيب وفى العصبات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصبة من جهة النسب أقوى فكان أولى وهذا لان الولاء وان كان لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى فان لم يكن له عصبة من جهة النسب وله أصحاب الفرائض أوذوو الارحام فحكمه يذكر فى موضعين ان شاء الله تعالى وأما الذى يخص ولد العتاقة فمنها أن تكون الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولاء لاحد عليه مادام مملوكا سواء كان الاب حرا أو مملوكا لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية فكان مملوكا لمولى أمه فلا يتصور الولاء ومنها أن لا تكون الام حرة أصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء على ولدها فان كانت الام معتقة والاب معتقا فالولد يتبع الاب فى الولاء ويكون ولاؤه لمولى الاب لا لمولى الام لان الولاء كالنسب والاصل فى النسب هو الاب ومنها أن لا يكون الاب عربيا فان كان الاب عربيا والام مولاة لقوم فالولد تابع للاب ولا ولاء عليه لان الولاء أثر من آثار الرق ولا رق على عربى ولو كان الاب نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاء موالاة أو لم يكن فالولد يتبع الام فى ولاء العتاقة عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يكون تبعا للاب كما فى العربى (وجه) قول أبى يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب الى الآباء وان كان أضعف ألا ترى ان الام لو كانت من العرب والاب من الموالى فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان ولاء الام لمواليها لاجل النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل فصار كمعتقة تزوجت عبدا فيكون ولاء أولادها لمواليها ومنها أن لا يكون للاب مولى عربى فان كان لا ولاية لاحد عليه لان حكمه حكم العربى لقول النبى صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون الولد معتقا فان كان لا يكون ولاؤه لموالى الاب ولا لموالى الام بل يكون لمن أعتقه لانه اذا أعتق صار له ولاء نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق فلا يكون تبعا لغيره فى الولاء وبيان هذا الاصل يذكر فى بيان صفة الولاء وأما صفته فله صفات منها ان الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولاء مال المعتق بطريق العصوبة ويكون المعتق آخر عصبات المعتق مقدما على ذوى الارحام وعلى أصحاب الفرائض فى استحقاق ما فضل من سهامهم حتى انه لو لم يكن للمعتق وارث أصلا أو كان له ذو الرحم كان الولاء للمعتق وان كان له أصحاب الفرائض فانه يعطى فرائضهم أولا فان فضل شئ يعطى المعتق والا فلا شئ له ولا يرد الفاضل على أصحاب الفرائض وان كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء وهو قول على وابن عباس وزيد رضى الله عنهم وروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه لا يرث بطريق التعصيب وهو مؤخر عن أصحاب الفرائض فى

استحقاق الفاضل وعن ذوى الارحام أيضا واحتجوا بظاهر قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فظاهره يقتضى أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق (وجه) قول الاولين مار وينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل ولاء مولى بنت حمزة رضى الله عنه بينها وبين بنت معتقها نصفين فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنه مقام العصبات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق ولو كان الامر كما زعموا لامر صلى الله عليه وسلم بالرد كما فى سائر المواريث اذا لم يكن هناك عصبة وقال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر وأولى رجل ذكر ههنا هو المولى وروى فلاولى عصبة ذكر وهو المولى ههنا وأما الآية الكريمة فقال بعضهم فى تأويلها أى ذو و الارحام من العصبة بعضهم أولى ببعض أى الاقرب من ذوى الارحام من العصبات بعضهم أولى ببعض من الابعد كالابن مع ابن الابن والاخ لاب وأم مع الاخ لاب ونحو ذلك واذا عرف هذا الاصل فبيانه فى مسائل اذا مات المعتق وترك أما ومولى فللام الثلث والباقى للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الآخرين الثلث للام بالفرض والباقى ردا عليها أيضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقى للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الآخرين النصف للبنت بالفرض والباقى ردا عليها ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات وأما وترك مولاه فللاخت للاب والام النصف وللاخت للاب السدس تكملة الثلثين وللاخت للام السدس وللام السدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شئ للمولى وان ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو الربع والباقى للمولى بلا خلاف وكذا اذا كان المعتق أمة فتركت زوجها ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقى للمولى أما على قول الاولين فلان المولى عصبة فكان الباقى له وأما على قول الآخرين فلانه لا سبيل الى الرد اذ لا يرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتق عمة وخالة ومولاه فالمال للمولى فى قول الاولين لانه آخر العصبات يقدم على ذوى الارحام وفى قول الآخرين للعمة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوى الارحام عليه وقس على هذا نظائره وعلى هذا يخرج ما اذا اشترت المرأة عبدا فأعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة النصف وما بقى فلمولاته لانها عصبة وهذا قول الاولين وأما على قول الآخرين فالباقى يرد عليها بالقرابة واذا اشترت أباها فعتق ثم مات الاب وليس له عصبة فلابنته النصف بالنسب وما بقى فلابنته أيضا بحق الولاء بالرد لانها عصبة الاب فى الولاء وعلى قول الآخرين ما بقى يرد عليها بالقرابة فان كان الاب أعتق عبدا قبل أن يموت ثم مات الاب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة فانها ترثه لانه معتق معتقها فكان ولاؤه لها لقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن الحديث والاستثناء من النفى اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وأم أباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقى فلهما أيضا بلا خلاف ولكن عند الاولين بطريق العصوبة لانهما عصبة وعند الآخرين بطريق الرد وان اشترت احداهما اباها ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وللتى اشترت الاب الثلث والباقى خاصة بالولاء فى قول الاولين لانها عصبة وفى قول الآخرين الباقى يرد عليهما نصفين فان اشترتا أباهما ثم ان احداهما والاب اشتريا أخالهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين الابنتين وبين الابن للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وعن ابنتين حرتين فكان الميراث لهم بالقرابة فلا عبرة للولاء فى ذلك فان مات الابن بعد ذلك فلاختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقى نصفه للتى اشترته مع الاب خاصة لان لها نصف ولاء الاخ لانه عتق بشرائها وشراء الاب فكان ولاؤه بينهما وما بقى فبينهما نصفان لانهما مشتركتان فى ولاء الاب فصار حصة الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسئلة من اثنى عشر للاختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقى وذلك سهمان للتى اشترته مع الاب بالولاء ونصف الثلث بينهما نصفان بولاء الاب لكل واحدة منهما سهم فصار للتى اشترته سبعة أسهم وللاخرى خمسة أسهم وهذا على قياس قول على

وابن عباس و زيد رضي الله عنهم وأما على قياس قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما اذا مات الابن بعد موت الاب فلاختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما فان اشترت احداهما الاب واشترت الاخرى والاب أخاهما ثم مات الاب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك فللاختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقي للتي اشترت الاخ مع الاب وما بقي فهو للتي اشترت الاب خاصة فيصير المال بينهما نصفين وهذا على قول علي وابن عباس و زيد رضي الله عنهم وأما على قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فالثلث الباقي يرد عليهما والله عز وجل الموفق ومنها انه لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سبيله سبيل الميراث وانما يستحقه عصبة المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الاناث ولا الذكور من أصحاب الفرائض والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث أى لا يورث من المعتق لاجماعنا على أنه يورث من المعتق ولان الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وان كان يورث به فكذا الولاء وروينا عن النجباء السبعة رضى الله عنهم أنهم قالوا بلفظ واحد الولاء للكبر فالظاهر هو السماع فان لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولاء للكبر أى للاقرب وهو أقرب العصبة الى المعتق يقال فلان أكبر قومه اذا كان أقربهم الى الاصل الذى ينسبون اليه وانما شرطنا الذكورة فى هذه العصوبة لان الاصل فى العصبة هم الذكور واذ العصبة عبارة عن الشدة والقوة قال الله تبارك وتعالى خبرا عن بنى يعقوب عليهم الصلاة والسلام اذ قالوا ليوسف وأخوه أحب الى أبينا منا ونحن عصبة أى جماعة أقوياء أشداء قادرون على النفع والدفع وهذا قول عامة العلماء وعن ابراهيم النخعي وشريح ان الولاء يجرى مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله الا أنه انما يرث منه الرجال لا النساء بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء الا ما أعتقن الخبر وكان شريح يقول من أحرز شيأ فى حياته فهو لورثته بعد موته واحتجا بما روى عن الصحابة رضى الله عنهم انهم قالوا من أحرز المال أحرز الولاء فقد أنزلوه منزلة المال فدل على أن حكمه حكم المال والجواب ان معنى قولهم من أحرز المال أحرز الولاء أى من أحرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق أحرز الولاء أيضا بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع وبالحديث فعلم ان المراد منه العصبات وبه نقول ولان فى الحمل على ما قلنا عملا بالدلائل بقدر الامكان فهو أولى ثم بيان هذا الاصل فى مسائل فى رجل أعتق عبدا له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فولاؤه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه لانه الاكبر اذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق لا يوم موت المعتق ويعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن ألا ترى ان الابن قد يكون أكبر سنا من عمه الذى هو ابن المعتق وهذا على قول عامة العلماء وأما على قول ابراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين لانه يجرى مجرى الميراث عندهما فكأنما مات المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولاء اليهما ثم اذا مات أحدهما انتقل نصيبه الى ولده كما فى ميراث المال فان مات الابن الباقي وترك ابنا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا الميت وبين ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما فى العصوبة وأما على قول ابراهيم النخعي وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما الى ولده ولو كان الاول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقي وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابني الاول يكون اثلاثا عندنا لاستواء الكل فى العصوبة وعندهما الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا والنصف الآخر بين ابني الاول نصفين لانهما يجعلان لكل ولد واحد حصة أبيه فان مات المعتق وترك ثلاثة بنين فمات البنون وترك أحدهم ابنا واحدا وترك الآخر خمسة بنين وترك الثالث عشرة بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤس فى قول عامة العلماء لاستوائهم فى العصوبة والقرب من المعتق وعلى قول ابراهيم وشريح المال بينهم أثلاثا ثلث لابن

الابن الواحد والثلث الآخر بين الخمسة بنى الابن والثلث الآخر بين العشرة بنى الابن فتصح فريضتهم من ثلاثين
سهما للابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بنى الابن الآخر على خمسة وعشرة بين بنى الابن الآخر وهو
الثالث على عشرة ولو أعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكه فى الاعتاق ثم مات
العبد المعتق فنصف الولاء لابنه الذى هو شريك أبيه خاصة لانه شريكه فى الاعتاق والنصف الباقى بينهما نصفان
لان ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه للابن الذى كان شريك
أبيه والربع للآخر فان مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلابن الابن نصف الولاء الذى
كان لابيه خاصة والنصف الآخر للابن وحده لانه الكبر من عصبة الاب فكان أحق بنصيبه من الولاء فيصير
نصف الولاء للعم ونصفه لابن أخيه فان مات العم وترك ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابن شريك أبيه
خاصة والنصف الآخر بينه وبين ابنى عمه أثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك أبيه الثلثان ويصير
لابنى عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان مات المعتق وترك ابنا وأبا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن وابن
الابن وان سفل لا للاب فى قول أبى حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء وعند أبى يوسف سدسا الولاء للاب والباقى للابن
وهو قول ابراهيم النخعى وشريح وهذا على أصلهما صحيح لانهما ينزلان الولاء منزلة الميراث والحكم فى الميراث هذا
وانما المشكل قول أبى يوسف لانه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الارث بل يجعله لعصبة المعتق بنفسها والاب
لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة كما فى ميراث المال فكان الابن هو العصبة فكان الولاء له فان مات
المعتق وترك أبا وثلاثة اخوة متفرقين أخا لاب وأم وأخا لاب وأخا لام ثم مات العبد المعتق فالولاء للاب خاصة
لانه العصبة فان مات الاب ثم مات العبد المعتق فالولاء للاخ من الاب والام لانه أقرب العصبات الى المعتق
فان مات الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع الى الاخ لاب لانه الكبر فان مات الاخ من الاب وترك
ابنا فان الولاء يرجع الى ابن الاخ للاب والام لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب والام وترك ابنا فان
الولاء يرجع الى ابن الاخ من الاب لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن
ابن الاخ من الاب والام لانه أقرب ولا يرث الاخ من الام ولا أحد من ذوى الارحام شيأ من الولاء على ما بينا فيما تقدم
ولو مات المعتق وترك جده أبا أبيه واخاه لابيه وأمه أو لابيه فالولاء للجد لا للاخ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف
ومحمد الولاء بين الجد والاخ نصفين بناء على انه لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما يورثان الاخ مع الجد بالتعصيب
فان مات المعتق وترك ابنا وبنتا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن لا للبنت لان الابن هو العصبة بنفسه لا البنت
ولقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو اعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن ولم
يوجد ههنا المستثنى فبقى استحقاقها الولاء على اصل النفى وجملة الكلام فيه ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق
من اعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن وأولادهم وأولاد أولادهم وان سفلوا اذا كانوا من امرأة
معتقة أو ما جر معتقهن من الولاء اليهن وبيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا لها ثم مات العبد ولا وارث له فولاؤه
للمرأة لقوله صلى الله عليه وسلم خاصة فى النساء ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله صلى
الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ومن تعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبدا له ثم مات العبد الاسفل ولم
يترك وارثا فولاؤه لمولاه الذى اعتقه ولا يرث مولاه منه شيأ لانه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها
فكان اثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك عصبة ثم مات العبد الاسفل فولاؤه للمرأة
المعتقة لانه معتق معتقها فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم أو اعتق من اعتقن ولو ترك العبد الاعلى عصبة فماله
لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولاء ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثانى أعتق
ثالثا والثالث اعتق رابعا فيراثهم كلهم اذا ماتوا لها اذا لم يخلف من مات منهم مولى اقرب اليه منها ولا عصبة ولو كاتبت

المرأة عبدالها فادى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولاؤه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم أو كاتبن وكذا لو كان العبد
المكاتب كاتب عبده من اكسابه فادى الاسفل أولا فعتق كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من أهل الولاء لانه
عبد مملوك بعد وكذا اذا اديا جميعا معا فعتقا فولاؤهما لها لقوله صلى الله عليه وسلم أو كاتب من كاتبن وكذا اذا دبرت
امرأة عبدالها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤه امنها حتى يكون للذكور من عصبتها وكذا اذا ماتت المرأة حتى عتق
المدبر بموتها فدبر عبدا له فولاؤه يكون لعصبتها وكذا ولاء أولادها وولاء أولاد أولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة
يكون لها لان ولاءهم يثبت لآبائهم وولاء آبائهم لها كذا ولاء أولادهم امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولدا
فولاء الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شئ وهذا مما لا يشك فيه لان أبا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك
ولا يتصور ولاء العتاقة بدون العتق فلو أعتقت المرأة عبدها جر العبد المعتق ولاء الولد الى مولاته حتى لو مات الولد
ولا وارث له كان ماله لابيه فان لم يكن له أب فان كان مات فولاؤه للمرأة التي أعتقت اباه هذا تفسير جر موالى النساء
الولاء اليهن والله عز وجل أعلم امرأة أعتقت عبدالها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولاء معتقها لولدها الذكور ان كانوا
من عصبتها وعقله عليهم أيضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها لولدها الذكور الذين هم من غير
عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها فان انقرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها
عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها لان الولاء للكبر وانه لا يورث وكذلك ماروى عن على رضى الله عنه انه قال
يرجع الولاء الى عصبتها اذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلماء واذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها
موالى اعتقوها فالولاء لمواليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيها لعصبة البنين دون عصبتها لانه يجعل الولاء ميراثا
كالمال وبيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لاخيها
بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاله واباه فان الولاء للخال دون الاب لان الخال أخ المعتقة وهو عصبتها والاب
لا قرابة بينه وبين المعتقة وعلى قول شريح الولاء الذي للاخ ينبغي ان يكون للاب لا للخال لان الاب عصبة
الابن وكذلك اذا مات الابن وترك أخا لاب أو عما أو جدا من قبل أبيه أو ترك ابني عم أو ترك موالى أبيه
فهذا كله سواء والولاء يرجع الى عصبة الام الاقرب منهم فالاقرب ان كان لها بنو عم يرجع اليهم وان لم يكن
وكان لها موالى اعتقوها يرجع الولاء اليهم وفي قول شريح لا يرجع الولاء ويمضى على جهته وعن الشعبي وابن
أبي ليلى ان الولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضا دون سائر عصبة المعتقة وقالا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه
لان الخراج بالضمان والصحيح قول العامة لما ان عليا والزبير رضى الله عنهما اختصما الى عمر رضى الله عنه في ولاء
مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هي أمي فانا ارثها ولى ولاؤها وقال على هي عمتي وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها
فلى ولاؤها فقضى عمر رضى الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على على رضى الله عنه والمعنى فيه ان استحقاق الميراث
بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الاخ وابن العم وأما العقل فبالتناصر ألا ترى ان أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر
ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل
بالميراث غير سديد لان العقل ليس يتبع الميراث لا محالة الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث وأخواته ولو جنى
جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته ولو اعتق أمة له ثم غرقا جميعا ولا يدرى أيهما مات أولا
لم يرث المولى منها وكان ميراثه لعصبة المولى ان لم يكن لها وارث واصل المسئلة ان الغرقى والهدمى لا يرث بعضهم
بعضا عندنا وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم لان كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كانهما وقعا معا
والمسئلة تعرف في كتاب الفرائض ومنها انه لازم حتى لا يقدر المعتق على ابطاله حتى لو اعتق عبده سائبة بان
اعتقه وشرط ان يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا وولاؤه له عند عامة العلماء وقال مالك ولاؤه لجميع
المسلمين والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وكذا لا يملك نقله الى غيره حتى لا يجوز بيعه

وهبته

وهبته والتصدق به والوصية. وهذا قول عامة العلماء وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روى ان اسماء رضى الله عنها اعتقت عبدا فوهبت الولاء لابن مسعود رضى الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه التصرفات المال والولاء ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ما روى عن اسماء رضى الله عنها فيحتمل ان يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولاء وهو المال فرواه الراوى ولاء لكونه مستحقا بالولاء أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل وكذا اذا باع عبدا وشرط على المشترى ان يكون ولاؤه له فالشرط باطل و يكون ولاؤه للمشترى اذا أعتق عبده وشرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح و يكون ولاؤه له لما روى ان عائشة رضى الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها ان يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فى خطبته ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان مائة شرط وهل يحتمل الولاء التحول من محل الى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق الزم الولاء المعتق وان ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول اذا قام دليل التحول و بيان هذه الجملة عبد تزوج امة لقوم فولدت منه ولدا فأعتقها مولاها وولدها او كانت حبلى به حين أعتقها او أعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او كانت معتدة من طلاق أو موت فولدف لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد اعتق الاب رجل آخر كان ولاء الولد للذى اعتقه مع امه ولا يتحول الى مولى ابيه وان اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا اذا اعتقها وهى حبلى لما قلنا وكذا اذا أعتقها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه فى البطن وقت الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فيثبت ولاؤه بالاعتاق فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا يتحول ولاؤه الى موالى الاب لانا لم نعلم يقينا انه كان فى البطن وقت اعتاق الام فيجعل كانها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا للام و يثبت له الولاء من موالى امه على جهة التبعية و ولاء الولد اذا ثبت لموالى الام على وجه التبعية يتحول الى موالى الاب اذا أعتق الاب لما نذكر ان شاء الله عزوجل واذا كانت الام معتدة من طلاق أو موت فان نسب الولد يثبت الى سنتين لان الوطء كان حراما فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد فى البطن يوم الاعتاق فاذا حكمنا بوجوده يوم الاعتاق يثبت الولاء بالاعتاق فلا يتحول الى غيره واذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية فان أعتق ابوه جر ولاء الولد الى مولاه هكذا روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق ابوه جر الولاء وعن الزبير بن العوام رضى الله عنه أنه أبصر فتية لعساء أعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج رضى الله عنه وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الى وقال رافع بل هم موالى فاختصما الى عثمان رضى الله عنه فى ولاء الولد فقضى بولائهم للزبير يعنى ان الاب جر ولاء ولده الى مولاهم وهو الزبير حين أعتقه الزبير وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الاصل فى الولاء هو الاب لان الولاء لحمة كلحمة النسب والاب هو الاصل فى النسب حتى ينسب الولد الى الاب ولا ينسب الى الام الا عند تعذر النسبة الى الاب وكذا فى اعتبار الولاء وانما يعتبر جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من أهل الولاء ولا تعذر ههنا فيعتبر جانبه ولان الارث بالولاء من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الاب اقوى فكان أولى ولو مات الاب عبدا ولم يعتق كان ولاء ولده لموالى الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الاب وأما الجد فهل يجر ولاء الحافد بان كان للاب الذى هو عبد اب عبد وهو جد الصبى فاعتق الجد والاب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما باسلام الجد وولاء اولاد ابنه العبد لموالى الام لا لموالى الجد وقال الشعبى يجر و يكون مسلما باسلام الجد وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب فى الولاية فان الاب اذا كان عبدا تتحول الولاية الى الجد فكذا يقوم مقامه فى جر الولاء والاسلام ولنا أن الاب

فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولاء والاسلام ولان الجد لوجر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالي الام رأسا اذ لا شك ان أصله يكون حرا امامن الجد أي لأبيه أو من قبله من الاجداد الى آدم صلى الله عليه وسلم فلما ثبت الولاء لموالي الام في الجملة ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلامه لصار مسلما باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام آدم صلى الله عليه وسلم وينبغي أن لا يجوز استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعا للجد في الولاء باطل وأما بيان قدره فالولاء يثبت بقدر العتق لان سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب وبيانه في العبد المشترك بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر او معسر وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب العتاق بناء على تجزي العتق وعدم تجزيه والله أعلم وأما بيان حكم الولاء فله احكام منها الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الادلة ويرث مال أولاده عند وجود شرط الارث وهو ماذكرنا ومنها تحمل العقل للتقصير في النصرة والحفظ ومنها ولاية الانكاح لانه آخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق فان كان العتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم توقف الولاء كما اذا اشترى رجل عبداً ثم ان المشتري أقر ان البائع كان قد اعتقه قبل أن يبيعه فهو حر وولاؤه موقوف اذا جحد البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه الولاء وعليه أن يرد الثمن على المشتري وكذا ان صدقه ورثته بعد موته أما حرية العبد فان اعتاق البائع ان لم يثبت في حق البائع باقرار المشتري لتكذيب البائع اياه فقد ثبت في حقه لانه في اقراره على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد في حقه لكن ليس له أن يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد في حقه وأما كون الولاء موقوفا فلأنه لا يمكن اثباته للمشتري لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد عن نفسه ولا يمكن اثباته للبائع لان اقرار المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوما فبقي ولاء العبد موقوفا على تصديق البائع له وورثته فان صدقه البائع لزمه الولاء لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشتري لانه تبين أنه باع حراً وكذا اذا مات البائع فصدقه ورثة المشتري لان ورثته قاموا مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت هذا اذا أقر المشتري باعتاق البائع فانه أقر بتدبيره وانكر البائع فمات البائع عتق العبد لان اقرار المشتري بالتدبير من البائع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فاذا مات نفذ اقراره في حقه ان لم ينفذ في حق البائع لما قلنا فيحكم بحرية العبد على المشتري وولاؤه يكون موقوفاً لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحسانا والقياس ان لا يلزمه في هذا وفي الوجه الاول أيضا وجه القياس أن ولاء الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات ولاء لم يثبت فلا يملكون ذلك كما لا يملكون اثبات النسب وجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشاء سببه في الحال لانهم يملكون اعتاق العبد للحال فكان اقرارا على أنفسهم بثبوت الولاء لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم في حق أنفسهم بثبوت الولاء وكذلك امة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات أحدهما عتقت الجارية وولاؤها موقوف أما العتق فلان كل واحد منهما اقر على صاحبه بعتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار كل واحد منهما في حق نفسه ويكون ولاؤها موقوفا لان كل واحد منهما نفى الولاء عن نفسه والحقه بصاحبه فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقي موقوفا وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وجحد الآخر فالعبد حر وولاؤه موقوف حتى لومات وترك مالا لم يرثه واحد منهما ويوقف في بيت المال الى ان يصدق أحدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسائل ثم كل ولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال وانما يوقف ميراثه ببيت المال لان ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه موقوفا أيضا لانه يثبت به فيوقف في بيت المال كاللقطة وأما جنايته فانما لا تحمل عنه بيت المال لان له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال ويصير هو عاقلة نفسه في هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف

الميراث فانه لا يمكن اثباته لغير مستحقه ولا يستحق الا أحدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال ضرورة وهذا بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال و يعقل عنه أيضا لان ههنا ولاؤه كان ثابتا من انسان الا انه لا يعرف وانما يجعل العقل على بيت المال اذا لم يكن له ولاء ثابت الا ان ميراثه يوضع في بيت المال لانه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يظهر به الولاء فالولاء يظهر بالبينة مرة و بالاقرار أخرى أما البينة فنحو ان يدعي رجل انه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان ان هذا الحي أعتق هذا الحي أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فقبلت ولو شهدا ان الميت مولاه ووارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسر الولاء لان الولاء يختلف قد يكون ولاء عتاقة وقد يكون ولاء موالاة وأحكامها تختلف فما لم يفسر كان مجهولا فلا يقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة أيضا لم يجز لان مولى العتاقة نوعان أعلى وأسفل واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السواء فلا تقبل الشهادة الا بالبيان والتفسير ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق وأقام كل واحد منهما بينة جعل ميراثه بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان في الاستحقاق ولو وقتا وقتا فالسابق وقتا أولى لانه أثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثاني مستحقا عليه ولو كان هذا في ولاء الموالاة كان صاحب الوقت الآخر أولى لان ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ فكان عقد الثاني نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول أنه كان قد عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فاشبه ولاء العتاقة وان أقام رجل البينة انه أعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له القاضي بميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشترى من الاول قبل ان يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الاول لان الاصل أن القاضي اذا قضى بقضية فانه لا يسمع ما ينافيها الا اذا تبين ان القضاء الاول كان باطلا واذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم يتبين بطلان القضاء الاول فلا تقبل البينة من الثاني الا اذا قامت على الشراء من الاول قبل ان يعتقه فيقبل و يقضي للثاني و يبطل قضاؤه للاول لانه تبين بهذه الشهادة ان الاول أعتق ما لا يملك فتبين انه وقع باطلا وصح الثاني وأما الاقرار فنحو ان يقر رجل انه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق أو تحت وصدقه الآخر وهو مولاه يرثه و يعقل عنه قومه لان الولاء سبب يتوارث به فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح فان كان له أولاد كبار فانكروا ذلك وقالوا أبونا مولى العتاقة لفلان آخر فالاب مصدق على نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للاب على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليهم و يصح اقرارهم على أنفسهم لان لهم ولاية على أنفسهم وان كان الاولاد صغارا كان الاب مصدقا لانه له ولاية على أولاده الصغار ألا ترى انه لو عقد مع انسان عقد الولاء تبعه أولاده الصغار وان كذبته الام وقت ولاءه لم يلتفت الى قولها و يؤخذ بقول الاب لان الاب اذا كان حيا كانت الولاية له والولاء يشبه النسب والنسب الى الآباء وكذلك ان قالت هم ولدي من غيرك لم تصدق لانهم في يد الاب دون الام فلا تصدق الام أنهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقي بخمسة اشهر فهو مولى الموالي وقال الزوج ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر في حال يكون ولاؤه لمولى الاب والمرأة تدعي انها ولدت في حال يكون ولاؤه لمولى الام فكان الحال شاهدا للزوج فلا يقبل قولها الا ببينة ونظيره هذا الزوج والمرأة اذا اختلفا فقال أحدهما كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذي يدعي ان النكاح قبل ستة أشهر لان الولد ظهر في حال اثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح و يصح الاقرار بولاء العتاقة في الصحة والمرض لانه سبب التوارث فيستوي فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال أعتقني فلان أو فلان وادعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل لانه اقرار بمجهول فان أقر بعد ذلك لاحدهما أو لغيرهما انه مولاه

جاز لان اقراره الاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له ان يقر لمن شاء والله عز وجل أعلم .

﴿فصل﴾ وأما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته شرعا وفي بيان سبب الثبوت وفي بيان شرائط الثبوت وفي بيان صفة السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر به أما الاول فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء قال أصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وهو قول ابراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه لا يورث به ويوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه قولهما ان في عقد الولاء ابطال حق جماعة المسلمين لانه اذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة المسلمين ألا ترى انهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم ولهذا قالا اذا أوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لم يصح لانه اذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك ابطال حقهم كذا هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لانه سبحانه وتعالى أضاف النصيب اليهم فيدل على قيام حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث لان هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون لكن عند عدم ذوي الارحام عرفناه بقوله عز وجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وأما السنة فما روي عن تميم الداري رضي الله عنه انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن أسلم على يدي رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس به محياه ومماته أي حال حياته وحال موته أراد به صلى الله عليه وسلم محياه في العقل ومماته في الميراث وأما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث بولاء الايمان فقط لانه بيت مال المؤمنين قال الله عز وجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وللمولى هذا الولاء وولاء المعاقدة فكان أولى من عامة المؤمنين ألا ترى ان مولى العتاقة أولى من بيت المال للتساوي في ولاء الايمان والترجيح لولاء العتق كذا هذا الا أن مولى الموالاة يتأخر عن سائر الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الارحام لان الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد فيخلف عن ذوي الارحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذي هو احياء وايلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وأما قولهما ان جماعة المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد فنقول انما يصيرون ورثته اذا مات قبل المعاقدة فاما بعد المعاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه تصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث وأما سبب ثبوته فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذي أسلم على يد انسان له أو لغيره أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذي أسلم على يديه أو لآخر بعد ان ذكر الارث والعقل في العقد ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذي والاه عند عامة العلماء وعند عطاء هو مولى للذي أسلم على يده والصحيح قول العامة لقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم جعل الولاء للعاقد وكذا لم ينقل ان الصحابة أثبتوا الولاء بنفس الاسلام وكل الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد انه ليس له أن يوالي غير الذي أسلم على يده فثبت أن نفس الاسلام على يد رجل ليس سببا لثبوت الولاء له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الارث والعقل وأما شرائط العقد فمنها عقل العاقد اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب فلا ينعقد الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتى لو أسلم الصبي العاقل على يد رجل والاه لم يجز وان أذن أبوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل انما يقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقوده باذنه كالبيع ونحوه كذا عقد الموالاة وأما من جانب

القبول

القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبيا فقبل الصبي ينعقد موقوفا على اجازة أبيه أو وصيه فان أجاز جاز لان
هذا نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله فى سائر العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كسائر العقود وللاب
والوصي أن يقبلا عنه كما فى البيع ونحوه وكذلك لو والى رجل عبدا فقبل العبد وقف على اجازة المولى فاذا أجاز
جاز الا ان فى العبد اذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفى الصبي اذا أجاز الاب والوصي فيكون الولاء من الصبي
وانما كان كذلك لان العبد لا يملك شيأ فوقع قبوله لمولاه ألا ترى انه لو اشترى شيأ كان المشترى لمولاه فاما الصبي
فهو من أهل الملك ألا ترى انه لو اشترى شيأ كان المشترى له ولو والى رجل مكاتبا جاز وكان مولى لمولى المكاتب
لان قبول المكاتب صحيح ألا ترى انه يملك الشراء فجاز قبوله الا ان الولاء يكون للمولى لان المكاتب ليس من أهل
الولاء ألا ترى انه لو كاتب عبدا فادى وعتق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فانه من أهل الولاء ألا ترى ان الاب
لو كاتب عبد ابنه الصغير فادى فعتق ثبت الولاء من الابن وأما الاسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فتجوز
موالاة الذمي الذمي والذمي المسلم والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو أوصى ذمي لذمي أو لمسلم أو
مسلم لذمي بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي اذا والى ذميا ثم أسلم الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة
ليست بشرط فتجوز موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلا وكذا دار الاسلام حتى لو أسلم حربي فوالى مسلما فى دار
الاسلام أو فى دار الحرب فهو مولاه لان الموالاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام وبدار
الحرب والله عز وجل أعلم ومنها أن لا يكون للعاقد وارث وهو أن لا يكون له من أقاربه من يرثه فان كان لم يصح العقد
لان القرابة أقوى من العقد ولقوله عز وجل وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وان كان له زوج
أو زوجة يصح العقد وتعطى نصيبها والباقي للمولى ومنها أن لا يكون من العرب حتى لو والى عربي رجلا من غير قبيلته
لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل وانما
تجوز موالاة العجم لانهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لاجل التناصر وأما الذي هو من العرب فله
قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة وكذا ولاء الموالاة ولانه لما لم
يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى وكذلو والت امرأة من العرب رجلا من غير قبيلتها لما بينا
ومنها أن لا يكون من موالي العرب لان مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون
معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ وولاء
الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الاقوى بالاضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه بيت المال لانه لما عقل عنه بيت
المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله الى واحد منهم بعينه فان كان قد عقل عنه لم يجز أبدا لانه سواء
كان عاقد غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فان ميراثه لمن عاقده أولا فعقل عنه أو لبيت المال لانه لما
عاقد غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ لما نذكر فلا يصح معاقدته غيره وكذا
اذا عقل عن الذي يواليه وان كان عاقد غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان
اقدامه على الثاني فسخا للاول وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى رجلا كان له أن يتحول عنه
بولائه الى غيره لانه عقد لا يملك به شئ فلم يكن لازما كالوكالة والشركة ولانه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة
فكذا عقد الموالاة الا اذا عقل عنه لانه اذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضي وفى التحول به الى غيره فسخ
قضائه فلا يملك فسخ القضاء وكذا له أن يفسخه صريحا قبل أن يعقل عنه لان كل عقد غير لازم لكل واحد من
العاقدين فسخه كسائر العقود التى هي غير لازمة ولان كل عقد يجوز لاحد العاقدين فسخه يجوز للآخر كسائر العقود
القابلة للفسخ وهاهنا يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا الآخر الا انه ليس له أن يفسخه الا بحضرة
الآخر أي بعلمه لانه تعلق به حق الآخر فلا يملك اسقاطه مقصورا من غير علمه كعزل الوكيل مقصورا من غير علمه

الا أن يوالى الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا دلالة وان لم يحضر صاحبه أو انتقاضا ضرورة لأنه لا يملك موالاة غيره الا بانفساخ الاول فينفسخ الاول دلالة وضرورة وقد يثبت الشيء دلالة أو ضرورة وان كان لا يثبت قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به لم يصح عزله ولو باع العبد أو أعتقه انعزل الوكيل علم أو لم يعلم كذا هذا والله الموفق وأما حكم العقد فالعقل في حال الحياة والارث بعد الموت وهو أن المولى الاعلى يعقل عنه في حال حياته ويرثه بعد موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ويرث الاسفل من الاعلى أيضا اذا شرط ذلك في المعاقدة بخلاف ولاء العتاقة أن هناك يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سبب الارث هناك وجد من الاعلى لا من الاسفل وهو العتق والسبب ههنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولاء في الرجال يثبت في أولادهم الصغار تبعا لهم حتى لو والى انسانا وله أولاد صغار صاروا موالى للذي والاه الاب وكذا اذا والى انسانا ثم ولد له أولاد دخلوا في ولاء الاب بطريق التبعية ولان للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير أولاده الكبار موالى بموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا آخر فولاؤه له لا لمولى أبيه ولو كبر بعض أولاده الصغار فاراد التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد عقل عنه أو عن أبيه أو عن أحد اخوته لم يكن له أن يتحول وان لم يكن عقل عن أحد منهم كان له ذلك أما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب لجاز له التحول وكذا اذا كبر في العقد لان المانع من السراية في الحالين واحد وهو عدم التبعية والولاية وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضي به وفي التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغار لا يصيرون موالى للذي والته أمهم ولا تشبه الام في هذا الباب الاب لانه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار ألا ترى انها لا تشترى لهم ولا تبيع عليهم وللاب أن يفعل ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف في المسئلة فقال يثبت حكم ولائها في أولادها الصغار في قول أبي حنيفة وعندهما لا يثبت ولو والى رجل رجلا ثم ولد من امرأة قد والت رجلا فولاء الولد لمولى الاب لانه اجتمع ولاآن ولاء الاب وولاء الام فترجح جانب الاب لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام ألا ترى ان للاب أن يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولاء وكذا لو والت وهي حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة لان في ولاء العتاقة اذا أعتقها وهي حبلى يثبت الولاء بالعتق والعتق يثبت في الولد كما يثبت في الام فكان للولد ولاء نفسه لكونه أصلا في العتق فاما ولاء الموالاة فبالعقد وعقدها لا يجوز على ما في بطنها فلم يصر الولد أصلا في الولاء فكان تبعا للاب في الولاء كما في المسئلة الاولى وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالت الام انسانا ثم والى الاب آخر فولاء الاولاد لموالى الاب لما قلنا ذمية أسلمت فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولاء ولدها لمولاها في قول أبي يوسف ومحمد وفي قياس قول أبي حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها أن تعقد على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء ولابي حنيفة ان الذمي لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولاء من الاب والولاء اذا تعذر اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما اذا كان الاب عبدا وكما في ولاء العتاقة اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربي الينا بامان فاسلم ووالى رجلا ثم سبي ابنه فاعتق لم يجز ولاء الاب وان سبي أبوه فأعتق جر ولاء ابنه الى مولاه لان الابن يتبع الاب في الولاء لما ذكرنا فاما الاب فلا يتبع الابن لانه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن الى أبيه فان كان ابن الابن أسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاءه وذكر في الاصل وقال لان الجد لا يجر الولاء الا ان يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه ولاءه وقال الحاكم الشهيد وجه هذه المسئلة ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر ولاء الاسفل الا ان يسلم الاوسط ويوالي فيجر الجد ولاءه وولاء الاسفل يجر ولائه ولو أسلم حربي أو ذمي على يدي

رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدى رجل آخر و والاه كان كل واحد منهما مولى للذى والاه ولا يجر بعضهم الى بعض وليس هذا كالعتاق انه اذا أعتق أبوه جر ولاء الولد الى نفسه لان ههنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء الولد ثبت بالعقد و ولاء الاب ثبت بالعتق و ولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فيستتبع الأقوى الاضعف وههنا بخلافه لان ولاء كل واحد منهما ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق

﴿فصل﴾ وأما صفة الحكم فهو ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولاء العتاقة ولقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولاء موالاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولاء ليس بمال فلم يملكه فلم يصح اعتاقه كما لو اشترى عبدا بميتة أو دم أو بحر وقبضه ثم أعتقه ولو باع المولى الاسفل ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون بيعا أيضا ولا هبة لما قلنا لكنه يكون نقضا لولاء الاول وموالاة لهذا الثانى لان الولاء لا يعتاض منه فبطل العوض و بقى قوله الولاء لك فيكون موالاة بينه و بين الثانى كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة وهو الشهادة المفسرة أو الاقرار سواء كان الاقرار فى الصحة أو المرض لانه غير متهم فى اقراره اذا لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره كما تصح وصيته بجميع ماله اذا لم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فاخذ رجل ماله وادعى انه وارثه وليس للقاضى أن يمنع منه اذا لم يخاصمه أحد لان القاضى لا يدرى البيت المال أو لغيره وهو يدعى انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه أحد سأله القاضى البينة لانه لا يد له وكان مدعيا فعليه البينة

﴿كتاب الاجارة﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى سبع مواضع فى بيان جواز الاجارة وفى بيان ركن الاجارة ومعناها وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاجارة وفى بيان حكم الاجارة وفى بيان حكم اختلاف العاقدين فى عقد الاجارة و فى بيان ما ينتهى به عقد الاجارة أما الاول فالاجارة جائزة عند عامة العلماء وقال أبو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز اضافة البيع الى ما يؤخذ فى المستقبل كاضافة البيع الى أعيان تؤخذ فى المستقبل فاذا لا سبيل الى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جواز لها رأسا لكنا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل خبرا عن أب المرأتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج أى على أن تكون أجيرا لى أو على أن تجعل عوضى من انكاحى ابنتى اياك رعى غنمى ثمانى حجج يقال آجره الله تعالى أى عوضه وأثابه وقوله عز وجل خبرا عن تينك المرأتين قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الامين وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة و يلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا لما عرف فى أصول الفقه وقوله عز وجل فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغاء الفضل وقوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الآية فى حج المكارى فانه روى أن رجلا جاء الى ابن عمر رضى الله عنهما فقال انا قوم نكرى ونزعم أن ليس لنا حج فقال ألستم تحرمون وتقفون وترمون فقال نعم فقال رضى الله عنه أنتم حجاج ثم قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى فلم يجبه حتى أنزل الله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتم حجاج وقوله عز وجل فى استئجار الظئر وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا

جناح عليكم نفى سبحانه وتعالى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله تعالى اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف قيل أى الاجر الذى قبلتم وقوله فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا نص وهو فى المطلقات وأما السنة فما روى محمد فى الاصل عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا منه صلى الله عليه وسلم تعليم شرط جواز الاجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه أمر صلى الله عليه وسلم بالمبادرة الى اعطاء أجر الاجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بى ثم غدر و رجل باع حرا فأكل ثمنه و رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فأتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الديلى فأخذ بهم طريق الساحل وأدنى ما يستدل بفعل النبى صلى الله عليه وسلم الجواز و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو فى حائطه فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقال لى يارسول الله استأجرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه خص صلى الله عليه وسلم النهى باستئجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جائزة أصلا لعم النهى اذ النهى عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون و يستأجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرا منه والتقرير أحد وجوه السنة وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضى الله عنهم الى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلافه اذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس متروك لان الله تعالى انما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتمليكها بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم يشرع الاجارة مع امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الاجارة والاستئجار والاكتراء والاكراء فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام فى صيغة الايجاب والقبول وصفتهما فى الاجارة كالكلام فيهما فى البيع وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع وأما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة ولهذا سمى البدل فى هذا العقد أجرة وسمى الله بدل الرضاع أجرا بقوله فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة ولهذا سمى المهر فى باب النكاح اجرا بقوله عز جل فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن أى مهورهن لان المهر بدل منفعة البضع وسواء أضيف الى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والاوانى والظروف ونحو ذلك أو الى الصناع من القصار والخياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم والاجير قد يكون خاصا وهو الذى يعمل لواحد وهو المسمى باجير الوحد وقد يكون مشتركا وهو الذى يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه فى أحد النوعين المنفعة وفى الآخر العمل وهى فى الحقيقة نوع واحد لانها بيع المنفعة فكان المعقود عليه

المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والاراضي بالزراعة والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والاواني والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما في أجير الوحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف ان الاجارة بيع المنفعة فنخرج عليه بعض المسائل فنقول لا تجوز اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا أو صبيا لما قلنا ولا تجوز اجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين لان الماء عين فان استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضاً لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث لان استئجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد ولا تجوز اجارة المراعي لان الكلأ عين فلا تحتمل الاجارة ولا تجوز اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استئجار المكيلات والموزونات لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك أعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعير بها ميزانا أو حنطة ليعير بها مكيالا أو زيتا ليعير به أرطالا أو أمنانا أو وقتا معلوما ذكر في الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فاشبه استئجار سنجات الميزان وذكر الكرخي انه لا يجوز العقد لشرط آخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الاشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة ولا يجوز استئجار الفحل للضراب لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء وهو عين وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل أي كرائه لان العسب في اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهي لما في النهي عنه من قطع النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل الا انه حذف الكراء واقام العسب مقامه كما في قوله عز وجل واسأل القرية ونحو ذلك ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به أو بازيا لم يجز لانه استئجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسائل تخرج على الاصل فان قيل أليس ان استئجار الظئر جائز وانه استئجار على العين وهي اللبن بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجرة فالجواب انه روى عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبع فكان ذلك استئجارا على المنفعة أيضاً واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعاً كالصبغ في استئجار الصباغ واذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجرة كالصباغ اذا صبغ الثوب لونا آخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وهذا لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا ههنا ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك العين وهي اللبن مقصوداً والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبي ولا يتربى الا باللبن فاجرى اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استئجار الاقطع والاشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستئجار الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصاحف لانه غير جائز لان الاجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الآلات والاسباب وكذا استئجار الارض السبخة والنزة للزراعة وهي لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا تقع الاجارة ببيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالاعيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعرا أو فقها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه ولو استأجر شيأ من الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا أيضاً يخرج اجارة الآجام للسمك والقصب واجارة المراعي

للكلا وسائر الاعيان المباحة انها غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم

﴿ فصـل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العـقد ونوع يرجع الى مكان العقد أما الذى يرجع الى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عنـدنا حتى ان الصبى العاقل لو أجر ماله أو نفسه فان كان مأذونا ينفذ وان كان محجورا يقف على اجازة الولى عندنا خلافا للشافعى وهى من مسائل المأذون ولو أجر الصبى المحجور نفسـه وعمل وسـلم من العمل يستحق الاجر ويكون الاجر له أما استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان نظر اله والنظر بعد الفراغ من العمل سليما فى النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به وكان الولى اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير وأما كون الاجرة المسماة له فلانها بدل منافع وهى حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عنـدنا فينفذ عقد المملوك ان كان مأذونا ويقف على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعى لا يقف بل يبطل واذا سلم من العمل فى اجارة نفسه أو اجارة مال المولى وجب الاجر المسمى لما ذكرنا فى الصبى الا ان الاجر هنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه وكسب المملوك للمالك ولو هلك الصبى أو العبد فى يد المسـتأجر فى المدة ضمن لانه صار غاصبا حيث استعملهما من غير اذن المولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد أو الصبى خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الاجر فى ماله لان ايجاب الاجرة ههنا لا يؤدى الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يؤاجر ويستأجر لانه فى مكاسبه كالحر وأما كون العاقد طائعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة كما فى بيع العين واسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم والذمى والحربى المستأمن لان هـذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعا كالبياعات غير أن الذمى ان استأجر دارا من مسلم فى المصر فأراد أن يتخـذها مصلى للعامـة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار وعامـة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعائرهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من احداث ذلك فى دار نفسه فى أمصار المسلمين ولهـذا يمنعون من احداث الكنائس فى أمصار المسلمين قال النبى صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة أى لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة فى دار الاسلام فى الامصار ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى انه لو فعل ذلك فى دار نفسه لا يمنع منـه ولو كانت الدار بالسواد ذكر فى الاصل انه لا يمنع من ذلك لكن قيل ان أبا حنيفة انما أجاز ذلك فى زمانه لان أكثر أهل السواد فى زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدى ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجـل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيـه كالحكم فى المصر وهذا اذا لم يشرط ذلك فى العقد فأما اذا شرط بأن استأجر ذمى دارا من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الاجارة لانه استئجار على المعصية وكذا لو استأجر ذمى من ذمى ليفـعل ذلك لما قلنا ولا بأس باستئجار ظئر كافرة والتى ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يؤثران فى اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبى ويكره استئجار الحمقاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالافساد لان حمقها مرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبى ويحتمل ان النهى عن ذلك لئلا يتعود الصبى بعادة الحمق لان الصبى يتعود بعادة ظئره والله أعلم وأما الذى يرجع الى نفس العقد ومكانه فما ذكرنا فى كتاب البيوع وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقـد عن الردة اذا كان ذكرا فى قول أبى حنيفـة وعند أبى يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبى حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

فى

فى قولهم جميعا وهى من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ اجارة الفضولى لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك عندنا خلافا للشافعى كالبيع والمسئلة ذكرناها فى كتاب البيوع ثم الاجازة انما تلحق الاجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها فى البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما اذا أجر الفضولى فأجاز المالك العقد انه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات ألا ترى انه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فاذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للاجازة اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها الاجازة وقد قالوا فيمن غصب عبدا فأجره سنة للخدمة وفى رجل آخر غصب غلاما أو دارا فأقام البينة رجل انه له فقال المالك قد أجزت ما أجرت ان مدة الاجارة ان كانت قد انقضت فللغاصب الاجر لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان كان فى بعض المدة فالاجر الماضى والباقى لرب الغلام فى قول أبى يوسف وقال محمد أجر ما مضى للغاصب وأجر ما بقى للمالك فأبو يوسف نظر الى المدة فقال اذا بقى بعض المدة لم يبطل العقد فبقى محلا للاجازة ومحمد نظر الى المعقود عليه فقال كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله كانه عقد عليه عقد مبتدأ بالمنافع فى الزمان الماضى وانعدمت فانعدم شرط لحوق الاجازة العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب أرضا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الارض الاجارة ان أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقى للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شئ للغاصب من الزرع لان المزارعة بمنزلة شئ واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان اجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد وأما اذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الاجازة وأما الاستئجار من الفضولى فهو كشرائه فانه أضاف العقد الى نفسه كان المستأجر له لان العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه وان أضاف العقد الى من استأجر له ينظر ان وقعت الاضافة اليه فى الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان وقعت الاضافة اليه فى أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا فى البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار انه يقع استئجاره للموكل وان أضاف العقد الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا فى كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة الوكيل انها نافذة لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه لان للموكل ذلك لاختلاف ملكهما كذا للوكيل وله أن يؤاجر من مكاتبه لان للمولى أن يؤاجر منه لانه لا يملك ما فى يده فكذا لوكيله وأما العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤاجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه فكذا الوكيل وان كان عليه دين فله ذلك أما عند أبى حنيفة فلان المولى لا يملك ما فى يده وكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله أن يؤاجر منه وأما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك كالاجنبى ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له فى قول أبى حنيفة وعندهما تجوز بأجر مثله كما فى بيع العين وهو من مسائل كتاب الوكالة وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار وبأقل عند أبى حنيفة وعندهما ليس له أن يؤاجر بالاقل وهو على الاختلاف فى البيع ولو آجر اجارة فاسدة نفذت ولان مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما فى البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا وعلى المستأجر أجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بالعقد الفاسد ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها اياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ههنا وكذلك الاجارة من الاب والوصى والقاضى وأمينه نافذة لوجود الانابة من الشرع فللاب أن يؤاجر ابنه الصغير فى عمل من الاعمال لان ولايته على الصغير كولايته على نفسه لان شفقته عليه كشفقته على نفسه وله أن يؤاجر نفسه

فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين أحدهما ان المنافع فى الاصل ليست بمال خصوصا منافع الحر
وبالاجارة تصير مالا وجعل ماليس بمال مالا من باب النظر والثانى ان اجارته فى الصنائع من باب التهذيب والتاديب
والرياضة وفيه نظر للصبى فيملكه الاب وكذا وصى الاب لانه مرضى الاب والجد أب الاب لقيامه مقام الاب
عند عدمه ووصيه لانه مرضيه والقاضى لانه نصب ناظرا وأمينه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب ووصيه
والجد ووصيه من سائر ذوى الرحم المحرم اذا كان له أحد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير ألا ترى
أنه لا يملك التصرف فى ماله ففى نفسه أولى الا اذا كان فى حجره فتجوز اجارته اياه فى قولهم لانه اذا كان فى حجره كان
له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله فى الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث انه تأديب
فان كان فى حجر ذى رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب اليه من الذى هو فى حجره بأن كان الصبى فى
حجر عمه وله أم فأجرته قال أبو يوسف تجوز اجارتها اياه وقال محمد لا تجوز (وجه) قول محمد ان هؤلاء لا ولاية لهم
على الصبى أصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا للولاية التربية وانها تثبت لمن كان فى حجره فاذا لم يكن فى حجره
كان بمنزلة الاجانب ولابى يوسف ان ذا الرحم انما يلى عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب اليه
فى الرحم كان أولى كالاب مع الجد وللذى فى حجره ان يقبض الاجرة لان قبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد
فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لان الاجرة ماله والانفاق عليه تصرف فى ماله وليس له ولاية التصرف فى
المال وكذا اذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له أن ينفقها لان قبض الهبة منفعة محض للصغير ألا ترى ان الصغير
يملك قبضها بنفسه وأما الانفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف فى ماله ولو بلغ الصبى فى هذا كله
قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخيار ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان فى استيفاء العقد اضرارا به لانه بعد
البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس والى هذا أشار أبو حنيفة فقال أرأيت لو تفقه فولى القضاء أكنت أتركه
يخدم الناس وقد أجره أبوه هذا قبيح ولأن المنافع تحدث شيأ فشيأ والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع فاذا
بلغ فيصير كأن الاب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ والاجارة كما اذا عقدا ابتداء
بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضى ووصيه فى اجارة عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف
فى ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما فى
كتاب البيوع وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصبى ونفسه وماله ان يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن
الناس فى مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لانه ضرر فى حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هؤلاء ممن هو
فى حجره ان يؤاجر عبده أو داره لان ذلك تصرف فى المال فلا يملكه الا من يملك التصرف فى المال كبيع المال
وقال ابن سماعة عن محمد أستحسن ان يؤاجروا عبده لانهم يملكون اجارة نفسه فاجارة ماله أولى وكذا أستحسن
ان ينفقوا عليه مما لا بد منه لان فى تأخير ذلك ضررا عليه وكذلك أحد الوصيين يملك ان يؤاجر اليتيم فى قول أبى حنيفة
ولا يؤاجر عبده وقال محمد يؤاجر عبده والصحيح قول أبى حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف
الضرر بتأخيره وفى ترك اجارة الصبى ضرر به لانه يترك تأديبه ولا ضرر فى ترك اجارة العبد ولا تجوز اجارة الوصى
نفسه منه للصبى وهذا على أصل محمد لا يشكل لان الوصى لا يملك بيع ماله من الصبى أصلا فلا يملك اجارة
نفسه منه أما على أصل أبى حنيفة فيحتاج الى الفرق بين البيع والاجارة حيث يملك البيع ولا يملك الاجارة
ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير فى اجارة نفسه منه لان فيها جعل
ماليس بمال مالا فلم يجز للوصى ان يعمل فى مال الصبى مضاربة والفرق بين الاجارة والمضاربة ان الوصى بعقد
المضاربة لا يوجب حقا فى مال المضاربة وانما يوجب حقا فى الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف
الاجارة لانها توجب حقا فى مال الصبى لا محالة وهو متهم فيه لما بينا (وأما) استئجار الصغير لنفسه فينبغى ان

يجوز على قول أبي حنيفة اذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه اذا كان فيه نظر له وفي استئجاره
اياه لنفسه نظر له لما فيه من جعل ماليس بمال مالا ويجوز للاب ان يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير
لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل
قيمته أواشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستأجر في اجارة المنازل ونحوها
اذا كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل بان لم يشرط تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضاً من غير شرط
عندنا خلافا للشافعي بناء على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد
على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافا الى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده
تجعل منافع المدة موجودة في الحال تقديرا كانها عين قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا أصل
نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شاء الله تعالى ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من
الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة وأجير الوحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر
على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيأ من الاجر لان المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيأ فلا يملك هو أيضاً شيأ
من الاجر لانه معاوضة مطلقة ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو أجر المنزل
فارغا وسلم المفتاح الى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الاجر لوجود التسليم وهو التمكين من
الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة لحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبائع
اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لانه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم
المفتاح اليه لكنه أذن له بفتح الباب فقال مر وافتح الباب فان كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكراء لوجود
التسليم وان لم يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استأجر دارا ليسكنها شهرا أو عبدا يستخدمه شهرا أو دابة ليركبها
الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق أو
مرض أو إباق أو غصب أو كان زرعا فقطع شربه أو رحى فانقطع ماؤه لا تلزمه أجرة تلك المدة لان المعقود عليه المنفعة
في تلك المدة لانها تحدث شيأ فشيأ فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل
التسليم وانما يسلمها على حسب وجودها شيأ فشيأ فاذا اعترض منع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا
يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عز وجل أعلم ومنها ان يكون العقد مطلقا عن شرط
الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم مادام الخيار قائما لحاجة من له
الخيار الى دفع الغبن عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وان كان شرطاً مخالفا لمقتضى العقد والقياس
يأباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا اجاز في بيع العين كذا في الاجارة والله عز وجل الموفق وأما
شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى المعقود عليه وبعضها يرجع الى
محل المعقود عليه وبعضها يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة وبعضها يرجع الى نفس العقد أعني الركن أما
الذي يرجع الى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون
تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها المأذون وانه
لا يملك ماليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال
امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ لان هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة
الاجارة ولهذا امنعت صحة البيع وأما اسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربي المستأمن كما يصح
البيع منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وينفذ من المحجور وينعقد ويتوقف على ما بينا والله عز وجل
أعلم وأما الذي يرجع الى المعقود عليه فضروب منها ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان

كان مجهولا ينظر ان كانت تلك الجهالة مفضية الى المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية الى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة واذا لم تكن مفضية الى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء منها بيان محل المنفعة حتى لو قال أجرتك احدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين أو قال استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية الى المنازعة فتمنع صحة العقد وعلى هذا قال أبو حنيفة اذا باع نصيبا له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز سواء كان البائع يعرفه أو لا يعرفه بعد ان صدق المشتري فيما قال وجواب أبي حنيفة مبني على أصلين أحدهما أن بيع النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وعند أبي يوسف جائز والثاني ان اجارة المشاع غير جائزة عنده وان كان المستأجر معلوما من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى وعندهما اجارة المشاع جائزة وانما فرق محمد بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وانما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البدل فيه يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ما اذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريبا أو جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول وكذا اجارة المشاع لا تجوز عنده وان كان معلوما فالمجهول أولى وعندهما الذراع كالسهم وتجوز اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله اذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وانه غير معلوم فأشبه اجارة عبد من عبدين وعندهما جائز كبيع الشائع وبه أخذ الشافعي وتخرج المسئلة على أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه ونذكر الدلائل هناك ان شاء الله تعالى وان استأجر طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز في قياس قول أبي حنيفة لان البقعة المستأجرة غير معلومة من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهرا أو ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها أنه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر في الاصل اذا استأجر علو منزل ليبني عليه لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة لان البناء عليه يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في العقد لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استأجر أرضا ليبني عليها انه يجوز لان الارض لا تتأثر لثقل البناء وخفته ويجوز في قياس قول أبي يوسف ومحمد لان البناء المذكور ينصرف الى المتعارف والجواب ما ذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر شربا من نهر أو مسيل ماء في أرض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الماء من النهر والارض غير معلوم ولو استأجر نهرا ليسوق منه الماء الى أرض له فيسقيها لم يجز وذكر في الاصل اذا استأجر نهرا يابسا يجري فيه الماء الى أرضه أو رحى لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال أرأيت لو استأجر ميزابا ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسدا وذكر هشام عن محمد فيمن استأجر موضعا معلوما من أرض مؤقتا بوقت معلوم يسيل فيه ماءه انه يجوز فصار عن محمد روايتان وجه هذه الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين وجه الرواية المشهورة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ان مقدار ما يسيل من الماء في النهر والمسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنى من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا ولو استأجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشيء مسمى جاز لان الميزاب المركب في داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته

فكان

فكان محل المعقود عليه معلوما ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوأ لم يجز لان مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى هذا يخرج أيضا ما اذا استأجر حائطا ليضع عليه جذوعا أو يبنى عليه سترة أو يضع فيه ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذع و بناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة والثقيل منه يضر بالحائط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليتد فيه وتدا لم يجز لما قلنا فان قيل أليس انه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة محله فالجواب ان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لحاجة الناس الى سقوط اعتبارها لان المسافر لو استأجر دابة بعينها فربما تموت الدابة فى الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى فى الطريق فيقضى بغير حمولة فيتضرر به فدعت الضرورة الى الجواز واسقاط اعتبار هذه الجهالة لحاجة الناس فلا تكون الجهالة مفضية الى المنازعة كجهالة المدة وقدر الماء الذى يستعمل فى الحمام وقال هشام سألت محمدا عن الاطلاء بالنورة بأن قال أطليك بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظه ونحافته قال هو جائز لان مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضى الى المنازعة ولان الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس ومنها بيان المدة فى اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت و فى استئجار الظئر لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضى الى المنازعة وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة وهو أظهر أقوال الشافعى و فى بعضها انه لا يجوز أكثر من سنة و فى بعضها انه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع ان كان هو الجهالة فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو الى ذلك وسوء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين و يتعين الزمان الذى يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعى لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذى يلى العقد نصا (وجه) قوله ان قوله يوما أو شهرا أو سنة مجهول لانه اسم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس فى نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد ههنا دلالة التعيين من وجهين أحدهما ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة والثانى ان العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد الا بالصرف فى الشهر الذى يعقب العقد فيتعين بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهرا أو أعتكف شهرا ان له أن يصوم و يعتكف أى شهر أحب ولا يتعين الشهر الذى يلى النذر لان تعيين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به فى شهر منكر فله أن يعين أى شهر شاء ولو آجر داره شهرا أو شهورا معلومة فان وقع العقد فى غرة الشهر يقع على الاهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لان الشهر اسم للهلال وان وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففى اجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الاهلة فتعتبر بالايام وأما فى اجارة الشهور فظهار وايتان عن أبى حنيفة فى رواية اعتبر الشهور كلها بالايام و فى رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقى بالاهلة وهكذا ذكر فى الاصل فقال اذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لاربعة عشر من الشهر فانه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح أن يقال وأربعة عشر يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام الا أربعة عشر يوما وهكذا ذكر فى بعض النسخ وانما يسكن ستة عشر يوما اذا كان سكن أربعة عشر يوما وهو قول أبى يوسف ومحمد و وجهه ما ذكرنا فى كتاب الطلاق لان اسم الشهور للاهلة اذ الشهر اسم للهلال لغة الا أنه لا يمكن اعتبار الاهلة فى الشهر الاول فاعتبر فيه الايام و يمكن فيما بعده فيعمل بالاصل ولان كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لانه يتجدد و يحدث شيأ فشيأ فيصير عند تمام الشهر الاول كانه عقد الاجارة ابتداء فيعتبر بالاهلة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى

الروايتين لان كل جزء من أجزاء العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطا والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل بالايام من الشهر الثانى فاذا كمل بالايام من الشهر الثانى يصير أول الشهر الثانى بالايام فيكمل من الشهر الثالث وهكذا الى آخر الشهور ولو قال أجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فلا يجوز ولا يملك أحدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم جاز فى شهر واحد عند أبى حنيفة وهو الشهر الذى يعقب العقد كما فى بيع العين بأن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا فى قفيز واحد عنده لان جملة الشهور مجهولة فأما الشهر الاول فمعلوم وهو الذى يعقب العقد وذكر القدورى ان الصحيح من قول أبى يوسف ومحمد انه لا يجوز أيضا وفرقا بين الاجارة و بيع العين من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة بالكيل وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم و فى بيع المذروع كل ذراع بدرهم وعند أبى حنيفة لا يجوز البيع فى المذروع فى الكل لا فى ذراع واحد ولا فى الباقى و فى المكيل والموزون يجوز فى واحد ولا يجوز فى الباقى فى الحال الا اذا علم المشترى جملته فى المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فأما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز لتفاوت فى أجزاء الثوب فيفضى الى المنازعة وقال الشافعى هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف فى أنفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها الا اختلافها فأما الشهور فانها لا تختلف فيتعين واحد منها للاجارة عند أبى حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا واذا جاز فى الشهر الاول لا غير عند أبى حنيفة فلكل واحد منهما أن يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثانى و لم يترك أحدهما انعقدت الاجارة فى الشهر الثانى لانه اذا مضى الشهر الاول و لم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد فى الشهر الثانى فصارا كأنهما جددا العقد وكذا هذا عند مضى كل شهر بخلاف ما اذا أجر شهرا وسكت و لم يقل كل شهر لان هناك لم يسبق منه شئ يبنى عليه العقد فى الشهر الثانى ثم اختلف مشايخنا فى وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا أهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الاجارة فاذا قال ذلك لا ينعقد فى الشهر الثانى وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ أحدهما الاجارة فى الحال فاذا جاء رأس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة فى الشهر الثانى وهذا أصح الاقاويل ومعنى الفسخ ههنا هو منع انعقاد الاجارة فى الشهر الثانى لانه رفع العقد الموجود من الاصل ولو استاجر دلوا و بكرة ليسقى غنمه و لم يذكر المدة لم يجز لان قدر الزمان الذى يسقى فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يستأجر له فى هذا النوع من الاجارة أعنى اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شيأ من ذلك و لم يسم ما يعمل فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله أن يضع فيه متاعا وغيره غير أنه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء و يوهنه وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة لان الناس لا يتفاوتون فى السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم و وضع المتاع من توابع السكنى وذكر فى الاصل ان له أن يربط فى الدار دابته و بعيره وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة أهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان فى موضع جرت العادة بذلك فله ذلك والا فلا وانما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء و يوهنه من القصار والحداد

والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل تحت العقد اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف الى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذى يكون فى صف البزازين انه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد اليه اذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره فى العقد الا بالتسمية أو بالرضا حتى لو آجر حانوتا فى صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وانما كان له أن يؤاجر من غيره و يعير لانه ملك المنفعة فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض و بغير عوض وأما فى اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا اذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء وكذا اذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فانها لا تختلف وأما فى اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين المدة أو المكان فان لم يبين أحدهما فسدت لان ترك البيان يفضى الى المنازعة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر دابة يشيع عليها رجلا أو يتلقاه ان الاجارة فاسدة الا أن يسمى موضعا معلوما لما قلنا وكذا اذا استأجرها الى الجبانة لان الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لانها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها بخلاف ما اذا استأجر دابة الى الكوفة انه يصح العقد وان كان أطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذى بالكوفة لان الانسان اذا استأجر الى بلده فانما يستأجر الى بيته ألا ترى انه ما جرت العادة بين المكار بين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة مذكورا دلالة والمذكور دلالة كالمذكور نصا ولا عادة فى الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان فى الجبانة موضع لا يركب الا اليه يصح العقد و ينصرف اليه كما يصح الى الكوفة ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوائج تختلف منها ما ينقضى بالركوب الى موضع ومنها ما لا ينقضى الا بقطع مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة فتفسد الاجارة وذكر فى الاصل اذا تكارى دابة من الفرات الى جعفى وجعفى قبيلتان بالكوفة ولم يسم احداهما أو الى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم احداهما أو الى بجيلة و بها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم احداهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له فى الحمل والركوب لانهما منفعتان مختلفتان و بعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها لان الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون فى الركوب فترك البيان يفضى الى المنازعة وذكر فى الاصل اذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة فحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر وقد رأى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا كذا مختوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشترط عليه ما يكتفى به من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد بالقياس ولكن قال أبو حنيفة أستحسن ذلك وجه القياس انه شرط عملا مجهولا لانه قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك اسقاطا منهم اعتبار هذه الجهالة فلا يفضى الى المنازعة وان اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز لان قدر الهدايا يعلم بالعادة وهذا انما يفعله الناس فى سائر الاعصار من غير نكير وان بين وزن المعاليق و وصف ذلك والهدايا أحب الينا لانه يجوز قياسا واستحسانا وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحب الينا ولكل محل قربتين من ماء واداوتين من أعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره أفضل وكذا الخيمة والقبة وذكره أفضل لما قلنا و فى استئجار العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا والقياس أن يشترط بيان نوع الخدمة فى استئجار العبد للخدمة لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة و فى الاستحسان لا يشترط و ينصرف الى المتعارف وليس له أن

يسافر به فلابدمن بيان ما يلبس وما يطبخ فى القدر لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلابدمن البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت الاجارة فى هذه الاشياء قبل أن يزرع أو يبنى أو يغرس أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ فى القدر فان القاضى يفسخ الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الارض وحمل الدابة ولبس الثوب وطبخ فى القدر ومضت المدة فله ماسمى استحسانا والقياس أن يكون له أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يوجب أجر المثل لا المسمى ووجه الاستحسان ان المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فقد استوفى المعقود عليه فى عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعينا فى الابتداء ولو فسخ القاضى الاجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غيرذلك لا يجب شىء لان القاضى لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار مستعملا مال الغير من غير عقد فصار غاصبا والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ومنها بيان العمل فى استئجار الصناع والعمال لان جهالة العمل فى الاستئجار على الاعمال جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول فيه فى الاجير المشترك اما بالاشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة فى ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر فى اجارة الراعى من الخيل او الابل أو البقر أو الغنم وعددها لان العمل يختلف باختلاف المعمول وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا انه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج الى البيان ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة اما فى استئجار الراعى المشترك فيشترط لان قدر المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه وأما فى استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع الى خياط أو قصار أثوابا معلومة ليخيطها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه وأما فى الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة فى استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز فى الظئر ومالم يجز فيه لم يجز فيها الا ان أبا حنيفة استحسن فى الظئر ان تستأجر بطعامها وكسوتها لما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو استأجر انسانا ليبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء ولو بين المدة بان استأجره شهرا ليبيع له ويشترى جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وماروى عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم قال كنا نبيع فى أسواق المدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا باحسن الاسماء فقال صلى الله عليه وسلم يامعشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة والسمسار هو الذى يبيع أو يشترى لغيره بالاجرة فهو محمول على ما اذا كانت المدة معلومة وكذا اذا قال بع لى هذا الثوب ولك درهم وبين المدة وان لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد قال الفضل بن غانم سمعت أبا يوسف قال لا باس أن يستأجر القاضى رجلا مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فالاجارة فاسدة لانها اذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما ببيان المدة ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل واذا لم يذكر الوقت بقى المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التى سماها غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد فى السير الكبير اذا استأجر الامام رجلا ليقتل المرتدين والاسارى لم يجز عند أصحابنا وان استأجره لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندى والاجارة جائزة فيهما هكذا ذكر محمد وأراد بقوله أصحابنا أبا يوسف وأبا حنيفة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر رجل رجلا لاستيفاء القصاص فى النفس وجه قوله انه استأجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق اذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة ولهما أن محله من العنق ليس بمعلوم

بخلاف

بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو المفصل وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم وقال ابن رستم عن محمد فى رجل قال لرجل اقتل هذا الذئب أو هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستأجر فقتله فان له أجر مثله لا أجاوز به درهما لان الاسد والذئب اذا لم يكونا فى يده فيحتاج فى قتلهما الى المعالجة فكان العمل مجهولا وانما وجب عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستأجر لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستأجر فصار كانه قتله بنفسه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم أو لتقصر هذا الثوب اليوم أو لتخبز قفيز دقيق اليوم أو قال استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب أو لتقصر أو لتخبز قدم اليوم أو أخره ان الاجارة فاسدة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر الدابة الى الكوفة أياما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جائزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد واذا وقعت الاجارة على العمل فان فرغ منه قبل تمام المدة أى اليوم فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه فى اليوم فعليه أن يعمله فى الغد كما اذا دفع الى خياط ثوبا ليقطعه ويخيطه قميصا على أن يفرغ منه فى يومه هذا أو اكترى من رجل ابلا الى مكة على أن يدخله الى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يزد على هذا ان الاجارة جائزة ثم ان وفى بالشرط أخذ المسمى وان لم يف به فله أجر مثله لا يزاد على ما شرطه ولابى حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه أعنى العمل والمدة أما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استأجره يوما للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما فى كون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما مختلف لان العقد على المدة يقتضى وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون أجيرا خالصا والعقد على العمل يقتضى وجوب الاجر بالعمل لانه يصير أجيرا مشتركا فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسئلة لان قوله على أن يفرغ منه فى يومى هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل فى اليوم وعمل فى الغد يستحق أجر المثل ولو قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة دراهم أو هذه الاخرى شهرا بعشرة دراهم أو كان هذا القول فى حانوتين أو عبدين أو مسافتين مختلفتين بان قال أجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى مكة بكذا فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعى لا يجوز قياسا وعلى هذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان ذكر أربعة لم يجز وعلى هذا أنواع الخياطة والصبغ انه ان ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها كما فى بيع العين وجه القياس انه أضاف العقد الى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لم يصح اذا أضيف الى أحد الاشياء الاربعة ولنا أنه خيره بين عقدين معلومين فى محلين متقومين ببدلين معلومين كما لو قال ان رددت الآبق من موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خيطت هذا الثوب فبدرهم وان خيطت هذا الآخر فبدرهم وعملهما سواء وكما لو قال ان سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم وان سرت الى موضع كذا فبدرهم والمسافة سواء وأما قولهما ان العقد أضيف الى أحد المذكورين من غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين الى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا اجاز البيع فالاجارة أولى لانها أوسع من البيع ألا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع الا بشرط الخيار وكذلك اذا دفع الى خياط ثوبا فقال له ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان أو قال للصباغ ان صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك جائز لانه خيره بين ايفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على أصل أصحابنا لا يجب الا بالعمل وحين يأخذ فى أحد العملين تعين ذلك الاجر وهذا عند أصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرناه ولو

قال أجرتك هذه الدار شهرا على انك ان قعدت فيها حدادا فاجرها عشرة وان بعت فيها الخز فخمسة فالاجارة جائزة في قول أبي حنيفة الاخير وقال أبو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب بالسكنى وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدري ما يسكن فكان البدل عنده مجهولا بخلاف الرومي والفارسي لان البدل هناك يجب بابتداء العمل ولا بد وان يبتدئ باحد العملين وعند ذلك يتعين البدل و يصير معلوما عند وجوده ولابي حنيفة انه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية وهذا لان السكنى وعمل الحدادة مختلفتان والعقد على واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع وقولهما بان الاجر ههنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان الانتفاع عند التمكين من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان بالتخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب اقل الاجرين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر وأقل الاجرين معلوم فلا يؤدي الى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ أبي منصور الماتريدي وعلى هذا الخلاف كل ما كان اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما وعند أبي حنيفة العقد جائز وأي التعيين استوفى وجب أجر ذلك كما سمي وان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل المسميين لما ذكرنا ان الزيادة انما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا أقل الاجرين وعلى هذا الخلاف اذا استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم وان حمل عليها حنطة فبدرهم فهو جائز على قول أبي حنيفة الآخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استأجر دابة الى الحيرة بدرهم والى القادسية بدرهمين فهو جائز عنده وعلى قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد الى القصر بخمسة والى الكوفة بعشرة قال محمد لو كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة جائزة وان كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما لان المسافة اذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوما لانه ان سار الى القصر أو الى الكوفة فالاجرة الى القصر خمسة فاما اذا كانت المسافة الى القصر أقل من النصف أو أكثر فالاجرة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الى القصر فالاجرة خمسة وان سار الى الكوفة فالاجرة الى القصر بحصته من المسافة وجهالة الاجرة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما فاما على قول أبي حنيفة فالعقد جائز لانه سمى منفعتين معلومتين لانه كل واحدة منهما بدل معلوم ولو أعطى خياطا ثوبا فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله على ما نذكر تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان باطلان وبه أخذ الشافعي فنتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفا أصحابنا الثلاثة فيه والوجه لهما أن المعقود عليه مجهول ولنا انه سمى في اليوم الاول عملا معلوما وبدلا معلوما وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة وأما اليوم الثاني فوجه قول ابي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الاول انه سمى في اليوم الثاني عملا معلوما وبدلا معلوما كما في الاول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الاول ولابي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان البدل المذكور في اليوم الاول جعل مشروطا في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلا آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى في الاول فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الاول مشروطا في الثاني لما استحق المسمى واذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كأنه قال في اليوم الثاني فلك درهم أو نصف درهم فكان الاجر مجهولا فوجب فساد العقد فاذا خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير وذكر محمد في الاملاء وهو احدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف واحدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن ابي حنيفة في رواية أخرى أن له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد على نصف درهم

وذكر

وذكر القدوری ان هذه الرواية هی الصحيحة ووجهها ان الواجب فی الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد علی المسمی والمسمی فی اليوم الثانی نصف درهم لا درهم انما الدرهم مسمی فی اليوم الاول وذلك بعقد آخر فلا يعتبر فيه وجه رواية الاصل انه اجتمع فی الغد تسميتان لان التسمية الاولی عند مجیء الغد قائمة لما ذكرنا فيعمل بهما فتعتبر الاولی لمنع الزيادة والثانية لمنع النقصان فان خاط نصفه فی اليوم الاول ونصفه فی الغد فله نصف المسمی لاجل خياطته فی اليوم الاول وأجر المثل لاجل خياطته فی الغد لا يزاد علی درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه فی اليوم الثالث فقد روی ابن سماعة عن محمد عن ابی حنيفة أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتأخيره الی الغد باكثر من النصف فبتأخيره الی اليوم الثالث اولی فان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك ذكر محمد فی املائه أنه ان خاطه فی اليوم الاول فله درهم وان خاطه فی اليوم الثانی فله أجر مثله لا يزاد علی درهم لان اسقاطه فی اليوم الثانی لا ينفی وجوبه فی اليوم الاول ونفی التسمية فی اليوم الثانی لا ينفی أصل العقد فكان فی اليوم الثانی عقد لا تسمية فيه و يجب اجر المثل ولو قال ان خطته أنت فاجرك درهم وان خاطه تلميذك فاجرك نصف درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء ولو استأجر دارا شهرا بعشرة دراهم علی أنه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو سكنی شهر او يوم والله عز وجل أعلم ومنها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الی المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق لانه لا يقدر علی استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا وعلی هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جائزة عند أبی حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعی انها جائزة وجه قولهم ان الاجارة أحد نوعی البيع فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وانه جائز فی المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يمتنع لتعذر استيفاء منفعة بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة ولهذا اجاز بيعه وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء فی صفقة واحدة فكذا من الاجنبی والدليل عليه أن الشيوع الطاریء لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطاریء فی باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدأ ولابی حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه لانه اسم لسهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم الباقی وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا وأما قولهما انه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايیء فنقول لا يمكن علی الوجه الذی يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف فی كل المدة لان التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل فی نصف المدة وذا ليس بمقتضی العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع برفع المستأجر فی كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه علی طريق البدل عما فی يد صاحبه وانه ليس بمقتضی العقد أيضا فاذا لا يمكن تسليم المعقود عليه علی الوجه الذی يقتضيه العقد أصلا ورأسا فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد بالمهايأة يؤدی الی الدور لانه لا مهايأة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة علی التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جائز وان لم يكن منتفعا بها ولهذا يدخل الشرب والطريق فی الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان فی البيع الا بالتسمية لان كون المستأجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع وأما الاجارة من الشريك فعن أبی حنيفة فيه روايتان ولئن سلمنا علی الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهايأة لان منفعة كل الدار تحدث علی ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك و بعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطاریء فيه روايتان عن ابی حنيفة فی رواية تفسد الاجارة كالمقارن

وفى رواية لاتفسد وهى الرواية المشهورة عنه ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد وليس كل مايشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلو عن العدة فان العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء كانت الدار كلها لرجل فآجر نصفها من رجل أوكانت بين اثنين فاجر أحدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخى فى جامعه نصا عن أبى حنيفة أن الاجارة لاتجوز فى الوجهين جميعا ذكر أبو طاهر الدباس أن اجارة المشاع انما لاتجوز عند أبى حنيفة اذا أجر الرجل بعض ملكه فأما اذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لان فى الصورة الأولى تقع المهايأة بين المستأجر و بين المؤاجر فتكون الدار فى يد المستأجر مدة وفى يد المؤاجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الاجر مع كون الدار فى يده والمهايأة فى الصورة الثانية انما تقع بين المستأجر و بين غير المؤاجر وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار فى يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها ثم أجرها والصحيح ماذكره الكرخى لان ماذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعا وسواء كان المستأجر محتملا للقسمة أو لا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة فان المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ماذكرنا فى كتاب الهبة ولو آجر مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع فى السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فان اختصما قبل القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجز العقد لان العقد انفسخ من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا بالاستئناف و يجوز اجارة الاثنين من واحد لان المنافع تدخل فى يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع و يستوفيها من غير مهايأة ولو مات أحد المؤاجرين حتى انقضت الاجارة فى حصته لاتنقض فى حصة الحى وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطارئ لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا تجوز اجارة الواحد من الاثنين لان المنافع تخرج من ملك الآجر جملة واحدة من غير شياع ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما فى المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالتهايؤ فينعدم الشيوع ولومات أحد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة فى حصته بقيت فى حصة الحى كما كانت و يجوز رهن الواحد من اثنين أيضا لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين ألا ترى انه لوقضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن وأما هبة الواحد من اثنين فانما لاتجوز عند أبى حنيفة لان الملك فى باب الهبة يقع بالقبض والشيوع ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ماذكر فى كتاب الهبة وان استأجر أرضا فيها زرع للآجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة لم تجز لانها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدورا الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا فى سقف وكذا لو استأجر ارضا فيها رطبة فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو قلع الرطبة فلا يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا فى سقف فان قلع رب الارض الرطبة فقال للمستأجر اقبض الارض فقبضها فهو جائز لان المانع قد زال فصار كشراء الجذع فى السقف اذا نزعه البائع وسلمه الى المشترى فان اختصما قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد قد بطل بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الاجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة فالمستأجر بالخيار ان شاء قبضها على تلك الاجارة وطرح عنه مالم يقبض وان شاء لم يقبض فرقا بين هذا و بين الدار اذا سلمها المؤاجر فى بعض المدة ان المستأجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق أن المقصود من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا تمكن فى جميع الاوقات بل فى بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتأخير فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض و يكون الكل كمدة واحدة فاذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لاختلاف المعقود فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب خللا فى المقصود من الباقى فلا يثبت الخيار ولو اشترى اطراف رطبة ثم استأجر الارض لتبقية ذلك لم تجز

الاجارة لان أصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الارض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة مشغولة بمال المؤاجر لم تصح لان كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر ولو اشترى الرطبة باصلها ليقلعها ثم استأجر الارض مدة معلومة لتبقيتها جاز لان الارض ههنا مشغولة بمال المستأجر وذا لا يمنع الاجارة كما لو استأجر ما هو في يده وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمر بثمرها على أن يقلعها ثم استأجر الارض فبقاها فيها جاز لما قلنا قال محمد وان استعار الارض في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى هذا يخرج ما ذكرنا أيضا من استئجار الفحل للانزاء واستئجار الكلب المعلم والبازى المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء اذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزال ولا اجبار الكلب والبازى على الصيد فلم تكن المنفعة التى هى معقود عليها مقدورة الاستيفاء فى حق المستأجر فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار الانسان للبيع والشراء انه لا يجوز لان البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبائع والمشترى فلا يقدر الاجير على ايفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجره شهرا ليبيع له ويشترى جاز لما مر وعلى هذا يخرج الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على ايفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء وان شئت افردت لجنس هذه المسائل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسائل عليه والاول أقرب الى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصى انه لا يصح لانه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا كاستئجار الانسان للعب واللهو وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح انه جائز لان الممنوع عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما وكذا لو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو ليسجنه أو ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت لمظلمة لانه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فان كان ذلك بحق بان استأجر انسانا لقطع عضو جاز لانه مقدور الاستيفاء لان محله معلوم فيمكنه أن يضع السكين عليه فيقطعه وان استأجره لقصاص فى النفس لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وتجوز عند محمد هو يقول استيفاء القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء فاشبه الاستئجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافى عن المضروب فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه الى غيره فان أصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا الا انه يكون مثلة وانها غير مشروعة بخلاف الاستئجار على تشقيق الحطب لانه وان كان ذلك يقع على سبيل التجافى فكله مباح وههنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق ولو استأجر ذمى من مسلم بيعة ليصلى فيها لم يجز لانه استئجار لفعل المعصية وكذا لو استأجر ذمى من ذمى لما قلنا ولو استأجر الذمى دارا من مسلم وأراد أن يصلى فيها من غير جماعة أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمى مسلما ليخدمه ذكر فى الاصل انه يجوز واكره للمسلم خدمة الذمى أما الكراهة فلان الاستخدام استذلال فكان اجارة المسلم نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر وأما الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول أبى يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الاجنبية معصية وأما الاستخدام فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع فى المعصية ويجوز الاستئجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات لان فيه رفع أذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه قال لا بأس باجرة الكناس

أرأيت لو استأجره ليخرج له حمارا ميتا أما يجوز ذلك و يجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الانجاس وأما الاستئجار على نقله من بلد الى بلد فقد قال محمد ابتلينا بمسئلة ميت مات من المشركين فاستأجروا من يحمله الى موضع فيدفنه فى غير الموضع الذى مات فيه أراد بذلك اذا استأجروا من ينقله من بلد الى بلد فقال أبو يوسف لا أجر له وقلت أنا ان كان الحمال الذى حمله يعلم انه جيفة فلا أجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولابى يوسف ان الاصل أن لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص فى نقلها للضرورة وهى ضرورة رفع أذيتها ولا ضرورة فى النقل من بلد الى بلد فبقى على أصل الحرمة كنقل الميتة من بلد الى بلد ومن استأجر حمالا يحمل له الخمر فله الاجر فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا أجر له كذا ذكر فى الاصل وذكر فى الجامع الصغير أنه يطيب له الاجر فى قول أبى حنيفة وعندهما يكره لهما أن هذه اجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة على المعصية وقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول اليه ولابى حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية بدليل ان حملها للاراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لان ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته ولا تجوز اجارة الاماء للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن مهر البغى وهو أجر الزانية على الزنا وتجوز الاجارة للحجامة وأخذ الاجرة عليها لان الحجامة أمر مباح وما ورد من النهى عن كسب الحجام فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من السحت عسب التيس وكسب الحجام فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك أتاه رجل من الانصار فقال ان لى حجاما وناضحا أفأعلف ناضحى من كسبه قال صلى الله عليه وسلم نعم وروى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام دينارا ولا يجوز استئجار الرجل اباه ليخدمه لانه مأمور بتعظيم أبيه وفى الاستخدام استخفاف به فكان حراما فكان هذا استئجارا على المعصية وسواء كان الاب حرا أو عبدا استأجره ابنه من مولاه ليخدمه لانه لا يجوز استئجار الاب حرا كان أو عبدا وسواء كان الاب مسلما أو ذميا لان تعظيم الاب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الكافرين لانه معطوف على قوله عز وجل وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء فان كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الاجارة لكن فى هذا شبهة التداخل فى الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على العمل فى شئ هو فيه شريكه نحو ما اذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه الى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر غلام صاحبه او دابة صاحبه على ذلك انه لا تجوز هذه الاجارة عند أصحابنا واذا حمل لا اجر له وعند الشافعى هذه الاجارة جائزة وله الاجر اذا حمل وجه قوله ان الاجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح فى الشائع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا يستحق الاجرة بالعمل فى نصيب نفسه فيستحقها بالعمل فى نصيب شريكه ولنا انه أجر ما لا يقدر على ايفائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المقدور عليه مقدور الاستيفاء وانما لا يجب الاجر أصلا لانه لا يتصور استيفاء المعقود عليه اذ لا يتصور حمل نصف الطعام شائعا ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب بخلاف ما اذا استأجر من رجل بيتا له ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما أو سفينة أو جوالقا ان الاجارة جائزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

بدليل

بدليل انه لوسلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة وأرادا أن يخرجا الطعام من بلدهما الى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أرادا أن يطحنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرحى الذى لشريكه أو استأجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام الى مكة فهو جائز وهذا على قول من يجيز اجارة المشاع والاصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل لا تجوز الاجارة فيه على العمل فى الحمل مشتركة وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل تجوز الاجارة فيه لوضع العين المشتركة فى المستأجر وفقه هذا الاصل ماذكرنا ان مالا تجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الاجارة ومالا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على أن يحمل له طعاما بعينه الى مكان مخصوص بقفيز منه أو استأجر غلامه أو دابته على ذلك انه لا يصح لانه لوصح لبطل من حيث صح لان الاجير يصير شريكا باول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذلك لا يجوز لما بينا واذا حمل فله أجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزا لان الواجب فى الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى ومن أجر المثل لما نذكر فى بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى ومنها أن لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا أو واجبا عليه قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضال من الله سبحانه غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه لان خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعم السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجر كمن قضى دينا عليه فى الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج انه لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا وقال الشافعى الاجارة على تعليم القرآن جائزة لانه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز ولنا انه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستئجار للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الاستيفاء فى حق الاجير لتعلقه بالمتعلم فاشبه الاستئجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روى أن أبى بن كعب رضى الله عنه اقرأ رجلا فاعطاه قوسا فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار قال لا فقال صلى الله عليه وسلم فرده ولا على الجهاد لانه فرض عين عند عموم النفير وفرض كفاية فى غير تلك الحال واذا شهد الوقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل من يغزو فى أمتى و يأخذ الجعل عليه كمثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة والامامة لانها واجبة وقد روى عن عثمان بن أبى العاص الثقفى انه قال آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلى بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على الاذان اجرا ولان الاستئجار على الاذان والاقامة والامامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك والى هذا أشار الرب جل شأنه فى قوله عز وجل أم تسألهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيؤدى الى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما تسألهم عليه من أجر اى على ما تبلغ اليهم أجرا وهو كان صلى الله عليه وسلم يبلغ بنفسه و بغيره بقوله صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يجز له أخذ الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامره لان ذلك تبليغ منه معنى و يجوز الاستئجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا ولا يجوز الاستئجار على غسل

الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز على حفر القبور وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جائز على الاطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان الحمل عليهم واجب وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبدا والاب حر فاستأجر ابنه من مولاه جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان الابن مكاتبا لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنه فكان هذا استئجارا على عمل واجب فلم يجز ولانها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الاجير غير جائز ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استئجار على خدمة الولد وانما اللبن يدخل فيه تبعا على ما ذكرنا فكان الاستئجار على امر عليها فيما بينها وبين الله تعالى ولان الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستأجرها لارضاع ولدها منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لانه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو استأجر على ارضاع ولده خادم امه فخادمها بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لمنفعة خادمها فصار كنفقتها وكذا مدبرتها لانها تملك منافعها فان استأجر مكاتبتها جاز لانها لا تملك منافع المكاتبة فكانت كالاجنبية ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت باجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استئجارا على أمر غير واجب على الاجير وكذا لو استأجرته لرعي غنمها لان رعي الغنم لا يجب على الزوج وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينئذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق لان العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه قال سبحانه وتعالى من عمل صالحا فلنفسه. ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستئجار على الطاعات فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة بربع من دقيقها أو ليعصر له قفيزا من سمسم بجزء معلوم من دهنه انه لا يجوز لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان ولو دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحائك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا هو في معنى قفيز الطحان فكان الاستئجار عليه منهيا واذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة بأجرة فاسدة وبعض مشايخنا ببلخ جوز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيي ومنها ان تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري بها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو استأجر الارض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرا باستئجار الارض ولا يجوز استئجار الشجر وقال أبو يوسف اذا استأجر ثيابا ليبسطها ببيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال

ليس

ليس منفعة مقصودة عادة وقال عمرو عن محمد فى رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر عليه لان قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة والله عز وجل الموفق وأما الذى يرجع الى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المؤاجر اذا كان منقولا فان لم يكن فى قبضه فلا تصح اجارته لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض والاجارة نوع بيع فتدخل تحت النهى ولان فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف فى بيع العين انها تجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل فى الاجارة لا تجوز بالاجماع وأما الذى يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة والاجرة فى الاجارات معتبرة بالثمن فى البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنا فى البياعات يصلح أجرة فى الاجارات ومالا فلا وهو أن تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه فى كتاب البيوع والاصل فى شرط العلم بالاجرة قول النبى صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة والتعيين أو بالبيان وجملة الكلام فيه أن الاجر لا يخلو اما ان كان شيأ بعينه واما ان كان بغير عينه فان كان بعينه فانه يصير معلوما بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر سواء كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا لان المشار اليه اذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج الى بيان مكان الايفاء عند أبى حنيفة وان كان بغير عينه فان كان مما يثبت دينا فى الذمة فى المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر الا أن فى الدراهم والدنانير اذا لم يكن فى البلد الا نقد واحد لا يحتاج فيها الى ذكر النوع والوزن ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان فى البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبة لا بد من البيان فان لم يبين فسد العقد ولا بد من بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب البيوع وهل يشترط الاجل ففى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء كما تثبت دينا فى الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت دينا فى الذمة مطلقا لا بطريق السلم بل بطريق القرض فكان لثبوتها أجلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم وان لم يذكر جاز كالقرض وأما فى الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت دينا فى الذمة الا مؤجلا فكان لثبوتها أجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الاجل كالسلم وان كان مما لا يثبت دينا فى الذمة فى عقود المعاوضات المطلقات كالحيوان فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر ألا ترى أنه لا يصلح ثمنا فى البياعات فلا يصلح أجرة فى الاجارات وحكم التصرف فى الاجرة قبل القبض اذا وجبت فى الذمة حكم التصرف فى الثمن قبل القبض اذا كان دينا وقد بينا ذلك فى كتاب البيوع واذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف فيها نذكره فى بيان حكم الاجارة ان شاء الله عز وجل وما كان منها عينا مشارا اليها فحكمه حكم الثمن اذا كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف المعروف فى كتاب البيوع انه يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز وهى من مسائل البيوع ولو استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها لم يجز لان الطعام أو العلف يصير أجرة وهو مجهول فكانت الاجرة مجهولة والقياس فى استئجار الظئر بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول أبى يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهى الطعام والكسوة الا أن أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل بين ما اذا كانت

الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك أى الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود وقوله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة الاجرة فى هذا الباب لا تفضى الى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة مع الاظآر والتوسيع عليهن شفقة على الاولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استأجر دارا بأجرة معلومة وشرط الآجر تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع فى سقفها على المستأجر فالاجارة فاسدة لان المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة وكذا اذا آجر أرضا وشرط كرى نهرها أو حفر بئرها أو ضرب مسناة عليها لان ذلك كله على المؤاجر فاذا شرط على المستأجر فقد جعله أجرة وهو مجهول فصارت الاجرة مجهولة ومنها أن لا تكون الاجرة منفعة هى من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شئ من ذلك عندنا وعند الشافعى ليس بشرط وتجوز هذه الاجارة وان كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك والكلام فيه فرع فى كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هى معدومة وقت العقد فيتأخر قبض أحد المستأجرين فيتحقق ربا النساء والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا كاسلام الهروى فى الهروى والى هذا أشار محمد فيما حكى ان ابن سماعة كتب يسأله عن هذه المسئلة أنه كتب اليه فى الجواب انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائى فكانت منك زلة أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروى بالهروى بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة لان الربا لا يتحقق فى جنسين وعند الشافعى منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كأنها أعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسيئة ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل فى هذه المسئلة ان هذا فى معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالئ بالكالئ غير سديد لان الدين اسم لموجود فى الذمة أخر بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد فأما ما لا وجود له وتأخر وجوده الى وقت فلا يسمى دينا وحقيقة الفقه فى المسئلة ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدى هى ان الاجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقى على أصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوى فى ذلك العبد والامة حتى لو استأجر عبدا يخدمه شهرا بخدمة أمة كان فاسدا لاتحاد جنس المنفعة ثم فى اجارة الخدمة بالخدمة اذا خدم أحدهما ولم يخدم الآخر روى عن أبى يوسف انه لا أجرة عليه وذكر الكرخى وقال الظاهر ان له أجر المثل وجه رواية أبى يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة فقد جعل بازاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضيا ببذل المنفعة بلا بدل وجه ما ذكره الكرخى انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد لما نذكر تحقيقه انها تتقوم بالعقد الفاسد الذى لم يذكر فيه بدل رأسا بأن استأجر شيأ ولم يسم عوضا أصلا فاذا سمى العوض وهو المنفعة أولى وقالوا فى عبد مشترك تهايأ الشريكان فيه تخدم أحدهما يوما ولم يخدم الآخر انه لا أجر له لان هذا ليس بمبادلة بل هو افراز ويجوز استئجار العبدين لعملين مختلفين كالخياطة والصياغة لان الجنس قد اختلف وذكر الكرخى فى الجامع اذا كان عبد بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه بخيط معه شهرا على أن يصوغ نصيبه معه فى الشهر الداخل ان هذا لا يجوز فى العبد الواحد وان اختلف العمل وانما يجوز فى العملين المختلفين اذا كانا فى عبدين لان هذا مهايأة منهما لانهما فعلا ما يستحق عليهما من غير اجارة والمهايأة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة فأما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو أجره داره على أن يسكنها شهرا ثم يسلمها الى المستأجر أو أرضا على أن يزرعها ثم يسلمها

الى

الى المستأجر أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه الى المستأجر فالاجارة فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقد وزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض فى معاوضة المال بالمال يكون ربا أو فيها شبهة الربا وكل ذلك مفسد للعقد وعلى هذا يخرج أيضا شرط تطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى منها واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكرى الانهار و فى اجارة الارض وطعام العبد وعلف الدابة فى اجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر فى الاصل اذا استأجر دارا مدة معلومة بأجرة مسماة على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا أجرة على المستأجر اذا لم يسكنها وان سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص مما سمى أما فساد العقد فظاهر لان شرطه أن لا يسكن نفى موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطا فاسدا وأما عدم وجوب الاجر رأسا ان لم يسكن ووجوب أجر المثل ان سكن فظاهر أيضا لان أجر المثل فى الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما فى النكاح الفاسد لان التخلية هى التمكين ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسى من العباد وهو الغصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه فى المنفعة فلا يسقط حق الآجر فى الاجرة واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل وأما قوله لا ينتقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة ان الواجب فى الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى ومن أجر المثل اذا كان الاجر مسمى وقد قال فى هذه المسئلة انه لا ينقص من المسمى من المشايخ من قال المسئلة مؤولة تأويلها انه لا ينقص من المسمى اذا كان أجر المثل والمسمى واحدا ومنهم من أجرى الرواية على الظاهر فقال ان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس فى مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر فى العقد تسمية أصلا الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى ولو آجره داره أو أرضه أو عبده أو دابته وشرط تسليم المستأجر جاز لان تسليم المستأجر من مقتضيات العقد ألا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد لا مخالفا له فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر ولو آجر بشرط تعجيل الاجرة أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالاجرة رهنا أو كفيلا جاز اذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلائم العقد وان كان لا يقتضيه كما ذكرنا فى البيوع فيجوز كما فى بيع العين وأما شرط اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من الاصل ونوع هو شرط بقائه على اللزوم أما الاول فانواع منها أن يكون العقد صحيحا لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز ومنها أن لا يكون بالمستأجر عيب فى وقت العقد أو وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد حتى قالوا فى العبد المستأجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له أن يفسخ الاجارة لان السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروط نصا كما فى بيع العين ومنها أن يكون المستأجر مرئى المستأجر حتى لو استأجر دارا لم يرها ثم رآها فلم يرض بها انه يردها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما فى بيع العين فان رضى بها بطل خياره كما فى بيع العين وأما الثانى فنوعان أحدهما سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما حتى لو استأجر عبدا يخدمه أو دابة يركبها أو دارا يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع اذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض انه ليس للمشترى أن يرده لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيأ فشيأ فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقودا مبتدأ فاذا حدث العيب

بالمستأجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهـذا يوجب الخيار فى بيع العـين كذا فى الاجارة فلا فرق
بينهما من حيث المعنى واذا ثبت الخيار للمستأجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجرة لانه
رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما فى بيع العين اذا اطلع المشترى على عيب فرضى به وان زال العيب
قبل أن يفسخ بان صح العبـد وزال العرج عن الدابة و بنى المؤاجر ماسقط من الدار بطل خيار المسـتأجر لان
الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمسـتأجر فان كان لا يضر
بالانتفاع به بقى العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمـة أو
سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به فى سكناها لان العـقد ورد على المنفعة لا على العـين اذا
الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان فى المنفعة بل فى العين والعين غير معقود عليها فى باب الاجارة وتغير عـين
المعقود عليـه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع
فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فاوجب الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلى الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا
فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العـقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو
من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد فى رجل استأجر أرضا سنة يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع آفة من برد
أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقـدر أن يزرع قال ان أراد أن يزرع شـيأ غيره مما ضرره على
الارض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك والا فسخت عليه الاجارة وألزمته اجر مامضى لانه اذا عجز عن زراعة
ذلك النوع كان استيفاء الاجارة اضرارا به قال واذا نقص الماء عن الرحى حتى صار يطحن أقل من نصف طحنـه
فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن
الرحى أو انقطع الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر فى بعضها ما يدل على أن العقد ينفسخ فانه
ذكر فى اجارة الاصل اذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فهـذا دليـل الانفساخ
حيث جوز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه
أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه
فينفسخ العقد وذكر فى بعضها ما يدل على أن العقد لا ينفسخ لـكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر فى كتاب الصلح اذا
صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الآجر
فقال المستأجر بعد ما بناه لا حاجة لى فيه قال محمد ليس للمستأجر ذلك وكذلك لو قال المستأجر آخذه وأبى الآجر
ليس للآجر ذلك وهذا يجرى مجرى النص على أن الاجارة لم تنفسخ ووجهه أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها
منفعة السكنى فى الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأسا فلا ينفسخ العقد على انه ان فات كله لـكن فات
على وجه يتصور عوده وهذا يكفى لبقاء العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه أن العقد المنعقد بيقين
يبقى لتوهم الفائدة لان الثابت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقـين لا يثبت بالشك وذكر القدورى وقال
الصحيح ان العقد ينفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة فى الدار ليس بمنفعة مطلوبة
من الدار عادة فـلا يعتبر بقاؤه لبقاء العـقد وقال فيما ذكره محمد فى البيت اذا بناه المؤاجر انه لما بناه تبين أن العـقد لم
ينفسخ حقيقـة وان حكم بفسخه ظاهرا فيجبر على التسـليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقـد فى الظاهر مع
التوقف فى الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت فى يد البائع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء العـقد بعد الحـكم بانفساخـه ظاهرا
بموت الشاة كذا ههنا واذا بقى العقد يجـبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم ان العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل
بالظاهر وذكر محمد فى السفينة اذا نقضت وصارت ألواحا ثم بناها المؤاجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستأجر فقد فرق
بين السفينة و بين البيت ووجه الفرق أن العقد فى السفينة قد انفسخ حقيقـة لأن الاصل فيها الصناعة وهى التركيب

والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى فلم يجبر على تسليمها الى المستأجر بخلاف الدار لان عرصة الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصة فيها أصل فاذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر فامسك الرحى حتى مضت المدة فعليه أجر للستة أشهر الماضية ولا شىء عليه لما بقى لان منفعة الرحى قد بطلت فانفسخ العقد قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقى شىء من المعقود عليه له حصة في العقد فاذا استوفى لزمه حصته فان سلم المؤاجر الدار الا بيتاً منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا أجر على المستأجر في البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الاجارة اذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو استأجر دارا أشهرا مسماة فلم تسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقى من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه اياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لان الخيار انما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقة لان المنافع تحدث شيأ فشيأ فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فكان أول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثاني مملوكا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحدهما لا يؤثر في الآخر فان استأجر دارين فسقطت احداهما أو منعه مانع من احداهما أو حدث في احداهما عيب فله أن يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم والثانى عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فان حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب المسئلة ان الاجارة تفسخ بالاعذار عندنا خلافا له (وجه) قوله ان الاجارة أحد نوعى البيع فيكون لازما كالنوع الآخر وهو بيع الاعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر في تفصيل الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن المضى في موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين اذا اطلع المشترى على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ان هذا هكذا اذا لم يعجز عن المضى على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضى على الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه يقتضى ان من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا واذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤاجر وقد يكون في جانب المستأجر أما الذى في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة أو من الزراعة الى التجارة أو ينتقل من حرفة الى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الاجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه فان منعناه عن الانتقال أضررنا به وان أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

أن ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه فى الثانى لما ان الثانى أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفاء المنفعة من الاول من غير ضرر وانما بطلت زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود منها فى الاول وعلى هـذا اذا استأجر رجلا لما لا يصل الى الانتفاع به من غير ضرر يدخل فى ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الاجارة بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرا له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث فى ملكه شيأ من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الاجارة ولا يجبر على شىء من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل فى المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفى البناء اتلاف الآلة وقلع الضرس والحجامة والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر به الا أنه استأجره لها لمصلحة تاملها تربو على المضرة فاذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقى الفعل ضررا فى نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استأجر ابلا الى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم ان هذا لا يريد أن يترك السفر وانما يريد أن يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره فان خرج ثم قفل الجمال معه فاذا فعلت ذلك فلك الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم ان هذا لا يريد سفرا وانما يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله عز وجل انه يريد السفر الذى عزم عليه لانه يدعى سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا يقبل قوله الا مع يمينه وقالوا لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما أظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله عز وجل لقد خرج قاصدا الى الموضع الذى ذكر لان المؤاجر يدعى ان الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر الى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البينة عليه لان عزم المستأجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه وأما الجمال اذا بدا له من الخروج فليس له أن يفسخ الاجارة لان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان له أن يبعث غيره مع الجمال فلا يكون قعوده عذرا بخلاف خروج المستأجر لان غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فحفر بعضها فوجدها صلبة أو خرج حجرا أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضى فى موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه وقال هشام عن أبى يوسف فى امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل الى الزام الجمال للاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هى مدة ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا فى فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقى من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبر الجمال على المقام معها لان هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج وأما الذى هو فى جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن المستأجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة أو بالاقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة بالاقرار فكذلك عند أبى حنيفة وأما عندهما فالدين الثابت بالاقرار بعد عقد الاجارة لا تفسخ به الاجارة لانه متهم فى هـذا الاقرار ولابى حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير اجازة المستأجر خلافا للشافعى على ما نذكره واذا لم يجز البيع مع عقد الاجارة جعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة لان ابقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضى وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر لتعلق حق المستأجر به فينبغى أن لا يحبسه القاضى فالجواب ان القاضى لا يصدقه انه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه الى أن يظهر حاله وفى الحبس ضرر على أنه ان لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستاجر انما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من

بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيأ فاجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بائعه وان رضى المستاجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذرا له فى فسخ الاجارة لانه لا يقدر على استيفائها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ولو أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد أجر عقاره فليس ذلك بعذر لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ اذا كانت بعينها أما اذا أصاب الابل داء فلان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا فيها وأما مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضى أن لا يكون عذرا لان أثر المرض فى المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد وأما وجه رواية أبى يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قعوده ان الجمال يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا بدا له من الخروج لانه يقدر على الخروج فاذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم غيره مقامه ولو أجر صانع من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم قال بدا لى أن أترك هذا العمل وأنتقل منه الى غيره قال محمد ان كان ذلك من عمله بان كان حجاما فقال قد أنفت من عملى وأريد تركه لم يكن له ذلك ويقال أوف العمل ثم انتقل الى ماشئت من العمل لان العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه لانه من أهل تلك الحرفة فهو بقوله أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه فى الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعته بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئرا وهى ممن تعاب بذلك فلأهلها أن يخرجوها وكذلك ان أبت هى أن ترضعه لان من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة اذا دخل فيها يلحقه العار فاذا أراد الترك فهو لا يقدر على ايفاء المنافع الا بضرر وكذلك الظئر اذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلأهلها الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفى المثل السائر تجوع الحرة ولا تأكل بثديها فان لم يمكن ايفاء العقد الا بضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفء انه لا يثبت لها حق الفسخ ويثبت للاولياء لان النكاح لا يفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والاجارة تنفسخ بالعذر وان وقعت لازمة ولو انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤاجر فاراد أن ينقض الاجارة ويسكنها ليس له ذلك لانه يمكنه أن يستأجر منزلا آخر أو يشترى فلا ضرورة الى فسخ الاجارة وكذا اذا أراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه أن يترك المنزل فى الاجارة ويخرج بخلاف المستاجر اذا أراد أن يخرج لما ذكرنا ولو اشترى المستأجر منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه أن يؤاجر دار نفسه فشراؤه دارا أخرى أو وجود دار أخرى لا يوجب عذرا فى الدار المستأجرة والله عز وجل أعلم وأما الذى هو فى جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فانه عذر فى فسخ الاجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ أما العتق فلا شك فى نفاذه لصدور الاعتاق من الاهل فى المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستاجر لا يؤثر الا فى المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على امكان التسليم بدليل ان اعتاق الآبق نافذ وأما الخيار فلان العقد على المنافع ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كانه عقد عليه ابتداء فكان له خيار الاجارة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقى وسقط عن المستأجر الاجر فيما بقى وكان أجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان أجاز ومضى على الاجارة فالاجرة فيما يستقبل الى تمام السنة تكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له كما لو أجر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى فى المدة فلا خيار له بخلاف العبد المأذون اذا أجر نفسه بعد الحرية فان اختار الاجارة لم يكن له أن ينقضها بعد ذلك لانه باختيار الاجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العود وقبض الاجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع الى العاقد هذا ان لم يكن المستاجر عجل الاجرة ولا شرط المولى عليه

التعجيل فان كان عجل أو شرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضى على الاجارة فالاجرة كلها للمولى لانه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل وان اختار الفسخ يرد النصف الى المستاجر لان الاجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له الا منفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فاجر ثم أعتقه المولى فى نصف المدة لان عقده باذن المولى كعقد المولى بنفسه الا ان قبض الاجرة ثم أعتقه المولى فى المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الامضاء فى العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الماذون ومنها بلوغ الصبى المستأجر آجره أبوه أو وصى أبيه أو جده أو وصى جده أو القاضى أو أمينه فبلغ فى المدة فهو عذر ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان فى ابقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبى لما بينا فيما تقدم فيه عجز عن المضى فى موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولو أجر واحد من هؤلاء شيأ من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين اجارة النفس والمال ذكره فى كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر فى حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس فهو فى وضعها اضرار وانما يملكها الولى أو الوصى من حيث هى تأديب وقد انقطعت ولاية التاديب بالبلوغ فاما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الاجارة الا فى اجارة الوقف حتى لو آجر دارا هى ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له أن يفسخ العقد الا فى الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف و يجدد العقد فى المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد أجر مثل الدور فاما اذا جاء واحد و زاد فى الاجرة تعنتا على المستأجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تفسخ هذه الاجارة اذا أمكن الفسخ فاما اذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان فى الارض زرع لم يستحصد لان فى القلع ضررا بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك الى أن يستحصد الزرع بأجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره و بعد الزيادة الى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا اذا غلا أجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان الاجارة لا تفسخ لان المستأجر رضى بذلك القدر و زيادة ولان الفسخ فى الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف و فى هذا ضرر فلا تفسخ وأما العذر فى استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبى من لبنها لانه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو يقى من لبنها لان الصبى يتضرر به أو تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبى أو تكون سارقة لانهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لانها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبى أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لان فى الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم و فى ابقاء العقد بعد السفر اضرارا أيضا أو تمرض الظئر لان الصبى يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالارضاع فى المرض أيضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يؤذونها بالسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فان لم يكفوا كان لها أن تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم يتركوها كان فى ابقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لانه يعير بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له أن يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها فكانت هى بالاجارة متصرفة فى حقها وقيل له الفسخ فى الوجهين لانها ان أرضعت الصبى فى بيتهم فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان أرضعت فى بيته فله أن يمنعها من ادخال الصبى الى بيته ثم اذا اعترض شىء من هذه الاعذار التى وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها أو تحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر ان كان يوجب العجز عن المضى فى موجب العقد شرعا بان كان المضى فيه حراما فالاجارة تنتقض بنفسها كما فى الاجارة على قلع الضرس اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة اذا برأت ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه الى فسخ القاضى أو التراضى ذكر فى الاصل و فى الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه بل للعاقد فسخها وذكر فى الزيادات انها لا تفسخ الا بفسخ القاضى أو التراضى وجه ماذكر فى الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض

وجه

وجه المذكور في الاصل والجامع الصغيران المنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيأ فشيأ فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلا فقال ان كان العذر ظاهرا لا حاجة الى القضاء وان كان خفيا كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا احسن وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الاجارة

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لانها اباحة المنفعة فأشبهت الاعارة ولنا انها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع وقال سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين نوعا لا خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب أن تكون نوعين نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولانها معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة أما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته أما الاول فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة للآجر لانها عقد معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقدا مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة أو تأجيلها فان عقد مطلقا فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيأ فشيأ على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيأ فشيأ وعنده تجعل المدة موجودة تقديرا كانها اعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا يبنى ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك (وجه) قوله ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع الا أن الملك لا بد له من محل يثبت فيه ومنافع المدة معدومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولان المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت الملك في أحد العوضين والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة لانها معلومة حقيقة فلا تثبت في الاجرة في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولا يقول ان الاجرة لا تجب الا بعد مضي المدة مثل استئجار الارض سنة أو عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع هنا فقال تجب يوما فيوما وفي الاجارة على المسافة مثل ان استأجر بعيرا الى مكة ذاهبا وجائيا كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجر حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع وقال يسلم حالا فحالا وذكر الكرخي انه يسلم أجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو قول أبي يوسف ومحمد وجه قول أبي حنيفة الاول ان منافع المدة أو المسافة من حيث انها معقود عليها شيء واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها كمن استأجر خياطا يخيط ثوبا فخاط بعضه انه لا يستحق الاجرة حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ (وجه) قوله الثاني وهو المشهور انه ملك البدل وهو المنفعة وانها تحدث شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فيملكها شيأ فشيأ على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الاجرة

ساعة فساعة الا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما ومرحلة فمرحلة لانه لا يعذر فيه و روى عن أبي يوسف فيمن استأجر بعيرا الى مكة انه اذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الاجر بحسابه استحسانا وذكر الكرخي ان هذا قول أبي يوسف الاخير ووجهه ان السير الى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة في الجملة فاذا لوجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما اذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الاجر أو وهبه له أو تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الاخير عينا كان الاجر أو دينا وقال محمد ان كان دينا جاز وجه قول أبي يوسف ظاهر خارج على الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك المبرئ لا يصح بخلاف الدين المؤجل لانه مملوك وانما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الابراء عنه وهبة غير المملوك لا تصح وجه قول محمد ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال أعتقت والابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعني بالانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني شيأ آخر فهو غير معقول ولو أبرأه عن بعض الاجرة أو وهب منه جاز في قولهم جميعا أما على أصل محمد فظاهر لانه يجوز ذلك عنده في الكل فكذا في البعض وأما على أصل أبي يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة فيلحق الحط بأصل العقد فيصير كما لو وجد في حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن في البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه بأصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم الملك وأما اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال أبو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للاجارة وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل أما أبو يوسف فقد مر على الاصل ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كانها لم توجد رأسا بخلاف المشتري اذا وهب المبيع من بائعه قبل القبض وقبله البائع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك فثبت الملك للبائع فانفسخ البيع وأما محمد فانه يقول الاجرة اذا كانت عينا كانت في حكم المبيع لان ما يقابلها هو في حكم الاعيان والمشتري اذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع كذا هذا واذا رد المستأجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فاذا رد بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف المؤاجر المستأجر بالاجرة فأخذ بها دينارا بأن كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند أبي يوسف في قوله الاخير وكان قوله الاول انه جائز وهو قول محمد فأبو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصا بالاجرة ولا أجرة له فيبقى ثمن الصرف في ذمته فاذا افترقا قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز الصرف الا ببدل واجب ولا وجوب الا بشرط التعجيل ثبت الشرط مقتضى اقدامهما على الصرف ولو شرطا تعجيل الاجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو اشترى المؤاجر من المستأجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز في قولهم لان العقد على الاعيان والهبة جائزان فالرهن والكفالة أولى وأما على أصل أبي يوسف فأما الكفالة فلان جوازها لا يستدعي قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت وكذلك الكفالة بالدرك جائزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جائز كالرهن بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار ولان الكفالة والرهن شرعا للتوثق والتوثق ملائم للاجر هذا اذا وقع العقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة فاما اذا شرط في تعجيلها ملكت بالشرط و وجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا بأحد معان ثلاثة أحدها شرط التعجيل في نفس العقد والثاني التعجيل من غير شرط والثالث استيفاء المعقود عليه اما ملكها بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق

معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التى هى مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق الا فى ثبوت الملك فيهما فى زمان واحد فاذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك فى العوض قبل ثبوته فى المعوض ولهذا صح التعجيل فى ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضى الحلول كذا هذا وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الاجرة كذا ذكر الكرخى فى جامعه لان المنافع فى باب الاجارة كالمبيع فى باب البيع والاجرة فى الاجارات كالثمن فى البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن فكذا للمؤاجر حبس المنافع الى أن يستوفى الاجرة المعجلة فان قيل لا فائدة فى هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت على مدة فاذا حبس المستأجر مدة بطلت الاجارة فى تلك المدة ولا شئ فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس و يطالب بالاجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان فى الحبس فائدة على أن هذا لا يلزم فى الاجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة لان العقد ههنا لا يبطل بالحبس مع كذا هذا و يبطل ببيع ما يتسارع اليه الفساد كالسمك الطرى ونحوه اذ للبائع حبسه حتى يستوفى الثمن وان كان يؤدى الى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط فى عقد الاجارة على أن لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضاء مدة الاجارة فهو جائز وأما على قول أبى حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا فى آخر المدة فاذا شرط كان هذا شرطاً مقررا مقتضى العقد فكان جائزا وأما على قوله الآخر فالاجرة وان كانت تجب شيأ فشيأ فقد شرط تأجيل الاجرة والاجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن وأما اذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه لما عجل الاجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لان التاخير ثبت حقاً له فيملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت وأما اذا استوفى المعقود عليه فلانه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض فى مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين فى حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل تبنى الاجارة المضافة الى زمان فى المستقبل بان قال أجرتك هذه الدار غدا أو رأس شهر كذا أو قال أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان انها جائزة فى قول أصحابنا وعند الشافعى لا تجوز وجه البناء ان الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحاً له اذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كانها أعيان قائمة بنفسها واضافة البيع الى عين ستوجد لا تصح كما فى بيع الاعيان حقيقة وأما عندنا فالعقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المعقود عليه شيأ فشيأ وهو المنفعة فكان العقد مضافا الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد الا أنا جوزنا الاضافة فى الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشاء العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة فى بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة الى الاضافة وطريقنا أولى لان جعل المعدوم موجودا تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا احالة فى الاضافة الى زمان فى المستقبل فان كثيرا من التصرفات تصح مضافة الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا وأما الاحكام التى هى من التوابع فكثيرة بعضها يرجع الى الآجر والمستأجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع الى صفة المستأجر والمستأجر فيه أما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل أو تاجيله واما ان كان مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر تعجيلها والابتداء بتسليمها سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيا ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة أو كان صانعا أو عاملا ينتفع بصنعته أو عمله كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك

الآجر البدل حتى تجوز له هبته والتصدق به والابراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع فى الثمن فى باب البيع وللمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر فى الاشياء المنتفع باعيانها حتى يستوفى الاجرة وكذا للاجير الوحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللاجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل قبل استيفاء الاجرة فى الاجارة كالثمن فى البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن اذا لم يكن مؤجلا كذا ههنا وان شرط فيه تأجيل الاجرة يبتدأ بتسليم المستاجر وايفاء العمل وانما يجب بتسليم البدل عند انقضاء الاجيل لان الاصل فى الشروط اعتبارها لحديث الذى روينا وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ماوقع عليه العقد فى نوعى الاجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستاجر وعلى الاجير تسليم النفس أو ايفاء العمل أولا عندنا خلافا للشافعى لان الاجرة لاتجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب والمسئلة قد مرت غير ان فى النوع الاول وهو الاجارة على الاشياء المنتفع باعيانها اذا سلم المستأجر لا يجب على المستأجر تسليم البدل كله للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيأ فشيأ حقيقة أو تقديرا بالتمكن من الاستيفاء فى قول أبى حنيفة الآخر وللمؤاجر أن يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما فى الاجارة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة فى الاجارة على المسافة ولكن يخير المكارى على الحمل الى المكان المشروط اذ لو لم يخير لتضرر المستأجر وفى قوله الاول وهو قول أبى يوسف ومحمد لا يجب تسليم شئ من البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها فى الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم وأما فى النوع الآخر وهو استئجار الصناع والعمل فلا يجب تسليم شئ من البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا فى الحمال مالم يحط المتاع من رأسه لايجب الاجر لان الحط من تمام العمل وهكذا قال أبو يوسف فى الحمال يطلب الاجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل فى هذا النوع غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشئ واحد فما لم يوجد لا يقابله البدل بلا خلاف بخلاف النوع الاول على قول أبى حنيفة الآخر لان كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم فى النوع الآخر اذا أراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الاجرة هل له ذلك ينظر ان كان لعمله أثر ظاهر فى العين كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف له ذلك لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصورا وانما العمل يحصل ذلك الاثر عادة والبدل يقابل ذلك الاثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفاء الثمن اذا لم يكن الثمن مؤجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند أبى حنيفة لايجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى والمسئلة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى وان لم يكن لعمله أثر ظاهر فى العين كالحمال والملاح والمكارى ليس له أن يحبس العين لان مالا أثر له فى العين فالبدل انما يقابل نفس العمل الا أن العمل كله كشئ واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل فى يد المستاجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كاليد المودعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع فى العمل حصل مسلما الى المستأجر لحصوله فى يده فتقررت عليه الاجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس ونص محمد على الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع فى يده فهو غاصب ووجهه ماذكرنا ان العين كانت أمانة فى يده فاذا حبسها بدينه فقد صار غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذى ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الى المستأجر الا بعد الفراغ منه حتى لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذا كان المعمول فيه فى يد الاجير فان كان فى يد المستأجر فقدر ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلما الى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة بان استأجر رجلا ليبنى له بناء فى ملكه أو فيما فى يده بان استأجره ليبنى له بناء فى داره أو يعمل له ساباطا أو جناحا أو يحفر له بئرا أو قناة

أونهر أوما أشبه ذلك فى ملكه أو فيما فى يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر على الباقى حتى لو انهدم البناء أوانهارت البئر أو وقع فيها الماء والتراب وسواها مع الارض أوسقط الساباط فله أجر ما عمله بحصته لانه اذا كان فى ملك المستأجر أوفى يده فكما عمل شيأ حصل فى يده قبل هلاكه وصار مسلما اليه فلا يسقط بدله بالهلاك ولو كان غير ذلك فى غير ملكه و يده ليس له أن يطلب شيأ من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتى لوهلك قبل التسليم لا يجب شيء من الاجرة لانه اذا لم يكن فى ملكه ولا فى يده توقف وجوب الاجرة فيه على الفراغ والتمام وقال الحسن بن زياد اذا أراه موضعا من الصحراء يحفر فيه بئرا فهو بمنزلة ماهو فى ملكه و يده وقال فى آخر الكلام وهذا قياس قول أبى حنيفة وقال محمد لا يكون قابضا الا بالتخلية وان أراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لم يصر فى يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلما اليه وان كان ذلك فى غير ملك المستأجر و يده فعمل الاجير بعضه والمستأجر قريب من العامل فخلى الاجير بينه و بينه فقال المستأجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك لان قدر ماعمل لم يصر مسلما اذا لم يكن فى ملك المستأجر ولا فى يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستاجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه ولو استأجر لبانا ليضرب له لبنا فى ملكه أو فيما فى يده لا يستحق الاجرة حتى يجف اللبن و ينصبه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد حتى يجف أو ينصبه و يشرجه ولا خلاف فى انه اذا ضربه ولم يقمه انه لا يستحق الاجرة لانه مالم يقلبه عن مكانه فهو أرض فلا يتناوله اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع الى أنه هل يصير قابضا له بالاقامة أولا يصير الا بالتشريج فعلى قول أبى حنيفة يصير قابضا له بنفس الاقامة لان نفس الاقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضا مالم يشرج لان تمام العمل به حتى لو هلك قبل النصب فى قول أبى حنيفة وقبل التشريج فى قولهما فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الاصلين ولو هلك بعده فله الاجر لان العمل قد تم فصار مسلما اليه لكونه فى ملكه أو فى يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل وجه قولهما ان الامن عن الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان هو الذى يشرج ليؤمن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كاخراج الخبز من التنور ولابى حنيفة ان المستأجر له ضرب اللبن ولما جف ونصبه فقد وجد ماينطلق عليه اسم اللبن وهو فى يده أو فى ملكه فصار قابضا له فاما التشريج فعمل زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من مكان الى مكان فلا يلزمه ذلك وان كان ذلك فى غير ملكه و يده لم يستحق الاجرة حتى يسلمه وهو أن يخلى الاجير بين اللبن و بين المستأجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبى حنيفة وعندهما بعد ماشرجه وروى ابن سماعة عن محمد فى رجل استأجر خبازا ليخبز له قفيزا من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز فى التنور قبل أن يخرجه أو ألزقه فى التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده فى التنور فاحترق فلا أجرة له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم الا بالاخراج من التنور فلم يكن قبل الاخراج خبزا فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال ولو أخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز فى منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة أما استحقاق الاجر فلانه فرغ من العمل باخراج الخبز من التنور وحصل مسلما الى المستأجر لكونه فى ملك المستأجر وأما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده وأما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له دقيقا مثل الدقيق الذى دفعه اليه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الاجر لان قبض الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه فى منزل مالكه وانما يبرأ بالتسليم كالغاصب اذا وجب الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لانه لم يسلم اليه العمل وان شاء ضمنه خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب الاجر عليه قال ولا أضمنه القصب ولا الملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان القصب صار رمادا والملح صار ماء وكذلك الخياط الذى يخيط له فى منزله قميصا فان خاط له بعضه لم يكن له أجرته لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزم الاجرة

الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة فى قول أبى حنيفة لان العمل حصل مسلما اليه لحصوله فى ملكه وأما على
قولهما فالعين مضمونة فلا يبرأ عن ضمانها الا بتسليمها الى مالكها فان هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحا ولا
أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيطا وله الاجر لما بينا ولو استاجر حمالا ليحمل له دنا من السوق الى منزله فحمله حتى اذا
بلغ باب درب الذى استاجره كسره انسان فلا ضمان على الحامل فى قول أبى حنيفة وله الاجر وهو على ماذكرنا ان
العمل اذا لم يكن له أثر ظاهر فى العين كما وقع يحصل مسلما الى المستاجر وذكر ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع ثوبا الى
خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لان المنافع هلكت
قبل التسليم فسقط بدلها قال ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه
العمل ثانيا وان كان الخياط هو الذى فتق الثوب عليه أن يعيده لانه لما فتقه فقد فسخ المنافع التى عملها فكانه لم يعمل
رأسا واذا فتقه الاجنبى فقد أتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان وقالوا فى الملاح اذا حمل الطعام الى موضع فرد
السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة فان كان الملاح هو الذى ردها لزمه اعادة الحمل الى الموضع
الذى شرط عليه لما قلنا وان كان الموضع الذى رجعت اليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن
يسلمه فى موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار فى هذا المسير لانا لو جوزنا للملاح تسليمه فى
مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بلا اجر الى أقرب المواضع التى يمكن القبض فيه فقد راعينا
الحقين قالوا ولو اكترى بغلا الى موضع يركبه فلما سار الى بعض الطريق جمح به فرده الى موضعه الذى خرج منه
فعليه الكراء بقدر ما سار لانه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان وقال فى الجامع الصغير عن أبى
حنيفة فى رجل استأجر رجلا يذهب الى البصرة فيجىء بعياله فذهب فوجد فلانا قد مات فجاء بمن بقى قال له من
الاجر بحسابه وعن أبى حنيفة فى رجل استأجر رجلا يذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجىء بجوابه فذهب
فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب فلا أجر له وهو قول أبى يوسف وقال محمد له الاجر فى الذهاب أما فى المسئلة الاولى
فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الاجر بحساب ما حمل وأما فى الثانية فوجه قول
محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة فى الذهاب وقع على الوجه
المأمور به فيستحق حصته من الاجر وفى العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شىء ولهما أن المقصود من
حمل الكتاب ايصاله الى فلان ولم يوجد فلا يجب شىء على أن المقصود وان كان نقل الكتاب لكنه اذا رده فقد
نقض تلك المنافع فبطل الاجر كما لو استأجره ليحمل طعاما الى البصرة الى فلان فحمله فوجده قد مات فرده انه لا أجر
له لما قلنا كذا هذا وللمستأجر فى اجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع وان
يسكن بنفسه وبغيره وأن يسكن غيره بالاجارة والاعارة الا أنه ليس له أن يجعل فيها حدادا ولا قصارا ونحو ذلك مما
يوهن البناء لما بينا فيما تقدم ولو أجرها المستأجر باكثر من الاجرة الاولى فان كانت الثانية من خلاف جنس الاولى
طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا تطيب له حتى يزيد فى الدار زيادة من بناء أو حفر أو تطيين أو تجصيص
فان لم يزد فيه شيأ فلا خير فى الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة أما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة فى
عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك فيصح العقد وأما التصدق بالفضل اذا
كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل فى ضمان المستأجر بدليل
انه لو هلك المستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤاجر وكذا لو غصبه غاصب فكانت
الزيادة ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح فى مقابلة الزيادة
فيخرج من أن يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب به زيادة الاجر وكذا فى اجارة
الدابة اذا زاد فى الدابة جوالق أو لجاما أو ما أشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا فان علفها لا يطيب له لان الاجرة لا يصير

شيء منها مقابلا بالعلف فلا يطيب له الفضل ولو استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استأجر ثوبا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون في الركوب واللبس فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شيء لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شيء فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفيا بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل ألا يرى انه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس فان قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده فاذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما ألا ترى انه ضامن وان هلك من غير اللبس فان يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجرة وان سلم وان كان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس وهذه جهالة تفضي الى المنازعة لان صاحب الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أحسن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الاجر استحسانا والقياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة في المعقود عليه وعقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحكم العقد ولو استأجر دابة ليركبها أو ثوبا ليلبسه لا يجوز له أن يؤاجر غيره للركوب واللبس لما قلنا ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعد ما أجرها من غير عذر ذكر في الاصل أن البيع لا يجوز وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف وذكر في بعضها أن البيع باطل والتوفيق ممكن لان في معنى قوله لا يجوز أي لا ينفذ وهذا لا يمنع التوقف وقوله باطل أي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف والصحيح انه جائز في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر حتى اذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له أن يمتنع من الاخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير اجازة البيع فان أجاز جاز وان أبى فللمشتري أن يفسخ البيع ومتى فسخ لا يعود جائزا بعد انقضاء مدة الاجارة وهل يملك المستاجر فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى اذا مضت مدة الاجارة كان للمشتري أن يأخذ الدار وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن له أن ينقض البيع واذا نقضه لا يعود جائزا وروى عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان المشتري عالما بها وقت الشراء وقعت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقض البيع لاجل العيب وهو الاجارة وان شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعي البيع نافذ من غير اجازة المستأجر وجه قوله ان البيع صادف

محله لان الرقبة ملك المؤاجر وانما حق المستأجر فى المنفعة ومحل البيع العين ولا حق المستأجر فيها ولنا ان البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف فى حقه فقلنا بالجواز فى حق المشترى و بالتوقف فى حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين وعلى هذا اذا أجر داره ثم أقر بها لانسان ان اقراره ينفذ فى حق نفسه ولا ينفذ فى حق المستأجر بل يتوقف الى أن تمضى مدة الاجارة فاذا امضت نفذ الاقرار فى حقه أيضاً فيقضى بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا أجر داره من انسان ثم أجر من غيره ان الاجارة الثانية تكون موقوفة على اجازة المستأجر الاول فان أجازها جازت وان أبطلها بطلت وههنا ليس للمستأجر أن يبطل البيع و وجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك المستأجر الاول فتجوز باجازته وتبطل بابطاله فاما الاقرار فانما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستأجر فيها حق فاذا زال حقه بتقديم المستأجر الاول اذا أجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار وفى البيع يكون الثمن لصاحب الملك و وجه الفرق على نحو ما ذكرنا لان الاجارة وردت على المنفعة وانها ملك المستأجر الاول فاذا أجاز كان بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدلها له و بالاجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فاذا امضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضى المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية أقل فللاول أن يسكن حتى تتم المدة وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الاجارة ان العقد جائز فيما بينه و بين المرتهن موقوف فى حق المستأجر لتعلق حقه بالمستأجر وله أن يحبس حتى تنقضى مدته وعلى هذا بيع المرهون من الراهن انه جائز بين البائع والمشترى موقوف فى حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفى ماله فاذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار الى المشترى كما فى الاجارة الا ان ههنا اذا أجاز المرتهن البيع حتى جاز وسلم الدار الى المشترى فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قائما مقام الدار لان حق حبس العين كان ثابتا له ما دامت فى يده و بدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه وفرق القدورى بين الرهن والاجارة فقال فى الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك لان حق المستأجر فى المنفعة لا فى العين فكان الفسخ منه تصرفا فى محل حق الغير فلا يملكه وأما حق المرتهن فتعلق بعين المرهون الا ترى انه يصير به مستوفيا الدين فكان الفسخ منه تصرفا فى محل حقه فيملك والله عز وجل اعلم وللاجير ان يعمل بنفسه واجرائه اذا لم يشترط عليه فى العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل أجرائه يقع له فيصير كانه عمل بنفسه الا اذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان العمال متفاوتون فى العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر كمن استأجر جملا بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره ولو استأجر على الحمل ولم يعين جملا كان للمكارى ان يسلم اليه أى جمل شاء كذا ههنا وتطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر لان الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه وللمستأجر ان يخرج ان لم يعمل المؤاجر ذلك لانه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستأجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهى كذلك ورآها فلا خيار له لانه رضى بالمبيع المعيب واصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا وقالوا فى المستأجر اذا انقضت مدة الاجارة وفى الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها وان امتلأ خلاها ومجراها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة اذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا فى الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فان أصلح المستأجر شيأ من ذلك

لم يحتسب له بما أنفق لانه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه فكان متبرعا وقبض المستأجر على المؤاجر حتى لواستأجر دابة ليركبها فى حوائجه فى المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يمضى بها اليه وعلى الذى أجرها ان يقبض من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع بالمستأجر لكن هذه المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للمؤجر فبقيت العين أمانة فى يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها اياما فهلكت فى يده لم يضمن شيأ سواء طلب منه المؤاجر أم لم يطلب لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا فى الامساك فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى بيت المودع حتى هلكت وهذا بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان نفعه له على الخلوص فكان رده عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤنة الرد فان كان استأجرها من موضع مسمى فى المصر ذاهبا وجائيا فان على المستأجر ان يأتى بها الى ذلك الموضع الذى قبضها فيه لا لان الرد واجب عليه بل لاجل المسافة التى تناولها العقد لان عقد الاجارة لا ينتهى الا برده الى ذلك الموضع فان حملها الى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى فى حملها الى غير موضع العقد فان قال المستأجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلى فليس على المستأجر ردها الى منزل المؤاجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت مدة الاجارة فبقيت أمانة فى يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة وليس للظئران تأخذ صبيا آخر فترضعه مع الاول فان اخذت صبيا آخر فارضعته مع الاول فقد أساءت وأثمت ان كانت قد أضرت بالصبى ولها الاجر على الاول والآخر (أما) الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن (وأما) استحقاق الاجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع ان يستأجر ظئرا آخر لقوله عز وجل وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع مطلقا فان أرضعته الأخرى فلها الاجرى أيضا فان استأجرت الظئر ظئرا أخرى فارضعته أودفعت الصبى الى جاريتها فارضعته فلها الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون لها الاجر وجه القياس ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استأجر أجيرا ليعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجرة فكذا هذا وجه الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع عملها للاولى فصار كانها عملت بنفسها هذا اذا أطلق فاما اذا قيد ذلك بنفسها ليس لها ان تسترضع أخرى لان العقد أوجب الارضاع بنفسها فان استأجرت أخرى فارضعته لا تستحق الاجر كما قلنا فى الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع ان يحبس الظئر فى منزله اذا لم يشترط ذلك عليها ولها ان تأخذ الصبى الى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر طعام الصبى ودواؤه لان ذلك لم يدخل فى العقد وماذكره فى الاصل ان على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا فى توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استأجر رجلا يضرب له لبنا ان الزنبيل والملبن على صاحب اللبن وهذا على عادتهم وقالوا فيمن استأجر على حفر قبر ان حثى التراب عليه ان كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريج اللبن على اللبان واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا فى الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك وقالوا فى الدقيق الذى يصلح به الحائك الثوب انه على صاحب الثوب فان كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا فى الطباخ اذا استأجر فى عرس ان اخراج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة ففرغ منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شئ وهو مبنى على العادة يختلف باختلاف العادة وقالوا فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة الى منزله فلما انتهى اليه أراد صاحب الحنطة ان يحمل المكارى ذلك فيدخله منزله وأبى المكارى قالوا قال أبو حنيفة عليه ما يفعله الناس و يتعاملون عليه

وان أراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس عليه ذلك الا ان يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه
ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت الا ان يشترطه واذا تكارى دابة فالاكاف على صاحب الدابة
فاما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة وكذلك اللجام وأما السرج فعلى رب الدابة الا ان تكون سنة البلد
بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالاجرة عليه وهو متطوع
فى ذلك أما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه وأما كونه متطوعا فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب
الدين فى ذمته ورضاعه على بيت المال لان ميراثه لبيت المال وأما الثانى وهو الذى يرجع الى صفة المستأجر
والمستأجر فيه فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه والثانى فى بيان ما يغير تلك
الصفة أما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف فى ان المستأجر أمانة فى يد المستأجر كالدار والدابة وعبد الخدمة
ونحو ذلك حتى لو هلك فى يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض
الوديعة والعارية وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة
والمتاع المحمول فى السفينة أو على الدابة أو على الحمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلو اما ان كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى
أجير الوحد فان كان مشتركا فهو أمانة فى يده فى قول أبى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولى الشافعى وقال
أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا الحرق الغالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير
المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روى عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب وهو الذى يقدر على استدراكه لو علم
به لانه لو علم به لاطفأه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له
وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر بحسابه وان شاء ضمنه قيمته غير
معمول ولا أجر له واحتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وقد عجز
عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروى ان عمر رضى الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا
لاموال الناس وهو المعنى فى المسئلة وهو ان هؤلاء الاجراء الذين يسلم المال اليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو
علموا انهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد فى الحرق
الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب ولابى حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدى لقوله عز وجل
ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدى من الاجير لانه مأذون فى القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجب
الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد فى باب الاجارة لا يجب على
المستأجر فكان المراد منه الاعارة والغصب وفعل عمر رضى الله عنه يحتمل انه كان فى بعض الاجراء وهو المتهم بالخيانة
وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير اذا هلك فى يده لان العين انما تدخل فى الضمان عندهما بالقبض
كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا فى السفينة أو راكبا على الدابة
التى عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع فى يد صاحبه وكذلك اذا كان صاحب المتاع
والمكارى راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لان المتاع فى أيديهما فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد
وروى بشر عن أبى يوسف انه ان سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشى معه لا ضمان عليه لان المتاع
لم يصر فى يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا فى الطعام اذا كان فى سفينتين وصاحبه فى احداهما
وهما مقرونتان أو غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لانه هلك فى
يد صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمال لان المتاع فى يد صاحبه لانه
هو الحافظ له وروى ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل استأجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحمله صاحب الزق
والحمال جميعا ليضعاه على رأس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى

الحمال بل هو فى يده قال وان حمله الى بيت صاحبه ثم أنزله الجمال من رأسه وصاحب الزق فوقع من أيديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابى يوسف ان المحمول داخل فى ضمان الحمالة بثبوت يده عليه فلا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبه فاذا أخطآ جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان ولمحمد ان الشىء قد وصل الى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه ابتداء الى رأس الحمال فهلك وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفا الى صيقل يصقله باجر ودفع الجفن معه فضاعا قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغنى عن الغلاف والسيف لا يستغنى عن الجفن فصارا كشىء واحد قال فان أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكينا يعمل له نصالا فضاع المصحف أو ضاع السكين لم يضمن لانه لم يستأجره على ان يعمل فيهما بل فى غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير رددت، وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير فى قول أبى حنيفة لانه أمين عنده فى القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق فى دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل فى ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصا فما فى يده يكون أمانة فى قولهم جميعا حتى لو هلك فى يده بغير صنعه لا يضمن أما على أصل أبى حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض حصل باذن المالك وأما على أصلهما فلان وجوب الضمان فى الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا حاجة الى ذلك فى الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عز وجل أعلم وأما الثانى وهو بيان ما يغيره من صفة الامانة الى الضمان فالمغير له أشياء منها ترك الحفظ لان الاجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع اذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما نذكره فى كتاب الوديعة ان شاء الله تعالى ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير متعديا فيه بان تعمد ذلك أو عنف فى الدق سواء كان مشتركا أو خاصا وان لم يكن متعديا فى الافساد بان أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصا لم يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه فى النورة فاحترق أو الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو أحد قولى الشافعى وجه قول زفر ان الفساد حصل بعمل مأذون فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين والدليل على انه حصل بعمل مأذون فيه انه حصل بالدق والدق مأذون فيه ولئن لم يكن مأذونا فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس فى وسعه الدق المصلح فاشبه الحجام والبزاغ ولئن كان ذلك فى وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله الا بحرج والحرج منفى فكان ملحقا بما ليس فى الوسع ولنا ان المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل فى وسعه ذلك بالاجتهاد فى ذلك وهو بذل المجهود فى النظر فى آلة الدق ومحله وارسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة فى العمل والمهارة فى الصنعة وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه قصر كما نقول فى الاجتهاد فى امور الدين الا أن الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤاخذ الخاطئ والناسى بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الا بحرج مسلم لكن الحرج انما يؤثر فى حقوق الله عز وجل بالاسقاط لا فى حقوق العباد وبهذا فارق الحجام والبزاغ لان السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن فى وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة وأما الاجير الخاص فهناك وان وقع عمله افسادا حقيقة الا أن عمله يلتحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه اليه فى المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الجمال اذا زلقت رجله فى الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب ولو كان الحمال هو الذى زاحم الناس

حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة وكذلك الراعى المشترك اذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط فى الماء فعطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا أو ضرب ضربا معتادا فعطبت فهو على الاختلاف وان ساق أو ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف لان ذلك اتلاف على طريق التعدى ثم اذا تخرق الثوب من عمل الاجير حتى ضمن لا يستحق الاجرة لانه ما أوفى المنفعة بل المضرة لان ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفى الحمال اذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى سلمه اليه وان شاء فى الموضع الذى فسد أو هلك وأعطاه الاجر الى ذلك الموضع وروى عن أبى حنيفة انه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا فى الموضع الذى فسد أو هلك. أما التخيير على أصل أبى يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبى حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن تعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له فيما يروى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثانى العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من اسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثانى انه لما لم يوجد منه ايفاء المنفعة فى القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة فى المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضى بتفريقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكارى فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بنى آدم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب بالعقد دلت هذه المسئلة على أن ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوى فيه المتاع والآدمى وان وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر فى نوادره عن أبى يوسف فى القصار اذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدرى من أى الدق تخرق وقد كان صحيحا قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما فمحمد مر على أصلهما ان الثوب دخل فى ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه الا بيقين مثله وهو أن يعلم ان التخرق حصل بفعل غيره ولابى يوسف ان الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل انه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار فى حال ولا يجب فى حال فلزم اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا فى تلميذ الاجير المشترك اذا وطئ ثوبا من القصارة فخرقه يضمن لان وطء الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجىء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله الى الاستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصارة فكان مضافا الى الاستاذ فان كان ثوبا وديعة عند الاستاذ فالضمان على الغلام لان عمله انما يضاف الى الاستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو انما يملك ذلك فى ثياب القصارة لا فى ثوب الوديعة فبقى مضافا اليه فيجب عليه الضمان كالاجنبى وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فاحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر فى الاصل لو ان رجلا دعى قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لانه مأذون فى المشى على البساط والجلوس على الوسادة فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطؤا آنية من الاوانى ضمنوا لان هذا مما لا يؤذن فى وطئه فكذلك اذا وطؤا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا اناء بايديهم فانكسر لم يضمنوا لان ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم مقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن لانه مأذون فى الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل فى الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان

على

على القصار والضمان على سائق الحمولة لان الجناية من السائق لان المشى فى الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فانه ضامن الا أن يأذن له صاحب الدابة فى ذلك عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن ان لا نضمنه اذا لم يتعد فى الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعتاد كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا ولابى حنيفة ان كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من اجنبى على انا ان سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فاشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف فى غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان اذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون فى الجنس وقد يكون فى القدر وقد يكون فى الصفة وقد يكون فى المكان وقد يكون فى الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون فى استئجار الدواب وقد يكون فى استئجار الصناع كالحائك والصباغ والخياط خلا المكان اما استئجار الدواب فالمعتبر فى الخلاف فيه فى الجنس والقدر والصفة فى استئجار الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه فى الجنس ينظر ان كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فان كان الضرر فى الثانى اكثر يضمن كل القيمة اذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا لكلها وان كان الضرر فى الثانى مثل الضرر فى الاول أو أقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشيء اذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف فى القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف فى ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة فى الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف فى الصفة وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها ويبنى الضمان عليها وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن مأذونا فيه أصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا أجرة على الغاصب على أصلنا ولان المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الاجرة عليه ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان فى الضرر بالارض وكذلك ان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير وكذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس أن يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ولنا أن الخلاف الى مثله أو الى ما هو دونه فى الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثانى اذا كان مثله فى الضرر كان الرضا بالاول رضا بالثانى واذا كان دونه فى الضرر فاذا رضى بالاول كان بالثانى أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان فى الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا كذا هذا ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشر فان سلمت فعليه ما سمى من الاجرة ولا ضمان عليه وان عطبت ضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء وقال زفر وابن أبى ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر

جزأ فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا ما قال أصحابنا فى حائط بين شريكين أثلاثا مال الى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذى أشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط أثلاث كذا هذا وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وانما خالف فى الزيادة وانها استوفيت من غير عقد فلا أجر لها وكذا لو استأجر سفينة ليطرح فيها عشرة أكرار فطرح فيها أحد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء وعند زفر وابن أبى ليلى يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بقدر الزيادة فهى علة التلف ألا ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل ألا ترى ان الكر الزائد لو انفرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون فيه والبعض غير مأذون فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كمسئلة الحائط ولو استأجر دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل من وزنه فعطبت الدابة لا يضمن قيمتها لان ضرر الدابة ههنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع فى موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها فلم يكن مأذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا أجرة عليه لما قلنا وكذلك اذا استأجر ليحملها حنطة فحمل عليها حطبا أو خشبا أو آجرا أو حديدا أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر فى أحدهما أكثر ولو استاجرها ليركبها فاركبها من هو مثله فى الثقل أو أخف منه ضمن لان الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الخرق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقيل الذى يحسن الركوب لا يضر بها فاذا عطبت علم ان التلف حصل من خرقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا ولو استاجر دابة ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لان تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبهما بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلا فعلى الذى أشهد عليه نصف ديته وان كان نصيبه من الحائط أقل من النصف لان التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة فى حكم الضمان كمن جرح انسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا ههنا وعليه الاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو اركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه أتلفها باركاب غيره ولو استاجر حمارا با كاف فنزعه منه وأسرجه فعطب فلا ضمان عليه لان ضرر السرج أقل من ضرر الاكاف لانه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الاكاف ولو استأجر حمارا بسرج فنزع منه السرج وأوكفه فعطب ذكر فى الاصل أنه يضمن قدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر فى الجامع الصغير أنه يضمن كل القيمة فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يضمن بحساب الزيادة وجه قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل كما لو استأجره بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الاول فعطب أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا ولابى حنيفة أن الاكاف لا يخالف السرج فى الثقل وانما يخالفه من وجه آخر وهو أنه ياخذ من ظهر الدابة أكثر مما ياخذ السرج ولان الدابة التى لم تألف الاكاف يضر بها الاكاف والخلاف اذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما اذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك بخلاف ما اذا ابدل السرج بسرج أثقل منه والاكاف باكاف أثقل منه لان التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما فى الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مر ولو استأجر حمارا عاريا فاسرجه ثم ركب

فعطب كان ضامنا لان السرج أثقل على الدابة وقيل هـذا اذا استأجره ليركبه فى المصر وهومن غرض الناس
ممن يركب فى المصر بغير سرج فاما اذا استأجره ليركبه خارج المصر أوهومن ذوى الهيئات لا يضمن لان الحمار
لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف وكذا ذوالهيئة فكان الاسراج ماذونا فيه دلالة فلا يضمن وان استاجر
حمارا بسرج فاسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر فهوضامن لان
الثانى اذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان فى الضرر فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة واذا كان مما لا يسرج
بمثله الحمر بأن كان سرجا كبيرا كسروج البراذين كان ضرره أكثر فكان اتلافا للدابة فيضمن وكذلك ان لم يكن عليه
لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان أبدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فاذا
كان الحمار قد يلجم بمثله أوأبدله بمثله لم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن وأما الخلاف فى المكان فنحو أن
يستاجر دابة للركوب أوللحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر
فى ضمانه حتى لوعطب قبل العود الى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة ولوعاد الى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن
الضمان كان أبوحنيفة أولا يقول يبرأ كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهوقول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم
رجع وقال لا يبرأ حتى يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الاول ان الشئ أمانة فى
يده ألا ترى انه لوهلك فى يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك
فاشبه الوديعة ولهذا لو هلك فى يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر
كالمودع سواء بخلاف المستعير فانه لا يرجع (وجه) قوله الآخر ان يد المستأجر يد نفسه لانه قبض الشئ لمنفعة
نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المؤاجر وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدى لا يبرأ من
ضمانه الا برده الى صاحبه لانه لا تكون الاعادة الى المكان المأذون فيه ردا الى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان
بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه ألا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود الى الوفاق ردا الى
يد نائب المالك فكان ردا الى المالك معنى فهوالفرق وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد
المؤاجر بل لانه صار مغرورا من جهته كالمشترى اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع بسبب الغرور
كذا هذا ولواستأجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان آخر يضمن اذا هلكت وان كان الثانى أقرب من
الاول لانه صار مخالفا لا ختلاف الطرق الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها
الى ذلك المكان الذى عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر
مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم
ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر ولواستأجرها ليركبها أوليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها
ولم يحمل عليها شيأ فعليه الاجر لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى المكان المعلوم فصار كما لواستأجر دارا ليسكنها
فسلم المفتاح اليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولوأمسك الدابة فى الموضع الذى
استاجرها ولم يذهب بها الى الموضع الذى استأجرها اليه فان أمسكها على قدر ما يمسك الناس الى أن يرتحل فهلك فلا
ضمان عليه لان حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان مأذونا فيه دلالة وان حبس مقدارا ما لا يحبس الناس مثله
يومين أوثلاثة فعطب يضمن لانه خالف فى المكان بالامساك الخارج عن العادة فصار غاصبا فيضمن اذا هلك ولا
أجرة عليه لما قلنا وان لم تهلك فأمسكها فى بيته فلا أجر عليه لما مر ان الاجر بمقابلة تسليم الدابة فى جميع الطريق ولم
يوجد بخلاف ما اذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع
لصاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجرة فى الاجارات على الوقت بالتسليم فى
الوقت وقد وجد فتجب الاجرة كما فى اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم

فى جميع الطريق ولم يوجد فلا يجب وأما الخلاف فى الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت فى يده ضمن لانه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان فى الجنس بأن دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للاجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد أما خيار التضمين فلفوات غرضه لان الاغراض تختلف باختلاف الالوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمنه وان شاء أخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لانه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب اذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل الى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وان كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبى حنيفة فاختار أخذ الثوب لا يعطيه شيئا بل يضمنه نقصان الثوب فى قول أبى حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الالوان ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض ما لا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا أجر له لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد فى رجل أمر انسانا أن ينقش فى فضة اسمه فنقش اسم غيره انه يضمن الخاتم لانه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف اياه قال واذا أمر رجلا أن يحمر له بيتا فخضره قال محمد أعطيه ما زادت الخضرة فيه ولا أجرة له لانه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذى زاد فى البيت لما مر ولو دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى لان القباء والقميص مختلفان فى الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمنه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا واذا كان الخلاف فى الصفة نحو ان دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويسلم اليه الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف فى الجنس وانما وجب الاجر ههنا لان الخلاف فى الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه الا أنه لم يأت بوصفه فمن حيث انه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث انه أتى بالاصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان هذا شأن أجر المثل لما نذكر ان شاء الله تعالى وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا فامره وفافضرب له كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل وان شاء أخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه بأصله وخالف فى وصفه فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع الى حائك غزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحاك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا ان صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمنه غزله وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمى وذكر فى الاصل اذا دفع خفه الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه خفه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله فى عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا وأما ثبوت الخيار اذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يأت بالمأمور به رأسا بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالغاصب اذا أنعل الخف

المغصوب فكان للمالك أن يضمنه كالغاصب وله أن يأخذ الخف لان ولاية التضمين تثبت لحق المالك فاذا رضي بالاخذ كان له ذلك واذا أخذ أعطاه اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد أتى باصل العمل وانما خالف في الصفة فله ان يختاره و يعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يات بالصفة و يعطيه مازاد النعل لانه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب وانما جعل الخيار في هذه المسائل الى صاحب الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى وان كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا لان الاذن يتناول ادنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيدا فانعله بغير جيد فان شاء ضمنه قيمة الخف وان شاء اخذ الخف واعطاه اجر مثل عمله وقيمة مازاد فيه ولا يجاوز به ما سمى لان الردىء من جنس الجيد و يثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف في القدر نحو ما ذكر محمد في الاصل في رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه له سبعا في أربع فخالف بالزيادة أو بالنقصان فان خالف بالزيادة على الاصل المذكور فان الرجل بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الاجر المسمى أما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان الزيادة في قدر الذراع توجب نقصانا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار وان شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة وان شاء أخذه وأعطاه الاجر الذي سماه لانه أتى باصل العمل الذي هو معقود عليه وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه كمن اشترى شيأ فوجده معيبا حتى كان له أن يأخذه مع العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له أن يأخذه و يعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية أخرى ان عليه أجر المثل وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كانه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى وجه رواية الاصل ان العقد وقع على عمل مقدر ولم يأت بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل كر من طعام الى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه فكذا ههنا وان أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد أن صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا يزيد للذراع الزائد شيأ أما ثبوت الخيار فلتغير الصفة اذ الانسان قد يحتاج الى الثوب القصير ولا يحتاج الى الطويل فيثبت له الخيار ولانه اذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل فان أخذه فلا أجر له في الزيادة لانه متطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحب الثوب فكان متبرعا فلا يستحق الاجر عليها وذكر في الاصل اذا أعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد العصفر فيه مع الاجر وذكر القدوري ان مشايخنا ذكروا تفصيلا فقالوا ان هذا على وجهين ان كان صبغه أولا بربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذه وأعطاه الاجر المسمى ومازاد لثلاثة أرباع القفيز في الثوب لانه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولا وهو ربع الهاشمي فقد أوفاه المعقود عليه وصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب ثوبا مصبوغا بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت له الخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى لانه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى و يعطيه مازاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قائمة للصباغ في الثوب وان شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب له الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لانه لم يصل الى يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمنه و يضمن الاجر وان كان صبغه ابتداء بقفيز فله مازاد الصبغ ولا أجر له لانه لم يوف بالعمل المأذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير كانه غصب ثوبا وصبغه بعصفر وروى ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك وهو ان له أن يأخذ الثوب و يغرم الاجر ومازاد العصفر فيه مجتمعا كان أو متفرقا لان الصبغ لا يتشرب

فى الثوب دفعة واحدة بل شيأ فشيأ فيستوى فيه الاجتماع والافتراق وأما الاجارة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شروط الصحة فحكمها الاصلى هو ثبوت الملك للمؤاجر فى أجر المثل لا فى المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب أجر المثل ولان الموجب الاصلى فى عقود المعاوضات هو القيمة لان مبناها على المعادلة والقيمة هى العدل الا انها مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الى الموجب الاصلى وهو أجر المثل ههنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزاد على المسمى فى عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يزاد و يجب بالغا ما بلغ بناء على ان المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تتقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغا ما بلغ لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها وفى قول زفر وبه أخذ الشافعى هى متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالأعيان هذا اذا كان فى العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية الاجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة التى هى الموجب الاصلى دلالة فكان تقويما للمنافع باجر المثل اذ هو قيمة المنافع فى الحقيقة ولا يثبت فى هذه الاجارة شىء من الاحكام التى هى من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه وهى كونه أمانة فى يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك فى قبض مأذون فيه من قبل المؤاجر وأما الاجارة الباطلة وهى التى فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا حكم لها رأسا لان ما لا ينعقد فوجوده فى حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف العاقدين فى عقد الاجارة فان اختلفا فى مقدار البدل أو المبدل والاجارة وقعت صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا لقول النبى صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية الاخرى وهى قوله والسلعة قائمة بعينها يتناول بعض أنواع الاجارة وهو ما اذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها واذا ثبت التحالف فى نوع بالحديث ثبت فى الانواع كلها بنتيجة الاجماع لان أحدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الاصول لان اليمين فى أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه لان المؤاجر يدعى على المستأجر زيادة الاجرة والمستأجر منكر والمستأجر يدعى على المؤاجر وجوب تسليم المستأجر بما يدعى من الاجرة والمؤاجر ينكر فكان كل واحد منهما منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر فى أصول الشرع ولهذا اجرى التحالف قبل القبض فى بيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم ان كان الاختلاف فى قدر البدل يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر وجوب الأجرة الزائدة وان كان فى قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا تفسخ الاجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل أو اقرار والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والاقرار وأيهما أقام البينة يقضى ببينته لان الدعوى لا تقابل الحجة وان أقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف فى البدل فبينة المؤاجر أولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف فى المبدل فبينة المستأجر أولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المؤاجر فضلا فيما يستحقه من الاجر وادعى المستأجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال المؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر بعشرة وقال المستأجر الى الكوفة بخمسة أو قال المؤاجر أجرتك شهرا بعشرة وقال المستأجر شهرين بخمسة فالامر فى التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا ولو أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذى يستحقه بعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان

بينة كل واحد منهما تثبت زيادة لان بينة المؤاجر تثبت زيادة الاجر و بينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحدة منهما على الزيادة التي تثبتها وان كان اختلافهما بعد ما استوفى المستأجر بعض المنفعة بان سكن الدار المستأجرة بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة ثم اختلفوا فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه و يتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقي لان العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقودا عليه مبتدأ فكان ما بقي من المدة والمسافة منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع على قول أبي حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد على جملة واحدة وهي العين القائمة للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدأ انما الجملة معقود عليها بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في قدر الهالك يسقط في الباقي وان كان اختلافهما بعد مضي وقت الاجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر اليها لا يتحالفان فيه والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت التحالف وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك والمنافع ههنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف واما محمد فيحتاج الى الفرق بين المبيع الهالك و بين المنافع الهالكة ووجه الفرق له أن المنافع غير متقومة بانفسها على أصلنا وانما تتقوم بالعقد فاذا فسخت الاجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فاذا فسخ البيع بالتحالف يبقى العقد متقوما بنفسه في يد المشترى فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول المستأجر لانه المستحق عليه والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عز وجل أعلم وان كان الاختلاف في جنس الاجر بان قال المستأجر استأجرت هذه الدابة الى موضع كذا بعشرة دراهم وقال الآخر بدينار فالحكم في التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة ما وصفنا فان أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الاجرة حقا له و بينة المستأجر لا تثبت الاجرة حقا له فكانت بينة المؤاجر أولى بالقبول ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر بدينار وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لان الاختلاف الى القصر وقع في البدل فكانت بينة المؤاجر أولى لما قلنا وثبت الاجارة الى القصر بدينار ثم المستأجر يدعي من القصر الى الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة أولى من النافية وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر من رجل دارا سنة فاختلفا فاقام المستأجر البينة انه استأجر احدى عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة وأقام البينة رب الدار انه أجرها بعشرة قال فاني آخذ ببينة رب الدار لانه يدعي فضل أجرة في أحد عشر شهرا وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر الثاني عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعى فان صدقه على ذلك والا سقط الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قباء وقال الخياط أمرتني أن أقطعه قميصا فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط مع يمينه واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولهما وقال في موضع يتحالفان فاذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن أبي ليلى ان صاحب الثوب أقر بالاذن بالقطع غير انه يدعي زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن مستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول في صفة الاذن قوله ولهذا لو وقع الخلاف في أصل الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم آذن بالقطع كان القول قوله وكذا اذا قال لم آذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى لان المأذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع ولا معنى لاحد قولي الشافعي لان التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ههنا فلا يثبت التحالف لان صاحبه يدعي على الخياط الغصب والخياط يدعي الاجر وذلك مما لا يثبت فيه التحالف وان كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لان صاحب

الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها متصرفا فى ملك غيره بغير اذنه فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله أما اختيار أخذ الثوب فلانه أتى باصل المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به واعطاؤه أجر المثل لا المسمى لانه لم يأت بالمامور به على الوصف الذى أمر به وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة لانه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بان يسد وسطه وازراره وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب فيستحق الاجرة حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الاجرة لاختلاف منفعة القباء والسراويل فلم يات المعقود عليه رأسا قال القدورى والرواية بخلاف هذا فان هشاما روى أن محمدا قال فى رجل دفع الى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا فضرب به كوزا ان صاحبه بالخيار ان شاء ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز ما سمى ففى السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة له فقد وافق فى أصل المعقود عليه وخالف فى الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وروى ابن سماعة وبشر عن أبى يوسف فى رجل أمر رجلا ان ينزع له ضرسا متاكلا فنزع ضرسا صحيحا متاكلا فقال الآمر أمرتك بغير هذا بهذا الاجر وقال المأمور أمرتنى بالذى نزعت فان أبا حنيفة قال فى ذلك القول قول الآمر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من قبله خاصة فكان القول فى المامور به قوله وذكر فى الاصل فى رجل دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلفا فى الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة أخذت بينة الصباغ وان لم يقم لهما بينة فانى أنظر الى مازاد العصفر فى قيمة الثوب فان كان درهما أو أكثر أعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان كان مازاد فى الثوب من العصفر أقل من دانقين أعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغته الا بدانقين اما اذا اقامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة الاجرة فكانت أولى بالقبول واما اذا لم تقم لهما بينة فلان مازاد العصفر فى قيمة الثوب اذا كان درهما أو أكثر كان الظاهر شاهدا للصباغ الا انه لا يزاد على درهم لانه رضى بسقوط الزيادة واذا كان مازاد العصفر دانقين كان الظاهر شاهدا لرب الثوب الا انه لا ينقص من دانقين لانه رضى بذلك وان كان يزيد فى الثوب نصف درهم قال أعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوى اذا سقطت للتعارض يحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ وهذا بخلاف القصار مع رب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجرة ولا بينة لهما ان القول قول رب الثوب مع يمينه لانه ليس فى الثوب عين مال قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكما فيرجع الى قول صاحب الثوب لان القصار يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه على أصل أبى حنيفة ان السواد نقصان عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لانه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل الى الرجوع الى قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الى قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران فالقول قول رب الثوب فى قولهم جميعا لان الامر يستفاد من قبله ومن هذا النوع ما اذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال فى الاصل فى رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه ثوبا وأمره ان يزيد فى الغزل رطلا من عنده مثل غزله على ان يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحائك قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله لان الصانع يدعى على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله لانه يمين على فعل الغير فان حلف برئ ولئن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة يقضى بها فى هذا الباب فان أقام الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد زائدا على ما دفع اليه زيادة لم يعلم ان مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب ان الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعى

خلاف

خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل ان فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعى عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد فى رجل دفع الى صائغ عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرضا علي فصغه قلبا وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيأ قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار ان شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق وان شاء دفع اليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب أما التحالف فلأن الصائغ يدعى على صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعى على الصائغ استحقاق القلب بغير شيء وهو ينكر فيستحلف واذا بطل دعوى الصائغ فى القلب علم ان الوزن عشرة وانما بذل صاحب القلب للصائغ درهما لصياغته اثنى عشر درهما فاذا لم تثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس دوانيق وانما كان للصائغ أن يحبس القلب و يعطى صاحب القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وانه يتقرر ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه وقال ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع الى نداف ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم ان صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين استارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص ان رأيت فلم تزد الا خمسة أساتير وقال النداف دفعت الى عشرة وأمرتنى أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النداف وعلى صاحب الثوب أن يدفع اليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعى على النداف مخالفة ما أمره به وانما يدعى انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النداف فى مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر وقال النداف دفعت الى عشرة وأمرتنى أن أزيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب فى هذا بالخيار ان شاء صدقه ودفع اليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وان شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنداف لان النداف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعى الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النداف فى مقدار ما قبض وقال بشر عن أبى يوسف فى رجل أعطى رجلا ثوبا يقطعه قباء محشوا ودفع اليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والاجر فان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير أن رب الثوب ان قال ان البطانة ليست بطانتى فالقول فى ذلك قول الخياط مع يمينه البتة ان هذا بطانته و يلزم رب الثوب و يسع رب الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها لان البطانة أمانة فى يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وان كانت غيرها فقد رضى الخياط بدفعها اليه بدل بطانته فحل له لبسها وروى بشر وابن سماعة عن أبى يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعى وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الآمر الاجر الا أن يصدقه و يأخذه لان المتاع أمانة فى يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لانه لم يعترف باستيفاء المنافع فان صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان فى هذا سواء الا أنه فى النوع الواحد أفحش وأقبح يريد بهذا الوجه طعاما أو زيتا وقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامى أجود من هذا فان هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام و يبطل الاجر و يحسن أن يكون القول قول الحمال و يأخذ الاجر ان كان قد حمله فأما اذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير وقال رب الطعام كان طعامى حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه و يأخذه وانما قال يقبح فى الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فاذا أخذ العوض سلمت له المنفعة فأما فى النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر الا بالتراضى بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستأجر فى أصل الاجر كالنساج والقصار والخفاف

والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لى بغير شرط وقال الصانع لا بل عملته بأجرة درهم أو اختلف رب الدار مع المستأجر فقال رب الدار أجرتها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار فى قول أبى حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه وقال أبو يوسف ان كان الرجل حرا ثقة فعليه الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع قال انى انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيأ فلا يستحق شيأ (وجه) قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصابه للعمل وفتحه الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان حريفه فكان العقد موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولابى حنيفة ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد أما اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا فى الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان فى المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذى يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما ينتهى به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهى بأشياء منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعى لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه على أصل ذكرناه فى كيفية انعقاد هذا العقد وهو ان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيأ فشيأ واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث اذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين لان العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث الى وقت الموت فجاز أن ينتقل منه الى الوارث لان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليه رأسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث وعند الشافعى منافع المدة تجعل موجودة للحال كأنها أعيان قائمة فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا أجر رجلان دارا من رجل ثم مات أحد المؤاجرين ان الاجارة تبطل فى نصيبه عندنا وتبقى فى نصيب الحى على حالها لان هذا شيوع طارئ وانه لا يؤثر فى العقد فى الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استأجر رجلان من رجل دارا فمات أحد المستأجرين فان رضى الوارث بالبقاء على العقد ورضى العاقد أيضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات الاب أو الوصى لما قلنا وكذا لو مات أبو الصبى فى استئجار الظئر لا تنتقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبى والظئر وهما قائمان ولو مات الظئر انتقضت الاجارة وكذا لو مات الصبى لان كل واحد منهما معقود له والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وانما كان كذلك لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لان من وقع له ان كان هو المؤاجر فالعقد يقتضى استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وان كان هو المستأجر فالعقد يقتضى استحقاق الاجرة من ماله ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد منه لا يقع مقتضيا استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة من ملكه فابقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولى فى الوقف اذا عقد ثم مات لا تنتقض الاجارة لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه ولو استأجر دابة الى مكة فمات المؤاجر فى بعض المفازة فله ان يركبها أو يحمل عليها الى مكة أو الى أقرب الاماكن من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة ههنا يؤدى الى الضرر بالمستأجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه الى التلف فجعل

ذلك عذرا فى بقاء الاجارة وهذا معنى قولهم ان الاجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر وقالوا فيمن اكترى إبلا الى مكة
ذاهبا وجائيا فمات الجمال فى بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها الى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم
بانفساخ الاجارة فى الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة اذا
كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض فكان فى استيفاء العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الى مكة رفع الامر الى
الحاكم لانه لا ضرر عليه فى فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم فى الاصلح
فان رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة اصلح فعل ذلك وان رأى امضاء الاجارة الى الكوفة اصلح فعل ذلك لانه
نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد الامرين احوط فيختار ذلك قالوا والافضل اذا كان المستأجر ثقة ان يمضى
القاضى الاجارة والافضل اذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستأجر عجل الاجرة سمع القاضى بينته
عليها وقضاه من ثمنها لان الاجارة اذا انفسخت فللمستأجر امساك العين حتى يستوفى جميع الاجرة وقام القاضى
مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البينة ولو مات احد ممن وقع له عقد الاجارة قبل انقضاء المدة وفى الارض
المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك فى الارض الى ان يستحصد ويكون على المستأجر او على ورثته ما سمى
من الاجر لان فى الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر وفى الابقاء من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن
توفير الحقين من غير ضرر بابقاء الزرع الى ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمى استحسانا
والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة بالموت وانما بقيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفاء المنافع
بشبهة العقد توجب اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة وجه الاستحسان ان التسمية تناولت هذه المدة فاذا
مست الضرورة الى الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمى أولى لوقوع التراضى بخلاف الترك بعد انقضاء
المدة لان التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستأجر
والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن فى بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر
عبدا او ثوبا او حليا او ظرفا او دابة معينة فهلك او هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة او للقصارة بطلت الاجارة لما قلنا
وان كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم اليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى المؤاجر ان يأتيه بغير
ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع فى الذمة وانما تسلم العين ليقيم منافعها
مقام ما فى ذمته فاذا هلك بقى ما فى الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف اشارة الروايات فى الدار
اذا انهدم كلها او انقطع الماء عن الرحى او الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى
هذا ايضا يخرج موت الظئر ان الاجارة تبطل به لانها مستأجرة ومنها انقضاء المدة الا لعذر لان الثابت الى غاية
ينتهى عند وجود الغاية فتنفسخ الاجارة بانتهاء المدة الا اذا كان ثمة عذر بان انقضت المدة وفى الارض زرع لم
يستحصد فانه يترك الى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما اذا انقضت المدة وفى الارض رطبة أو غرس انه يؤمر
بالقلع لان فى ترك الزرع الى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فأما الرطبة فليس
لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب اذا زرع الارض
المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك الى وقت الحصاد باجر لان الترك فى الاجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له وهو
مستحق للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعد فى الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع انه هو
الذى أضر بنفسه حيث زرع أراضى غيره بغير حق فكان مضافا اليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استأجر شيأ انه
يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف لان الاجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل
الاجارة اذ لا سبيل الى ايجابها من مال المولى فان عجز بعد ما استأجر فالاجارة باقية فى قول أبى يوسف وقال محمد
تبطل والكلام فيه راجع الى أصل نذكره فى كتاب الهبة فى كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند أبى

يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه أو عتقه فان عجز ملكه المولى من الاصل وان عتق ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم اذا عجز انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من الميت الى ورثته بالموت ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبي يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت من المولى فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه على أصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت الى وارثه عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا وأصل هذه المسئلة في المكاتب اذا وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب أن يرجع في قول أبي يوسف وعند محمد لا يرجع وسنذكره في كتاب الهبة والله عز وجل أعلم

﴿ تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس أوله كتاب الاستصناع ﴾

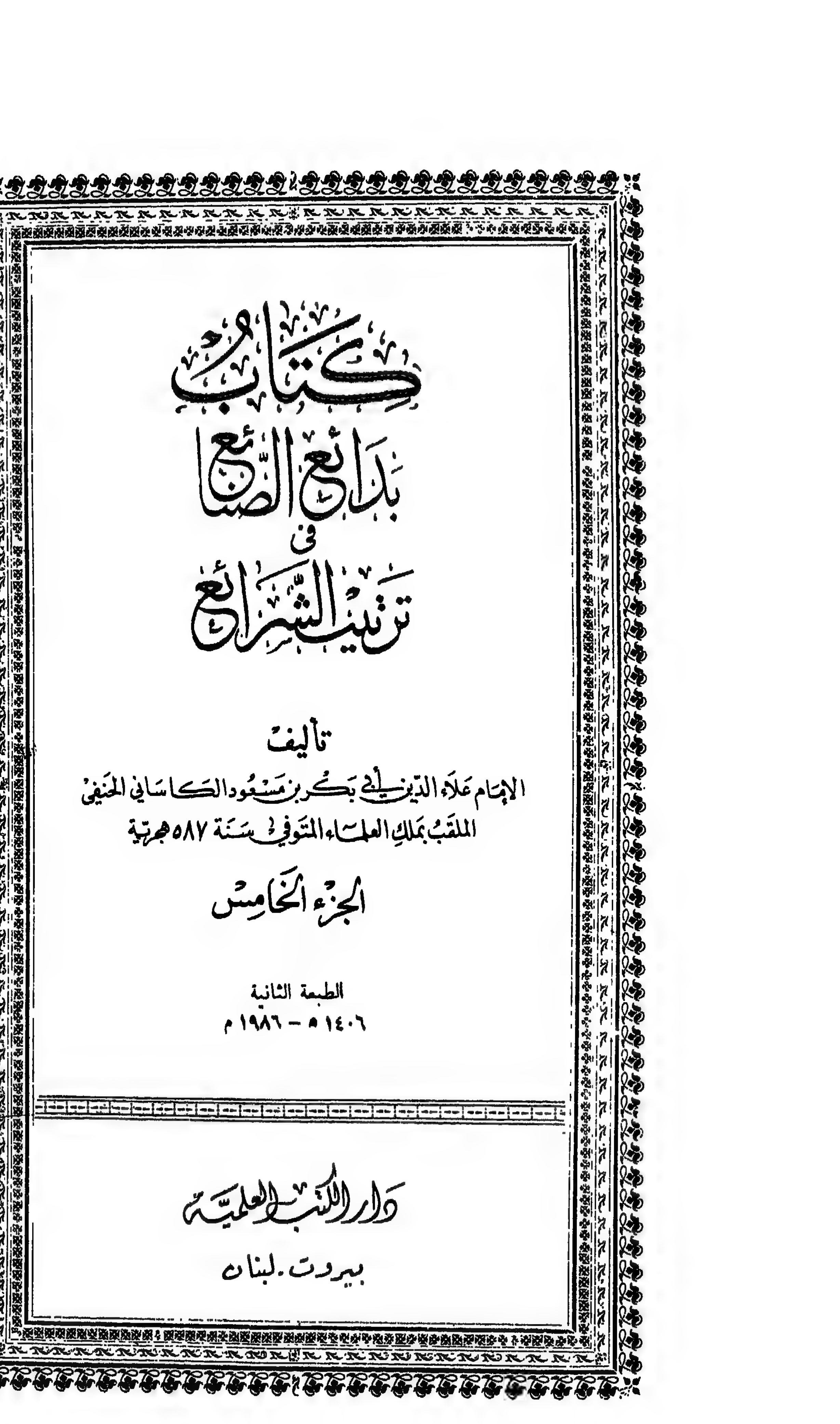


(الجزء الرابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

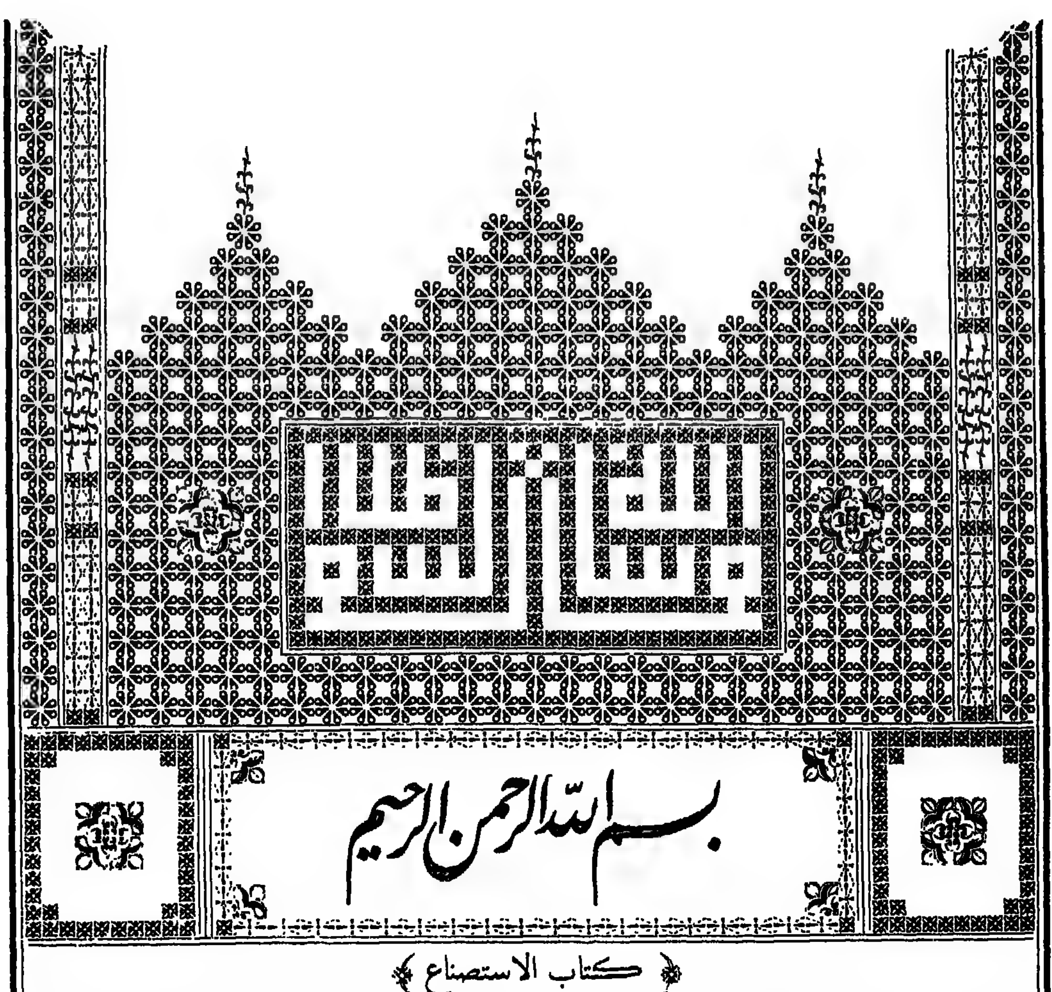
تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الخامس

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت . لبنان



﴿ كتاب الاستصناع ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان حكمه والى بيان صفته

﴿ فصل ﴾ أما صورة الاستصناع فهى أن يقول انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لى خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشترى فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمداً رحمه الله ذكر فى جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون فى العدات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات وكذا يجرى فيه التقاضى وانما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع فى الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو أحضر عينا كان عملها قبل العقد ورضى به المستصنع لجاز ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل فى المستقبل لا فى الماضى والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ولان العقد على مبيع فى الذمة يسمى سلما وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل واما اذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما

﴿ فصل ﴾ وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لانهم يعملون

ذلك

ذلك فى سائر الاعصار من غير نكر وقد قال عليه الصلاة والسلام لاتجتمع أمتى على ضلالة وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس فى دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذى يستعمل وفى قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب وفى شراء البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولان الحاجة تدعو اليه لان الانسان قد يحتاج الى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس فى الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه ألحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الاطلاق ولان فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لان السلم عقد على مبيع فى الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جوازه (فمنها) بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه (ومنها) أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أوانى الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسى والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمة ونحو ذلك ولا يجوز فى الثياب لان القياس يأبى جوازه وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل فى الثياب (ومنها) أن لا يكون فيه أجل فان ضرب للاستصناع أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل فى المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى شرط عليه فى السلم (وهذا) قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلا أو لم يضرب ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها اجلا ينقلب سلما فى قولهم جميعا (وجه) قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل فى الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعا أو يقال قد يقصد بضرب الاجل تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لان ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولابى حنيفة رضى الله عنه انه اذا ضرب فيه أجلا فقد أتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع فى الذمة مؤجلا والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ ألا ترى ان البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الاجارة وكذا النكاح على أصلنا (ولهذا) صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولان التأجيل يختص بالديون لانه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة انما يكون فى عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين فى الاستصناع ألا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاستصناع فهى انه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ان لكل واحد منهما الفسخ لان القياس يقتضى أن لا يجوز لما قلنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس (وأما) بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء كذا ذكر فى الاصل لان العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله فى الذمة لما ذكرنا انه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف فأما اذا احضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار لان

الصانع بائع مالم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشترى مالم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان ثابتا لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه فبقى خيار صاحبه على حاله كالبيع الذى فيه شرط الخيار للعاقدين اذا أسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الآخر كذا هذا (هذا) جواب ظاهر الرواية عن ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد رضى الله عنهم وروى عن ابى حنيفة رحمه الله ان لكل واحد منهما الخيار وروى عن ابى يوسف انه لا خيار لهما جميعا (وجه) رواية ابى يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع من اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أريد لانا لا ندرى ان العمل يقع على الصفة المشروطة اولا فلم يكن الامتناع منه اضرارا بصاحبه فثبت الخيار (وجه) رواية ابى حنيفة رحمه الله ان فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية لان فى اثبات الخيار للصانع ماشرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لانه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع وقول ابى يوسف ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ماشرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله سبحانه وتعالى الموفق فان سلم الى حداد حديداً ليعمل له اناء معلوما بأجر معلوم اوجلداً الى خفاف ليعمل له خفاً معلوما بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً فان عمل كما امر استحق الاجر وان افسد فله ان يضمنه حديداً مثله لانه لما افسده فكانه اخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير اذنه والاناء للصانع لان المضمونات تملك بالضمان

﴿ كتاب الشفعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفى بيان شرائط ثبوت حق الشفعة وفى بيان مايتأكد به حق الشفعة ويستقر وفى بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفى بيان ما يملك به المشفوع فيه وفى بيان طريق التمليك وبيان كيفيته وفى بيان شرط التملك وفى بيان ما يتملك به وفى بيان المتملك وفى بيان المتملك منه وفى بيان حكم اختلاف الشفيع والمشترى وفى بيان الحيلة فى ابطال الشفعة وفى بيان انها مكروهة ام لا (اما) سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان ماهية السبب والثانى فى بيان كيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الشفعة احد الاشياء الثلاثة الشركة فى ملك المبيع والخلطة وهى الشركة فى حقوق الملك والجوار وان شئت قلت أحد الشيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة فى ملك المبيع وشركة فى حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى السبب هو الشركة فى ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة فى مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصدر الحديث اثبات الشفعة فى غير المقسوم ونفيها فى المقسوم لان كلمة انما لاثبات المذكور ونفى ماعداه وآخره نفى الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشترى من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك اضراراً يمنع من ذلك فكان ينبغى ان لا يثبت حق الاخذ اصلا الا انا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقى الامر فى المقسوم على الاصل اوثبت معلولا بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضررا لازما لا يمكن دفعه الا

بالشفعة فأما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة (ولنا) ماروى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعتها وهذا نص فى الباب وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبه والصقب الملاصق أى أحق بما يليه و بما يقرب منه و روى الجار أحق بشفعته وهذا نص فى الباب ولان حق الشفعة بسبب الشركة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون ورودا هنا دلالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لان القسمة ليست بضرر بل هى تكميل منافع الملك وهى ضرر غير واجب الدفع لان القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة فى العروض دفعا لضرر القسمة (وأما) قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع فالمقابلة والمرافعة فى نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده فى كل ساعة فيبقى فى ضرر دائم واما الحديث فليس فى صدره نفى الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضى نفى غير المذكور قال الله تبارك وتعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفى ان يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثله وآخره حجة عليه لانه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم تصرف الطرق ثم هو مؤول وتأويله فاذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه اوفلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لان فى القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فأخبرانه لا شفعة ليزول الاشكال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) بيان كيفية السبب فالكلام فيه فى موضعين احدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها والثانى يخص حالة الاجتماع (اما) الذى يعم الحالين جميعا فهو ان السبب أصل الشركة لا قدرها واصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضى الله عنهم فى قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة او الجوار انها تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة وعند الشافعى رحمه الله على قدر الشركة فى ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقين نصفين عندنا على عدد الرؤس وعنده اثلاثا ثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة (وجه) قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لانه ثبت لتكميل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة (ولنا) ان السبب فى موضع الشركة اصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان فى الاستحقاق والدليل على ان السبب اصل الشركة دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فلان الشفيع اذا كان واحدا يأخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق فى الشركة هو اصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك لا يخلو اما ان يأخذ احدهما الكل دون صاحبه واما ان يأخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل الى الاول لانه ليس احدهما بأولى من صاحبه ولا سبيل الى الثانى لاستحالة تملك دار واحدة فى زمان واحد من اثنين على الكمال فتنصف بينهما عملا بكمال السبب بقدر الامكان ومثل هذا جائز فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك فى مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار احدهما بخمسة اسداس الدار وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وهو اصل الجوار وعلى هذا يخرج ما اذا كان للدار شفيعان فأسقط احدهما الشفعة ان للآخر ان يأخذ كل الدار

بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا فاذا
اسقط احدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الآخر في الكل فيأخذ الكل وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فأسقط
بعضهم حقه فللباقين ان يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيعان واحدهما غائب فللحاضر ان يأخذ
كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق
الغائب لانه يحتمل ان يطلب ويحتمل ان لا يطلب او يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من
استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم بل يقضى له بالكل عملا بكمال السبب من غير تعارض بخلاف
ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبي الدين غائب انه لا يسلم الى الحاضر
الا خمسمائة لان هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض
والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غائب وبعضهم حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤسهم
لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله في حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤس من
بقي لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لانه ليس بأمر ثابت في المحل فبطل الجعل في حق غيره وسقط حقه لكون
الجعل دليل الاعراض وبقي كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا
فقضي له بكل الدار ثم جاء آخر يقضى له بنصف ما في يد الحاضر فان جاء ثالث يقضى له بثلث ما في يد كل منهما لوقوع
التعارض والتزاحم لاستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتأكده فيقسم بينهم على السوية ولو أخذ الحاضر الكل ثم
قدم الغائب واراد ان يأخذ النصف فقال له الحاضر انا اسلم لك الكل فاما ان تأخذ او تدع فليس له ذلك وللذي
قدم ان يأخذ النصف لان القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف
وصار الغائب مقضيا عليه في ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك وان بطل القضاء لكن الحق بعد ما بطل لا يتصور
عوده ولو قضي بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا فرده ثم قدم الغائب فليس له ان يأخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سواء
كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا انه لما قضى القاضي للحاضر بكل الدار
بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضيا عليه ضرورة القضاء على المشتري فبطلت شفعته في هذا
النصف فلا يحتمل العود سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء لانه انما بطل حقه في النصف بالقضاء بالشفعة
وبالرد بالعيب لا يتبين ان القضاء بالشفعة لم يكن وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا ولو أراد الغائب أن
يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب ويدع البيع الاول ينظر ان كان الرد بغير قضاء فله ذلك لان الرد بغير قضاء
بيع مطلق فكان بيعا جديدا في حق الشفعة فيأخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتدا هكذا ذكر محمد واطلق
الجواب ولم يفصل بينما اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده من مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول على
ما بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز على اصله وانما يستقيم
اطلاق الجواب على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (ومنهم) من قال يستقيم على مذهب الكل لان رضا
الشفيع ههنا غير معتبر لكونه مجبورا في التمليك فكان رضاه ملحقا بالعدم وان كان بقضاء فليس له ان يأخذ لانه فسخ
مطلق ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان يقضى له
بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب فان شاء اخذ الكل وان شاء ترك لان القاضي اذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يبطل
حق الغائب بل بقي في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل الا انه لم يظهر لمزاحمة الحاضر في الكل وبالتسليم زالت
المزاحمة فظهر حق الغائب في كل الدار . ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة ثم حضر شفيعان اخذا ثلثي
الدار بالشفعة والحكم في الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذا لو كان الشفيع
الحاضر اشترى الدار من المشتري ثم حضر الغائب فان شاء أخذ كل الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع.

الثانى (أما) الاخذ بالبيع الاول فلان حق الحاضر فى الشفعة قد بطل بالشراء من المشترى لكون الشراء منه دليل الاعراض فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة فبقى حق الغائب فى كل الدار فيأخذ الكل بالبيع الاول ان شاء بخلاف الشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان البطلان بالاقدام على الشراء ولا حق له قبل الشراء ليبطل به (واما) الاخذ بالبيع الثانى فلان البيع الثانى وجد ولا حق للحاضر فى الشفعة لصيرورته معرضا بالشراء فيظهر حق الاخذ بالكل ولو كان المشترى الاول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب فان شاء اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع الثانى (اما) اخذ النصف بالبيع الاول فلان المشترى الاول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضاً عنه فاذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغائب الا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول وهو النصف وأما أخذ الكل بالعقد الثانى فلأن السبب عند البيع الاول اوجب الشفعة للكل فى الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشراء لكون الشراء دليل الاعراض فبقى حق المشترى الاول والغائب فى كل الدار فيقسم بينهما للتزاحم فيأخذ الغائب نصف الدار بالبيع الاول ان شاء وان شاء اخذ الكل بالعقد الثانى لان السبب عند العقد الثانى اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد الاول ولم يتعلق باقدامه على الشراء الثانى بعقده حق لاعراضه فكان للغائب ان يأخذ كل الدار بالعقد الثانى ولو كان المشترى الاول أجنبيا اشتراها بألف فباعها من اجنبى بألفين ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شاء أخذ بالبيع الاول وان شاء اخذ بالبيع الثانى لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن الى المشترى الاول والعهدة عليه وينفسخ البيع الثانى ويسترد المشترى الثانى الثمن من الاول وان أخذ بالبيع الثانى تم البيعان جميعا والعهدة على الثانى غير أنه ان وجد المشترى الثانى والدار فى يده فله ان يأخذ بالبيع الثانى سواء كان المشترى الاول حاضراً أو غائبا وان أراد أن يأخذ بالبيع الاول فليس له ذلك حتى يحضر المشترى الاول والثانى هكذا ذكر القاضى الامام الاسبيجابى عليه الرحمة فى شرحه مختصر الطحاوى ولم يحك خلافا وذكر الكرخى عليه الرحمة ان هذا قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله حضرة الاول ليست بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذى فى يده ويدفع اليه الفاً ويقال له اتبع الاول وخذ منه الفاً وان كان الثانى اشتراه بألف يؤخذ منه ويدفع اليه الفاً (وجه) قول أبى يوسف أن حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفائه حضرة المشترى (وجه) قولهما أن الاخذ من غير حضرة المشترى الاول يكون قضاء على الغائب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول على المشترى الاول على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تبارك وتعالى فيكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق فى العين وانما الثابت حق التمليك على المشترى فلا بد من حضرته ولو كان المشترى باع نصف الدار ولم يبع جميعها فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الاول أخذ جميع الدار ويبطل البيع فى النصف الثانى من المشترى الثانى لان سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الاول فاذا أخذ الكل بالبيع الاول انفسخ البيع فى النصف الثانى من المشترى لانه تبين انه تقدم على حق الشفيع فى قدر النصف وان أراد ان يأخذ النصف بالبيع الثانى فله ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد فى النصف وبطلت شفعته فى النصف الذى فى يد المشترى الاول لوجود دليل الاعراض ولو كان المشترى لم يبع الدار ولكنه وهبها من رجل أو تصدق بها على رجل وقبضها الموهوب له أو المتصدق عليه ثم حضر الشفيع والمشترى والموهوب له حاضر ان اخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لان كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولا بد من حضرة المشترى حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشترى فيأخذها بالبيع الاول والثمن للمشترى وتبطل الهبة كذا ذكر القاضى من غير خلاف وأما الكرخى فقد جعله على الخلاف الذى ذكرنا ان الذى فى يده الدار وهو الموهوب له

لم يكن خصما عندهما وعند أبي يوسف يكون خصما كما في البيع ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوما وسلمه الى الموهوب له ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن أو يدع لان في أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري واذا اخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الاول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الاول كان بألف فليس له ان ينقض أخذه لانه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة في البيع الاول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل فان اشتراها بألف ثم زاده في الثمن الفاً فعلم الشفيع بالالفين ولم يعلم ان الالف زيادة فأخذها بألفين فاذا أخذ بقضاء القاضي ابطل القاضي الزيادة وقضى له بالالف لان الزيادة غير ثابتة شرعاً في حق الشفيع فكان القضاء بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضي وان أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه لان الاخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ فسقط حقه في الشفعة ولو كان المشتري حين اشتراه بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه اجتمع بيعان لا يمكن الاخذ بهما فاذا اخذ بأحدهما انتقض الآخر والله عز وجل أعلم واذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه الى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لان قضاء القاضي الاول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقي حق الغائب في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة ولو كان القاضي الاول قال ابطلت كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد وهو صحيح لانه قضاء على الغائب وانه لا يجوز والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذي يخص حالة الاجتماع فهو ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدم الاقوى فالاقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره ولان المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والاذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح فان سلم الشريك وجبت للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره (وجه) رواية أبي يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى أن غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم سقط الحق أصلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق الا أنه يرجح البعض على البعض لقوة في التأثير على ما بينا فاذا اسلم الشريك التحقت شركته بالعدم وجعلت كانها لم تكن فيراعى الترتيب في الباقي كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداء وبيان هذا في مسائل دار بين رجلين في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لان شركته في عين الدار وشركة أهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار أولى بالشفعة فاذا سلم فالشفعة لاهل السكة كلهم يستوي فيه الملاصق وغير الملاصق لانهم كلهم خلطاء في الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق وعلى ما روي عن أبي يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة أصلا ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غير نافذة فبيعت دار فيها فالشفعة لاهل هذه السكة خاصة لان خلطة أهل هذه السكة السفلى أخص من خلطة اهل السكة العليا ولو بيعت دار في السكة العليا استوى في شفعتها أهل السكة العليا وأهل السكة السفلى لان خلطتهم في السكة العليا سواء فيستوون في الاستحقاق وقال محمد رحمه الله أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم او كان فناء غير مملوك أما اذا كان ملكا لهم فظاهر

لوجود

لوجود الخلطة وهى الشركة فى الطريق وأما اذا كان فناء غير مملوك فلانهم أخص به من غيرهم فكان فى معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة الا للجار الملاصق لان الشركة العامة اباحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا فهو فى حكم غير النافذ والطريق النافذ الذى لا يستحق به الشفعة مالا يملك أهله سده لانه اذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركته عامة فيشبه الاباحة وعلى هذا يخرج النهر اذا كان صغيرا يسقى منه أراضى معدودة أو كروم معدودة فبيع أرض منها أو كرم ان الشركاء فى النهر كلهم شفعاء يستوى الملاصق وغير الملاصق لاستوائهم فى الخلطة وهى الشركة فى الشرب وان كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف فى الحد الفاصل بين الصغير والكبير قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان تجرى فيه السفن فهو كبير وان كان لا تجرى فهو صغير وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه قال لا أستطيع ان أحد هذا بحد هو عندى على ما أرى حين يقع ذلك وروى عن أبى يوسف رحمه الله رواية أخرى انه ان كان يسقى منه مراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة ففيه الشفعة ومازاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخى رضى الله عنه الاختلاف بين أصحابنا والقاضى لم يذكر خلافهم وانما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم ان كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وقال بعضهم ان كانوا مائة فما دونهم فهو صغير وان كانوا أكثر من مائة فهو كبير وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى فان رآه صغيرا أقضى بالشفعة لا هله وان رآه كبيرا أقضى بها للجار الملاصق ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه أرضون أو بساتين وكروم فبيع أرض أو بستان شربه من هذا النهر النازع فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير ألا ترى انهم مختصون بشرب النهر النازع فكانوا أولى كما فى السكة المنشعبة من سكة غير نافذة ولو بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع فى الشفعة سواء لاستوائهم فى الشرب قال محمد رحمه الله فى قراح واحد فى وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح فجاء شفيعان أحدهما يلى هذه الناحية فى القراح والآخر يلى الجانب الآخر قال هما شفيعان فى القراح وليست الساقية بحائلة لان الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلا كالحائط الممتد ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب من هذا القراح فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار لأنهم شركاء فى الشرب والشريك مقدم على الجار لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ماروى عن أبى يوسف أنه قال فى دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار ان الشريك أحق بالشفعة من صاحب الطريق لان الشريك فى عين العقار أحق من الخليط وكذلك اذا كانت الدار بين رجلين ولاحدهما حائط بأرضه فى الدار بينه وبين آخر فباع الذى له شركة فى الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار والشريك فى الحائط أولى بالحائط لان الشريك فى الحائط ليس بشريك فى الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر فى الدار بينه وبين آخر فباع الذى له شركة فى البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار والشريك فى البئر أحق بالبئر لما ذكرنا ان الشريك فى البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفل بين رجلين ولاحدهما علو عليه بينه وبين آخر فباع الذى له نصيب فى السفل والعلو نصيبه فلشريكه فى السفل الشفعة فى السفل ولشريكه فى العلو الشفعة فى العلو ولا شفعة لشريكه فى السفل فى العلو ولا لشريكه فى العلو فى السفل لان شريكه فى السفل جار العلو وشريكه فى حقوق العلو وان كان طريق العلو فيه ليس بشريك له فى العلو والشريك فى عين البقعة أو ماهو فى معنى البقعة مقدم على الجار والشريك فى الحقوق وشريكه فى العلو جار للسفل أو شريكه فى الحقوق اذا كان طريق العلو فى تلك الدار ولا شركة له فى عين البقعة فكان الشريك فى عين البقعة أولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس أن لا شفعة لصاحب السفل فى العلو وفى الاستحسان تجب (وجه) القياس ان من شرائط وجوب الشفعة ان يكون المبيع عقارا والعلو

منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب فى سائر المنقولات (وجه) الاستحسان ان العلو فى معنى العقار لان حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبه العقار الذى لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو فى دار رجل آخر فبيع العلو فصاحب الدار التى فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التى عليها العلو لان صاحب الدار التى فيها الطريق شريك فى الحقوق وصاحب الدار التى عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار لانه جاره وان كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لانهما جاران وان لم يكن جار العلو ملاصقاً و بين العلو و بين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس بجار ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره وليس شريكه وهو كدارين متجاورتين لاحدهما خشب على حائط الآخر ان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيأ ولو بيعت الدار التى فيها طريق العلو فصاحب العلو أولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك فى الحقوق فكان مقدما على الجار وروى عن أبى يوسف أنه قال فى بيت عليه غرفتان احداهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق فى دار أخرى وليس بينهما شركة فى الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعاً لاستوائهما فى الجوار فان باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ماروى عن أبى يوسف انه قال فى دار فيها مسيل ماء لرجل آخر فبيعت الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للآخر فيه فصار كحائط لصاحب احدى الدارين فى الاخرى ولو أن حائطا بين دارى رجلين والحائط بينهما فصاحب الشرك فى الحائط أولى بالحائط من الجار و بقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا روى عن أبى يوسف و زفر رحمهما الله و روى عن أبى يوسف رواية أخرى ان الشريك فى الحائط أولى بجميع الدار (وجه) هذه الرواية ان الشريك فى الحائط شريك فى بعض المبيع فكان أولى من الجار الذى لا شركة له كالشريك فى الشرب والطريق (وجه) الرواية الاولى ان الشريك فى الحائط شريك لكن فى بقعة معينة وهى ما تحت الحائط لا فى بقية الدار بل هو جار فى بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه و بقية الدار بينه و بين الجار الآخر لاستوائهما فى الجوار وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه و بين غيره فباع الرجل الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك فى البيت فصاحب الشركة فى البيت أولى بالبيت و بقية الدار بينهما نصفان قال الكرخى عليه الرحمة وأصح الروايات عن أبى يوسف ان الشريك فى الحائط أولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة فى نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد مسئلة تدل على ان الشريك فى الحائط أولى فانه قال فى حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدى الدارين قال فان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم أجعله شريكا وقوله أحق من الجار أى أحق بالجميع لا بالحائط خاصة وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الاطلاق وروى عن أبى يوسف فيمن اشترى حائطا بأرضه ثم اشترى ما بقى من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة فى الحائط ولا شفعة له فيما بقى من الدار لانه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع اذ الحائط حائل بين ملكه و بقية الدار فلا تجب الشفعة له و روى عن أبى يوسف فى دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه فى الدار احق بالشفعة فى الدار ولصاحب الطريق الشفعة فى الطريق لان الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحائط على ماذكرنا وهذا على الرواية التى تقول الشريك فى الحائط جار فى بقية الدار على ماذكرنا فيما تقدم والله أعلم

(فصل) وأما شرائط وجوب الشفعة فانواع (منها) عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو فى معناه فلا تجب الشفعة

فيما

فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه
بمثل ماملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فاما ان يأخذ بالقيمة واما ان يأخذ مجانا بلا عوض
لا سبيل الى الاول لان المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثانى لان الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع
الاخذ أصلا وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وان
قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهذا بناء على أصل
وهو ان الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعنده معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الاصل فى
كتاب الهبة نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك
داراً فلا شفعة فى الدارين لا فى دار الهبة ولا فى دار العوض لان اعطاء دار العوض هبة مبتدأة الا انها اختصت
بالمنع من الرجوع الا أن تكون عوضاً حقيقة بدليل انه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضا حقيقة
لما جاز لانه يكون ربا فدل ان الثانى ليس بعوض عن الاول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به
الشفعة وتجب الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح سواء كان الصلح على الدار عن اقرار أو انكار أو سكوت لوجود
معنى المعاوضة (أما) فى الصلح عن اقرار فظاهر لان المدعى ملك المدعى فى حق المدعى والمدعى عليه فكانت الدار
التى هى بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت فى حقهما جميعا فيتحقق معنى المعاوضة فى هذا الصلح (وأما) فى الصلح عن
انكار فلان عند المدعى انه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة فى حقه وكان للشفيع فيها حق
الشفعة وكذا فى الصلح عن سكوت المدعى عليه لان المدعى ان كان محقاً فى دعواه كان بدل الصلح عوضاً عن ملكه
حقيقة وان كان مبطلا كان عوضاً عن ملكه فى زعمه فيتحقق معنى المعاوضة فى زعمه وكذا تجب الشفعة فى الدار
المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة فى هذا الصلح من الجانبين جميعاً (وأما) عن انكار فلا تجب به الشفعة
لان فى زعم المدعى عليه ان الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة فى
حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام المدعى فى اقامة الحجة فان أقام البينة على صاحب
اليد ان الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الصلح وقع معاوضة حقيقة وان لم تقم
له الحجة فلا شفعة له وكذلك لا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعى ان كان محقاً فى دعواه كان
الصلح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلا لم يكن معاوضة فى حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال
لان الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك فى شرطه لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك ولو
كان بدل الصلح منافع فلا شفعة فى الدار المصالح عنها سواء كان الصلح عن انكار أو اقرار لان بدل الصلح ليس بعين
مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار و يعطيه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار تجب فى كل واحدة
من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى لان الصلح اذا كان عن انكار كان الصلح على معاوضة دار بدار وان
كان عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فى الدارين جميعا لانهما جميعا ملك المدعى ولو اشترى داراً فسلم
الشفيع الشفعة ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار
بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لان الرد بخيار الرؤية والشرط ليس فى معنى البيع ألا ترى انه يرد من غير رضا
البائع بل هو فسخ محض فى حق الكل و رفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى
البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى لان الرد بقضاء القاضى فسخ
مطلق وان كان بغير قضاء القاضى فللشفيع الشفعة لان الرد بغير قضاء بيع جديد فى حق ثالث وكذا الاقالة قبل
القبض أو بعده لانها بيع جديد فى حق ثالث ولا تجب الشفعة فى القسمة وان كان فيها معنى المعاوضة لانها ليست

بمعاوضة محضة بل فيها معنى الاقرار والتمييز ألا ترى انه يجرى فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح عن دم عمد على داره لا تجب الشفعة (ومنها) معاوضة المال بالمال فلا تجب فى معاوضة المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى فلو وجبت فى معاوضة المال بغير المال فاما أن يأخذ بما تملك به المشترى ولا سبيل اليه لانه تملك بالقصاص واما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه أيضا لان المشترى لم تملك به فامتنع التملك أصلا وعلى هذا يخرج ما اذا صالح عن دم العمد على داره لا تجب الشفعة لان القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال وكذا لو صالح من جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار لما قلنا ولو صالح من جناية توجب الارش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال وكذا لو أعتق عبدا على دار لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال (ومنها) معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب فى معاوضة عين المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا ان التملك بما تملكه به المشترى غير ممكن والتملك بعين المال ليس تملكا بما تملك به المشترى فامتنع أصلا وعلى هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرا بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على دار أو جعلها أجرة فى الاجارات بأن استأجر بدار لان هذا معاوضة المال بالمنفعة لان حكم الاجارة ثبت فى المنفعة وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف فى مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بمال وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط وتجب الشفعة فى هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهى مهر المثل فى النكاح والخلع وفى الاجارة بأجرة المثل (وجه) قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى عند الامكان وعند التعذر تقام قيمته مقامه ألا ترى انه لو اشترى دارا بعبد فالشفيع يأخذها بقيمة العبد لتعذر الاخذ بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا ههنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا خلاف فتقام قيمة العوض مقامه (ولنا) ان المنافع فى الاصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا والاصل فيها أن لا تكون مضمونة لان الشىء يضمن بمثله فى الاصل والعرض لا يماثل العين ولهذا قالوا انها لا تضمن بالغصب والاتلاف الا أنها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة ولحاجة الناس فبقى ما وراءه ذلك على الاصل فلا يظهر تقومها فى حق الشفيع ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفا فلا شفعة فى شىء من الدار عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تجب الشفعة فى حصة الالف (وجه) قولهما ان الدار بعضها مهر وبعضها مبيع فلئن تعذر ايجاب الشفعة فى حصة المهر أمكن ايجابها فى حصة المبيع فتجب فى حصته (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله انه لا يمكن ايجاب الشفعة فى حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفى قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة على ما بينا ولان المهر فى الدار هو الاصل لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة فى الاصل فكيف تجب فى التابع ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهرا لا تجب فيها الشفعة لان الفرض منه ليس ببيع بل هو تقدير المهر فلا تجب الشفعة (ومنها) أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رضى الله عنه هذا ليس بشرط وتجب الشفعة فى السفن (وجه) قوله أن السفينة أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب فى المسكن الآخر وهو العقار ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا فى ربع أو حائط لان الشفعة فى العقار ما وجبت لكونه مسكنا وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا فى العقار ولا تجب الا فى العقار أو ما فى معناه وهو العلو على ما نذكره ان شاء الله تعالى سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله لا تجب الشفعة الا فى عقار يحتمل القسمة والكلام فيه يرجع الى أصل تقدم ذكره وهو

ان

ان الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه تعليل لمنع التعدية قد أبطلناه فيما تقدم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة أما السفل فلا شك فيه لانه عقار وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قائما استحسانا لان حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزيادات (وجه) قول أبي يوسف ان البناء وان بطل فحق البناء قائم وانه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد فكان بمنزلة البقعة (وجه) قول محمد ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك أو الحقوق أو بجوار الملك ولم يوجد شيء من ذلك أما الشركة فظاهر الانتفاء وكذا الجوار لان الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة وذكر في الزيادات فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحك خلافا فمن مشايخنا رحمهم الله من قال هذا قوله (فأما) على أصل أبي يوسف ينبغي أن لا يبطل لانه يجعل في حق البناء بمنزلة العرصة فصار كانه باع العرصة مع البناء فاحترق البناء (ومنها) زوال ملك البائع عن المبيع لان الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له لان شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتداء وان فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البائع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز هو بمضي المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البائع (ومنها) زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشتري شراء فاسدا لان للبائع حق النقض والرد الى ملكه ردا للفساد وفي ايجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ كالزيادة وزوال ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لان المانع قيام الفسخ وقد زال كما لو باع بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار فكذا هذا ولو باعها المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا فجاء الشفيع فهو بالخيار ان شاء أخذها بالبيع الاول وان شاء أخذها بالبيع الثاني لان حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه فكان له الخيار غير انه ان أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن وان أخذ بالبيع الاول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان الشفيع يتملك بما تملك به المشتري والمشتري الثاني تملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشتري الاول تملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم القبض لان المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى أرضا شراء فاسدا فبنى عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة لان حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت لان حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائما وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجنبي انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت عينا من أعيان ماله لوارثه فاسد عنده الا اذا أجاز الورثة وان كان بمثل القيمة ولا شفعة له في البيع الفاسد الا اذا أجاز فتجب الشفعة ولو باعها من أجنبي بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده

أيضاً لانه يصير كانه باعها من الوارث ابتداء لتحول ملك الصفقة اليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده وعندهما تجب الشفعة للوارث لان العقد جائز هذا اذا باع بمثل القيمة فأما اذا باع وحابى بأن باعها بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف فان باعها من الوارث وشفيعها أجنبي فلا شك انه لا شفعة عند أبي حنيفة عليه الرحمة لان بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالمحاباة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر المحاباة فتجب الشفعة ولو باع من أجنبي فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة رحمه الله لان الشفيع يأخذها بتلك الصفقة بالتحول اليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة وسواء اجازت الورثة أو لم يجيزوا لان الاجازة محلها العقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشترى لان المحاباة قدر الثلث وهى نافذة من الاجنبى فلغت الاجازة في حق المشترى فتلغو في حق الشفيع أيضاً وأما عندهما فقد اختلفت الروايات فيه في رواية كتاب الشفعة من الاصل والجامع لا شفعة له وفى رواية كتاب الوصايا له الشفعة وهى من مسائل الجامع تعرف ثمة ان شاء الله تعالى (ومنها) ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التى يأخذها بالشفعة لان سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب انما ينعقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فاذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضى بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف لانه زال ملكه عنها لا الى أحد ومنها ظهور ملكه للمشترى عند الانكار بحجة مطلقة وهى البينة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته وعلى هذا يخرج ما اذا أنكر المشترى كون الدار التى يشفع بها مملوكة للشفيع انه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة انها داره وهذا قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج الى اقامة البينه وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله (وجه) هذه الروايه ان الملك كان ثابتا للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت وما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل ولان اليد دليل الملك ألا ترى ان من رأى شيأ في يد انسان حل له أن يشهد له بالملك دل ان اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتا للشفيع ظاهراً (وجه) ظاهر الرواية ان سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وانما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الغير كحياة المفقود وحرية الشهود ونحو ذلك والحاجة ههنا الى الزام المشترى فلا يظهر الملك في حق المشترى وقوله اليد دليل الملك قلنا ان سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير والحاجة ههنا الى الاستحقاق على المشترى فلا يكفى الملك الثابت بظاهر اليد وذكر عن أبي يوسف فيمن ادعى على آخر داراً وأقام البينة على ان هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهى في يده أنه يقضى له بالدار فان جاء يطلب بها شفعة دار أخرى الى جنبها لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يجعل القضاء باليد قضاء بالملك على الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدى الدارين انه ان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم أجعله شريكا لان ملك الحائط بينهما لم يثبت الا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفى لاستحقاق الشفعة قال ولو أقر البائع قبل البيع ان الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها لآخر فبيعت الى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة ان الدار داره لان الملك في الموضعين جميعا ثبت بالاقرار وانه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر في المسئلة الاولى وفى المسئلة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتعدى الى المشترى وذكر في المنتقى عن أبي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضى انها له فبيعت دار الى جنب داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التى فيها الشفعة دارى هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة وقال هذا في وقت يقدر على الاخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشترى (أما) المقر فلا شك انه لا شفعة له

لانه لا ملك له وقت البيع فى الدار باقراره بالبيع قبله (واما) المقر له فلما ذكرنا ان الملك الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر فى حق الاستحقاق على المشترى وذكر الخصاف فى اسقاط الشفعة ان البائع اذا أقر بسهم من الدار للمشترى ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشترى صار شريك البائع فى ذلك السهم والشريك مقدم على الجار ومن أصحابنا من خطأ الخصاف فى هذا وقال تجب الشفعة للجار لان شركة المشترى لم تثبت الا بالاقرار من البائع والاقرار حجة قاصرة فلا تظهر فى حق الجار فكان على شفعته وكان يستدل بمسئلة الحائط والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع فان كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الانسان مال نفسه وعلى هذا يخرج ما اذا باع المأذون دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الاجنبى وكذا اذا باع المولى داراً والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع تملكا للمولى وتملك المولى محال ولو اشترى المأذون داراً والمولى شفيعها فان كان عليه دين فلمولاه الشفعة لان الملك بالشراء لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين فلا يستحق الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشترى المولى داراً والمأذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا (وأما) المكاتب اذا باع أو اشترى دارا والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه فيما يبيع و يشترى مع المولى بمنزلة الاجنبى لانه حر يداً ألا ترى انه لا سبيل لمولاه على ما فى يده فكان فى حق ما فى يده ملحقا بسائر الاجانب والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له دفعاً لضرر المشترى فاذا رضى بالشراء أو بحكمه فقد رضى بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة (أما) الصريح فلا يشكل (وأما) الدلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك للمشترى وكذلك المضارب اذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة لرب الدار سواء كان فى الدار ربح أو لم يكن (أما) اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح (أما) فى حصة رب المال فلما ذكرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع فى حصته (وأما) فى حصة المضارب فلانه متى امتنع الوجوب فى حصة رب المال فلو ثبت فى حصة المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشترى وانه لا يجوز ولان المشترى صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار ولو كان الشفيع وكيلا بشراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فللشفيع الشفعة لان الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع آخر كان له أن يأخذ النصف بالشفعة فالشراء لغيره لان لا يمنع الوجوب أولى ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فى يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لان الاخذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشترى وانه يمنع وجوب الشفعة ولو لم يكن فى يده وفاء فان لم يكن فى الدار ربح فلا شفعة أيضاً لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فللمضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه لان له نصيبا فى ذلك ولم يوجد منه الرضا سقوط حقه ولو اشترى أجنبى داراً الى جنب دار المضاربة فان كان فى يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة لان حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن فى يده وفاء فان كان فى الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب

المـال خاصة لان الدار ملكه خاصـة والشفعة من حقوق الملك وعلى هـذا يخرج ما اذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشـتري فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالشراء وحكمه لان تمـام العـقد وابرامه يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا لو اشترى المشـتري الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لانه لمـا ضمن الدرك فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة وأما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللذمي على المسـلم لان هـذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم في ذلك سواء لانه من الامو ر الدنيوية و ر وى عن شريح انه قضى بالشفعة لذمي على مسلم فكتب الى سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فيكون ذلك اجماعا ولو اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر أو خنز ير وشفيعها ذمي أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تجب بناء على ان ذلك ليس بمال عنده أصلا حتى لم يكن مضمونا بالاتلاف أصـلا ومن شرط وجوب الشفعة معاوضـة المـال بالمـال وعندنا هو مال متقوم في حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا أخذ الدار بمثل الخمر و بقيمة الخنز ير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخل والخنز ير ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنز ير لان الاخذ تملك والمسـلم ليس من أهل تملك الخمر والخـنز ير ومتى تعذر عليه التملك بالعـين تملك بالقيمة كما لو كان الشراء بالعرض انه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذا الحرية والذكورة والعـقل والبلوغ والعـدالة فتجب الشـفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان والصبيان والمجانين وأهـل البغي لانه حق مبني على الملك وهؤلاء من أهـل ثبوت الملك لهم الا أن الخصم فيما يجب للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه والجد لاب ووصيه والقاضي ووصي القاضي فاذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة و يأخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والولي يملك ذلك كما يملك الشراء فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي اذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وعند محمد و زفر رحمهما الله لا يصح تسليمه والصبي على شفعته اذا بلغ (وجه) قوله ان هذا حق ثبت للصبي نظرا فابطاله لا يكون نظرا في حقه ومثـل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصـبي على انسان والابراء عن كفالته بنفس أو مال ولابي حنيفـة وأبي يوسف رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء وللولي ولاية الامتناع من الشراء ألا ترى ان من قال بعت هذا الشيء لفلان الصبي لا يلزم الولي القبول وهذا لان الولي يتصرف في مال الصـبي على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه والولي أعلم بذلك فيفوض اليه وعلى هـذا الخلاف اذا سكت الولي أو الوصي عن الطلب انه يبطل حق الشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يبطل وذكر في نوادر أبي يوسف رحمه الله فيمن اشترى دارا وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم يأخذ وسلم لنفسه جاز لان الشراء لا ينافي الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بعوض ولهذا لو كان وكيلا بالشراء لغيره كان له ان يأخذ بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه أولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع عن الاخذ ولو باع دارا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فينافي التملك ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة واذا لم يملك الاخـذ لم يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف الى حين بلوغ الصـبي كما اذا لم يكن له ولي وأما الوصي اذا اشترى دارا لنفسـه والصبي شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالاخـذ بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصـغير والوصي لا يملك تمليك مال الصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقي حق الصـغير

في

فى الشفعة يأخذه اذا بلغ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر فنقول وبالله تعالى التوفيق انه يتأكد ويستقر بالطلب والكلام فى الطلب فى مواضع فى بيان وقت الطلب وفى بيان شروطه وفى بيان كيفيته وفى بيان حكمه (أما) وقته فالطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير (أما) طلب المواثبة فوقته وقت علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه فقال أبو حنيفة رضى الله عنه يشترط أحد هذين اما العدد فى المخبر رجلان أو رجل وامرأتان واما العدالة وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا حرا أو عبدا مأذونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل أو لم يطلب فى المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل وعن جناية العبد وعن عجز المولى على ما ذكر فى كتاب الوكالة فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا فى المعاملات وهذا من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة ولابى حنيفة رضى الله عنه ان هذا اخبار فيه معنى الالزام ألا ترى ان حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيعتبر فيه أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة ولو أخبر المشترى الشفيع بنفسه فقال قد اشتريته فلم يطلب شفعته وان لم يكن المشترى عدلا كذا روى عن أبى حنيفة لان المشترى خصم وعدالة الخصم ليست بشرط فى الخصومات وقالوا فى المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يشترط فى المخبر العدد ولا العدالة والفرق لابى حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس فى معنى الشهادة لخلوه عن الزام حكم فلم يعتبر فيه أحد شرطى الشهادة بخلاف الاخبار عن البيع فى باب الشفعة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم بالبيع اذا كان قادرا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة فى رواية الاصل وروى عن محمد رحمه الله انه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول مالم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخى رحمه الله ان هذا أصح الروايتين (وجه) هذه الرواية ان حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج الى التأمل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل يتضرر بجوار هذا المشترى فيأخذ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التأمل شرط المجلس فى جانب المخيرة والقبول كذا ههنا (وجه) رواية الاصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشفعة لمن واثبها وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب وفى بعض الروايات انما الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس اذ الاخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا بالطلب على المواثبة (وأما) الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى جلت عظمته وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار لان من الجائز أن المشترى لا يصدق الشفيع فى الطلب أو لا يصدق فى الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضى على تقدير عدم التصديق لانه شرط صحة الطلب ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت فى يده لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وانما الحاجة الى الاشهاد عند أبى حنيفة رضى الله عنه لتوثيق الاخذ للرد على تقدير الانكار الا أنه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها فى ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا واذا طلب على المواثبة فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث فى طلب شهود لم تبطل شفعته لما قلنا أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور

فبطلت الشهادة على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا قال وهو فى المجلس ادعوا لى شهوداً أشهدهم فجاء الشهود فاشهدهم صح وتوثق الطلب لان المجلس قائم ولو أخبر ببيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعته على رواية محمد لان هذا ذكر لافتتاح الكلام تبركا به فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذا اذا سلم أو شمت العاطس لان ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض ولهذا لم يبطل به خيار المخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها و بكم بيعت لان الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضاً عنه وهذا كله على رواية اعتبار المجلس فاما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته فى هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة ولو أخبر بالبيع وهو فى الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون فى الفرض أو فى الواجب أو فى السنة أو فى النفل المطلق فان كان فى الفرض لا تبطل شفعته لان قطعها حرام فكان معذوراً فى ترك الطلب وكذا اذا كان فى الواجب لان الواجب ملحق بالفرض فى حق العمل وان كان فى السنة فكذلك لان هذه السنن الراتبة فى معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالاربع قبل الظهر حتى لو اخبر بعد ما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثانى لم تبطل شفعته لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفيع البيع فصلى بعد الجمعة أربعاً لم تبطل شفعته وان صلى أكثر من ذلك بطلت شفعته لان الاربع بتسليمة واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليها ليست بسنة وذكر محمد رحمه الله فى المخيرة اذا كانت فى صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والاشهاد لانه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذى يتوثق به الطلب ولو وكل الغائب رجلا ليأخذه بالشفعة فذلك طلب منه لان فى التوكيل طلباً وزيادة واذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التى يأتى الى حيث البائع أو المشترى أو الدار لا زيادة عليه لان تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة (أما) طلب التقرير فشرطه أن يكون على فور الطلب الاول والاشهاد عليه فاذا طلب على المواثبة وأشهد على فوره ذلك شخصاً الى حيث البائع أو المشترى أو الدار اذا كان قادراً عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع فالشفيع بالخيار ان شاء طلب من البائع وان شاء طلب من المشترى وان شاء طلب عند الدار (أما) الطلب من البائع والمشترى فلان كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشترى بالملك فكان كل واحد منهما خصما فصح الطلب من كل واحد منهما (وأما) الطلب عند الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته لانه فرط فى الطلب وان كان فى يد المشترى فان شاء طلب من المشترى وان شاء عند الدار ولا يطلب من البائع لانه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الاجنبى ولو لم يطلب من المشترى ولا عند الدار و شخص الى البائع للطلب منه والاشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الاعراض وفى الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البائع والمشترى فى غير الموضع الذى فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار و يشهد عليه لان الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادراً على الطلب من المشترى أو البائع أو عند الدار فاما اذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعته بترك المواثبة الى ان يزول الحائل (وأما) الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما فى الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوماً الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه (وأما) بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيه

عبارات المشايخ عن محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله ان الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها وعن محمد بن سلمة رضى الله عنه انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب أى لفظ كان يكفى نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره (وأما) حكم الطلب فهو استقرار الحق فالشفيع اذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالاخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه وهو قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضى فى زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتا وروى عنه انه قدره بما يراه القاضى وقال محمد وزفر رحمهما الله اذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (وجه) قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفى ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً اضرار بالمشترى لانه لا يبنى ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر لانه أدنى الآجال فاذا مضى شهر ولم يطالب من غير عذر فقد فرط فى الطلب فتبطل شفعته (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والاصل ان الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال ولم يوجد لان تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون وقوله يتضرر المشترى ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفا من النقض والقلع فلئن فعل فهو الذى أضر بنفسه فلا يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع ولا يقال ان فيه ضررا بالمشترى بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة أما الاول فنحو أن يقول الشفيع ابطلت الشفعة أو اسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك لان الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء واسقاطا كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوى فيه العلم والجهل كالطلاق والابراء عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا العلم والفرق يذكر بعد هذا ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط الحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالاصل فى جنس هذه المسائل انه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع فى التسليم صح التسليم وبطلت شفعته وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته لان غرضه فى التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح واذا اختلف غرضه فى التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا فى مسائل اذا أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بألفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لاستكثاره الثمن فاذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أولى فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفعته ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على شفعته ولو أخبر انها بيعت بألف درهم ثم تبين انها بيعت بمائة دينار فان كانت قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له وان كانت أقل فهو على شفعته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله له الشفعة فى الوجهين جميعاً (وجه) قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة واعتبار الحقائق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع

التسليم محصلا لغرضه فيبقى على شفعته كما لو أخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة (ولنا) ان الدراهم والدنانير فى حق الثمنية كجنس واحد لانها أثمان الاشياء وقيمتها تقوم الاشياء بها تقويما واحداً أعنى انها تقوم بهذا مرة وبذاك أخرى وانما يختلفان فى القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتهما فى الكثرة والقلة كما اذا أخبر انها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم ثم تبين انها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما اذا أخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة أو أقل أو أكثر لان هناك اختلف اذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم ولو أخبر انها بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بمكيل أو بموزون سوى الدراهم والدنانير أو عددى متقارب فالشفعة قائمة لان الثمن الذى وقع به البيع اذا كان من ذوات الامثال فالشفيع يأخذ بمثله وانه جنس آخر غير الجنس الذى أخبر به الشفيع فاختلف الغرض ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بعرض وما ليس من ذوات الامثال فان كانت قيمته مثل الالف أو أكثر صح تسليمه وان كانت أقل لم يصح تسليمه وله الشفعة لان الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة العرض لانه لا مثل له وقيمته دراهم أو دنانير فكان الاختلاف راجعاً الى القدر فأشبه الالف والالفين والالف وخمسمائة على ما مر ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة ولو أخبر بشراء الجميع فسلم ثم تبين انه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له هذا هو الرواية المشهورة فى الفصلين وقد روى الجواب فيهما على القلب وهو ان التسليم فى النصف يكون تسليما فى الكل والتسليم فى الكل لا يكون تسليما فى النصف (وجه) هذه الرواية ان تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز فأما العجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل (وجه) الرواية المشهورة ان التسليم فى النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد فى الكل فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقى على شفعته واذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة لانه داخل فى الكل فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف لان الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الاولى ولو أخبر ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان التسليم للامن عن الضرر والامن عن ضرر زيد لا يدل على الامن عن ضرر عمرو لتفاوت الناس فى الجوار ولو أخبر ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو لانه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقى له الشفعة فى نصيبه ولو أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم ان البائع حط عن المشترى خمسمائة وقبل المشترى الحط كان له الشفعة لان الحط يلتحق بأصل العقد فتبين ان البيع كان بخمسمائة فصار كما اذا أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة لان الحط لم يصح اذا لم يقبل فلم يتبين انها بيعت بأنقص من الف فلم تجب الشفعة ولو باع الشفيع داره التى يشفع بها بعد شراء المشترى هل تبطل شفعته فهذا لا يخلو اما ان كان البيع باتا واما ان كان فيه شرط الخيار فان كان باتاً لا يخلو اما ان باع كل الدار واما ان باع جزأ منها فان باع كلها بطلت شفعته لان سبب الحق هو جوار الملك وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم لان هذا فى معنى صريح الاسقاط لان ابطال سبب الحق ابطال الحق فيستوى فيه العلم والجهل فان رجعت الدار الى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشترى فليس له أن يأخذ بالشفعة لان الحق قد بطل فلا يعود الا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشترى بطلت شفعته لزوال سبب الحق وهو جوار الملك فان نقض البيع فلا شفعة له لما ذكرنا ان الحق بعد ما بطل لا يعود الا بسبب جديد وان باع جزأ من داره فان باع جزأ شائعاً منها فله الشفعة بما بقى لان ما بقى يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء فأولى أن يصلح للبقاء لان البقاء أسهل من الابتداء وان باع جزأ معيناً بيتاً أو حجرة فان كان ذلك لا يلى الدار التى فيها الشفعة فكذلك لان السبب وهو جوار الملك قائم وان كان مما يلى تلك الدار فان استغرق حدود الدار التى فيها الشفعة بطلت الشفعة لان الجوار قد زال وان بقى من حدها شىء ملاصق لما بقى من الدار فهو على شفعته لما ذكرنا ان

هذا

هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداء فلان يصلح لبقاء المستحق أولى وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبائع وهو الشفيع فهو على شفعته ما لم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك قائم لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة فى مدة الخيار كان ذلك منه نقضاً للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقاء الملك فى المبيع وذلك اسقاط للخيار ونقض للبيع وان كان الخيار للمشترى بطلت شفعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان كان الشفيع شريكا وجاراً فباع نصيبه الذى يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقى الآخر وهو الجوار ولهذا استحق به ابتداء فلان يبقى به الاستحقاق أولى ولو صالح المشترى الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق فى المحل لان الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض وأما بطلان حق الشفيع فى الشفعة فلانه أسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف على العوض بل هو شئ من الاموال لا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلى هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف درهم فقالت اخترتك لم يجب العوض وبطل خيارها وكذلك العنين اذا قال لامرأته بعد ما اخبرت بسبب العنة اختارى ترك الفسخ بالعنة بألف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وفى الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض روايتان فى رواية لا يجب العوض وتبطل الكفالة كما فى الشفعة وفى رواية لا تبطل الكفالة (وجه) الرواية الاولى انه أسقط الكفالة بعوض فالاعتياض ان لم يصح فالاسقاط صحيح لان صحته لا تقف على العوض (وجه) الرواية الاخرى انه ما رضى بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشترى وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشترى أو سأله أن يوليه اياها أو استأجرها الشفيع من المشترى أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك كله بعد علمه بالشراء لان ذلك كله دليل الرضا أما المساومة فلانها طلب تمليك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك المتملك وكذلك التولية لانها تملك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك المتملك وأما الاستئجار والاخذ معاملة أو مزارعة فلانها تقرير لملك المشترى فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط ههنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط فى الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف فى نفس الحق فيستدعى ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والابراء عن الديون والسقوط ههنا بطريق الدلالة وهى دلالة الرضا لا بالتصرف فى محل الحق بل فى محل آخر والتصرف فى محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع اذ الرضا بالشئ بدون العلم به محال والله عز وجل أعلم ولو سلم الشفعة فى النصف بطلت فى الكل لانه لما سلم فى النصف بطل حقه فى النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط وبطل حقه فى النصف الباقى لانه لا يملك تفريق الصفقة على المشترى فبطلت شفعته فى الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه للشفعة فى الكل اختلف فيه أبو يوسف ومحمد قال أبو يوسف لا يكون تسليما وقال محمد يكون تسليما فى الكل الا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشترى فقال له حينئذ اعطنى نصفها على أن أسلم لك النصف الباقى فان هذا لا يكون تسليما (وجه) قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه فى النصف الآخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل حقه فى النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشترى بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب فى الكل لانه لما طلب

فى الكل فقد تقرر حقه فى الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطنى النصف على أن أسلم لك النصف الباقى تسليما بخلاف ماإذا قال ابتداء لان الحق لم يتقرر بعد (وجه) قول أبى يوسف ان الحق ثبت له فى كل الدار والحق اذا ثبت لا يسقط الا بالاسقاط ولم يوجد فبقى كما كان ان شاء أخذ الكل بالشفعة وان شاء ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا انه وجد منه الاسقاط فى النصف الذى لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الضرورى فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة فتبطل شفعته وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الاخذ ولقب المسئلة ان خيار الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعنده يورث والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط وسيأتى ذكره فى كتاب البيوع ولا يبطل بموت المشترى وللشفيع أن يأخذ من وارثه لان الشفعة حق على المشترى ألا ترى انه مجبور عليه فى التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الاخذ بالشفعة فلا ملك للشفيع قبل الاخذ بل له حق الاخذ والتملك قبل الاخذ للمشترى لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء فله أن يبنى ويغرس ويهدم ويقلع ويؤاجر ويطيب له الاجر ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذا له أن يبيع ويهب ويوصى واذا فعل ينفذ الا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالاخذ بالشفعة لان حقه سابق على تصرف المشترى فيمتنع اللزوم ولو جعل المشترى الدار مسجدا أو مقبرة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ماصنع المشترى كذا ذكر فى الاصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفعته (وجه) قوله ان المشترى تصرف فى ملك نفسه فينفذ كما لو باع الا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجوده فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالاعتاق فكان نفاذها لزومها ولنا أن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجدا لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله عز وجل فيمنع صيرورته مسجدا وله أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك أو الشركة فى ملك المبيع وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فبيعت دار الى جنب هذه الدار فطالب المشترى بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع يقضى له بالدار التى بجواره ويمضى القضاء فى الثانية للمشترى أما للشفيع فظاهر وأما للمشترى فلان الجوار كان ثابتا له وقت البيع والقضاء بالشفعة الا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان القضاء لانه تبين ان جوار الملك لم يكن ثابتا كمن اشترى دارا ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم باع داره التى بها يشفع انه لا يبطل القضاء بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع جار اللدارين فالمسئلة بحالها فيقضى له بكل الدار الاولى وبالنصف من الثانية لانه جار خاص للدار الاولى فيختص بشفعتها وهو مع المشترى جاران للدار الثانية فيشتركان فى شفعتها وشراء المشترى لا يبطل حقه فى الشفعة ولانه لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروى عن أبى يوسف رحمه الله فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر فخاصمه المشترى الاول فيقضى له بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار فى الشفعتين جميعا ان الجار أحق بشفعة النصف الاول ولا حق له فى النصف الثانى لانه جار للنصف الاول فيأخذه بالجوار والمشترى شريك عند بيع النصف الثانى لثبوت الملك له فى النصف الاول بسبب الشراء وثبوت الحق للشفيع فى النصف الاول لا يمنع ثبوت الملك للمشترى فيه فكان شريكا عند بيع النصف الثانى والشريك مقدم على الجار وكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الاول فالجار أحق بالنصف الثانى لان الملك وان ثبت للمشترى الاول فى النصف الاول لكنه قد بطل بأخذ الجار بالشفعة فبطل حقه فى الشفعة ولو ورث رجل دارا فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ثم بيعت دار الى جنب الثانية فأخذها بالشفعة ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فان المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة لان بالاستحقاق تبين أن الدار التى يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق فتبين انه أخذ الثانية بغير حق اذ تبين انه لم يكن جارا فكانت الشفعة فى الثانية للمستحق والوارث

يكون

يكون أحق بالثالثة لان الملك كان ثابتا للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتا له عنده ثم بطل الاستحقاق و بطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشترى حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعا وقاسم المشترى البائع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعا سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء لان القسمة من تمام القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لان القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع واذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بأن اشترى دارا أو قبضها ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من البائع لم يملك ذلك واذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجل فقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع ثم حضر الشفيع له أن ينقض القسمة لان القسمة هناك ليست من جملة القبض لانها من حكم البيع الاول اذ البيع الاول كما أوجب الملك أوجب القسمة فى المشاع والبيع الاول لم يقع مع هذا المشترى الذى قاسم فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع نقضه كالبيع والهبة وللشفيع أن يأخذ النصف الذى أصاب المشترى بالشفعة سواء وقع نصيب المشترى من جانب الشفيع أو من جانب آخر لان الشفعة وجبت له فى النصف المشترى والنصف الذى أصاب المشترى هو المشترى لان القسمة افراز ولو وقع نصيب البائع من جانب الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع فان قضى القاضى بالشفعة الاخيرة جعل نصف البائع بين الشفيع و بين المشترى وقضى بالشفعة الاولى وهى نصف المشترى للشفيع لان الشفيع مع المشترى جاران لنصف البائع والشفيع جار خاص لنصف المشترى ولو بدأ فقضى للشفيع بالشفعة الاولى قضى له بالاخيرة أيضا لانه لما قضى له بالشفعة الاولى بطل حق جوار المشترى فلم يبق له حق الاخذ بالشفعة وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب وللمشترى حق الحبس لاستيفاء الثمن لان الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الاخذ بالشفعة شراء فيراعى فيه أحكام البيع والشراء والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل) وأما بيان طريق التملك بالشفعة و بيان كيفيته فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين اما بتسليم المشترى واما بقضاء القاضى أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر لان الاخذ بتسليم المشترى برضاه ببدل يبدله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك وأما بقضاء القاضى فالكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة وفى بيان شرط جواز القضاء بالشفعة وفى بيان وقت القضاء بالشفعة أما الاول فالمبيع لا يخلو اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع ذكر الكرخى رحمه الله أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع و بين المشترى فى المشهور من قولهم وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا ينقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة الى الشفيع وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى و ينعقد للشفيع بيع آخر كانه كان من البائع ايجابان أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذى أضيف اليه وانتقض ما أضيف الى المشترى سواء قبل المشترى الايجاب المضاف اليه أو لم يقبل (وجه) قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه من شرائط وجوب الشفعة فاذا انتقض لم يجب فتعذر الاخذ (وجه) قول من قال انه ينتقض نص محمد والمعقول والاحكام أما الاول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين البائع والمشترى وهذا نص فى الباب وأما المعقول فمن وجهين أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشترى عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة كما اذا هلك المبيع قبل القبض والثانى أن الملك قبل الاخذ بالشفعة للمشترى لوجود آثار الملك فى حقه على ما بينا فيما تقدم ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشترى وأما الاحكام

فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية واذارد عليه لا يعود شراء المشترى ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشترى لان التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغى أن يعود الشراء ولانها لو تحولت اليه لصار المشترى وكيلا للشفيع لان عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى رآها قبل ذلك ورضى بها لان خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل فاراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذ بثمن حال ولو تحولت الصفقه اليه لاخذها بثمن مؤجل وكذا لو اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها عند البيع ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله أن يردها على من أخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشترى فدلت هذه المسائل على أن شراء المشترى ينتقض ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد ايجاب مبتدأ مضاف اليه وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع وبين الشفيع على ما بينا تقريره والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المبيع فى يد المشترى أخذه منه ودفع الثمن الى المشترى والبيع الاول صحيح لان التملك وقع على المشترى فيجعل كانه اشترى منه ثم اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن الى البائع وكانت العهدة عليه ويسترد المشترى الثمن من البائع ان كان قد نقد وان أخذها من يد المشترى دفع الثمن الى المشترى وكانت العهدة عليه لان العهدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن وروى عن أبى يوسف رحمه الله أن المشترى اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بحضرمنهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشترى والعهدة على المشترى وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع لانه اذا كان نقد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا لانه لا ملك له ولا يد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشترى فيكون الثمن له والعهدة عليه واذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع فكانت العهدة على البائع وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضرة المقضى عليه لان القضاء على الغائب لا يجوز وجملة الكلام فيه أن المبيع اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشترى جميعا لان كل واحد منهما خصم أما البائع فباليد وأما المشترى فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأما ان كان فى يد المشترى فحضرة البائع ليست بشرط ويكتفى بحضرة المشترى لان البائع خرج من أن يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالاجنبى وكذا حضرة الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشفعة لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب لا يجوز أيضا ثم القاضى اذا قضى بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه وأما وقت القضاء بالشفعه فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فاذا طالبه بها الشفيع يقضى القاضى له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا فى ظاهر الرواية وللمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن من الشفيع وكذا الورثة لان التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فان أبى أن ينقد حبسه القاضى لانه ظهر ظلمه بالامتناع من ايفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن انه يحبس ولا ينقض البيع وان طلب أجلا لنقد الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لانه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه لان الحبس جزاء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضى الاجل ولم ينقد حبسه وقال محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فان طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضى أن يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو اشارة الى نوع احتياط

واختيار الاول لا تستعمل لفظة لا ينبغي الا في مثله ولهذا لوقضى جاز ونفذ قضاؤه نص عليه محمد وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد ولان القضاء بمذهب المخالف في المجتهدات انما ينفذ بشريطة اعتقاد اصابته فيه وافضاء اجتهاده اليه وقد أطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لا خلاف في المسئلة على التحقيق ثم ان ثبت الخلاف (فوجه) قول محمد ان حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشترى لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضى قبل الاحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكينا له من نقد الثمن (وجه) ظاهر الرواية ان الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كان اشتراه منه والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن كما في الشراء المبتدأ وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضى أجلا فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فأنا برىء من الشفعة لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان أحدهما رضا المشترى أو قضاء القاضى لان تملك مال الغير مما لا سبيل اليه في الشرع الا بالتراضى أو بقضاء القاضى فلا يثبت التملك بدونهما والثانى أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشترى فان تضمن ليس له أن يتملك لان في التفريق ضرراً بالمشترى وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعض أنه هل يملك ذلك فجملة الكلام فيه ان المشترى لا يخلو اما أن يكون بعضه ممتازاً عن البعض واما أن لا يكون فان لم يكن بأن اشترى داراً واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذى يلى الدار دون الباقى ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا ولكن يأخذ الكل أو يدع لانه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشترى لان الملك له في كل الدار ثبت بقبول واحد فكان أخذ البعض تفريقاً فلا يملكه الشفيع وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له لما قلنا سواء كان المشترى قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشترى نصيب أحدهما بعد القبض (وجه) هذه الرواية ان التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشترى ألا ترى ان العهدة عليه وفيه تفريق ملكه والصحيح جواب الرواية لان الملك قبل القبض للمشترى بصفقة واحدة فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل داراً فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعاً لان الاخذ هنا لا يتضمن التفريق لان الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقبوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الاخذ تفريقاً لحصول التفريق قبله وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية وروى انه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين (وجه) هذه الرواية ان أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البائع وانه لا يجوز ألا ترى ان أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك (وجه) ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون أخذ البعض تفريقاً لحصول التفريق قبل الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض وسواء سمى لكل نصف ثمناً على حدة أو سمى للجملة ثمناً واحداً فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده لان المانع من التفريق هو الضرر والضرر

ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن وسواء كان المشترى عاقداً لنفسه أو لغيره فى الفصلين جميعاً حتى لو وكل رجلان جميعاً رجلا واحداً بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين وكذا الوكان الوكلاء عشرة اشتروا الرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة قال محمد رحمه الله وانما أنظر فى هذا الى المشترى ولا أنظر الى المشترى له وهو نظر صحيح لان الاخذ بالشفعة من حقوق البيع وانها راجعة الى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المشترى بعضه ممتازاً عن البعض بأن اشترى دارين صفقة واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ احداهما دون الاخرى فان كان شفيعا لهما جميعاً فليس له ذلك ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضى الله تعالى عنهم وقال زفر رحمه الله له أن يأخذ احداهما بحصتها من الثمن (وجه) قوله ان المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لانفصال كل واحدة من الدارين عن الاخرى (ولنا) ان الصفقة وقعت مجتمعة لان المشترى ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما فى الدار الواحدة وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم لكن فيه ضرر آخر وهو ان الجمع بين الجيد والردىء فى الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لاخذ الجيد فيتضرر له المشترى لان الردىء لا يشترى وحده بمثل ما يشترى مع الجيد فيتضرر به وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين فى مصر واحد أو مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى فى الجانبين فان كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة روى عن أبى حنيفة انه ليس له أن يأخذ الا التى تجاوره بالحصة وكذا روى عن محمد فى الدارين المتلاصقين اذا كان الشفيع جاراً لاحداهما انه ليس له الشفعة الا فيما يليه وكذا قال محمد فى الاقرحة المتلاصقة وواحد منها يلى أرض انسان وليس بين الاقرحة طريق ولا نهر انما هى مسناة انه لا شفعة له الا فى القراح الذى يليه خاصة وكذلك فى القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ان لكل شفيع أن يأخذ القراح الذى يليه خاصة وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان للشفيع أن يأخذ الكل فى ذلك كله بالشفعة قال الكرخى رواية الحسن تدل على أن قول أبى حنيفة كان مثل قول محمد رحمه الله ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة (وجه) الرواية الاولى ان سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد فى أحدهما وهو ما يليه فلا يملك الا أخذ أحدهما والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت الى شيئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما اذا اشترى عقاراً أو منقولا صفقة واحدة انه يأخذ العقار خاصة كذا هذا (وجه) الرواية الاخرى ان سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقى لكن لا سبيل الى أخذه خاصة بدون الباقى لما فيه من تفريق الصفقة فيأخذ ما يليه قضية للسبب ويأخذ الباقى ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق ثمن المشترى لا يخلو اما أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون مما لا مثل له كالمزروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك فان كان مما له مثل فالشفيع يأخذ بمثله لان فيه تحقيق معنى الاخذ بالشفعة اذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشترى وان كان مما لا مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المشترى (وجه) قولهم ان المصير الى قيمة المبيع عند تعذر ايجاب المسمى من الثمن هو الاصل فى الشريعة كما فى البيع الفاسد وههنا تعذر الاخذ بالمسمى فصار الى قيمة الدار والعقار ولنا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشترى فان كان الثمن الذى تملك به المشترى من ذوات الامثال كان الاخذ به تملكا بالمثل صورة ومعنى وان لم يكن من ذوات الامثال كان الاخذ بقيمته تملكا بالمثل معنى لان قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين لهذا سميت قيمته لقيامه مقامه فكان مثله معنى وأما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا صورة ولا معنى فالتملك بها لا يكون تملكا بالمثل فلا

يتحقق معنى الاخذ بالشفعة ولو تبايعا داراً بدار فلشفيع كل واحدة من الدارين أن يأخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فيأخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشترى وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشترى قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشترى فلان العرض مبيع اذ المبيع فى الاصل ما يتعين بالتعيين فى البيع والعرض يتعين بالتعيين فى البيع فكان مبيعاً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن فى ابقاء العقد فائدة فيبطل وأما بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم فى حقه فكان بقاء العرض فى حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى بدلا من الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشترى والمشترى تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فيأخذه الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدراهم والدنانير ثم دفع مكانها عرضاً فالشفيع يأخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض لان الدراهم والدنانير هى الواجبة بالعقد وأما العرض فانما أخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن واجباً بالعقد فصار كان البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء ثم حضر الشفيع ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله عز وجل اعلم ولو زاد المشترى البائع فى الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد والزيادة ما وجبت بالعقد فى حق الشفيع لانعدامها وقت العقد حقيقة الا أنها جعلت موجودة عند العقد فى حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما فلا يظهر الوجود فى حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمناً فى حقه بل كانت هبة مبتدأة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتدأة ولو حط البائع عن المشترى أو أبراه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقى لان حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويظهر فى حق الشفيع كان العقد ما ورد الا على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر فى حق الشفيع لما بينا ولان فى تصحيح الزيادة ثمنا فى حق الشفيع ضرراً به ولا ضرر عليه فى الحط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شىء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا بلا ثمن فلم يصح الحط فى حق الشفيع والتحق فى حقه بالعدم فيأخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شىء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد وصح فى حق المشترى وان كان ابراءله عن الثمن ولو اشترى داراً بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء انتظر مضى الاجل فأخذ عند ذلك وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالبيع والاجل لم يجب بالبيع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد فى حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشترى للشفيع بان اشترى على انه بالخيار لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراءة عن العيب لا تثبت فى حق الشفيع لان ثبوتها بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله أن يمتنع من الاخذ فى الحال لان الشفيع غير مجبور على الاخذ بالشفعة ولو اختار الشفيع أخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبائع على المشترى الى أجل لان الاخذ من المشترى تملك منه بمنزلة التملك المبتدأ كانه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الاول فبقى الاول على حاله فكان الثمن على حاله الى أجله وروى عن أبى يوسف فى شراء الدار بثمن مؤجل انه يجب على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الى حين محل الاجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبيع (وجه) قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع لا وقت حل الاجل فقد أخره عن وقته من غير عذر فبطل الحق (وجه) قوله الآخر ان الطلب لا يراد لعينه بل لتأكيد الحق واستقراره والتأكيد لا يراد لنفسه بل لامكان الاخذ وله أن لا يأخذ قبل حل الاجل فله أن لا يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يتملك بالشفعة فالذى يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذى ملكه المشترى بالشراء سواء ملكه أصلاً أو تبعا بعد أن يكون متصلا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر وهذا استحسان

والقياس ان لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة (وجه) القياس ان الشفيع انما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وانه يثبت فى العقار لا فى المنقول وهذه الاشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لانهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان فى العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما الا أصلا ولا تبعاً ولنا ان الحق اذا ثبت فى العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما البناء والغرس فظاهر ان لان قيامهما بالارض وكذلك الزرع والثمر لان قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالارض فكان تبعا للارض بواسط الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا أنهما لا يدخلان فى العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ماسنروى فى كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع فادام البناء والشجر متصلا بالارض فللشفيع أن يأخذ الارض معه بالثمن الاول وكذا له أن يأخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول بقلا كان الزرع أو مستحصداً اذا كان متصلا فأما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وان كان عينه قائمة سواء كان الزوال بآفة سماوية أو بصنع المشترى أو الاجنبي لان حق الشفعة فى هذه الاشياء انما ثبت معدولا به عن القياس معلولا بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الى أصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا لا يخلو اما ان كان مما يدخل فى العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية فان كان مما يدخل فى العقد من غير تسمية كالبناء والشجر ينظر ان كان زوال الاتصال بآفة سماوية بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان لا يسقط شيء من الثمن والشفيع يأخذ الارض بجميع الثمن ان شاء أخذ وان شاء ترك وكذلك لو انهدمت الدار سواء بقى عين النقض أو هلك كذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره وسوى بينه وبين الغرق والحرق وفرق الكرخى رحمه الله فقال ان احترق أو غرق ولم يبق منه شيء لا يسقط شيء من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وسوى بينه وبين ما اذا انهدم بفعل المشترى أو الاجنبي لكنه فرق بينهما من وجه آخر وهو ان هناك تعتبر قيمته متصلا فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الارض فيأخذ الارض بحصتها من الثمن وههنا يعتبر منفصلا ساقطا ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح ماذكره القدورى رحمه الله لان البناء تبع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل وهو الاتلاف والقبض ولم يوجد ولهذا لو احترق أو غرق لا يسقط شيء من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشترى أو أجنبي بأن انهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لانه صار مقصوداً بالاتلاف فصار له حصة من الثمن كاطراف العبد ويقسم الثمن على البناء مبنيا وعلى قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البناء فصار مضمونا عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبنى فتعتبر قيمته مبنيا بخلاف ما اذا انهدم بنفسه على رواية الكرخى رحمه الله لانه انهدم لا بصنع أحد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم يهدم المشترى البناء لكنه باعه بغير أرض ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والارض فيأخذ وينتقض البيع فى البناء لانه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للارض لوجود الاتصال فكان سبيل من ابطال البيع كما لو باع الاصل وهو الارض ثم حضر الشفيع أن له أن يأخذ وينتقض البيع كما قلنا كذا هذا وان كان مما لا يدخل فى العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة سماوية بخلاف الفصل الاول اذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على رواية القدورى رحمه الله انه لا يسقط شيء من الثمن لان البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية والاتباع ما لها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم يوجد فأما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود ألا يرى انه لا يدخل فى العقد من غير تسمية فلا بد وأن يخصه شيء من الثمن فان هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه أو بالاستهلاك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد لانه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة

الارض

الارض وعلى قيمة الزرع وقت العقد لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد مفصولا مجذوذاً أم قائماً روى عن أبى يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر وروى عن محمد فى النوادر أنه يعتبر قيمته قائماً فتقوم الارض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها الزرع والثمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك (وجه) قول محمد ان الزرع دخل فى العقد وهو متصل و يثبت الحق فيه وهو منفصل وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال على أن فى اعتبار حالة الانفصال اضراراً بالشفيع اذ ليس للمفصول والثمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع (وجه) قول أبى يوسف ان حق الشفيع انما سقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتها منفصلا لا متصلا وكذا لو كانت الارض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع فقصله المشترى عند أبى يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن وعند محمد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيسقط عنه ما بين ذلك اذا آجر الشفيع الارض مع الشجر بحصتها من الثمن و بقيت الثمرة فى يد البائع هل يثبت الخيار للمشترى ذكر محمد ان الثمرة لازمة للمشترى ولا خيار له ولو كان البائع أتلف الثمرة قبل أن يأخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الارض بحصتها من الثمن وان شاء ترك لانه لما أتلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشترى قبل التمام من غير رضاه وأنه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع أخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل برضا المشترى لان حق الشفيع كان ثابتا فى المأخوذ وانه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعا فكان المشترى راضيا به والتفريق المرضى به لا يوجب الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت هذه الأشياء موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام الاتصال الى وقت التملك بالشفعة أو زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد ووجدت بعده ثم حضر الشفيع فان كان الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو الثمر بأن وقع البيع ولا ثمر فى الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فمادام متصلا يأخذه الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحسانا لانه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته فى الارض بواسطة الشجر فكان مبيعاً تبعاً فيثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث فى يد المشترى أو فى يد البائع لان الشفعة موجودة فى الحالين فان زال الاتصال فحضر الشفيع فان كان حدث فى يد المشترى فالشفيع يأخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شاء وان شاء ترك ولا يسقط شىء من الثمن وسواء كان زواله بآفة سماوية وهو قائم بعد الزوال أو هالك أو كان زواله بفعل أحد أما اذا كان بآفة سماوية وهو قائم أو هالك لانه كان تبعا حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصودا والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه وأما اذا كان الزوال بصنع العبد بان جده المشترى وهو قائم أو هالك فلانه لم يرد عليه العقد ولا القبض وان كان حدث فى يد البائع فان كان الزوال بآفة سماوية وهو قائم أو هالك فكذلك أخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شاء لانه لم يوجد فعل يصير به مقصودا فبقى تبعا فلا يقابله الثمن وان كان بفعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصودا بالاتلاف وان كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأسا لا أصلا ولا تبعاً بأن بنى المشترى بناء أوغرس أو زرع ثم حضر الشفيع يقضى له بشفعة الارض و يجبر المشترى على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة الى الشفيع الا اذا كان فى القلع نقصان الارض فللشفيع الخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا وان شاء أجبر المشترى على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية و روى عن أبى يوسف انه لا يجبر المشترى على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الارض بثمنها والبناء والغرس بقيمته قائما غير مقلوع ان شاء وان شاء ترك و به أخذ الشافعى رضى الله عنه واجمعوا على أن المشترى لو زرع فى الارض ثم حضر الشفيع انه لا يجبر المشترى على قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الارض بجميع الثمن (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله ان فى الجبر على النقض ضررا بالمشترى وهو ابطال تصرفه فى ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين (أما) جانب المشترى فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال (وأما) جانب الشفيع فلانه يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشىء بقيمته لا ضرر فيه على أحد (وجه) ظاهر

الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقى فاذا قضى له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكا له فيؤمر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا أمر الغاصب والمشترى عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا قوله فى النقض ضرر بالمشترى قلنا ان كان فيه ضرر به فهو الذى أضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق غيره ولو أخذ الشفيع الارض بالشفعة و بنى عليها ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء فان الشفيع يرجع على المشترى بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء ان كان أخذ منه ولا على البائع أيضا ان كان أخذ منه فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه يرجع عليه (وجه) هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا اذا أخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء فى الشراء لوجود الغرور من البائع وضمان السلامة للمشترى لان كل بائع مخبر للمشترى انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبنى فيه دلالة فاذا لم يسلم يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة فى الحقيقة ولا غرور من المشترى فى حق الشفيع لانه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور كالجارية المأسورة اذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده وقضى عليه بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع على المشترى بالثمن الذى دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله اذا استولد جارية بالشراء ثم استحقت فان المشترى يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد لصيرورته مغرورا من جهته ولا غرور من المشترى من الحربى لكونه مجبورا فى التملك عليه بما أخذه من الحربى كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يتملك منه الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من الذى فى يده ان كان فى يد البائع أخذه منه ونقده الثمن والعهدة عليه وان كان فى يد المشترى أخذه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه سواء كان المشترى عاقدا لنفسه أو لغيره بأن كان وكيلا بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يأخذها من يد الوكيل (وجه) هذه الرواية أن الوكيل لم يشتر لنفسه وانما اشترى لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الى الموكل فاذا سلم يأخذها الشفيع منه (وجه) ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانها راجعة الى الوكيل والوكيل فى الحقوق أصل بمنزلة المشترى لنفسه فكان خصم الشفيع فيأخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل ثم حضر الشفيع فانه يأخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الى الموكل زالت يده عن الدار فخرج من أن يكون خصما بمنزلة البائع اذا سلم الدار الى المشترى انه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار اذا كانت فى يد البائع لم يكن خصما ما لم يحضر المشترى واذا كانت فى يد الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قائم مقام الموكل والبائع ليس بقائم مقام المشترى لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشترى قبل أن يخاصمه الشفيع فى الشفعة انما اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشترى لانه أقر قبل أن يكون خصما للشفيع فصح اقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم فى هذا الاقرار لصيرورته خصما للشفيع فلا يقبل فى ابطال حقه ولو أقام بينة أنه قال قبل الشراء انما اشترى لفلان لم تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشراء لفلان وبهذا لا تندفع عنه الخصومة وروى عن محمد انها لا تقبل لاثبات الملك للغائب وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشترى فاختلافهما لا يخلو اما أن يرجع الى الثمن واما أن يرجع الى المبيع واما أن يرجع الى صفة المبيع أما الذى يرجع الى الثمن فلا يخلو اما أن يقع الاختلاف فى جنس الثمن واما أن يقع فى قدره واما يقع فى صفته وان وقع فى الجنس بأن قال المشترى اشتريت بمائة دينار وقال الشفيع لا بل

بألف درهم فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولان المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع لان الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع فيرجع فى معرفة الجنس اليه وان وقع الاختلاف فى قدر الثمن بأن قال المشتري اشتريت بألفين وقال الشفيع بألف فالقول قول المشتري مع يمينه وعلى الشفيع البينة انه اشتراه بألف لان الشفيع يدعى التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر ولو صدق البائع الشفيع بان قال بعت بالف ينظر فى ذلك ان كان البائع ما قبض الثمن فالقول قول البائع والشفيع يأخذ بالالف سواء كان المبيع فى يد البائع أو فى يد المشتري اذا لم يكن نقد الثمن لان البائع اذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع فى مقدار ما ملك به الى قوله ولان الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع أخذ الشفيع به وان وقع بألفين كما قاله المشتري كان قول البائع بعت بألف حط بعض الثمن عن المشتري وحط بعض الثمن يصح و يظهر فى حق الشفيع على ما مر وان كان البائع قبض الثمن لا يلتفت الى تصديقه والقول قول المشتري لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق فى المبيع أصلا وصار أجنبيا فالتحق تصديقه بالعدم وقيل انه يراعى التقديم والتأخير فى تصديق البائع فان بدأ بالاقرار بالبيع بأن قال بعت الدار بألف وقبضت الثمن فالشفيع يأخذها بألف وان بدأ بالاقرار بقبض الثمن بأن قال قبضت الثمن وهو الالف لا يلتفت الى قوله لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع فقال بعت بألف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق واذا بدأ بالاقرار بقبض الثمن فقد صار أجنبياً فلا يقبل قوله فى مقدار الثمن وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان المبيع اذا كان فى يد البائع فأقر بقبض الثمن و زعم انه ألف فالقول قوله لان المبيع اذا كان فى يد البائع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله فى مقدار الثمن ولو اختلف البائع مع المشتري والشفيع والدار فى يد البائع أو المشتري لكنه لم ينقد الثمن فالقول فى ذلك قول البائع والبائع مع المشتري يتحالفان و يترادان والشفيع يأخذ الدار بما قال البائع ان شاء أما التحالف والتراد فيما بين البائع والمشتري فلقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وأما أخذ الشفيع بقول البائع ان شاء فلانه اذا لم يقبض الثمن فالتملك يقع عليه فكان القول فى مقدار الثمن فى حق الشفيع قوله وان كان البائع قد قبض الثمن فلا يلتفت الى قوله لانه صار أجنبيا على ما بينا هذا اذا لم يكن لاحدهما بينة لا للشفيع ولا للمشتري فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف البينة بينة المشتري (وجه) قوله ان بينة المشتري تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول كما اذا اختلف البائع والمشتري فى مقدار الثمن فقال البائع بعت بألفين وقال المشتري بألف وأقاما جميعاً البينة فالبينة بينة البائع لما قلنا والجامع بينهما من وجهين أحدهما ان الزيادة التى تظهرها احدى البينتين لا معارض لها فتقبل فى قدر الزيادة لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالقبول فى الكل فتقبل فى الكل ضرورة والثانى ان البينة المظهرة للزيادة مثبتة والاخرى نافية والمثبت يترجح على النافى ولابى حنيفة رضى الله عنه طريقتان احداهما ذكرها أبو يوسف لابى حنيفة ولم يأخذ بها والثانية ذكرها محمد وأخذ بها أما الاولى فهى ان البينة جعلت حجة للمدعى قال النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى والمدعى ههنا هو الشفيع لانه غير مجبور على الخصومة فى الشفعة بل اذا تركها ترك والمشتري مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعى منهما هو الشفيع فكانت البينة حجته وأما الثانية فهى ان البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وههنا أمكن العمل بالبينتين فى حق الشفيع بأن يجعل كانه وجد عقدان أحدهما بألف والآخر بألفين لان البيع الثانى لا يوجب انفساخ البيع الاول فى حق الشفيع وان كان يوجب ذلك فى حق العاقدين ألا ترى انه لو باع بألف ثم باع بألفين ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ الدار بألف دل ان البيعين قائمان فى حق الشفيع وان الفسخ الاول فى حقهما فأمكن تقدير عقدين بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشتري فى مقدار الثمن واقاما البينة أن البينة بينة البائع أما على الطريق الاولى فلان البائع هناك هو

المدعى فكانت البينة حجته ألا ترى انه لا يجبر على الخصومة والمشترى مجبور عليها وههنا بخلافه على ما بينا وأما على الطريق الثانية فلان تقدير عقدين هنا متعذر لان البيع الثانى يوجب انفساخ الاول فى حق العاقدين فكان العقد واحدا أو الترجيح بجانب البائع لانفراد بينته باظهار فضل فكانت أولى بالقبول والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البائع والمشترى أو كان المشترى قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقى للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما تقدم ثم اختلف الشفيع والبائع فى قيمة العرض فالقول قول البائع مع يمينه لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر فان أقام أحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالقول قول البائع عند أبى يوسف ومحمد وهو قول أبى حنيفة على قياس العلة التى ذكرها محمد لابى حنيفة رحمه الله فى تلك المسئلة أما عند أبى حنيفة فظاهر لان بينة البائع انفردت باثبات زيادة وكذلك عند محمد على قياس ماذكره لابى حنيفة فى تلك المسئلة وأخذ به لان تقدير عقدين ههنا غير ممكن لان العقد وقع على عرض بعينه وانما اختلفا فى قيمة ماوقع عليه العقد فكان العقد واحدا فلا يمكن العمل بالبينتين فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البائع لانفرادها باظهار الفضل وكذلك عند أبى حنيفة على قياس ماعلل لمحمد وأما على قياس ماعلل له أبو يوسف فينبغى أن تكون البينة بينة الشفيع لانه هو المدعى وهكذا ذكر الطحاوى رحمه الله والله سبحانه وتعالى أعلم ولو هدم المشترى بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا فى قيمة البناء فهذا لا يخلو (اما) ان اختلفا فى قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة واما ان اختلفا فى قيمة البناء والساحة جميعا فان اختلفا فى قيمة البناء لا غير فالقول قول المشترى مع يمينه لان الشفيع يدعى على المشترى زيادة فى السقوط وهو ينكر وان اختلفا فى قيمة البناء والساحة جميعا فان الساحة تقوم الساعة والقول فى قيمة البناء قول المشترى (أما) تقوم الساحة الساعة فلانه يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضى ولا يمكن تحكيم الحال فى البناء لانه تغير عن حاله والقول قول المشترى لما قلنا فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة قال أبو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد البينة بينة المشترى على قياس قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشترى لانها تظهر زيادة وانما اختلفا فى القياس على قول أبى حنيفة لاختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما له فى تلك المسئلة فطريق أبى يوسف ان الشفيع هو المدعى والبينة حجة المدعى وهذا موجود ههنا وطريق محمد رحمه الله العمل بالبينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم ههنا فيعمل باحدى البينتين وهى بينة المشترى لانفرادها باظهار زيادة والله سبحانه وتعالى أعلم وان اختلفا فى صفة الثمن بأن قال المشترى اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته بثمن مؤجل فالقول قول المشترى لان الحلول فى الثمن أصل والاجل عارض فالمشترى يتمسك بالاصل فيكون القول قوله ولان العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره ولان الاجل يثبت بالشرط فالشفيع يدعى عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول قوله (وأما) الذى يرجع الى المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة أم بصفقتين نحو ما اذا اشترى داراً فقال المشترى اشتريت العرصة على حدة بألف والبناء بألف وقال الشفيع لا بل اشتريتهما جميعاً بألفين والدار لى ببنيانها فالقول قول الشفيع لان افراد كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا للشفيع فكان القول قوله ولان سبب وجوب الشفعة فى العرصة يقتضى الوجوب فى البناء تبعا له حالة الاتصال وشرط الوجوب هو الشراء وقد أقر المشترى بالشراء الا انه يدعى زيادة أمر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق الا بتصديق الشفيع أو بينة ولم توجد وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة ولم يؤقتا وقتا فالبينة بينة المشترى عند أبى يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع (وجه) قول محمد ان بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول ولان العمل بالبينتين ههنا ممكن بأن يجعل كانه باعهما بصفقتين ثم باعهما

بصفقة واحدة فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء (وجه) قول أبي يوسف ان بينة المشتري أكثر إثباتاً لانها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول فأبو يوسف نظر الى زيادة الصفقة ومحمد نظر الى زيادة الاستحقاق وقال أبو يوسف اذا ادعى المشتري انه أحدث البناء في الدار وقال الشفيع لا بل اشتريتها والبناء فيها ان القول قول المشتري لانه لم يوجد من المشتري الاقرار بشراء البناء والشفيع يدعي عليه استحقاق البناء وهو ينكر ولو اشترى دارين وهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريكك في الثانية وقال الشفيع لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعاً فالقول قول الشفيع لان سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعاً وهو الجوار على سبيل الملاصقة وقد أقر المشتري بشرط الاستحقاق وهو شراؤهما الا أنه بدعوى تفريق الصفقة يدعي البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق الا ببينة وأيهما أقام بينة قبلت بينته وان أقاما جميعاً البينة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولو قال المشتري وهب لي هذا البيت مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما أقر انه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لانه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشراء باقراره فهو بدعوى الهبة يريد بطلان حق الشفيع فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه ولا شفعة له في الموهوب لانه لم يوجد من المشتري الاقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف رحمه الله لانها تثبت زيادة الهبة وينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله لانها تثبت زيادة الاستحقاق وروى عن محمد فيمن اشترى داراً وطلب الشفيع الشفعة فقال المشتري اشتريت نصفاً ثم نصفاً فلك النصف الاول وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول الشفيع لان سبب ثبوت الحق في الكل كان موجوداً وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء ولكنه يدعي أمراً زائداً وهو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه الا ببينة فان قال المشتري اشتريت ربعاً ثم ثلاثة أرباع فلك الربع فقال الشفيع لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعاً فالقول قول الشفيع لان السبب كان موجوداً وقد أقر المشتري بشراء ثلاثة أرباع الا أنه يدعي أمراً زائداً وهو سبق الشراء في الربع فلا يثبت الا ببينة فان قال المشتري اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفاً ثم نصفاً فأنا آخذ النصف فالقول قول المشتري يأخذ الشفيع الكل أو يدع لان الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه ضرر الشركة فلا يقبل قوله الا ببينة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع الى صفة البيع فهو أن يختلفا في البتات والخيار أو في الصحة والفساد بأن اشترى داراً بألف درهم وتقابضا فأراد الشفيع أخذها بالشفعة فقال البائع والمشتري البيع كان بخيار البائع ولم يمض فلا شفعة لك وانكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشتري وعلى الشفيع البينة ان البيع كان باتاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى ان القول قول الشفيع (وجه) هذه الرواية أن الظاهر شاهد للشفيع لان البتات أصل في البيع والخيار فيه عارض فكان القول قول من يتمسك بالاصل (وجه) ظاهر الرواية أن الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار لان حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر ولان البيع يقوم بالعاقدين فكانا أعرف بصفقته من الشفيع والرجوع في كل باب الى من هو أعرف به ولهذا لو تصادقا على ان الثمن كان دنانير والشفيع يدعي انه كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البائع غائباً والدار في يد المشتري فأراد الشفيع أن يأخذ منه فقال المشتري كان للبائع فيه خيار وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري أيضاً لما ذكرنا من المعنيين وان اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البائع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه خيار كان القول قول المشتري ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف ان القول قول البائع (وجه) هذه الرواية ان البائع بدعوى الخيار منكر للبيع حقيقة لان البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البائع يمنع زوال المبيع

عن ملكه والمشترى والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البائع كما لو وقع الاختلاف بينهم فى أصل العقد (وجه) ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما فالبائع بدعوى الخيار يدعى الاشتراط على المشترى وهو ينكر فكان القول قوله كما لو ادعى المشترى الشراء بثمن مؤجل وادعى البائع التعجيل فالقول قول البائع لما ان التأجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف ما لو أنكر البائع البيع والمشترى يدعيه ان القول قول البائع لانه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشترى فعلا فكان القول قوله ولو أراد الشفيع ان يأخذ الدار المشتراة بالشفعة فقال البائع والمشترى كان البيع فاسداً فلا شفعة لك وقال الشفيع كان جائزا ولى الشفعة فهو على اختلافهم فى شرط الخيار للبائع فى قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع وفى رواية عن أبى يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم فى الصحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما فى الصحة والفساد كان القول قول من يدعى الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة أصل فى العقد والفساد عارض وهما يعتبران اختلافهم فى هذا باختلافهم فى البتات والخيار للبائع والجامع ان الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعى عليهما حق التمليك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما لقيامه بهما فكان القول فى ذلك قولهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان الحيلة فى اسقاط الشفعة فقد ذكروا لاسقاط الشفعة حيلا بعضها يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذى يعم كل الشفعاء فنحو أن يشترى الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفاً فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألفاً الا عشرة ثم يبيع المشترى من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشترى بألف لا يأخذها الشفيع الا بألفين وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بألفين ويلتزم الضرر (وأما) الذى يخص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع منها أن يبيع دارا الا ذراعا منها فى طول الحد الذى يلى دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة اما فى قدر الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار ومنها ان يهب البائع الحائط الذى بينه وبين الجار مع أصله للمشترى مقسوما ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذى يلى دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا فى الموهوب ولا فى المبيع (اما) فى الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع وأما فى المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط باصله اولا بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعا فيما وراء الحائط لانعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض فى صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض أشجارها أولا بثمن قليل ثم يبيع الارض بثمن كثير فلا شفعة للشفيع فى البناء والشجر شرعا لانفرادهما بالصفقة ولا يأخذ الارض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن ومنها أن يبيع الدار نصفين فيبيع عشراً منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر بثمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له فى تسعة أعشارها شرعا لانه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعشر والشريك فى البقعة مقدم على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لان الشفيع اذا كان شريكا له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضاً ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو بيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما لا يتغابن الناس فى مثله عادة والولى لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله (ومنها) ما ذكره الخصاف رحمه الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشترى ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة أما فى القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلان المشترى صار شريك البائع فى ذلك السهم والشريك فى البقعة مقدم على الجار والخليط ومن

مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويخطئ الخصاف لان الشركة في السهم المقر به لم تثبت الا باقراره فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الكلام في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال أبو يوسف رحمه الله لا تكره وقال محمد رحمه الله تكره (وجه) قول محمد ان شرع الحيلة يؤدي الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق أصلا ورأساً (وجه) قول أبي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فان المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهو الشراء وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد رحمه الله ان هذا ابطال لحق الشفعة لان ابطال الشئ بعد ثبوته ضرر والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة ابطالا له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا وانه جائز فما ذكره أبو يوسف رحمه الله هو الحكم المر وما ذكره محمد رحمه الله احتياطا والاصل في شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى في قصة سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الذبائح والصيود ﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات والى بيان المكروه منها والى بيان شرائط حل الاكل في المأكول والى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول أما الاول فالحيوان في الاصل نوعان نوع يعيش في البحر ونوع يعيش في البر أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الاكل الا السمك خاصة فانه يحل أكله الا ما طفا منه وهذا قول أصحابنا رضي الله تعالى عنهم وقال بعض الفقهاء وابن أبي ليلى رحمهم الله انه يحل أكل ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية الماء وكلبه وخنزيره ونحو ذلك لكن بالذكاة وهو قول الليث بن سعد رحمه الله الا في انسان الماء وخنزيره انه لا يحل وقال الشافعي رحمه الله يحل جميع ذلك من غير ذكاة وأخذه ذكاته ويحل أكل السمك الطافي أما الكلام في المسئلة الاولى فهم احتجوا بظاهر قوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر فيقتضي ان يكون الكل حلالا وبقول النبي عليه الصلاة والسلام حين سئل عن البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره ولنا قوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير من غير فصل بين البري والبحري وقوله عز شأنه ويحرم عليهم الخبائث والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن ضفدع يجعل شحمه في الدواء فنهى عليه الصلاة والسلام عن قتل الضفادع وذلك نهي عن أكله وروي انه لما سئل عنه فقال عليه الصلاة والسلام خبيثة من الخبائث ولا حجة لهم في الآية لان المراد من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاصطياد لانه هو الصيد حقيقة لا المصيد لانه مفعول فعل الصيد واطلاق اسم الفعل يكون مجازا ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل ولان الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه الا بحيلة اما لطيرانه أو لعدوه وهذا انما يكون حالة الاصطياد لا بعد الاخذ لانه صار لحما بعده ولم يبق صيدا حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع والدليل عليه انه عطف عليه قوله عز شأنه وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما والمراد منه الاصطياد من المحرم لا أكل الصيد لان ذلك مباح للمحرم اذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بامره فثبت انه لا دليل في الآية

على اباحة الاكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد فى البحر و بين الاصطياد فى البر للمحرم والمراد من قول النبي عليه الصلاة والسلام والحل ميتته السمك خاصة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال فسر عليه الصلاة والسلام بالسمك والجراد فدل أن المراد منها السمك و يحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية و رو ينا من الخبر (وأما) المسئلة الثانية وهي مسئلة الطافى فالشافعى رحمه الله احتج بقوله تعالى وطعامه متاعا لكم معطوفا على قوله أحل لكم صيد البحر أى أحل لكم طعامه وهذا يتناول ما صيد منه ومالم يصد والطافى لم يصد فيتناوله بقوله عليه الصلاة والسلام فى صفة البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وأحق ما يتناوله اسم الميتة الطافى لانه الميت حقيقة و بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد فسر النبي عليه الصلاة والسلام الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافى وغيره ولنا ما روى عن جابر ابن عبد الله الانصارى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل الطافى وعن سيدنا على رضى الله عنه انه قال لا تبيعوا فى أسواقنا الطافى وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ما دسره البحر فكله وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكله واما الآية فلا حجة له فيها لان المراد من قوله تعالى وطعامه ما قذفه البحر الى الشطفات كذا قال أهل التأويل وذلك حلال عندنا لانه ليس بطاف انما الطافى اسم لما مات فى الماء من غير آفة وسبب حادث وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافيا والمراد من الحديثين غير الطافى لما ذكرنا ثم السمك الطافى الذى لا يحل أكله عندنا هو الذى يموت فى الماء حتف أنفه بغير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أو لم يعل بعد أن مات فى الماء حتف أنفه من غير سبب حادث وقال بعض مشايخنا هو الذى يموت فى الماء بسبب حادث و يعلو على وجه الماء فان لم يعل يحل والصحيح هو الحد الأول وتسميته طافيا لعلوه على وجه الماء عادة و روى هشام عن محمد رحمهما الله فى السمك اذا كان بعضها فى الماء و بعضها على الارض ان كان رأسها على الارض أكلت وان كان رأسها أو أكثره فى الماء لم تؤكل لان رأسها موضع نفسها فاذا كان خارجا من الماء فالظاهر انه مات بسبب حادث واذا كان فى الماء أو أكثره فالظاهر انه مات فى الماء بغير سبب وقالوا فى سمكة ابتلعت سمكة أخرى انها تؤكل لانها ماتت بسبب حادث ولو مات من الحر والبرد وكدر الماء ففيه روايتان فى رواية لا يؤكل لان الحر والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهرا فلم يوجد الموت بسبب حادث يوجب الموت ظاهرا أو غالبا فلا يؤكل وفى رواية يؤكل لان هذه أسباب الموت فى الجملة فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافيا فيؤكل و يستوى فى حل الاكل جميع أنواع السمك من الجريث والمارماهى وغيرهما لان ما ذكرنا من الدلائل فى اباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك الا ما خص بدليل وقد روى عن سيدنا على وابن عباس رضى الله عنهما اباحة الجريث والسمك الذكر ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا (وأما) الذى يعيش فى البر فانواع ثلاثة ما ليس له دم أصلا وما ليس له دم سائل وما له دم سائل مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعضابة والخنفساء والبغاثة والعقرب ونحوها لا يحل أكله الا الجراد خاصة لانها من الخبائث لاستبعاد الطباع السليمة اياها وقد قال الله تبارك وتعالى و يحرم عليهم الخبائث الا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام احلت لنا ميتتان فبقى على ظاهر العموم وكذلك ما ليس له دم سائل مثل الحية والوزغ وسام أبرص و جميع الحشرات وهوام الارض من الفأر والقراد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها ولا خلاف فى حرمة هذه الاشياء الا فى الضب فانه حلال عند الشافعى واحتج بما روى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال أكلت على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم ضب وعن ابن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انه لم يكن بأرض قومى فأجد نفسى تعافه فلا آكله ولا أحرمه وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية واشارة الى الكراهة الطبيعية (ولنا) قوله تبارك وتعالى و يحرم عليهم الخبائث والضب من الخبائث و روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها ان النبي عليه الصلاة والسلام

أهدى اليه لحم ضب فامتنع أن يأكله فجاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة رضى الله عنها أن تطعمها إياه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتطعمين مالا تأكلين ولا يحتمل أن يكون امتناعه لما أن نفسه الشريفة عافته لانه لو كان كذلك لما منع من التصدق به كشاة الانصار انه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها ولان الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالدب والقرد والفيل فيما قيل والدليل عليه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فى الارض وانى أخاف أن يكون هذا منها وهكذا روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كنا فى بعض المغازى فاصابتنا مجاعة فنزلنا فى أرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور تغلى اذ جاء النبى عليه الصلاة والسلام فقال ماهذا قلنا الضب يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فاخاف أن يكون هذا منها فأمر بالقاء القدور وماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وماروينا فهو خاطر والعمل بالخاطر أولى وماله دم سائل نوعان مستأنس ومستوحش اما المستأنس من البهائم فنحو الابل والبقر والغنم بالاجماع وبقوله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقوله سبحانه وتعالى الله الذى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون واسم الانعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة ولا تحل البغال والحمير عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وحكى عن بشر المريسى رحمه الله أنه قال لا بأس بأكل الحمار واحتج بظاهر قوله عز وجل قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أودما مسفوحا أولحم خنزير ولم يذكر الحمير الانسية وروى ان رجلا جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وقال انه فنى مالى ولم يبق لى الا الحمر الاهلية فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك فانى انما كنت نهيتكم عن جلال القرية وروى عن جوال القرى بتشديد اللام وروى فانما قذرت لكم جالة القرية (ولنا) قوله تبارك وتعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وسنذكر وجه الاستدلال بالآية ان شاء الله تعالى وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وعن متعة النساء وروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه قال لابن عباس رضى الله عنهما وهو يفتى الناس فى المتعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر فرجع ابن عباس رضى الله عنهما عن ذلك وروى انه قيل للنبى عليه الصلاة والسلام يوم خيبر أكلت الحمر فأمر أباطلحة رضى الله عنه ينادى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهاكم عن لحوم الحمر فانها رجز وروى فانها رجس وهذه اخبار مستفيضة عرفها الخاص والعام وقبلوها وعملوا بها وظهر العمل بها وأما الآية فقد اختص منها أشياء غير مذكورة فيها فيختص المتنازع فيه بما ذكرنا من الدلائل مع ما ان ماروينا من الاخبار مشهورة ويجوز نسخ الكتاب بالخبر المشهور وعلى ان فى الآية الشريفة أنه لا يحل سوى المذكور فيها وقت نزولها لان الاصل فى الفعل هو الحال فيحتمل انه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها ثم حرم ما حرم بعد على أنا نقول بموجب الآية لا محرم سوى المذكور فيها ونحن لا نطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الاهلية اذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فأما ما كانت حرمته محل الاجتهاد فلا يسمى محرما على الاطلاق بل نسميه مكروها فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملا مع التوقف فى اعتقاد الحل والحرمة وأما الحديث فيحتمل أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أى من أثمانها كما يقال فلان أكل عقاره أى ثمن عقاره ويحتمل أن يكون ذلك اطلاقا للانتفاع بظهورها بالاكراء كما يحمل على شئ مما ذكرنا عملا بالدلائل كلها ويحتمل انه كان قبل التحريم فانتسخ بما ذكرنا وان جهل التاريخ فالعمل بالخاطر أولى احتياطا فان قيل ماروينا يحتمل أيضا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الحمر يوم خيبر لانها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهر أو لانها كانت جلالة فوقع التعارض والجواب ان شيأ من ذلك لا يصلح محملا (أما) الاول فلان ما يحتاج اليه الجند لا يخرج منه الخمس كالطعام والعلف (وأما) الثانى فلان المروى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم أمر با كفاء القدور يوم خيبر ومعلوم ان ذلك مما لا ينتفع به فى الظهر (وأما) الثالث فلانه عليه الصلاة والسلام خص النهى بالحمر الاهلية وهذا المعنى لا يختص بالحمر بل يوجد فى غيرها (وأما) لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضى الله عنه يكره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكره و به أخذ الشافعى رحمه الله واحتجا بما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن جابر رضى الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن فى الخيل و روى أنه قال أطعمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر و روى عنه انه قال كنا قد جعلنا فى قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فنهانا النبى عليه الصلاة والسلام أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل لحم الخيل وعن سيدتنا أسماء بنت سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنهما أنها قالت نحرنا فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ولابى حنيفة رضى الله عنه الكتاب والسنة ودلالة الاجماع (أما) الكتاب العزيز فقوله جل شأنه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة (ووجه) الاستدلال به ما حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه روى أنه سئل عن لحم الخيل فقرأ بهذه الآية الشريفة وقال ولم يقل تبارك وتعالى لتأكلوها فيكره أكلها وتمام هذا الاستدلال ان الله تبارك وتعالى ذكر الانعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ فى ذلك بقوله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس ان ربكم لرؤف رحيم وكذا ذكر فيما بعد هذه الآية الشريفة متصلا بها منافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية وذكر فى هذه الآية انه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة ذكر منفعة الركوب والزينة ولم يذكر سبحانه وتعالى منفعة الاكل فدل انه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكرنا لم يحتمل ان لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء وقوله عز وجل يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث لأن الطباع السليمة لا تستطيبه بل تستخبثه حتى لا تجد أحدا ترك بطبعه الا و يستخبثه وينفى طبعه عن أكله وانما يرغبون فى ركوبه الا يرغب طبعه فيما كان مجبولا عليه و به تبين ان الشرع انما جاء باحلال ما هو مستطاب فى الطبع لا بما هو مستخبث ولهذا لم يجعل المستخبث فى الطبع غذاء اليسر وانما جعل ما هو مستطاب بلغ فى الطيب غايته (وأما) السنة فما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الاهلية فذبحوها فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الانسية ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وحرم الخلسة والنهبة وعن خالد بن الوليد رضى الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وعن المقدام بن معدى كرب أن النبى عليه الصلاة والسلام قال حرم عليكم الحمار الاهلى وخيلها وهذا نص على التحريم وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخيل لثلاثة فهى لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولو صلحت للاكل لقال عليه الصلاة والسلام الخيل لاربعة لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولرجل طعام (وأما) دلالة الاجماع فهى أن البغل حرام بالاجماع وهو ولد الفرس فلو كانت أمه حلالا لكان هو حلالا أيضا لان حكم الولد حكم أمه لانه منها وهو كبعضها ألا ترى ان حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها ولو نزا حمار أهلى على حمارة وحشية وولدت يؤكل ولدها ليعلم ان حكم الولد حكم أمه فى الحل والحرمة دون الفحل فلما كان لحم الفرس حراما كان لحم البغل كذلك وما روى فى بعض الروايات عن جابر وما فى رواية سيدتنا أسماء رضى الله عنها يحتمل أنه كان ذلك فى الحال التى كان يؤكل فيها الحمر لان النبى عليه الصلاة والسلام انما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل فى ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ما روى عن الزهرى أنه قال ما علمنا الخيل أكلت الا فى حصار وعن الحسن رضى الله عنه أنه قال

كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكلون لحوم الخيل فى مغازيهم فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها فى حال الضرورة كما قال الزهرى رحمه الله أو يحمل على هذا عملا بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاظر على المبيح احتياطاً وهذا الذى ذكرنا حجج أبى حنيفة رضى الله عنه على رواية الحسن انه يحرم أكل لحم الخيل (وأما) على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الاحاديث المروية فى الباب واختلاف السلف فكره أكل لحمه احتياطا لباب الحرمة وأما المتوحش منها نحو الظباء وبقر الوحش وحمر الوحش وابل الوحش فحلال باجماع المسلمين ولقوله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وقوله سبحانه وتعالى كلوا من طيبات مارزقناكم ولحوم هذه الاشياء من الطيبات فكان حلالا وروى أنه لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الاهلية فقيل نعم فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على اختلاف حكم الاهلية والوحشية وقد ثبت أن الحكم فى الاهلية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل فكان حكم الوحشية الحل ضرورة وروى ان رجلا من فهر جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وهو بالروحاء ومع الرجل حمار وحشى عقره فقال هذه رميتى يارسول الله وهى لك فقبله النبى عليه الصلاة والسلام وأمر سيدنا أبا بكر رضى الله عنه فقسمه بين الرفاق والحديث وان ورد فى حمار الوحش لكن احلال الحمار الوحشى احلال للظبى والبقر الوحشى والابل الوحشى من طريق الاولى لان الحمار الوحشى ليس من جنسه من الاهلى ماهو حلال بل هو حرام وهذه الاشياء من جنسها من الاهلى ماهو حلال فكانت أولى بالحل وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الاهلى فلا يحل وكذلك المتوحش منها المسمى بسباع الوحش والطير وهو كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير لما روى فى الخبر المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وعن الزهرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذى ناب من السباع حرام فذو الناب من سباع الوحش مثل الاسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والسنور البرى والسنجاب والفنك والسمور والدلق والدب والقرد والفيل ونحوها فلا خلاف فى هذه الجملة أنها محرمة الا الضبع فانه حلال عند الامام الشافعى رحمه الله واحتج بما روى عن عطاء عن جابر رضى عنهما أنه قال فى الضبع كبش فقلت له أهو صيد فقال نعم فقلت يؤكل فقال نعم فقلت أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم (ولنا) ان الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث المشهور وما روى ليس بمشهور فالعمل بالمشهور أولى على ان ماروينا محرم وما رواه محلل والمحرم يقضى على المبيح احتياطا ولا بأس بأكل الارنب لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهدى له اعرابى أرنبة مشوية فقال لاصحابه كلوا وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال أصبت أرنبتين فذبحتهما بمروة وسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرنى بأكلهما وذو المخلب من الطير كالبازى والباشق والصقر والشاهين والحدأة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن كل ذى مخلب من الطير وروى انه نهى عن كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذى ناب من الطير والمجثمة روى بكسر الثاء وفتحها من الجثوم وهو تلبد الطائر الذى من عادته الجثوم على غيره ليقتله وهو السباع من الطير فيكون نهياً على أكل كل طير هذا عادته وبالفتح هو الصيد الذى يجثم عليه طائر فيقتله فيكون نهياً عن أكل كل طير قتله طير آخر بجثومه عليه وقيل بالفتح هو الذى يرمى حتى يجثم فيموت ومالا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالدجاج والبط والمتوحش كالحمام والفاختة والعصافير والقبج والكركى والغراب الذى يأكل الحب والزرع والعقعق ونحوها حلال بالاجماع

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره من الحيوانات فيكره أكل لحوم الابل الجلالة وهى التى الاغلب من أكلها النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الابل الجلالة ولانه اذا كان الغالب من أكلها النجاسات

يتغير لحمها و ينتن فيكره أكله كالطعام المنتن و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الجلالة أن تشرب البانها لان لحمها اذا تغير يتغير لبنها وماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ان يحج عليها وان يعتمر عليها وان يغزى وأن ينتفع بها فيما سوى ذلك فذلك محمول على انها انتنت فى نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنها كذا ذكره القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا يحل الا نتفاع بها من العمل وغيره الا ان تحبس أياما وتعلف فحينئذ تحل وماذكر القدورى رحمه الله أجود لان النهى ليس لمعنى يرجع الى ذاتها بل لعارض جاورها فكان الا نتفاع بها حلالا فى ذاته الا انه يمنع عنه لغيره ثم ليس لحبسها تقدير فى ظاهر الرواية هكذا روى عن محمد رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يوقت فى حبسها وقال تحبس حتى تطيب وهو قولهما أيضا وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة عليه الرحمة انها تحبس ثلاثة أيام وروى ابن رستم رحمه الله عن محمد فى الناقة الجلالة والشاة والبقر الجلال انها انما تكون جلالة اذا تفتتت وتغيرت ووجد منها ريح منتنة فهى الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها و بيعها وهبتها جائز هذا اذا كانت لا تخلط ولا تأكل الا العذرة غالبا فان خلطت فليست جلالة فلا تكره لانها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المخلى وان كان يتناول النجاسة لانه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحب فيأكل ذا وذا وقيل انما لا يكره لانه لا ينتن كما ينتن الابل والحكم متعلق بالنتن ولهذا قال اصحابنا فى جدى ارتضع بلبن خنزير حتى كبر انه لا يكره أكله لان لحمه لا يتغير ولا ينتن فهذا يدل على ان الكراهة فى الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة ولهذا اذا خلطت لا يكره وان وجد تناول النجاسة لانها لا تنتن فدل ان العبرة للنتن لا لتناول النجاسة والافضل ان تحبس الدجاج حتى يذهب ما فى بطنها من النجاسة لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحبس الدجاج ثلاثة ايام ثم يأكله وذلك على طريق التنزه وهو رواية أبى يوسف عن ابى حنيفة عليهما الرحمة انها تحبس ثلاثة أيام كانه ذهب الى ذلك للخبر ولماذكرنا ان ما فى جوفها من النجاسة يزول فى هذه المدة ظاهرا وغالبا ويكره الغراب الاسود الكبير لما روى عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل بعدما سماه الله تبارك وتعالى فاسقا عنى بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلهن المحرم فى الحل والحرم ولان غالب أكلها الجيف فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجيف هكذا روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف قال سألت أباحنيفة عليه الرحمة عن أكل الغراب فرخص فى غراب الزرع وكره الغداف فسألته عن الابقع فكره ذلك وان كان غرابا يخلط فيأكل الجيف و يأكل الحب لا يكره فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة قال وانما يكره من الطير مالا يأكل الا الجيف ولا بأس بالعقعق لانه ليس بذى مخلب ولا من الطير الذى لا يأكل الا الحب كذا روى أبو يوسف أنه قال سألت أباحنيفة رحمه الله فى أكل العقعق فقال لا بأس به فقلت انه يأكل الجيف فقال انه يخلط فحصل من قول أبى حنيفة ان ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كالدجاج وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لان غالب أكله الجيف

﴿فصل﴾ وأما بيان شرط حل الاكل فى الحيوان المأكول فشرط حل الاكل فى الحيوان المأكول البرى هو الذكاة فلا يحل أكله بدونها لقوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم الى قوله عز شأنه وما أكل السبع الا ماذكيتم استثنى سبحانه وتعالى الذكى من المحرم والاستثناء من التحريم اباحة ثم الكلام فى الذكاة فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الذكاة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها فالذكاة نوعان اختيارية وضرورية أما الاختيارية فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما والنحر فيما ينحر وهو الابل عند القدرة على الذبح والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر لان الحرمة فى الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول الا بالذبح والنحر ولان الشرع انما ورد باحلال الطيبات قال الله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقال سبحانه وتعالى ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولا يطيب الا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر

ولهذا حرمت الميتة لان المحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد في أدنى مدة ما يفسد في مثلها المذبوح وكذا المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة لما قلنا والذبح هو فرى الاوداج ومحله ما بين اللبة واللحيين لقول النبي عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحية أى محل الذكاة ما بين اللبة واللحيين وروى الذكاة في الحلق واللبة والنحر فرى الاوداج ومحله آخر الحلق ولو نحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فرى الاوداج ولكنه يكره لان السنة في الابل النحر وفي غيرها الذبح ألا ترى ان الله تعالى ذكر في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح فقال سبحانه وتعالى فصل لربك وانحر قيل في التأويل أى انحر الجزور وقال الله عز شأنه ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح بمعنى المذبوح كالطحن بمعنى المطحون وهو الكبش الذى فدى به سيدنا اسماعيل أو سيدنا إسحاق صلوات الله عليهما على اختلاف أصل القصة في ذلك وكذا النبي عليه الصلاة والسلام نحر الابل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة وذكر محمد رحمه الله في الاصل وقال بلغنا ان أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام ورضى الله عنهم كانوا ينحرون الابل قياما معقولة اليد اليسرى فدل ذلك على ان النحر في الابل هو السنة لان الاصل في الذكاة انما هو الاسهل على الحيوان وما فيه نوع راحة له فيه فهو أفضل لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة و إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والاسهل في الابل النحر لخلو لبتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من خلفها والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف فان قيل اليس انه روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة أى ونحرنا البقرة عن سبعة لانه معطوف على الاول فكان خبر الاول خبرا للثانى كقولنا جاءنى زيد وعمرو فالجواب ان الذبح مضمر فيه ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب في الشيء اذا عطف على غيره وخبر المعطوف عليه لا يحتمل الوجود في المعطوف أو لا يوجد عادة أن يضمر المتعارف المعتاد كما قال الشاعر

ولقيت زوجك في الوغى * متقلدا سيفا ورمحا

أى متقلدا سيفا ومعتقلا رمحا وقال آخر * علفتها تبنا وماء باردا *

أى علفتها تبنا وسقيتها ماء باردا لان الرمح لا يحتمل التقلد أو لا يتقلد عادة والماء لا يعلف بل يسقى كذا ههنا الذبح في البقر هو المعتاد فيضمر فيه فصار كأنه قال نحرنا البدنة وذبحنا البقرة وهذا الذى ذكرنا قول عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ذبح البدنة لا تحل لان الله تبارك وتعالى أمر في البدنة بالنحر بقوله عز شأنه فصل لربك وانحر فاذا ذبح فقد ترك المأمور به فلا يحل ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما أنهر الدم وفرى الاوداج فكل وبه تبين ان الامر بالنحر في البدنة ليس لعينه بل لانهار الدم وافراء الاوداج وقد وجد ذلك ولا بأس في الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه لقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة في الحلق واللبة من غير فصل ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وتطييب اللحم وذلك يحصل بقطع الاوداج في الحلق كله ثم الاوداج اربعة الحلقوم والمرىء والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرىء فاذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها وان فرى البعض دون البعض فعند ابى حنيفة رضى الله عنه اذا قطع أكثر الاوداج وهو ثلاثة منها أى ثلاثة كانت وترك واحدا يحل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد العرقين وقال محمد رحمه الله لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الاربعة أكثره وقال الشافعى رحمه الله اذا قطع الحلقوم والمرىء حل اذا استوعب قطعهما (وجه) قول الشافعى رضى الله عنه ان الذبح ازالة الحياة والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمرىء عادة وقد تبقى بعد قطع الودجين اذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق (ولنا) ان المقصود من الذبح ازالة المحرم وهو الدم المسفوح ولا يحصل الا بقطع الودج (وجه) قول محمد عليه الرحمة انه اذا قطع الاكثر من كل واحد من الاربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم لانه يخرج ما يخرج

بقطع الكل (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر لان الحلقوم مجرى النفس والمرىء مجرى الطعام والودجين مجرى الدم فاذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما و إذا ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ماسواه المقصود منه ولذلك اختلفا ولابي حنيفة عليه الرحمة انه قطع الاكثر من العروق الاربعة وللاكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفي فيها بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء وانما اختلفوا في الكيفية فيقام الاكثر فيها مقام الجميع ولو ضرب عنق جزور أو بقرة أو شاة بسيفه وابانها وسمى فان كان ضربها من قبل الحلقوم تؤكل وقد أساء أما حل الاكل فلانه أتى بفعل الذكاة وهو قطع العروق وأما الاساءة فلانه زاد في ألمها زيادة لا يحتاج اليها في الذكاة فيكره ذلك وان ضربها من القفا فان ماتت قبل القطع بأن ضرب على التأني والتوقف لا تؤكل لانها ماتت قبل الذكاة فكانت ميتة وان قطع العروق قبل موتها تؤكل لوجود فعل الذكاة وهي حية الا أنه يكره ذلك لانه زاد في ألمها من غير حاجة وان أمضى فعله من غير توقف تؤكل لان الظاهر ان موتها بالذكاة وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح بالمروة أو بليطة القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات التي تقطع انه يحل لوجود معنى الذبح وهو فرى الاوداج وجملة الكلام فيه ان الآلة على ضربين آلة تقطع وآلة تفسخ والتي تقطع نوعان حادة وكليلة أما الحادة فيجوز الذبح بها حديداً كانت أو غير حديد والاصل في جواز الذبح بدون الحديد ما روى عن عدى بن حاتم رضي الله عنه انه قال قلت يارسول الله أرأيت أحدنا أصاب صيدا وليس معه سكين أيذكى بمروة أو بشقة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى وروى ان جارية لكعب بن مالك رضي الله عنه ذبحت شاة بمروة فسأل كعب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمر بأكلها ولانه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد بل لوجود معنى الحديد بدليل انه لا يجوز بالحديد الذي لا حد له فاذا وجد معنى الحد في المروة والليطة جاز الذبح بهما وأما الكليلة فان كانت تقطع يجوز لحصول معنى الذبح لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة اليها ولهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة وكذلك اذا جرح بظفر منزوع أو سن منزوع جاز الذبح بهما ويكره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انهر الدم بما شئت الا ما كان من سن أو ظفر فان الظفر مدى الحبشة والسن عظم من الانسان استثنى عليه الصلاة والسلام الظفر والسن من الاباحة والاستثناء من الاباحة يكون حظرا وعلل عليه الصلاة والسلام بكون الظفر مدى الحبشة وكون السن عظم الانسان وهذا خرج مخرج الانكار ولنا انه لما قطع الاوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمروة وليطة القصب وأما الحديث فالمراد السن القائم والظفر القائم لان الحبشة انما كانت تفعل ذلك لاظهار الجلادة وذلك بالقائم لا بالمنزوع والدليل عليه انه روى في بعض الروايات الا ما كان قرضا بسن أو حزا بظفر والقرض انما يكون بالسن القائم وأما الآلة التي تفسخ فالظفر القائم والسن القائم ولا يجوز الذبح بهما بالاجماع ولو ذبح بهما كان ميتة للخبر الذي روينا ولان الظفر والسن اذا لم يكن منفصلا فالذابح يعتمد على الذبيح فيختنق وينفسخ فلا يحل أكله حتى قالوا لو أخذ غيره يده فأمر يده كما أمر السكين وهو ساكت يجوز ويحل أكله وعلى هذا يخرج الجنين اذا خرج بعد ذبح أمه ان خرج حيا فذكى يحل وان مات قبل الذبح لا يؤكل بلا خلاف وان خرج ميتا فان لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضا في قولهم جميعا لانه بمعنى المضغة وان كان كامل الخلق اختلف فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله واحتجوا بقول النبي عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين بذكاة أمه فيقتضي انه يتذكى بذكاة أمه ولانه تبع لامه حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلانه يباع ببيع الام ويعتق بعتقها والحكم في التبع يثبت بعلة الاصل ولا يشترط له علة على حدة لئلا ينقلب التبع أصلا ولابي حنيفة قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم والجنين ميتة لانه لا حياة فيه والميتة ما لا حياة فيه فيدخل تحت النص فان قيل الميتة اسم لزائل الحياة

فيستدعى تقدم الحياة وهذا لا يعلم فى الجنين فالجواب ان تقدم الحياة ليس بشرط لاطلاق اسم الميت قال الله تبارك وتعالى وكنتم أمواتا فأحياكم ثم يميتكم على انا ان سلمنا ذلك فلا بأس به لانه يحتمل انه كان حيا فمات بموت الام ويحتمل انه لم يكن فيحرم احتياطا ولانه أصل فى الحياة فيكون له أصل فى الذكاة والدليل على انه أصل فى الحياة انه يتصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام ولو كان تبعا للام فى الحياة لما تصور بقاؤه حيا بعد زوال الحياة عن الام واذا كان أصلا فى الحياة يكون أصلا فى الذكاة لان الذكاة تفويت الحياة ولانه اذا تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام لم يكن ذبح الام سببا لخروج الدم عنه اذ لو كان لما تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام اذ الحيوان الدموى لا يعيش بدون الدم عادة فبقى الدم المسفوح فيه ولهذا اذا جرح يسيل منه الدم وانه حرم بقوله سبحانه وتعالى دما مسفوحا وقوله عز شأنه حرمت عليكم الميتة والدم ولا يمكن التمييز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضاً وأما الحديث فقد روى بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه اذ التشبيه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب وقال عز شأنه ينظرون اليك نظر المغشى عليه من الموت أى كنظر المغشى عليه وهذا حجة عليكم لان تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضى استواءهما فى الافتقار الى الذكاة ورواية الرفع تحتمل التشبيه أيضاً قال الله سبحانه وتعالى وجنة عرضها السموات والارض أى عرضها كعرض السموات فيكون حجة عليكم ويحتمل الكناية كما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال مع أنه من أخبار الآحاد وردفيما تعم به البلوى وانه دليل عدم الثبوت اذ لو كان ثابتا لاشتهر واذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عندنا سواء اشتد قشرها أو لم يشتد وعند الشافعى رحمه الله ان اشتد قشرها تؤكل والا فلا (وجه) قوله أنه اذا لم يشتد قشرها فهى من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة واذا اشتد قشرها فقد صار شيئاً آخر وهو منفصل عن الدجاجة فيحل (ولنا) انه شىء طاهر فى نفسه مودع فى الطير منفصل عنه ليس من اجزائه فتحريمها لا يكون تحريما له كما اذا اشتد قشرها ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يؤكل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يؤكل وهو قول الشافعى رحمهم الله جميعاً الا ان عند الشافعى لا يؤكل لكونه ميتة وعندهما لا يؤكل لنجاسة الوعاء ولابى حنيفة عليه الرحمة قوله تبارك وتعالى وان لكم فى الانعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين والاستدلال بالآية من وجوه أحدها انه وصفه بكونه خالصاً فيقتضى ان لا يشوبه شىء من النجاسة والثانى أنه سبحانه وتعالى وصفه بكونه سائغا للشاربين والحرام لا يسوغ للمسلم والثالث انه سبحانه وتعالى من علينا بذلك اذ الآية خرجت مخرج المنة والمنة بالحلال لا بالحرام وعلى هذا الخلاف الانفحة اذا كانت مائعة وان كانت صلبة فعند أبى حنيفة رحمه الله تؤكل وتستعمل فى الادوية كلها وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل وعند الشافعى لا تؤكل أصلا (وأما) الاضطرارية فركنها العقر وهو الجرح فى أى موضع كان وذلك فى الصيد وما هو فى معنى الصيد وانما كان كذلك لان الذبح اذا لم يكن مقدوراً ولا بد من اخراج الدم لازالة المحرم وتطييب اللحم وهو الدم المسفوح على ما بينا فيقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الاصل المعهود فى الشرع من اقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة كما يقام السفر مقام المشقة والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعاً أو متوركا مقام الحدث ونحو ذلك وكذلك ما ند من الابل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها لانها بمعنى الصيد وان كان مستأنساً وقد روى ان بعيرا ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل أوابد كأوابد الوحش فاذا غلبكم منها شىء فاصنعوا به هكذا وسواء ند البعير والبقر فى الصحراء أو فى المصر فذكاتهما العقر كذا روى عن محمد لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما قال محمد والبعير الذى ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة فدل ان ند البعير فى الصحراء والمصر سواء فى هذا الحكم (وأما) الشاة فان ندت فى الصحراء فذكاتها العقر لانه لا يقدر عليها وان ندت فى المصر لم يجز عقرها لانه يمكن أخذها اذ هى لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدورا عليه فلا يجوز العقر وهذا لان العقر خلف من الذبح والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما فى التراب مع الماء والاشهر

مع الاقراء وغيرذلك وكذلك ماوقع منها فى قليب فلم يقدر على اخراجه ولا على مذبحه ولا منحره فان ذكاته ذكاة الصيد لكونه فى معناه لتعذر الذبح والنحر وذكر فى المنتقى فى البعير اذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله اذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لانه اذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد فجعل الصيال منه كندة لانه يعجز عن أخذه فيعجز عن نحره فيقام الجرح فيه مقام النحر كما فى الصيد ثم لا خلاف فى الاصطياد بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها انه اذا لم يجرح لا يحل وأصله ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن صيد المعراض فقال عليه والسلام اذا خرق فكل وان أصابه بعرض فلا تأكل فانه وقيذ (وأما) الاصطياد بالجوارح من الحيوانات اما بناب كالكلب والفهد ونحوهما واما بالمخلب كالبازى والشاهين ونحوهما فكذلك فى الرواية المشهورة انه اذا لم يجرح لا يحل حتى لو خنق أو صدم ولم يجرح ولم يكسر عضوا منه لا يحل فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يحل (وجه) هذه الرواية ان الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له فقد يتفق له الاخذ بالجرح وقد يتفق بالخنق والصدم والحال حال الضرورة فيوسع الامر فيه ويجعل الخنق والصدم كالجرح كما وسع فى الذبح (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح وهى من الجراحة فيقتضى اعتبار الجرح ولان الركن هو اخراج الدم وذلك بالذبح فى حال القدرة وفى حال العجز أقيم الجرح مقامه لكونه سببا فى خروج الدم ولا يوجد ذلك فى الخنق وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صيد المعراض اذا خرق فكل وان أصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ وروى انه عليه الصلاة والسلام قال ما أصبت بعرضه فلا تأكل فهو وقيذ وما أصبت بحده فكل أراد عليه الصلاة والسلام الحل والحرمة على الجرح وعدم الجرح وسمى عليه الصلاة والسلام غير المجروح وقيذا وانه حرام بقوله تبارك وتعالى والموقوذة ولانها منخنقة وانها محرمة بقوله عز وجل والمنخنقة فان لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضوا منه فمات فقد ذكر الكرخى رحمه الله انه لم يحك عن أبى حنيفة رحمه الله فيه شئ مصرح وذكر محمد فى الزيادات وأطلق انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا الاطلاق يقتضى انه لا يحل بالكسر وقال أبو يوسف اذا جرح بناب أو مخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله فقد جعل الكسر جراحة باطنة فيلحق بالجراحة لظاهره فى حكم بنى على الضرورة والعذر (وجه) رواية محمد رحمه الله وهى الصحيحة ان الاصل هو الذبح وانما اقيم الجرح مقامه فى كونه سببا لخروج الدم وذلك لا يوجد فى الكسر فلا يقام مقامه ولهذا لم يقم الخنق مقامه وقد قالوا اذا أصاب السهم ظلف الصيد فان وصل الى اللحم فأدماه حل والا فلا وهذا تفريع على رواية اعتبار الجرح ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم قيل وهذا قد يكون فى شاة اعتلفت العناب اختلف المشايخ فيه قال ابو القاسم الصفار رحمه الله لا تؤكل لقوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج وأنهر الدم فكل يؤكل بشرط انهار الدم ولم يوجد ولان الذبح لم يشرط لعينه بل لاخراج الدم المحرم وتطييب اللحم ولم يوجد فلا يحل وقال أبو بكر الاسكاف والفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمهما الله يؤكل لوجود الذبح وهو فرى الاوداج وانه سبب لخروج الدم عادة لكنه امتنع لعارض بعد وجود السبب فصار كالدم الذى احتبس فى بعض العروق عن الخروج بعد الذبح وذا لا يمنع الحل كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قطع من الية الشاة قطعة أو من فخذها انه لا يحل المبان وان ذبحت الشاة بعد ذلك لان حكم الذكاة لم يثبت فى الجزء المبان وقت الابانة لانعدام ذكاة الشاة لكونها حية وقت الابانة وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلا وحكم الذكاة لا يظهر فى الجزء المنفصل وروى ان أهل الجاهلية كانوا يقطعون قطعة من الية الشاة ومن سنام البعير فيأكلونها فلما بعث النبى المكرم عليه الصلاة والسلام نهاهم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت والجزء المقطوع مبان من حى وبائن منه فيكون ميتا وكذلك اذا قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقطوع وان مات الصيد بعد ذلك لما قلنا وقال الشافعى رحمه الله يؤكل اذا مات الصيد بذلك وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى وان قطع فتعلق العضو بجلده لا يؤكل لان ذلك القدر من التعلق لا يعتبر

فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة وان كان متعلقا باللحم يؤكل الكل لأن العضو المتعلق باللحم من جملة الحيوان وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعا وهو قول ابراهيم النخعي لانه وجد قطع الاوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح فيؤكل الكل وان قطع أقل من النصف فإن كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا وقال الشافعي يؤكل (وجه) قوله ان الجرح في الصيد اذا اتصل به الموت فهو ذكاة اضطرارية وانها سبب الحل كالذبح (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحي فهو ميت والمقطوع مبان من الحي فيكون ميتاً وأما قوله ان الجرح الذي اتصل به الموت ذكاة في الصيد فنعم لكن حال فوات الحياة عن المحل وعند الابانة المحل كان حياً فلم يقع الفعل ذكاة له وعند ما صار ذكاة كان الجزء منفصلا وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل وان كان مما يلي الرأس يؤكل الكل لوجود قطع الاوداج فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة فيحل به الكل وان ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولا أو عرضا يؤكل كله في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يؤكل النصف البائن ويؤكل ما بقي من الصيد والاصل فيه ما ذكرنا أن الاوداج متصلة بالدماغ فتصير مقطوعة بقطع الرأس وكان أبو يوسف على هذا ثم ظن انها لا تكون الا فيما يلي البدن من الرأس وان كان المبان أكثر من النصف فكذلك يؤكل الكل لانه اذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً بل كان جرحا وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا (وأما) شرائط ركن الذكاة فأنواع بعضها يعم نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر أما الذي يعمهما فمنها أن يكون عاقلا فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل والسكران الذي لا يعقل لما نذكر ان القصد الى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل فان كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران (ومنها) أن يكون مسلماً أو كتابياً فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والمجوسي والوثني وذبيحة المرتد أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى وما أهل لغير الله وقوله عز وجل وما ذبح على النصب أي للنصب وهي الاصنام التي يعبدونها وأما ذبيحة المجوس فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولان ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا لما نذكر ولم يوجد وأما المرتد فلانه لا يقر على الدين الذي انتقل اليه فكان كالوثني الذي لا يقر على دينه ولو كان المرتد غلاما مراهقاً لا تؤكل ذبيحته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تؤكل بناء على أن ردته صحيحة عندهما وعنده لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد منه ذبائحهم اذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لان غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول ولان مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها لانه اسم لما يتطعم والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت اطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها ويستوى فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة وكذا يستوى فيه نصارى بني تغلب وغيرهم لانهم على دين النصارى الا أنهم نصارى العرب فيتناولهم عموم الآية الشريفة وقال سيدنا علي رضي الله عنه لا تؤكل ذبائح نصارى العرب لانهم ليسوا بأهل الكتاب وقرأ قوله عز شأنه ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أماني وقال ابن عباس رضي الله عنهما تؤكل وقرأ قوله عز وجل ومن يتولهم منكم فانه منهم والآية الكريمة التي تلاها سيدنا علي رضي الله عنه دليل على انهم من أهل الكتاب لانه قال عز وجل ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب أي من أهل الكتاب وكلمة من للتبعيض الا أنهم يخالفون غيرهم من النصارى في بعض شرائعهم وذا لا يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى فان انتقل الكتابي الى دين أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته لان المسلم لو انتقل الى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته فالكتابي أولى ولو انتقل غير الكتابي من الكفرة الى دين أهل الكتاب تؤكل ذبيحته والاصل انه ينظر الى حاله ودينه فيه انه ينظر الى حاله ودينه وقت ذبيحته دون ماسواه وهذا أصل أصحابنا ان من انتقل من ملة يقر عليها يجعل كانه من أهل تلك الملة من الاصل على ما ذكرنا في كتاب

النكاح والمولود بين كتابى وغير كتابى تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابى الاب أو الام عندنا وقال مالك يعتبر الاب فان كان كتابياً تؤكل والا فلا وقال الشافعى لا تؤكل ذبيحته رأساً والصحيح قولنا لان جعل الولد تبعاً للكتابى منهما أولى لانه خيرهما ديناً بالنسبة فكان باتباعه اياه أولى وأما الصابئون فتؤكل ذبائحهم فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد لا تؤكل واختلاف الجواب لاختلاف تفسيرهم فى الصابئين انهم ممن هم وقد ذكرنا ذلك فى كتاب النكاح ثم انما تؤكل ذبيحة الكتابى اذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شئ أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده لانه اذا لم يسمع منه شيأ يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجرد التسمية تحسينا للظن به كما بالمسلم ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عنى بالله عز وجل المسيح عليه الصلاة والسلام قالوا تؤكل لانه أظهر تسمية هى تسمية المسلمين الا اذا نص فقال بسم الله الذى هو ثالث ثلاثة فلا تحل وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال رضى الله عنه قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون فاما اذا سمع منه أنه سمى المسيح عليه الصلاة والسلام وحده أو سمى الله سبحانه وتعالى وسمى المسيح لا تؤكل ذبيحته كذا روى سيدنا على رضى الله عنه ولم يروعنه غيره خلافه فيكون اجماعا ولقوله عز وجل وما أهل لغير الله وهذا أهل لغير الله عز وجل به فلا يؤكل ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا أكل صيده الذى صاده بالسهم أو بالجوارح ومن لا فلا لان أهلية المذكى شرط فى نوعى الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً (ومنها) التسمية حالة الذكر عندنا وعند الشافعى ليست بشرط أصلا وقال مالك رحمه الله انها شرط حالة الذكر والسهو حتى لا يحل متروك التسمية ناسياً عنده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم أما الكلام مع الشافعى رحمه الله فانه احتج بقوله تبارك وتعالى قل لا اجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أودما مسفوحا أولحم خنزير أمر النبى عليه الصلاة والسلام ان يقول انه لا يجد فيما أوحى اليه محرما سوى الاشياء الثلاثة ومتروك التسمية لم يدخل فيها فلا يكون محرما ولا يقال يحتمل انه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها ثم حرم بعد ذلك متروك التسمية بقوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه قيل ان سورة الانعام نزلت جملة واحدة ولو كان متروك التسمية محرما لكان واجداله فيجب ان يستثنيه كما استثنى الاشياء الثلاثة (ولنا) قوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان مطلق النهى للتحريم فى حق العمل والثانى انه سمى اكل مالم يذكر اسم الله عليه فسقا بقوله عز وجل وانه لفسق ولا فسق الا بارتكاب المحرم ولا تحمل الاعلى الميتة وذبائح أهل الشرك بقول بعض اهل التأويل فى سبب نزول الآية الكريمة لان العام لا يخص بالسبب عندنا بل يعمل بعموم اللفظ لما عرف فى أصول الفقه مع ما ان الحمل على ذلك حمل على التكرار لان حرمة الميتة وذبائح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخر وهى قوله عز وجل حرمت عليكم الميتة وقوله عز وجل وما أهل لغير الله به وقوله عز وجل وماذبح على النصب فالحمل على ماقاله يكون حملا على ما قلنا و يكون حملا على فائدة جديدة فكان أولى وقوله عز وجل فاذكروا اسم الله عليها صواف ومطلق الامر للوجوب فى حق العمل ولو لم يكن شرطا لما وجب وروى الشعبى عن عدى بن حاتم رضى الله عنهما قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد الكلب فقال ما أمسك عليك ولم يأكل منه فكله فان أخذه ذكاته فان وجدت عند كلبك غيره فحسبت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل لانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن الاكل وعلل بترك التسمية فدل انها شرط (وأما) الآية الكريمة ففيها انه كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرما سوى المذكور فيها فاحتمل انه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة وجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك لما تلونا كما كان لا يجد تحريم كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وتحريم الحمار والبغل عند نزولها ثم وجد بعد ذلك بوحى متلو أو غير متلو على ماذكرنا (وأما) ما يروى ان سورة الانعام نزلت كلها جملة واحدة فروى على طريق الآحاد فلا يقبل

فى إبطال حرمة ثبتت بالكتاب على ان المذكور فيها من جملة المستثنى الميتة فما الدليل على ان متروك التسمية عمدا ليس بميتة بل هو ميتة عند نا مع انه لا يجد فيما أوحى اليه محرما سوى المذكور ونحن لا نطلق اسم المحرم على متروك التسمية اذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به ولم يوجد ذلك فى محل الاجتهاد اذا كان الاختلاف بين أهل الديانة وانما نسميه مكروها أو محرما فى حق الاعتقاد قطعا على طريق التعيين بل على الابهام ان ما أراد الله عز وجل من هذا النهى فهو حق لكنا نمتنع عن أكله احتياطا وهو تفسير الحرمة فى حق العمل (وأما) الكلام مع مالك رحمه الله فهو احتج بعموم قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه من غير فصل بين العمد والسهو ولان التسمية لما كانت واجبة حالة العمد فكذا حالة النسيان لان النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ حتى كان الناسى والخاطئ جائز المؤاخذة عقلا ولهذا استوى العمد والسهو فى ترك تكبيرة الافتتاح والطهارة وغيرها من الشرائط والكلام فى الصلاة عمدا او سهوا عندكم كذا ههنا (ولنا) ما روى عن راشد بن سعد عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال ذبيحة المسلم حلال سمى أو لم يسم ما لم يتعمد وهذا نص فى الباب وأما الآية فلا تتناول متروك التسمية لوجهين أحدهما أنه قال عز وجل وانه لفسق أى ترك التسمية عند الذبح فسق وترك التسمية سهوا لا يكون فسقا وكذا كل متروك التسمية سهوا لا يلحقه سمة الفسق لان المسئلة اجتهادية وفيها اختلاف الصحابة فدل ان المراد من الآية الكريمة متروك التسمية عمدا لا سهوا والثانى ان الناسى لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله عز وجل والذكر قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب قال الله تعالى ولا تطع من اغفلنا قلبه عن ذكرنا والناسى ذاكر بقلبه لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل ذبح ونسى أن يذكر اسم الله عليه فقال رضى الله عنه اسم الله عز وجل فى قلب كل مسلم فليأكل وعنه فى رواية أخرى قال ان المسلم ذكر الله فى قلبه وقال كما لا ينفع الاسم فى الشرك لا يضر النسيان فى الاسلام وعنه رضى الله عنه فى رواية أخرى قال فى المسلم اسم الله تعالى فاذا ذبح ونسى ان يسمى فكل واذا ذبح المجوسى وذكر اسم الله تعالى فلا تطعمه وعن سيدنا على رضى الله عنه سئل عن هذا فقال انما هى على الملة فثبت ان الناسى ذاكر فكانت ذبيحته مذكورا التسمية فلا تتناولها الآية الكريمة وأما قوله ان النسيان لا يدفع التكليف ولا يدفع الحظر حتى لم يجعل عذرا فى بعض المواضع على ماضرب من الامثلة فنقول النسيان جعل عذرا مانعا من التكليف والمؤاخذة فيما يغلب وجوده ولم يجعل عذرا فيما لا يغلب وجوده لانه لو لم يجعل عذرا فيما يغلب وجوده لوقع الناس فى الحرج والحرج مدفوع والاصل فيه ان من لم يعود نفسه فعلا يعذر فى تركه واشتغاله بضده سهوا لان حفظ النفس عن العادة التى هى طبيعة خامسة خطب صعب وأمر أمر فيكون النسيان فيه غالب الوجود فلو لم يعذر لحقه الحرج وليس كذلك اذا لم يعود نفسه مثاله ان الاكل والشرب من الصائم سهوا جعل عذرا فى الشرع حتى لا يفسد صومه لانه عود نفسه ذلك ولم يعودها ضده وهو الكف عن الاكل والشرب ولم يجعل ذلك عذرا فى المصلى لانه لم يعود نفسه ذلك فى كل زمان بل فى وقت معهود وهو الغداة والعشى خصوصاً فى حال الصلاة التى تخالف أوقات الاكل والشرب فكان الاكل والشرب فيها فى غاية الندرة فلم يجعل عذرا والكلام فى الصلاة من هذا القبيل لان حالة الصلاة تمنع من ذلك عادة فكان النسيان فيها نادرا فلم يجعل عذرا وكذلك ترك تكبيرة الافتتاح سهوا لان الشروع فى الصلاة يكون بها وتركها سهوا عند تصميم العزم على الشروع فيها مما يندر فلم يعذر وكذا ترك الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهواً لان المسلم على استعداد الصلاة عند هجوم وقتها عادة فالشروع فى الصلاة من غير طهارة سهواً يكون نادراً فلا يعذر ويلحق بالعدم فأما ذكر اسم الله تعالى فأمر لم يعوده الذابح نفسه لان الذبح على مجرى العادة يكون من القصابين ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذكر الله عز وجل فترك التسمية منهم سهواً لا يندر وجوده بل يغلب فجعل عذراً دفعاً للحرج فهو الفرق بين هذه الجملة والله سبحانه وتعالى هو الموفق واذا ثبت ان التسمية حالة الذكر من شرائط الحل عندنا فبعد ذلك يقع الكلام فى بيان ركن التسمية وفى بيان شرائط الركن وفى بيان وقت التسمية أما ركنها فذكر اسم الله عز وجل أى اسم كان

لقوله تبارك وتعالى فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ان كنتم بآياته مؤمنين وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله من غير فصل بين اسم واسم وقوله عز شأنه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه اذا ذكر اسما من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرما وسواء قرن بالاسم الصفة بان قال الله أكبر الله أجل الله أعظم الله الرحمن الله الرحيم ونحو ذلك اولم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك لانه المشروط بالآية عز شأنه وقد وجد وكذا في حديث عدى بن حاتم رضي الله عنهما اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل من غير فصل بين اسم واسم وكذا التهليل والتحميد والتسبيح سواء كان جاهلا بالتسمية المعهودة أو عالما بها لما قلنا وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في تكبيرة الافتتاح انه يصير شارعا في الصلاة بلا إله إلا الله أو الحمد لله أو سبحان الله فههنا أولى وأما على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا يصير شارعا بهذه الالفاظ وتصح بها عنده فيحتاج هو الى الفرق والفرق له أن الشرع ما ورد هناك الا بلفظ التكبير وههنا ورد بذكر اسم الله تعالى وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أى لسان كان وهو لا يحسن العربية أو يحسنها كذا روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله لو أن رجلا سمى على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أولا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية لان الشرط في الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقا عن العربية والفارسية وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة رحمه الله في اعتباره المعنى دون اللفظ في تكبيرة الافتتاح فيستوى في الذبح الكبيرة العربية والعجمية من طريق الاولى فأما على أصلهما فهما يحتاجان الى الفرق بين التكبير والتسمية حيث قالا في التسمية انها جائزة بالعجمية سواء كان يحسن العربية أولا يحسن وفي التكبير لا يجوز بالعجمية الا اذا كان لا يحسن العربية لان المشروط ههنا ذكر اسم الله تعالى وانه يوجد بكل لسان والشرط هناك لفظة التكبير لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر نفى عليه الصلاة والسلام القبول بدون لفظ التكبير ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية وأما شرائط الركن فمنها أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمى غيره والذابح ساكت وهو ذاكر غير ناس لا يحل لان المراد من قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أى لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت مشروطة فيه (ومنها) أن يريد بها التسمية على الذبيحة فان من أراد بها التسمية لافتتاح العمل لا يحل لان الله سبحانه وتعالى أمر بذكر اسم الله تعالى عليه في الآيات الكريمة ولا يكون ذكر اسم الله عليه الا وأن يراد بها التسمية على الذبيحة وعلى هذا اذا قال الحمد لله ولم يرد به الحمد على سبيل الشكر لا يحل وكذا لو سبح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة وانما أراد به وصفه بالوحدانية والتنزه عن صفات الحدوث لا غير لا يحل لما قلنا (ومنها) تجريد اسم الله سبحانه وتعالى عن اسم غيره وان كان اسم النبي عليه الصلاة والسلام حتى لو قال بسم الله واسم الرسول لا يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به وقول النبي عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما جردوا التسمية عند الذبح ولان المشركين يذكرون مع الله سبحانه وتعالى غيره فتجب مخالفتهم بالتجريد ولو قال بسم الله ومحمد رسول الله فان قال ومحمد بالجر لا يحل لانه أشرك في اسم الله عز شأنه اسم غيره وان قال محمد بالرفع يحل لانه لم يعطفه بل استأنف فلم يوجد الاشراك الا انه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة فيتصور بصورة الحرام فيكره وان قال ومحمدا بالنصب اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحل لانه ما عطف بل استأنف الا انه أخطأ في الاعراب وقال بعضهم لا يحل لان انتصابه بنزع الحرف الخافض كانه قال ومحمد فيتحقق الاشراك فلا يحل هذا اذا ذكر الواو فان لم يذكر بأن قال بسم الله محمد رسول الله فانه يحل كيفما كان لعدم الشركة (ومنها) أن يقصد بذكر اسم الله تعالى تعظيمه على الخلوص ولا يشوبه معنى الدعاء حتى لو قال اللهم اغفر لي لم يكن ذلك تسمية لانه دعاء والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية كما لا يكون تكبيرا وفي قوله اللهم اختلف المشايخ كما في التكبير (أما) وقت التسمية فوقتها في الذكاة الاختيارية وقت الذبح لا يجوز تقديمها عليه الا بزمان قليل لا يمكن

التحرز عنه لقوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة الا وقت الذبح وكذا قيل في تأويل الآيتين الاخريين أن الذبح مضمر فيهما أي فكلوا مما ذبح بذكر اسم الله عليه ومالكم ألا تأكلوا مما ذبح بذكر اسم الله تعالى عليه فكان وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح (وأما) الذكاة الاضطرارية فوقتها وقت الرمي والارسال لا وقت الاصابة لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضي الله عنه حين سأله عن صيد المعراض والكلب اذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله عليه فكل وان أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وقوله عليه أي على المعراض والكلب ولا تقع التسمية على السهم والكلب الا عند الرمي والارسال فكان وقت التسمية فيهما هو وقت الرمي والارسال والمعنى هكذا يقتضي وهو أن التسمية شرط والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن لان عند وجودها يصير الركن علة كما في سائر الاركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف في أصول الفقه والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبح وفي الاضطرارية هو الجرح وذلك مضاف الى الرامي والمرسل وانما السهم والكلب آلة الجرح والفعل يضاف الى مستعمل الآلة لا الى الآلة لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمي والارسال ولا يعتبر وقت الاصابة في الذكاة الاضطرارية لان الاصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سببا بل محض صنع الله عز وجل يعني به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي المسئلة المعروفة بالمتولدات وهذا لان فعل العبد لا بد وأن يكون مقدورا للعبد ومقدور العبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه وذلك هو الرمي السابق والارسال السابق فتعتبر التسمية عندهما على أن الاصابة قد تكون وقد لا تكون فلا يمكن ايقاع التسمية عليها وعلى هذا يخرج ما روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى انه قال لو أن رجلا اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح ولو رمى صيدا فسمى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله وكذلك اذا أرسل كلبا على صيد فأخطأ فأخذ غير الذي أرسله عليه فقتله لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والارسال وذكر في الاصل أرأيت الذابح يذبح الشاتين والثلاثة فيسمي على الاولى ويدع التسمية على غير ذلك عمدا قال يأكل الشاة التي سمى عليها ولا يأكل ما سوى ذلك لما بينا ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم ألقى السكين وأخذ سكينا آخر فذبح به يؤكل لان التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة بخلاف ما اذا سمى على سهم ثم رمى بغيره انه لا يؤكل لان التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على المرمي اليه وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه انسان فأجابه أو استسقى ماء فشرب أو أخذ السكين فان كان قليلا ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية تؤكل وان تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر أو حد شفرته أو كانت الشاة قائمة فصرعها ثم ذبح لا تؤكل لان زمان ما بين التسمية والذبح اذا كان يسيرا لا يعتد به لانه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كأنه سمى مع الذبح واذا كان طويلا يقع فاصلا بين التسمية والذبح فيصير كأنه سمى في يوم وذبح في يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به ولو سمى ثم انقلبت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها فقد انقطعت التسمية وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيدا أو لم يسم متعمدا ثم سمى بعد ذلك أو أرسل كلبا وترك التسمية متعمدا فلما مضى الكلب في تبع الصيد سمى أنه لا يؤكل لان التسمية لم توجد وقت الرمي والارسال وكذا لو مضى الكلب الى الصيد فزجره وسمى وانزجر بزجره انه لا يؤكل أيضا وفرق بين هذا وبين ما اذا اتبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم انه ان انزجر بزجره فأخذ الصيد فقتله يؤكل وان لم ينزجر لا يؤكل (ووجه) الفرق نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد أو كان حلالا فأحرم قبل الاصابة وأخذ الصيد يحل ولو كان مرتدا ثم أسلم وسمى لا يحل لان المعتبر وقت الرمي

والارسال كما بينا فتراعى الاهلية عند ذلك وعلى هذا الاصل ينبنى شرط تعيين المحل بالتسمية فى الذكاة الاختيارية وهو بيان القسم الثانى من الشرائط التى تخص أحد النوعين دون الآخر وهى أنواع يرجع بعضها الى المذكى و بعضها يرجع الى محل الذكاة و بعضها يرجع الى آلة الذكاة أما الذى يرجع الى المذكى فهو أن يكون حلالا وهذا فى الذكاة الاضطرارية دون الاختيارية حتى ان المحرم اذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل لانه ممنوع عن قتل الصيد لحق الاحرام لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم أى وأنتم محرمون وقوله جل شأنه أحلت لكم بهيمة الانعام الا مايتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم معناه والله سبحانه وتعالى أعلم أحلت لكم بهيمة الانعام والصيد الا مايتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره غير محلى الصيد وأنتم حرم لانه استثنى سبحانه وتعالى الصيد بقوله تبارك وتعالى غير محلى الصيد وانما يستثنى الشئ من الجملة المذكورة فجعل مذكورا بطريق الاضمار والاستثناء من الاباحة تحريم فكان اصطياد المحرم محرما فكان صيده ميتة كصيد المجوسى سواء اصطاد بنفسه أو اصطيد له بأمره لان ماصيد له بأمره فهو صيده معنى وتحل ذبيحة المستأنس لان التحريم خص بالصيد فبقى غيره على عموم الاباحة و يحل له صيد البحر لقوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وقد مر ذلك وأما الذى يرجع الى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية فى الذكاة الاختيارية ولا يشترط ذلك فى الذكاة الاضطرارية وهى الرمى والارسال الى الصيد لان الشرط فى الذكاة الاختيارية ذكر اسم الله تبارك وتعالى على الذبيح لما تلونا من الآيات ولا يتحقق ذلك الا بتعيين الذبيح بالتسمية ولان ذكر الله تبارك وتعالى لما كان واجبا فلا بد وأن يكون مقدورا والتعيين فى الصيد ليس بمقدور لان الصائد قد يرمى و يرسل على قطيع من الصيد وقد يرمى و يرسل على حس الصيد فلا يكون التعيين واجبا والمستأمن مقدور فيكون واجبا وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح شاة وسمى ثم ذبح شاة أخرى يظن ان التسمية الاولى تجزى عنهما لم تؤكل ولا بد من أن يجدد لكل ذبيحة تسمية على حدة ولو رمى سهما فقتل به من الصيد اثنين لا بأس بذلك وكذلك لو أرسل كلبا أو بازيا وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك لان التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح فاذا تجدد الفعل تجدد التسمية فأما الرمى والارسال فهو فعل واحد وان كان يتعدى الى مفعولين فتجزى فيه تسمية واحدة وزان الصيد من المستأنس ما لو أضجع شاتين وأمر السكين عليهما معا انه تجزى فى ذلك تسمية واحدة كما فى الصيد فان قيل هلا جعل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزئ عن الثانية عذرا كنسيان التسمية فالجواب ان هذا ليس من باب النسيان بل من الجهل بحكم الشرع والجهل بحكم الشرع ليس بعذر والنسيان عذر ألا ترى ان من ظن أن الاكل لا يفطر الصائم فأكل بطل صومه ولو أكل ناسيا لا يبطل فان نظر الى جماعة من الصيد فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحدا بعينه فأصاب منها صيدا فقتله لا بأس بأكله وكذلك الكلب والبازى ولو أن رجلا نظر الى غنمه فقال بسم الله ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها وترك التسمية عامدا وظن ان تلك التسمية تجزيه لا تؤكل لانه لم يسم عند الذبح والشرط هو التسمية على الذبيحة وذلك بالتسمية عند الذبح نفسه لا عند النظر وتعيين الذبيحة مقدور فيمكن أن يجعل شرطا وتعيين الصيد بالرمى والارسال متعذر لما بينا فلم يمكن أن يجعل شرطا ولو رمى صيدا بعينه أو أرسل الكلب أو البازى على صيد بعينه فأخطأ فأصاب غيره يؤكل وكذا لو رمى ظبيا فأصاب طيرا أو أرسل على ظبى فأخذ طيرا لان التعيين فى الصيد ليس بشرط (ومنها) قيام أصل الحياة فى المستأمن وقت الذبح قلت أو كثرت فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكتفى بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيذة والنطيحة وجريحة السبع اذا لم يبق فيها الا حياة قليلة عرف ذلك بالصياح أو بتحريك الذنب أو طرف العين أو التنفس وأما خروج الدم فلا يدل على الحياة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحى المطلق فاذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه الذى ذكرنا تؤكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعن أبى يوسف روايتان فى ظاهر الرواية عنه انه ان كان يعلم انها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل وان كان

يعلم انها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل وفى رواية قال ان كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها تؤكل والا فلا وقال محمد رحمه الله ان كان لم يبق من حياتها الا قدر حياة المذبوح بعد الذبح أو أقل فذبحها لا تؤكل وان كان أكثر من ذلك تؤكل وذكر الطحاوى قول محمد مفسراً فقال ان على قول محمد ان لم يبق معها الا الاضطراب للموت فذبحها فانها لا تحل وان كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه حلت (وجه) قولهما انه اذا لم يكن لها حياة مستقرة على الوجه الذى ذكرنا كانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة ولابى حنيفة رضى الله عنه قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى المذكى من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم اباحة وهذه مذكاة لوجود فرى الاوداج مع قيام الحياة فدخلت تحت النص وأما الصيد اذا جرحه السهم أو الكلب فأدركه صاحبه حياً فان ذكاه يؤكل بلا خلاف بين أصحابنا كيف ما كان سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن وخرج الجرح من أن يكون ذكاة فى حقه وصار ذكاته الذبح فى الحياة المستقرة ذكاة مطلقة فيدخل تحت النص وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح وقد وجد لوجود أصل الحياة فصار مذكى وعلى أصلهما لا حاجة الى الذبح لانه صار مذكى بالجرح فالذبح بعد ذلك لا يضر ان كان لا ينفع وان لم يذكه وهو قادر على ذبحه فتركه حتى مات فان كانت فيه حياة مستقرة لا يؤكل لان ذكاته تحولت من الجرح الى الذبح فاذا لم يذبح كان ميتة وان كانت حياته غير مستقرة يؤكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وان قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده والفرق له ان الرمى والارسال اذا اتصل به الجرح كان ذكاة فى الصيد فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة ولم تتقوم ذكاة فى المستأمن فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة لتحقق الذكاة وأما عندهما فكذلك لكن على اختلاف تفسيرهما للحياة المستقرة وغير المستقرة على ما ذكرنا فى المستأمن هكذا ذكر عامة المشايخ رحمهم الله وذكر الجصاص رحمه الله وقال يجب أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله فى الصيد مثل قوله فى المستأنس على أن قوله يجب الذبح فى جميع الاحوال لا يحل بدونه سواء كانت الحياة مستقرة أو غير مستقرة وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ رحمهم الله وان مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت أو لعدم آلة الذكاة ذكر القدورى عليه الرحمة انه لا يؤكل عندنا وعند محمد بن شجاع البلخى ومحمد بن مقاتل الرازى رحمهما الله يؤكل استحساناً أشار الى أن القول بالحرمة قياس ومن مشايخنا رحمهم الله من جعل جواب الاستحسان مذهبنا أيضاً وتركوا القياس (وجه) القياس انه لما ثبتت يده عليه فقد خرج من ان يكون صيداً لزوال معنى الصيد وهو التوحش والامتناع فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة وصار كالشاة اذا مرضت وماتت فى وقت لا يتسع لذبحها انها لا تؤكل كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الذبح هو الاصل فى الذكاة وانما يقام الجرح مقامه خلفاً عنه وقد وجد شرط بخلافه وهو العجز عن الاصل فيقام الخلف مقامه كما فى سائر الاخلاف مع أصولها وقال أصحابنا رحمهم الله لو جرحه السهم أو الكلب فأدركه لكن لم يأخذه حتى مات فان كان فى وقت لو أخذه يمكنه ذبحه فلم يأخذه حتى مات لم يؤكل لان الذبح صار مقدوراً عليه فخرج الجرح من أن يكون ذكاة وان كان لا يمكنه ذبحه أكل لانه اذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقى ذكاته الجرح السابق ودلت هذه المسألة على أن جواب الاستحسان فى المسألة المتقدمة مذهب أصحابنا جميعاً لانه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذ وهنا لم يأخذ وما يصنع بالاخذ اذا لم يقدر على ذكاته وجواب القياس عن هذا ان حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة بها لان الناس مختلفون فى ذلك فان منهم من يتمكن من الذبح فى زمان قليل لهدايته فى ذلك ومنهم من لا يتمكن الا فى زمان طويل لقلة هدايته فيه فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن فيقام السبب الظاهر وهو ثبوت اليد مقامها كما فى السفر مع المشقة وغير ذلك وذكر ابن سماعة فى نوادره رحمه الله عن أبى يوسف لو أن رجلا قطع شاة نصفين ثم ان رجلا فرى أوداجها والرأس يتحرك أو شق بطنها فأخرج ما فى جوفها وفرى رجل آخر الاوداج فان هذا لا يؤكل لان

الاول قاتل وذكر القدوري رحمه الله ان هذا على وجهين ان كانت الضربة مما يلي العجز لم تؤكل الشاة وان كانت مما يلي الرأس أكلت لان العروق المشروطة في الذبح متصلة من القلب الى الدماغ فاذا كانت الضربة مما يلي الرأس فقد قطعها فحلت وان كانت مما يلي العجز فلم يقطعها فلم تحل وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل الا بالذبح فهل هو من شرائط الحل فلا رواية فيه واختلف المشايخ على ماذكرنا فيما تقدم وكذا التحرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت الحل فلا رواية فيه أيضاً عن أصحابنا وذكر في بعض الفتاوى انه لا بد من أحد شيئين اما التحرك واما خروج الدم فان لم يوجد لا يحل كأنه جعل وجود أحدهما بعد الذبح علامة الحياة وقت الذبح فاذا لم يوجد لم تعلم حياته وقت الذبح فلا يحل وقال بعضهم ان علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل وان لم يتحرك بعد الذبح ولا خرج منه الدم والله أعلم (ومنها) ما يخص الذكاة الاضطرارية وهو أن لا يكون صيد الحرم فان كان لا يؤكل ويكون ميتة سواء كان المذكي محرماً أو حلالا لان التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والاشارة محرم حقاً لله تعالى قال الله تعالى أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمنا ويتخطف الناس من حولهم وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صفة الحرم ولا ينفر صيده والفعل في المحرم شرعا لا يكون ذكاة وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل اليه لانه يضاف الى الحرم في الحالين فيكون صيد الحرم وأما الذي يرجع الى آلة الذكاة (فمنها) أن يكون ما يصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذي الناب من السباع وذي المخلب من الطير معلماً لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح معطوفا على قوله سبحانه وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح أي الاصطياد بما علمتم من الجوارح كانهم سألوا النبي عليه الصلاة والسلام عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضا مع ما ذكر في بعض القصة أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أمر بقتل الكلاب أتاه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الامة التي أمرت بقتلها فنزل قوله تعالى جل شأنه يسئلونك الآية ففي الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه وما علمتم من الجوارح لان الجوارح هي التي تجرح مأخوذ من الجرح وقيل الجوارح الكواسب قال الله عز شأنه ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم والحمل على الاول أولى لانه حمل على المعنيين لانها بالجراحة تكسب وقوله تعالى مكلبين قرئ بالخفض والنصب وقيل بالخفض صاحب الكلب يقال كلاب ومكلب وبالنصب الكلب المعلم وقيل المكلبين بالخفض الكلاب التي يكالبن الصيد أي يأخذنه عن شدة فالكلب هو الاخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد وقوله جلت عظمته تعلمونهن أي تعلمونهن ليمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه وهذا حد التعليم في الكلب عندنا على ما نذكره ان شاء الله تعالى فدلت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلما شرط لاباحة أكل صيده فلا يباح أكل صيد غير المعلم واذا ثبت هذا الشرط في الكلب بالنص ثبت في كل ما هو في معناه من كل ذي ناب من السباع كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص لان فعل الكلب انما يضاف الى المرسل بالتعليم اذ المعلم هو الذي يعمل لصاحبه فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه فكان فعله مضافا الى صاحبه فأما غير المعلم فانما يعمل لنفسه لا لصاحبه فكان فعله مضافا اليه لا الى المرسل لذلك شرط كونه معلما ثم لا بد من معرفة حد التعليم في الجوارح من ذي الناب كالكلب ونحوه وذي المخلب كالبازي ونحوه أما تعليم الكلب فهو انه اذا أرسل اتبع الصيد واذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيأ وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله تعليمه أن يتبع الصيد اذا أرسل ويجيب اذا دعي وهو أحد قول الشافعي رحمه الله حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل عندنا وعنده يؤكل (وجه) قوله ان كونه معلما انما شرط للاصطياد فيعتبر حالة الاصطياد وهي حالة الاتباع فأما الامساك على صاحبه وترك الاكل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد فلا يعتبر في الحد ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم في الآية الكريمة اشارة الى أن حد تعليم الكلب وما هو في معناه ما قلنا وهو الامساك على صاحبه وترك الاكل منه لانه شرط التعليم ثم أباح أكل ما أمسك علينا فكان هذا اشارة الى أن

التعليم

التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه يقرره ان الله تعالى انما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه ولو لم يكن ترك الاكل من حد التعليم وكان ما أكل منه حلالا لاستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه لان كل كلب يطلب الصيد ويمسه لنفسه حتى يموت ان أرسلت عليه واغريته الا المعلم وأما السنة فما روى عن عدى بن حاتم الطائى أنه قال قلت يارسول الله انا قوم نتصيد بهذه الكلاب والبزاة فما يحل لنا منها فقال عليه الصلاة والسلام يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم مما علمتموهن من كلب أو باز وذكرتم اسم الله عليه قلت فان قتل قال عليه الصلاة والسلام اذا قتله ولم يأكل منه فكل فانما أمسك عليك وان أكل فلا تأكل فانما أمسك على نفسه فقلت يارسول الله أرأيت ان خالط كلابنا كلاب أخرى قال عليه الصلاة والسلام ان خالطت كلابك كلاب أخرى فلا تأكل فانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال اذا أكل الكلب من الصيد فليس بمعلم وعنه أيضاً انه قال اذا أكل الكلب فلا تأكل واذا أكل الصقر فكل لان الكلب يستطيع أن تضربه والصقر لا وعن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه قال اذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكل واضربه وأما المعقول فمن وجهين أحدهما ان أخذ الصيد وقتله مضاف الى المرسل وانما الكلب آلة الاخذ والقتل وانما يكون مضافا اليه اذا أمسك لصاحبه لا لنفسه لان العامل لنفسه يكون عمله مضافا اليه لا الى غيره والامساك على صاحبه أن يترك الاكل منه وهو حد التعليم والثانى ان تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفطامه عن العادة المألوفة ولا يتحقق ذلك الا بامساك الصيد لصاحبه وترك الاكل منه لان الكلب ونحوه من السباع من طباعهم انهم اذا أخذوا الصيد فانما يأخذونه لانفسهم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه فاذا أخذ واحد منهم الصيد ولم يتناول منه دل انه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه فاذا أكل منه دل انه على عادته سواء اتبع الصيد اذا أغرى واستجاب اذا دعى أولا لانه ألوف فى الاصل يجيب اذا دعى ويتبع اذا أغرى فلا يصلح ذلك دليلا على تعلمه فثبت أن معنى التعليم لا يتحقق الا بما قلنا وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه لا توقيت فى تعليمه انه اذا أخذ صيدا ولم يأكل منه هل يصير معلما أم يحتاج فيه الى التكرار وكان يقول اذا كان معلما فكل كذا ذكر فى الاصل وهكذا روى بشر بن الوليد رحمه الله عن أبى يوسف قال سألت أبا حنيفة رحمه الله ما حد تعليم الكلب قال ان يقول أهل العلم بذلك انه معلم وذكر الحسن بن زياد فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال لا يأكل ما يصيد اولا ولا الثانى ولو أكل الثالث وما بعده وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بالثلاث فقالا اذا أخذ صيداً فلم يأكل ثم صاد ثانيا فلم يأكل ثم صاد ثالثا فلم يأكل فهذا معلم فأبو حنيفة رضى الله عنه على الرواية المشهورة عنه انما رجع فى ذلك الى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقديراً لان حال الكلب فى الامساك وترك الاكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع ففوض ذلك الى أهل العلم بذلك وعلى الرواية الاخرى جعل أصل التكرار دلالة التعلم لان الشبع لا يتفق فى كل مرة فدل تكرار الترك على التعليم وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدرا التكرار بثلاث مرات لما أن الثلاث موضوعة لابداء الاعذار أصله قضية سيدنا موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام مع العبد الصالح حيث قال له فى المرة الثالثة ان سألتك على شئ بعدها فلا تصاحبنى قد بلغت من لدنى عذراً وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال من اتجر فى شئ ثلاث مرات فلم يربح فلينتقل الى غيره ثم اذا صار معلماً فى الظاهر على اختلاف الاقاويل وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فما صاد قبل ذلك لا يؤكل شئ منه ان كان باقياً فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يؤكل كله (وجه) قولهما ان أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم ويحتمل أن يكون مع التعلم لفرط الجوع ويحتمل أن يكون للنسيان لان المعلم قد ينسى فلا يحرم ما تقدم من الصيود بالشك والاحتمال ولابى حنيفة رحمه الله ان علامة التعلم لما كانت ترك الاكل فاذا أكل بعد ذلك علم انه لم يكن معلماً وان امساكه لم يكن لصيرورته معلماً بل

لشبعه فى الحال اذ غير المعلم قد يمسكه بشبعه للحال الى وقت الحاجة فاستدللنا بأكله بعد ذلك على ان امساكه فى الوقت الذى قبله كان على غير حقيقة التعلم أو يحتمل ذلك فلا تحل مع الاحتمال احتياطا ومن المشايخ من حمل جواب أبى حنيفة رحمه الله على ما اذا كان زمان الاكل قريبا من زمان التعليم لانه اذا كان كذلك فالاكل يدل على عدم التعلم وانه انما ترك الاكل فيما تقدم للشبع لا للتعليم لان المدة القصيرة لا تحتمل النسيان فى مثلها فاذا طالت المدة فيجوز أن يقال انه يؤكل ما بقى من الصيود المتقدمة لانه يحتمل أن يكون الاكل للنسيان لا لعدم التعلم لوجود مدة لا يندر النسيان فى مثلها الا أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل واطلاق الرواية يقتضى أنه لا يؤكل على كل حال والوجه ماذكرنا وأما قولهم ان النسيان لا يندر عند طول المدة فنقول من تعلم حرفة بتمامها وكمالها فالظاهر انه لا ينساها بالكلية وان طالت مدة عدم الاستعمال لكن ربما يدخلها خلل كصنعة الكتابة والخياطة والرمى اذا تركها صاحبها مدة طويلة فلما أكل وحرفته ترك الاكل دل انه لم يكن تعلم الحرفة من الاصل وانه انما لم يأكل قبل ذلك لا للتعلم بل لشبعه فى الحال فلا تحل صيوده المتقدمة وأما فى المستقبل فلا يحل صيده الا بتعليم مستأنف بلا خلاف فأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فلانه تبين بالاكل انه لم يكن معلماً وان ترك الاكل لم يكن للتعلم بل لشبعه للحال وأما على قولهما فلانه يحتمل أن يكون لم يتعلم كما قال أبو حنيفة رحمه الله ويحتمل انه نسى وكيف ما كان لا يحل صيده فى المستقبل الا بتعليم مبتدأ أو تعليمه فى الثانى بمنزلة تعليمه فى الاول وقد ذكرنا الاختلاف فيه ولو جرح الكلب الصيد وولغ فى دمه يؤكل لانه قد أمسك الصيد على صاحبه وانما ولغ فيما أمسك على صاحبه لكان لا يأكله صاحبه وذلك من غاية تعلمه حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه وذكر فى الاصل فى رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلم فأخذ صيدا فقتله وأكل منه ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه قال لا يؤكل واحد منهما لانه لما أكل دل على عدم التعلم أو على النسيان فلا يحل صيده بعد ذلك فان أخذ الكلب المعلم صيدا فأخذه منه صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فالقاها الى الكلب فأكلها الكلب فهو على تعلمه لان ترك الاكل انما يعتبر حال أخذه الصيد فأكله باطعام صاحبه بعد الاخذ لا يقدح فى التعلم مع ما ان من عادة الصائد بالكلب انه اذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه ترغيباً له على الصيد فلا يكون أكله باطعامه دليلا على عدم التعلم وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فأخذ منه قطعة فأكلها وهو فى يد صاحبه فانه على تعلمه لان الاكل بعد ثبوت يد الآدمى عليه بمنزلة الاكل من غيره فلا يقدح فى التعليم وكذلك قالوا لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه الى صاحبه لانه انما يفعل ذلك للجوع لان هذا الاكل لم يدخل فى التعليم وان أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقطع منه قطعة فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيأ لا يؤكل لان الاكل منه فى حال الاصطياد دليل على عدم التعلم فان نهشه فألقى منه بضعة والصيد حى ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيأ يؤكل لانه لم يوجد منه ما يدل على عدم التعليم لانه انما قطع قطعة منه ليثخنه فيتوصل به الى أخذه فكان بمنزلة الجرح وان أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعد ما قطعه ثم رجع الكلب بعد ذلك فر بتلك القطعة فأكلها يؤكل صيده لانه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لا يضر فاذا أكل مما بان منه أولى وان اتبع الصيد فنهشه فأخذ منه بضعة فأكلها وهو حى فانفلت الصيد منه ثم أخذ الكلب صيدا آخر فى فوره فقتله ولم يأكل منه ذكر فى الاصل وقال أكره أكله لان الاكل فى حالة الاصطياد يدل على عدم التعليم فلا يؤكل ما اصطاده بعده والله تعالى عز شأنه أعلم وأما تعليم ذى المخلب كالبازى ونحوه فهو أن يجيب صاحبه اذا دعاه ولا يشترط فيه الامساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه فلا بأس بأكل صيده بخلاف الكلب ونحوه والفرق من وجوه أحدها ان التعلم بترك العادة والطبع والبازى من عادته التوحش من الناس والتنفر منهم بطبعه فالفه بالناس واجابته صاحبه اذا دعاه يكفى دليلا على تعلمه بخلاف الكلب فانه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم فلا يكفى هذا القدر دليل التعلم فى حقه فلابد من زيادة أمر وهو ترك

الاكل

الا كل والثانى ان البازى انما يعلم بالا كل فلا يحتمل أن يخرج بالا كل عن حد التعلم بخلاف الكلب والثالث ان الكلب يمكن تعليمه بترك الا كل بالضرب لان جثته تتحمل الضرب والبازى لا لان جثته لا تتحمل وقد روى عن سيدنا على وابن عباس وسلمان الفارسى رضى الله عنهم انهم قالوا اذا أكل الصقر فكل وان أكل الكلب فلا تأكل ومنها الارسال او الزجر عند عدمه على وجه ينزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما فى معناه حتى لو ترسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر لا يحل صيده الذى قتله لان الارسال فى صيد الجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافا الى المرسل الا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه فاذا لم يوجد فلا تثبت الاضافة فلا يحل ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره مجوسى فانزجر يؤكل صيده ولو ارسل مجوسى كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمدا فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده وان لم ينزجر لا يؤكل وانما كان كذلك لان الارسال هو الاصل والزجر كالخلف عنه والخلف يعتبر حال عدم الاصل لا حال وجوده ففى المسائل الثلاث وجد الاصل فلا يعتبر الخلف الا أن فى المسئلة الاولى المرسل من أهل الارسال فيؤكل صيده وفى المسئلة الثانية لا فلا يؤكل وفى المسئلة الرابعة لم يوجد الاصل فيعتبر الخلف فيؤكل صيده ان انزجر وان لم ينزجر لا يؤكل لان الزجر بدون الانزجار لا يصلح خلفا عن الارسال فكان ملحقا بالعدم فيصير كانه يرسل بنفسه من غير ارسال ولا زجر ولو أرسله مسلم وسمى وزجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا ان العبرة للارسال فيعتبر وجود التسمية عنده وأصل آخر لتخريج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا ان الدلالة لا تعتبر اذا وجد الصريح واذا لم يوجد تعتبر ففى المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالارسال حيث عدا بارساله وانزجاره طاعة للزاجر بطريق الدلالة فلا يعتبر فى مقابلة الصريح وفى المسئلة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة وعلى هذا يخرج بقية المسائل ومنها بقاء الارسال وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازى الصيد فى حال فور الارسال لا فى حال انقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازى على صيد وسمى فاخذ صيدا أو قتله ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله ثم وثم يؤكل ذلك كله لان الارسال لم ينقطع فكان الثانى كالاول مع ما بينا ان التعيين ليس بشرط فى الصيد لانه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازى الصيد فى فور الارسال كوقوع السهم بصيدين فان أخذ صيدا وجثم عليه طويلا ثم مر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل الا بارسال مستقبل أو بزجره وتسمية على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور وكذلك ان ارسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيدا آخر فاخذه وقتله لا يؤكل الا بارسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فينزجر فيما يحتمل الزجر لانه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الارسال فاذا اصاد صيدا بعد ذلك فقد ترسل بنفسه فلا يحل صيده الا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا وان كان الذى أرسل فهدا او الفهد اذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فانه يؤكل وكذلك الكلب اذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد لان حكم الارسال لم ينقطع بالكمون لانه انما يكمن ليتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة اليه فلا ينقطع به حكم الارسال كالوثوب والعدو وكذلك البازى اذا أرسل فسقط على شئ ثم طار فاخذ الصيد فانه يؤكل لانه انما يسقط على شئ ليتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كمون الفهد وكذلك الرامى اذا رمى صيدا بسهم فأصابه فى سننه ذلك ووجهه أكل لانه اذا مضى فى سننه فلم ينقطع حكم الرمى فكان ذهابه بقوة الرامى فكان قتله مضافا اليه فيحل فان أصاب واحدا ثم نفذ الى آخر وآخر أكل الكل لما قلنا مع ما أن تعيين الصيد ليس بشرط فان أمالت الريح السهم الى ناحية أخرى يمينا أو شمالا فاصاب صيدا آخر لم يؤكل لان السهم اذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمى فصارت الاصابة بغير فعل الرامى فلا يحل كما لو كان على جبل سيف فالقته الريح على صيد فقتله انه

لا يؤكل كذا هذا فان لم ترده الريح عن وجهه ذلك أكل الصيد لانه اذا مضى فى وجهه كان مضيه بقوة الرامى وانما الريح اعانته ومعونة الريح السهم مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان ملحقا بالعدم فان أصابت الريح السهم وهى ريح شديدة فدفعته لكنه لم يتغير عن وجهه فأصاب السهم الصيد فانه يؤكل لانه مضى فى وجهه ومعونة الريح اذا لم تعدل السهم عن وجهه لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع فاصاب صيدا فانه لا يؤكل لان فعل الرامى انقطع وصارت الاصابة فى غير جهة الرمى فان مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر فى ذلك الوجه لكن السهم على سننه فأصاب صيدا فقتله فانه يؤكل فان رده شئ من الشجر يمنة أو يسرة لا يؤكل لما بينا فان مر السهم فجشه حائط وهو على سننه ذلك فاصاب صيداً فقتله أكل لان فعل الرامى لم ينقطع وانما أصاب السهم الصيد والحائط وذلك لا يمنع الحل وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان حكم الارسال لا ينقطع بالتغير عن سننه يمينا وشمالا الا اذا رجع من ورائه ولو أن رجلا رمى بسهم وسمى ثم رمى رجل آخر بسهم وسمى فأصاب السهم الاول السهم الثانى قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فاصاب صيدا فقتله فانه لا يؤكل لانه لما رده السهم الثانى عن سننه انقطع حكم الرمى فلا يتعلق به الحل قال القدورى وهذا محمول على أن الرامى الثانى لم يقصد الاصطياد لان القتل حصل بفعله وهو لم يقصد الاصطياد فلا يحل فاما اذا كان الثانى رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد وهو للثانى لانه مات بفعله وان لم يقصده بالرمى وتعيين المرمى اليه ليس بشرط ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيدا بسهم فاصابا الصيد جميعا ووقعت الرميتان بالصيد مغافقات فانه لهما ويؤكل (أما) حل الاكل فظاهر (وأما) كون الصيد لهما فلانهما اشتركا فى سبب الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان فى الاستحقاق فان أصابه سهم الاول فوقذه ثم أصابه سهم الآخر فقتله قال أبو يوسف رحمه الله يؤكل والصيد للاول وقال زفر رحمه الله لا يؤكل وهذا فرع اختلافهم فى أن المعتبر فى الرمى حال الرمى أو حال الاصابة فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمى وعند زفر حال الاصابة (ووجه) البناء على هذا الاصل ان المعتبر لما كان حال الرمى عندنا فقد وجد الرمى منهما والصيد ممتنع فلا يتعلق بالسهم الثانى حظر الا ان الملك للاول لان سهمه أخرجه من حيز الامتناع فصار السهم الثانى كانه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به شيء فكان الاعتبار بحال الرمى فى حق الحل والاصابة فى حق الملك لان الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالمحل ولما كان الاعتبار بحال الاصابة عنده فقد أصابه الثانى والصيد غير ممتنع فصار كمن رمى الى شاة فقتلها (وجه) قول زفر رحمه الله الاعتبار حال الاصابة ان الملك يقف ثبوته على الاصابة فانه لو لم يصب لا يملك فدل ان المعتبر هو وقت الاصابة ولنا أن حال الرمى هو الذى يفعله والتسمية معتبرة عند فعله فكان الاعتبار بحال الرمى وكذلك ان رمى أحدهما بعد الآخر قبل اصابة الاول فهو كرميهما معا فى القولين لان رمى الثانى وجد والصيد ممتنع فصار كما لو رميا معاً فان أصابه سهم الاول ولم يخرجه من الامتناع فأصابه الثانى فقتله فهو للثانى لان الاول اذا لم يخرجه عن حد الامتناع ففعل الاصطياد وجد من الثانى وللاول تسبب فى الصيد فصار كمن أثار صيداً أو أخذه غيره ان الصيد يكون للآخذ لا للمثير كذا هذا وان كان سهم الاول وقذه وأخرجه عن الامتناع ثم أصابه سهم الثانى فهذا على وجوه ان مات من الاول أكل وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد فاذا قتله حل وقد ملكه الاول بالاصابة فالجراحة الثانية نقص فى ملك الاول فيضمنها الثانى وان مات من الجراحة الثانية لم يؤكل لان الثانى رمى اليه وهو غير ممتنع فصار كالرمى الى الشاة ويضمن الثانى ما نقصته جراحته لانه نقص دخل فى ملك الغير بفعله ثم يضمن قيمته مجروحا بجراحتين لانه أتلف بفعله الا أنه غرم نقصان الجرح الثانى فلا يضمنه ثانياً والجرح الاول نقص حصل بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثانى وان مات من الجراحتين لم يؤكل لان أحد الرميين حاظر والآخر مبيح فالحكم للحاظر احتياطاً والصيد للاول لانفراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع وعلى الثانى للاول نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ويضمن نصف ما نقصته الجراحة الثانية لانه مات بفعلهما فسقط نصف

الضمان وثبت نصفه والجراحة الثانية يضمنها الثانى لانها حصلت فى ملك غيره ولانه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الاباحة الى الحظر فيلزمه الضمان وان لم يعلم بأى الجراحتين مات فهو كما لو علم انه مات منهما لان كل واحدة من الجراحتين سبب القتل فى الظاهر والله جل وعز أعلم ولو أرسل كلبا على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الكلب الآخر فقتله فانه يؤكل لان هذا لا يدخل فى تعليم الكلب اذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الاول فلا يعتبر فكأنه قتله بجرح واحد ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب أحدهما فوقذه ثم ضربه كلب الآخر فقتله فانه يؤكل لما ذكرنا ان جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الاول لان جراحة كلبه أخرجته عن حد الامتناع فصار ملكا له فجراحة كلب الثانى لا تزيل ملكه عنه ومنها أن يكون الارسال والرمى على الصيد واليه حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى الى غير صيد فأصاب صيدا لا يحل لان الارسال الى غير الصيد والرمى الى غيره لا يكون اصطيادا فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضافا الى المرسل والرامى فلا تتعلق به الاباحة وعلى هذا يخرج ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهم فأصاب صيدا أو بان له ان الحس الذى سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدميا انه لا يؤكل الصيد الذى أصابه فى قولهم جميعا لانه تبين انه أرسل على ما ليس بصيد ورمى الى ما ليس بصيد فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه وصار كأنه رمى الى آدمى أو شاة أو بقرة وهو يعلم به فأصاب صيدا أنه لا يؤكل كذا هذا وان كان الحس حس صيد فأصاب صيدا يؤكل سواء كان ذلك الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول بعد أن كان المصاب صيدا مأكولا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ان كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه ان كان حس ضبع يؤكل الصيد وان كان حس خنزير لا يؤكل الصيد (وجه) قول زفر ان السبع غير مأكول فالرمى اليه لا يثبت به حل الصيد المأكول كما لو كان حس آدمى فرمى اليه فأصاب صيدا ولنا أن الارسال الى الصيد اصطياد مباح مأكولا كان الصيد أو غير مأكول فتتعلق به اباحة الصيد المأكول لان حل الصيد المأكول يتعلق بالارسال فاذا كان الارسال حلالا يثبت حله الا أنه لا يثبت بحل الارسال حل حكم المرسل اليه لان حرمته ثبتت لمعنى يرجع الى المحل فلا تتبدل بالفعل ولان المعتبر فى الارسال هو قصد الصيد فأما التعيين فليس بشرط لما بينا فيما تقدم وقد قصد الصيد حلالا كان أو حراما بخلاف ما اذا كان الحس حس آدمى لان الارسال على الآدمى ليس باصطياد فضلا عن أن يكون حلالا اذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد وعلى الوجه الثانى لم يوجد منه قصد الصيد فلا يتعلق به الحل (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله فى فصله بين سائر السباع وبين الخنزير أن الخنزير محرم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط اعتبار الارسال عليه والتحق بالعدم فأما سائر السباع فجائز الانتفاع بها فى غير جهة الاكل فكان الارسال اليها معتبرا وان سمع حسا ولكنه لا يعلم انه حس صيد أو غيره فأرسل فأصاب صيدا لم يؤكل لانه اذا لم يعلم استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر احتياطا وذكر فى الاصل فيمن رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيدا قال لا يؤكل لان الخنزير الاهلى ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع فكان الرمى اليه كالرمى الى الشاة فلا يتعلق به حل الصيد وان أصاب صيدا مأكولا وقد قالوا فيمن سمع حسا فظنه آدميا فرماه فأصاب الحس نفسه فاذا هو صيد أكل لانه رمى الى المحسوس المعين وهو الصيد فصح ونظيره ما اذا قال لامرأته وأشار اليها هذه الكلبة طالق انها تطلق وبطل الاسم وقالوا لو رمى طائرا فأصاب صيدا أو ذهب المرمى اليه ولم يعلم أوحشى أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل فى الطير التوحش فيجب التمسك بالاصل حتى يعلم الاستئناس ولو علم ان المرمى اليه داجن تأوى البيوت لا يؤكل الصيد لان الداجن يأويه البيت وتثبت اليد عليه فكان الرمى اليه كالرمى الى الشاة وذلك لا يتعلق به الحل كذا هذا وقالوا لو رمى بعيرا فأصاب صيدا

وذهب البعير فلم يعلم أناد أو غير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم أن البعير كان ناداً لان الاصل في الابل الاستئناس فيتمسك بالاصل حتى يظهر الامر بخلافه واختلفت الرواية عن أبي يوسف رحمه الله فيمن رمى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا فقال في رواية لا يؤكل لان السمك والجراد لا ذكاة لهما وروى عنه انه يؤكل لان المرمى اليه من جملة الصيد وان كان لا ذكاة له وقالوا لو أرسل كلبه على ظبي موثق فاصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد فيه وهو الامتناع فأشبه شاة ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبي فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا ارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على قتل رجل فاصاب صيدا (ومنها) أن لا يكون ذو الناب الذي يصطاد به من الجوارح محرم العين فان كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده لان محرم العين محرم الانتفاع به والاصطياد به انتفاع به فكان حراما فلا يتعلق به الحل (وأما) ماسواه من ذي الناب من السباع فقد قال أصحابنا جميعا كل ذي مخلب وذي ناب علم فتعلم ولم يكن محرم العين فصيد به كان صيده حلالا لعموم قوله عز شأنه وما علمتم من الجوارح وقالوا في الاسد والذئب انه لا يجوز الصيد بهما لا لمعنى يرجع الى ذاتهما بل لعدم احتمال التعلم لان التعلم بترك العادة وذلك بترك الاكل وقيل ان من عادتهما أنهما اذا أخذا صيدا لا يأكلانه في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل فيهما على التعلم حتى لو تصور تعليمهما يجوز وذكر هشام وقال سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى انه لا يكون فان كان فلا بأس به وقال سألته عن صيد ابن عرس فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله قال اذا علم فتعلم فكل مما صاد فصار الاصل ماذكرنا ان مالا يكون محرم العين من الجوارح اذا علم فتعلم يؤكل صيده والله جل شأنه اعلم (ومنها) أن يعلم ان تلف الصيد بارسال أو رمى هو سبب الحل من حيث الظاهر فان شاركهما معنى أو سبب يحتمل حصول التلف به والتلف به مما لا يفيد الحل لا يؤكل الا اذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه لانه اذا احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل فقد احتمل الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطا لانه ان أكل عسى انه أكل الحرام فيأثم وان لم يأكل فلا شيء عليه والتحرز عن الضرر واجب عقلا وشرعا والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد رضي الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيدا وهو يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الارض فمات انه لا يؤكل وهو تفسير المتردى لانه يحتمل أنه مات من الرمي ويحتمل أنه مات بسقوطه عن الجبل وكذلك لو كان على جبل فأصابه فسقط منه على شيء على الجبل ثم سقط على الارض فمات أو كان على سطح فأصابه فهوى فأصاب حائط السطح ثم سقط على الارض فمات أو كان على نخلة أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة أو ندمن الشجرة ثم سقط على الارض فمات أو وقع على رمح مركوز في الارض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الارض فمات أو نشب فيه السنان فمات عليه أو أصاب سهمه صيدا فوقع في الماء فمات فيه لا يحل لانه يحتمل انه مات بالرمي ويحتمل أنه مات بهذه الاسباب الموجودة بعده وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وان وقع في الماء فلا تأكله فلعل الماء قتله بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلل بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهو وقوعه في الماء والحكم المعلل بعلة يتعمم بعموم العلة ولو أصابه السهم فوقع على الارض فمات فالقياس ان لا يؤكل لجواز موته بسبب وقوعه على الارض وفي الاستحسان يؤكل لانه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمى اليه على الارض فلو اعتبر هذا الاحتمال لوقع الناس في الحرج وذكر في المنتقى في الصيد اذا وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه انه لا يؤكل قال الحاكم الجليل الشهيد المروزي وهذا خلاف جواب الاصل قال القدوري رحمه الله وعنى به أنه خلاف عموم جواب الاصل لانه ذكر في الاصل لو وقع على آجرة موضوعة في الارض أكل ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أو لم ينشق فهذا يقتضي أن يؤكل في الحالين فيجوز أن يجعل في المسألة روايتان ويجوز أن يفرق بين الحالين من حيث أن

لوانشق بطنه أوانقطع رأسه فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمى فكان احتمال موته بالرمى احتمالا خلاف الظاهر فلا يعتبر واذا لم ينشق ولم ينقطع فوته بكل واحد من السببين محتمل احتمالا على السواء الا أن التحرز غير ممكن فسقط اعتبار موته بسبب العارض ويجوز أن يكون المذكور فى المنتقى تفسيرا لما ذكر فى الاصل فيكون معناه أنه يؤكل اذا لم ينشق بطنه أو لم ينقطع رأسه فيحمل المطلق على المقيد ويجعل المقيد بيانا للمطلق عند تعذر العمل بهما ولو وقع على حرف آجرة أو حرف حجر ثم وقع على الارض فمات لم يؤكل لما قلنا ولو كانت الآجرة منطرحة على الارض فوقع عليها ثم مات أكل لان الآجرة المنطرحة كالارض فوقوعه عليها كوقوعه على الارض ولو وقع على جبل فمات عليه أكل لان استقراره على الجبل كاستقراره على الارض وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله لو رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه حتى صار لا يتحرك ولم يستطع ان يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله لانه خرج عن كونه صيدا بالرمى الاول لخروجه عن حد الامتناع فالرمى الثانى لم يصادف صيدا فلم يكن ذكاة له فلا يؤكل وعلى هذا يخرج ما اذا اجتمع على الصيد معلم وغير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى انه لا يؤكل لاجتماع سببى الحظر والاباحة ولم يعلم أيهما قتله ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل فأخذه الكلب المرسل وقتله لا يؤكل لان رد الكلب ونهشه مشاركة فى الصيد فأشبه مشاركة المعلم غير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه بخلاف ما اذا رد عليه آدمى أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب لان فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد فى الاباحة فكان ملحقا بالعدم فان تبع الكلب الاول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذى أخذ وقتل الكلب المعلم لا بأس بأكله لانهما ما اشتركا فى الاصطياد لعدم المعاونة فيحل أكله والله جل شأنه أعلم (ومنها) أن يلحق المرسل او الرامى الصيد أو من يقوم مقامه قبل التوارى عن عينه أو قبل انقطاع الطلب منه اذا لم يدرك ذبحه فان توارى عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجده لم يؤكل فأما اذا لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجده يؤكل استحسانا والقياس انه لا يؤكل (وجه) القياس انه يحتمل ان الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه ويحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحل أكله بالشك (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال دعوه فسيأتى صاحبه فجاء رجل من فهر فقال هذه رميتى يا رسول الله وأنا فى طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم سيدنا أبا بكر رضى الله عنه فقسمه بين الرفاق ولان الضرورة توجب ذلك لان هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه فى الصيد فان العادة ان السهم اذا وقع بالصيد تحامل فغاب واذا أصاب الكلب الخوف منه غاب فلو اعتبرنا ذلك لادى ذلك الى انسداد باب الصيد ووقوع الصيادين فى الحرج فسقط اعتبار الغيبة التى لا يمكن التحرز عنها اذا لم يوجد من الصائد تفريط فى الطلب لمكان الضرورة والحرج وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس وقد روى ان رجلا أهدى الى النبى عليه الصلاة والسلام صيدا فقال له من أين لك هذا فقال رميته بالامس وكنت فى طلبه حتى هجم على الليل فقطعنى عنه ثم وجدته اليوم ومزراقى فيه فقال عليه الصلاة والسلا انه غاب عنك ولا أدرى لعل بعض الهوام أعانك عليه لا حاجة لى فيه بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلة الحكم وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهذا المعنى لا يتحقق فيه اذا لم يقعد عن الطلب وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن ذلك فقال كل ما أصميت ودع ما أنميت قال أبو يوسف رحمه الله الاصماء ما عاينه والانماء ما توارى عنه وقال هشام عن محمد رحمه الله الاصماء ما لم يتوار عن بصرك والانماء ما توارى عن بصرك الا أنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة ولا ضرورة عند عدم الطلب ولانه اذا قعد عن طلبه فمن الجائز انه لو كان طلبه لادركه حيا فيخرج الجرح من أن يكون ذكاة فلا يحل بالشك بخلاف ما اذا لم يقعد عن طلبه لانه لم يدركه حيا فبقى الجرح ذكاة له والله تعالى عز وجل أعلم وأما

ما يستحب من الذكاة وما يكره منها (فنها) ان المستحب أن يكون الذبح بالنهار و يكره بالليل والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاضحى ليلا وعن الحصاد ليلا وهو كراهة تنزيه ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه أحدها ان الليل وقت أمن وسكون وراحة فايصال الالم فى وقت الراحة يكون أشد والثانى انه لا يأمن من أن يخطئ فيقطع يده ولهذا كره الحصاد بالليل والثالث ان العروق المشروطة فى الذبح لا تتبين فى الليل فربما لا يستوفى قطعها (ومنها) انه يستحب فى الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلة حادة من الحديد كالسكين والسيف ونحو ذلك ويكره بغير الحديد وبالكليل من الحديد لان السنة فى ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته والاصل فيه ماروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى عز شأنه كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وفى بعض الروايات وليشد قوائمه وليلقه على شقه الايسر وليوجهه نحو القبلة وليسم الله تعالى عليه والذبح بما قلنا أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته (ومنها) التذفيف فى قطع الاوداج ويكره الابطاء فيه لما روينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال وليرح ذبيحته والاسراع نوع راحة له (ومنها) الذبح فى الشاة والبقرة والنحر فى الابل ويكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم والله عز شأنه أعلم ومنها أن يكون ذلك من قبل الحلقوم ويكره من قبل القفا لما مر (ومنها) قطع الاوداج كلها ويكره قطع البعض دون البعض لما فيه من ابطاء فوات حياته (ومنها) الاكتفاء بقطع الاوداج ولا يبلغ به النخاع وهو العرق الابيض الذى يكون فى عظم الرقبة ولا يبان الرأس ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة ايلام من غير حاجة اليها وفى الحديث ألا لا تنخعوا الذبيحة والنخع القتل الشديد حتى يبلغ النخاع (ومنها) أن يكون الذابح مستقبل القبلة والذبيحة موجهة الى القبلة لما روينا ولما روى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا اذا ذبحوا استقبلوا القبلة فانه روى عن الشعبى أنه قال كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة القبلة وقوله كانوا كناية عن الصحابة رضى الله عنهم ومثله لا يكذب ولان المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم الى الاوثان فتستحب مخالفتهم فى ذلك باستقبال القبلة التى هى جهة الرغبة الى طاعة الله عز شأنه ويكره أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وانما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح أو قبل الاشتغال بالذبح هكذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله عن حماد عن ابراهيم وكذلك قال أبو يوسف أدع بالتقبل قبل الذبح ان شئت أو بعده وقدر وينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وروينا عن ابن مسعود رضى عنهما أنه قال جردوا التسمية عند الذبح ولو قال ذلك لا تحرم الذبيحة لانه ما ذكر اسم غير الله عز شأنه على سبيل الاشراك لكنه يكره لترك التجريد من حيث الصورة فان قيل أليس انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته فالجواب انه ليس فيه انه ذكر مع اسم الله تعالى جل شأنه نفسه عليه الصلاة والسلام أو أمته فيحتمل انه ضحى أحدهما وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عنه وضحى الآخر وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عن أمته وهذا لا يوجب الكراهة ويكره له بعد الذبح قبل أن تبرد أن ينخعها أيضا وهو أن ينحرها حتى يبلغ النخاع وأن يسلخها قبل أن تبرد لان فيه زيادة ايلام لا حاجة اليها فان نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بأكلها لوجود الذبح بشرائطه ويكره جرها برجلها الى المذبح لانه الحاق زيادة ألم بها من غير حاجة اليها فى الذكاة وروى عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه رأى رجلا يسوق شاة له ليذبحها سوقا عنيفا فضربه بالدرة ثم قال له سقها الى الموت سوقا جميلا لا أم لك ويكره أن يضجعها ويحد الشفرة بين يديها لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى تلاحظه فقال عليه الصلاة والسلام أوددت أن تميتها موتات الا احددت الشفرة قبل أن تضجعها وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه رأى رجلا وقد أضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه

بالدرة

بالدرة فهرب الرجل وشردت الشاة ولان البهيمة تعرف الآلة الجارحة كما تعرف المهالك فتتحرز عنها فاذا أحد الشفرة وقد أضجعها يزداد ألمها وهذا كله لا تحرم به الذبيحة لان النهى عن ذلك ليس لمعنى فى المنهى بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة اليه فكان النهى عنه لمعنى فى غير المنهى وانه لا يوجب الفساد كالذبح بسكين مغصوب والاصطياد بقوس مغصوب ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول فالذى يحرم أكله منه سبعة الدم المسفوح والذكر والانثيان والقبل والغدة والمثانة والمرارة لقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وهذه الاشياء السبعة مما تستخبثه الطباع السليمة فكانت محرمة وروى عن مجاهد رضى الله عنه أنه قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم فالمراد منه كراهة التحريم بدليل انه جمع بين الاشياء الستة وبين الدم فى الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال الدم حرام وأكره الستة أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ماسواه مكروها لان الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تعالى عز شأنه قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الى قوله عز شأنه أو دما مسفوحا أو لحم خنزير وانعقاد الاجماع أيضا على حرمته فأما حرمة ماسواه من الاشياء الستة فما ثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما فى الاسم فسمى ذلك حراما وذا مكروها والله عز اسمه أعلم

﴿كتاب الاصطياد﴾

قد بينا فى كتاب الذبائح والصيود ما يؤكل من الحيوانات وما يحرم أكله منها وما يكره والآن نبين فى كتاب الاصطياد ما يباح اصطياده وما لا يباح ومن يباح له الاصطياد ومن لا يباح له فقط أما الاول فيباح اصطياد ما فى البحر والبر مما يحل أكله وما لا يحل أكله غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بلحمه وما لا يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بجلده وشعره وعظمه أو لدفع أذيته الا صيد الحرم فانه لا يباح اصطياده الا المؤذى منه لقوله عز شأنه أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا وقول النبى عليه الصلاة والسلام فى صيد الحرم فى حديث فيه طول ولا ينفر صيده وخص منه المؤذيات بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم وأما الثانى فيباح اصطياد ما فى البحر للحلال والمحرم ولا يباح اصطياد ما فى البر للمحرم خاصة لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الى قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما والفصل بين صيد البر والبحر وغير ذلك من المسائل بيناه فى كتاب الحج والله عز شأنه الموفق

﴿كتاب التضحية﴾

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صفة التضحية انها واجبة أولا والى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة والى بيان وقت الوجوب والى بيان كيفية الوجوب والى بيان محل اقامة الواجب والى بيان شرائط جواز اقامة الواجب والى بيان ما يستحب أن يفعل قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه أما صفة التضحية فالتضحية نوعان واجب وتطوع والواجب منها أنواع منها ما يجب على الغنى والفقير ومنها ما يجب على الفقير دون الغنى ومنها ما يجب على الغنى دون الفقير أما الذى يجب على الغنى والفقير فالمنذور به بأن قال لله على ان أضحى شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو هذه البدنة أو قال جعلت هذه الشاة ضحية أو أضحية وهو غنى أو فقير لان هذه قربة لله تعالى عز شأنه من جنسها ايجاب وهو هدى المتعة والقران والاحصار وفداء اسماعيل عليه الصلاة والسلام وقيل هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التى لله تعالى عز شأنه من جنسها ايجاب من الصلاة والصوم ونحوهما والوجوب بسبب

النذر يستوي فيه الفقير والغني وان كان الواجب يتعلق بالمال كالنذر بالحج أنه يصح من الغني والفقير جميعاً وأما الذي يجب على الفقير دون الغني فالمشتري للاضحية اذا كان المشتري فقيرا بان اشترى فقير شاة ينوى أن يضحى بها وقال الشافعي رحمه الله لا تجب وهو قول الزعفراني من أصحابنا وان كان غنيا لا يجب عليه بالشراء شيء بالاتفاق (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الايجاب من العبد يستدعى لفظاً يدل على الوجوب والشراء بنية الاضحية لا يدل على الوجوب فلا يكون ايجابا ولهذا لم يكن ايجابا من الغني (ولنا) ان الشراء للاضحية ممن لا أضحية عليه يجرى مجرى الايجاب وهو النذر بالتضحية عرفا لانه اذا اشترى للاضحية مع فقره فالظاهر أنه يضحى فيصير كانه قال جعلت هذه الشاة أضحية بخلاف الغني لان الاضحية واجبة عليه بايجاب الشرع ابتداء فلا يكون شراؤه للاضحية ايجابا بل يكون قصدا الى تفريغ ما في ذمته ولو كان في ملك انسان شاة فنوى أن يضحى بها أو اشترى شاة ولم ينو الاضحية وقت الشراء ثم نوى بعد ذلك أن يضحى بها لا يجب عليه سواء كان غنيا أو فقيرا لان النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر (وأما) الذي يجب على الغني دون الفقير فما يجب من غير نذر ولا شراء للاضحية بل شكرا لنعمة الحياة واحياء لميراث الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله تعالى عز اسمه بذبح الكبش في هذه الايام فداء عن ولده ومطية على الصراط ومغفرة للذنوب وتكفير اللخطايا على ما نطقت بذلك الاحاديث وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله و روى عن أبي يوسف رحمه الله انها لا تجب و به أخذ الشافعي رحمه الله وحجة هذه الرواية ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم الوتر والضحى والاضحى و روى ثلاث كتبت على وهي لكم سنة وذكر عليه الصلاة والسلام الاضحية والسنة غير الواجب في العرف و روى ان سيدنا ابا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين وروى عن أبي مسعود الانصاري رضى الله عنه أنه قال قد يروح على الف شاة ولا أضحى بواحدة مخافة أن يعتقد جاري انها واجبة ولانها لو كانت واجبة لكان لا فرق فيها بين المقيم والمسافر لانهما لا يفترقان في الحقوق المتعلقة بالمال كالزكاة وصدقة الفطر ثم لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم (ولنا) قوله عز وجل فصل لربك وانحر قيل في التفسير صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها وقيل صل الصبح بجمع وانحر بمنى ومطلق الامر للوجوب في حق العمل ومتى وجب على النبي عليه الصلاة والسلام يجب على الامة لانه قدوة للامة فان قيل قد قيل في بعض وجوه التأويل لقوله عز شأنه وانحر أي ضع يديك على نحرك في الصلاة وقيل استقبل القبلة بنحرك في الصلاة فالجواب ان الحمل على الاول أولى لانه حمل اللفظ على فائدة جديدة والحمل على الثاني حمل على التكرار لان وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عند كم يتعلق به كمال الصلاة واستقبال القبلة من شرائط الصلاة لا وجود للصلاة شرعا بدونه فيدخل تحت الامر بالصلاة فكان الامر بالصلاة أمرا به فحمل قوله عز شأنه وانحر عليه يكون تكرارا والحمل على ما قلناه يكون حملا على فائدة جديدة فكان أولى وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه الصلاة والسلام أمر عليه الصلاة والسلام بالتضحية والامر المطلق عن القرينة يقتضى الوجوب في حق العمل و روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال على أهل كل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة وعلى كلمة ايجاب ثم نسخت العتيرة فثبتت الاضحاة و روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من لم يضح فلا يقربن مصلانا وهذا خرج مخرج الوعيد على ترك الاضحية ولا وعيد الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن لم يذبح فليذبح بسم الله أمر عليه الصلاة والسلام بذبح الاضحية واعادتها اذا ذبحت قبل الصلاة وكل ذلك دليل الوجوب ولان اراقة الدم قربة والوجوب هو القربة في القربات (وأما) الحديث فنقول بموجبه ان الاضحية ليست بمكتوبة علينا ولكنها واجبة وفرق ما بين الواجب والفرض كفرق ما بين السماء والارض على ما عرف في أصول الفقه وقوله هي لكم سنة ان ثبت لا ينفى الوجوب اذ السنة تنبيء عن الطريقة أو السيرة وكل ذلك لا ينفى الوجوب (وأما) حديث سيدنا أبي

بكر

بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين لعدم غناهما لما كان لا يفضل رزقهما الذى كان فى بيت المال عن كفايتهما والغنى شرط الوجوب فى هذا النوع وقول أبى مسعود رضى الله عنه لا يصلح معارضاً للكتاب الكريم والسنة مع ما أنه يحتمل انه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى ان يعتقد وجوب الاضحية مع قيام الدين و يحتمل انه أراد بالوجوب الفرض اذ هو الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لو ضحى فصان اعتقاده بترك الاضحية فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والاستدلال بالمسافر غير سديد لان فيه ضرورة لا توجد فى حق المقيم على ما نذكر فى بيان الشرائط ان شاء الله تعالى عز شأنه ولو نذر أن يضحى بشاة وذلك فى أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عندنا شاة لاجل النذر وشاة بايجاب الشرع ابتداء الا اذا عنى به الاخبار عن الواجب عليه بايجاب الشرع ابتداء فلا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة ومن المشايخ من قال لا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة لان هذه الصيغة حقيقتها للاخبار فيكون اخبارا عما وجب عليه بايجاب الشرع فلا يلزمه التضحية باخرى ولنا ان هذه الصيغة فى عرف الشرع جعلت انشاء كصيغة الطلاق والعتاق لكنها تحتمل الاخبار فيصدق فى حكم بينه و بين ربه عز شأنه ولو قال ذلك قبل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين بلا خلاف لان الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب اذ لا وجوب قبل الوقت والاخبار عن لا واجب ولا واجب يكون كذبا فتعين الانشاء مرادا بها وكذلك لو قال ذلك وهو معسر ثم أيسر فى أيام النحر فعليه أن يضحى بشاتين لانه لم يكن وقت النذر أضحية واجبة عليه فلا يحتمل الاخبار فيحمل على الحقيقة الشرعية وهو الانشاء فوجب عليه أضحية بنذره وأخرى بايجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى (وأما) التطوع فاضحية المسافر والفقير الذى لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للاضحية لانعدام سبب الوجوب وشرطه

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الوجوب فاما فى النوعين الاولين فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها فى كتاب النذر وأما فى النوع الثالث فمنها الاسلام فلا تجب على الكافر لانها قربة والكافر ليس من أهل القرب ولا يشترط وجود الاسلام فى جميع الوقت من أوله الى آخره حتى لو كان كافرا فى أول الوقت ثم أسلم فى آخره تجب عليه لان وقت الوجوب يفضل عن اداء الواجب فيكفى فى وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة ومنها الحرية فلا تجب على العبد وان كان مأذونا فى التجارة أو مكاتبا لانه حق مالى متعلق بملك المال ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حرا من أول الوقت الى آخره بل يكتفى بالحرية فى آخر جزء من الوقت حتى لو اعتق فى آخر الوقت وملك نصابا تجب عليه الاضحية لما قلنا فى شرط الاسلام ومنها الاقامة فلا تجب على المسافر لانها لا تتأدى بكل مال ولا فى كل زمان بل بحيوان مخصوص فى وقت مخصوص والمسافر لا يظفر به فى كل مكان فى وقت الاضحية فلو أوجبنا عليه لاحتاج الى حمله مع نفسه وفيه من الحرج ما لا يخفى أو احتاج الى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة الى امتناع الوجوب بخلاف الزكاة لان الزكاة لا يتعلق وجوبها بوقت مخصوص بل جميع العمر وقتها فكان جميع الاوقات وقتاً لادائها فان لم يكن فى يده شىء للحال يؤديها اذا وصل الى المال وكذا تتأدى بكل مال فايجابها عليه لا يوقعه فى الحرج وكذلك صدقة الفطر لانها تجب وجوبا موسعاً كالزكاة وهو الصحيح وعند بعضهم وان كانت تتوقف بيوم الفطر لكنها تتأدى بكل مال فلا يكون فى الوجوب عليه حرج وذكر فى الاصل وقال ولا تجب الاضحية على الحاج وأراد بالحاج المسافر فاما أهل مكة فتجب عليهم الاضحية وان حجوا لما روى نافع عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما انه كان يخلف لمن لم يحج من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعا ويحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال ولا تشترط الاقامة فى جميع الوقت حتى لو كان مسافرا فى أول الوقت ثم أقام فى آخره تجب عليه لما بينا فى شرط الحرية والاسلام ولو كان مقيما فى أول الوقت ثم سافر فى آخره لا تجب عليه لما ذكرنا هذا اذا سافر قبل ان يشترى أضحية فان اشترى شاة للاضحية ثم سافر ذكر فى المنتقى ان له بيعها ولا يضحى بها وهكذا

روى عن محمد رحمه الله انه يبيعها من المشايخ من فصل بين الموسر والمعسر فقال ان كان موسرا فالجواب كذلك لانه ما
أوجب بهذا الشراء شيأ على نفسه وانما قصد به اسقاط الواجب عن نفسه فاذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه فكان
له ان يبيعها كما لو شرع في العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه أنه لا يلزمه الاتمام وان كان معسرا ينبغي أن
تجب عليه ولا تسقط عنه بالسفر لان هذا ايجاب من الفقير بمنزلة النذر فلا يسقط بالسفر كما لو شرع في التطوع أنه يلزمه
الاتمام والقضاء بالافساد كذا ههنا وان سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغي أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا ومنها
الغنى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد سعة فليضح شرط عليه الصلاة والسلام السعة وهى
الغنى ولانا أوجبناها بمطلق المال ومن الجائز أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدى الى الحرج فلابد من اعتبار الغنى
وهو أن يكون فى ملكه مائتا درهم أو عشرون دينارا أو شىء تبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأثث به وكسوته
وخادمه وفرسه وسلاحه ومالا يستغنى عنه وهو نصاب صدقة الفطر وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل فى صدقة
الفطر ولو كان عليه دين بحيث لو صرف اليه بعض نصابه لا ينقص نصابه لا تجب لان الدين يمنع وجوب الزكاة فلأن
يمنع وجوب الاضحية أولى لان الزكاة فرض والاضحية واجبة والفرض فوق الواجب وكذا لو كان له مال غائب
لا يصل اليه فى أيام النحر لانه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة بخلاف الزكاة فانها تجب عليه لان جميع
العمر وقت الزكاة وهذه قربة موقتة فيعتبر الغنى فى وقتها ولا يشترط أن يكون غنيا فى جميع الوقت حتى لو كان فقيرا فى
أول الوقت ثم أيسر فى آخره يجب عليه لما ذكرنا ولو كان له مائتا درهم فحال عليها الحول فزكاها بخمسة دراهم ثم حضرت
أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه وذكر الزعفرانى أنه تجب عليه الاضحية لان النصاب وان انتقص
لكنه انتقص بالصرف الى جهة هى قربة فيجعل قائما تقديرا حتى لو صرف خمسة منها الى النفقة لا تجب لانعدام
الصرف الى جهة القربة فكان النصاب ناقصا حقيقة وتقديرا فلا يجب ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضاعت
حتى انتقص نصابه وصار فقيرا فجاءت أيام النحر فليس عليه أن يشترى شاة أخرى لان النصاب ناقص وقت
الوجوب فلم يوجد شرط الوجوب وهو الغنى فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك فى أيام النحر فليس عليه أن يضحى بها
لانه معسر وقت الوجوب ولو ضاعت ثم اشترى أخرى وهو موسر فضحى بها ثم وجد الاولى وهو معسر لم يكن عليه
أن يتصدق بشىء لما قلنا وجميع ما ذكرنا من الشروط يستوى فيها الرجل والمرأة لان الدلائل لا تفصل بينهما وأما
البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر هما من شرائط الوجوب
حتى تجب الاضحية فى مال الصبى والمجنون اذا كانا موسرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله حتى لو ضحى
الاب أو الصبى من مالهما لا يضمن عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يضمن وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى
صدقة الفطر والحج ذكرت هنالك ومن المتأخرين من قال لا خلاف بينهم فى الاضحية انها لا تجب فى مالهما لان
القربة فى الاضحية هى اراقة الدم وانها اتلاف ولا سبيل الى اتلاف مال الصغير والتصدق باللحم تطوع ولا يجوز ذلك
فى مال الصغير والصغير فى العادة لا يقدر على ان يأكل جميع اللحم ولا يجوز بيعه ولا سبيل للوجوب رأسا والصحيح أنه على
الاختلاف وتجب الاضحية عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولا يتصدق باللحم لما قلنا لكن يأكل منها الصغير
ويدخر له قدر حاجته ويبتاع بالباقى ما ينتفع بعينه كابتياع البالغ بجلد الاضحية ما ينتفع بعينه والذى يجن ويفيق يعتبر
حاله فى الجنون والافاقة فان كان مجنونا فى أيام النحر فهو على الاختلاف وان كان مفيقا يجب بلا خلاف وقيل ان
حكمه حكم الصحيح كيف ما كان ومن بلغ من الصغار فى أيام النحر وهو موسر يجب عليه باجماع بين أصحابنا لان
الاهلية من الحر فى آخر الوقت لا فى أوله كما لا يشترط اسلامه وحريته واقامته فى أول الوقت لما بينا ولا يجب على
الرجل أن يضحى عن عبده ولا عن ولده الكبير وفى وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان كذا ذكره القدورى
رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انها لا تجب فى ظاهر الرواية ولكن الافضل أن يفعل ذلك وأطلق

الطحاوى رحمه الله ما يدل على الوجوب فانه قال و يجب على الرجل أن يضحى عن أولاده الصغار (وجه) رواية الوجوب ان ولد الرجل جزؤه فاذا وجب عليه أن يضحى عن نفسه فكذا عن ولده ولهذا وجب عليه أن يؤدى عنه صدقة الفطر ولان له على ولده الصغير ولاية كاملة فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير فانه لا ولاية له عليه (وجه) ظاهر الرواية ان الاصل ان لا يجب على الانسان شيء على غيره خصوصاً فى القربات لقول الله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله جل شأنه لها ما كسبت ولهذا لم تجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير الا ان صدقة الفطر خصت عن النصوص فبقيت الاضحية على عمومها ولان سبب الوجوب هناك رأس يمونه و يلى عليه وقد وجد فى الولد الصغير وليس السبب الرأس ههنا ألا ترى أنه يجب بدونه وكذا لا يجب بسبب العبد وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده اذا كان أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان عليه أن يضحى عنه قال القدورى رحمه الله و يجب أن يكون هذا على روايتين كما قالوا فى صدقة الفطر وقد مر وجه الروايتين فى صدقة الفطر وأما المصر فليس بشرط الوجوب فتجب على المقيمين فى الامصار والقرى والبوادى لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما وقت الوجوب فايام النحر فلا تجب قبل دخول الوقت لان الواجبات الموقتة لا تجب قبل أوقاتها كالصلاة والصوم ونحوهما وأيام النحر ثلاثة يوم الاضحى وهو اليوم العاشر من ذى الحجة والحادى عشر والثانى عشر وذلك بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس من الثانى عشر وقال الشافعى رحمه الله تعالى ايام النحر أربعة أيام العاشر من ذى الحجة والحادى عشر والثانى عشر والثالث عشر والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على وابن عباس وابن سيدنا عمر وأنس بن مالك رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أوقات العبادات والقربات لا تعرف الا بالسمع فاذا طلع الفجر من اليوم الاول فقد دخل وقت الوجوب فتجب عند استجماع شرائط الوجوب ثم لجواز الاداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى فان وجدت يجوز والا فلا كما تجب الصلاة بدخول وقتها ثم ان وجدت شرائط جواز ادائها جازت والا فلا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما كيفية الوجوب فانواع (منها) انها تجب فى وقتها وجوباً موسعاً ومعناه انها تجب فى جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة فى وقتها ففى أى وقت ضحى من عليه الواجب كان مؤديا للواجب سواء كان فى أول الوقت او وسطه أو آخره كالصلاة والاصل ان ما وجب فى جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذى أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما فى الصلاة وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا لم يكن أهلا للوجوب فى أول الوقت ثم صار أهلا فى آخره بان كان كافراً أو عبداً أو فقيراً أو مسافراً فى أول الوقت ثم أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام فى آخره أنه يجب عليه ولو كان أهلا فى أوله ثم لم يبق أهلا فى آخره بان ارتد أو اعسر أو سافر فى آخره لا يجب عليه ولو ضحى فى أول الوقت وهو فقير ثم أيسر فى آخر الوقت فعليه أن يعيد الاضحية عندنا وقال بعض مشايخنا ليس عليه الاعادة والصحيح هو الاول لانه لما أيسر فى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه وتبين ان ما أداه وهو فقير كان تطوعا فلا ينوب عن الواجب وما روى عن الكرخى رحمه الله فى الصلاة المؤداة فى أول الوقت انها نفل مانع من الوجوب فى آخر الوقت فاسد عرف فساده فى أصول الفقه ولو كان موسراً فى جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار فقيراً صار قيمة شاة صالحة للاضحية ديناً فى ذمته يتصدق بها متى وجدها لان الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت فلا يسقط بفقره بعد ذلك كالمقيم اذا مضى عليه وقت الصلاة ولم يصل حتى سافر لا يسقط عنه شطر الصلاة وكالمرأة اذا مضى عليها وقت الصلاة وهى طاهرة ثم حاضت لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء اذا طهرت من حيضها كذا ههنا ولو مات الموسر فى أيام النحر قبل أن يضحى سقطت عنه الاضحية وفى الحقيقة لم تجب لما ذكرنا ان الوجوب عند الاداء أو فى آخر الوقت فاذا مات قبل الاداء مات قبل أن تجب عليه كمن مات فى وقت الصلاة قبل أن

يصليها أنه مات ولا صلاة عليه كذا ههنا وعلى هذا تخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان الرجل الموسر اذا
ولد له ولد في آخر أيام النحر أنه يجب عليه أن يذبح عنه وهي احدى الروايتين اللتين ذكرناهما انه كما يجب على الانسان
اذا كان موسرا ان يذبح عن نفسه يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير لانه ولد وقت تأكد الوجوب بخلاف صدقة
الفطر أنه اذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم الفطر أنه لا تجب عليه صدقة فطره لان الوجوب هناك تعلق باول اليوم
فلا يجب بعد مضي جزء منه وههنا بخلافه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى شاة للاضحية وهو موسر ثم انها ماتت أو
سرقت أو ضلت في أيام النحر أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى لان الوجوب في جملة الوقت والمشترى لم يتعين
للوجوب والوقت باق وهو من أهل الوجوب فيجب الا اذا كان عينها بالنذر بان قال لله تعالى على أن اضحي بهذه
الشاة وهو موسر أو معسر فهلكت أو ضاعت أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر لان المنذور به معين لاقامة الواجب
فيسقط الواجب بهلاكه كالزكاة تسقط بهلاك النصاب عندنا غير أنه ان كان الناذر موسرا تلزمه شاة أخرى بايجاب
الشرع ابتداء لا بالنذر وان كان معسرا فاشترى شاة للاضحية فهلكت في أيام النحر أو ضاعت سقطت عنه وليس
عليه شيء آخر لما ذكرنا ان الشراء من الفقير للاضحية بمنزلة النذر فاذا هلكت فقد هلك محل اقامة الواجب فيسقط
عنه وليس عليه شيء آخر بايجاب الشرع ابتداء لفقد شرط الوجوب وهو اليسار ولو اشترى الموسر شاة للاضحية
فضلت فاشترى شاة أخرى ليضحي بها ثم وجد الاولى في الوقت فالافضل أن يضحي بهما فان ضحى بالاولى
أجزأه ولا تلزمه التضحية بالاخرى ولا شيء عليه غير ذلك سواء كانت قيمة الاولى أكثر من الثانية أو أقل والاصل
فيه ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها ساقت هديا فضاع فاشترت مكانه آخر ثم وجدت الاول فنحرتهما
ثم قالت الاول كان يجزئ عني فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها رضي الله عنها ولان الواجب في ذمته ليس الا
التضحية بشاة واحدة وقد ضحى وان ضحى بالثانية أجزأه وسقطت عنه الاضحية وليس عليه أن يضحي بالاولى
لان التضحية بها لم تجب بالشراء بل كانت الاضحية واجبة في ذمته بمطلق الشاة فاذا ضحى بالثانية فقد أدى الواجب
بها بخلاف المتنفل بالاضحية اذا ضحى بالثانية أنه يلزمه التضحية بالاولى أيضا لانه لما اشتراها للاضحية فقد وجب
عليه التضحية بالاولى أيضا بعينها فلا يسقط بالثانية بخلاف الموسر فانه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها وانما
الواجب في ذمته وقد أداه بالثانية فلا تجب عليه التضحية بالاولى وسواء كانت الثانية مثل الاولى في القيمة أو فوقها أو
دونها لما قلنا غير أنها ان كانت دونها في القيمة يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين لانه بقيت له هذه الزيادة سالمة
من الاضحية فصار كاللبن ونحوه ولو لم يتصدق بشيء ولكنه ضحى بالاولى أيضا وهو في أيام النحر أجزأه وسقطت
عنه الصدقة لان الصدقة انما تجب خلفا عن فوات شيء من شاة الاضحية فاذا أدى الاصل في وقته سقط عنه الخلف
وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فانه لا تجزيه التضحية الا بالاولى لانه يجعل الاضحية كالوقف ولو لم يذبح الثانية
حتى مضت أيام النحر ثم وجد الاولى ذكر الحسن بن زياد في الاضاحي ان عليه أن يتصدق بافضلهما ولا يذبح وذكر
فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهم الله لانه لم يجب عليه في آخر الوقت الا التضحية بشاة فاذا خرج
الوقت تحول الواجب من الاراقة الى التصدق بالعين ولو اشترى شاة للاضحية وهو معسر أو كان موسرا فانتقص
نصابه بشراء الشاة ثم ضلت فلا شيء عليه ولا يجب عليه شيء آخر أما الموسر فلفوات شرط الوجوب وقت الوجوب
وأما المعسر فلهلاك محل اقامة الواجب فلا يلزمه شيء آخر (ومنها) أن لا يقوم غيرها مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة
أو قيمتها في الوقت لا يجزيه عن الاضحية لان الوجوب تعلق بالاراقة والاصل ان الوجوب اذا تعلق بفعل معين أنه
لا يقوم غيره مقامه كما في الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف الزكاة فان الواجب أداء جزء من النصاب ولو أدى من مال
آخر جاز لان الواجب هناك ليس جزأ من النصاب عند أصحابنا بل الواجب مطلق المال وقد أدى وعند بعضهم وان
كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث انه مال لا من حيث انه جزء من النصاب لان مبنى وجوب

الزكاة على التيسير والتيسير فى الوجوب من حيث انه مال لا من حيث انه العين والصورة وههنا الواجب فى الوقت اراقة الدم شرعا غير معقول المعنى فيقتصر الوجوب على مورد الشرع وبخلاف صدقة الفطر أنها تتأدى بالقيمة عندنا لان الواجب هناك معلول بمعنى الاغناء قال النبى عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن المسئلة فى مثل هذا اليوم والاغناء يحصل باداء القيمة والله عز شأنه أعلم (ومنها) انه تجزئ فيها النيابة فيجوز للانسان أن يضحى بنفسه وبغيره باذنه لانها قربة تتعلق بالمال فتجزئ فيها النيابة كاداء الزكاة وصدقة الفطر ولان كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء فلو لم تجز الاستنابة لادى الى الحرج وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابيا حتى لو أمر مسلم كتابيا أن يذبح أضحيته يجزيه لان الكتابى من أهل الذكاة الا أنه يكره لان التضحية قربة والكافر ليس من أهل القربة لنفسه فتكره انابته فى اقامة القربة لغيره وسواء كان الاذن نصاً أو دلالة حتى لو اشترى شاة للاضحية فجاء يوم النحر فاضجعها وشد قوائمها فجاء انسان وذبحها من غير أمره أجزأه استحسانا والقياس أنه لا يجوز وأن يضمن الذابح قيمتها وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعى يجزيه عن الاضحية ويضمن الذابح أما الكلام مع زفر فوجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يجزى عن صاحبها ويضمن الذابح كما لو غصب شاة وذبحها وهو وجه الشافعى فى وجوب الضمان على الذابح وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه واسقط عنه مؤنة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مؤذونا فيه دلالة فلا يضمن ويجزيه عن الاضحية كما لو أذن له بذلك نصاً وبه تبين وهى قول الشافعى رحمه الله أنه يجزيه عن الاضحية ويضمن الذابح لان كون الذبح مأذونا فيه يمنع وجوب الضمان كما لو نص على الاذن وكما لو باعها باذن صاحبها ولم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحى وليس للوكيل أن يضحى ماوكل بشرائه بغير أمر موكله ذكره أبو يوسف رحمه الله فى الاملاء فان ضحى جاز استحسانا لانه أعانه على ذلك فوجد الاذن منه دلالة الا أن يختار أن يضمنه فلا يجزى عنه وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يجزى كل واحد منهما أضحيته عنه استحسانا ويأخذها من الذابح لما بينا ان كل واحد منهما يكون راضيا بفعل صاحبه فيكون مأذونا فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الاضحية له وجازت عنه لانه ملكه بالضمان على ماذكره فى الشاة المغصوبة ان شاء الله تعالى وذكر هشام عن أبى يوسف رحمهما الله فى نوادره فى رجلين اشتريا أضحيتين فذبح كل منهما أضحية صاحبه غلطا عن نفسه وأكلها قال يجزى كل واحد منهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقولنا ويحلل كل واحد منهما صاحبه فان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته فان كان قد انقضت ايام النحر يتصدق بتلك القيمة اما جواز احلالهما فلانه يجوز لكل واحد منهما ان يطعمها لصاحبه ابتداء قبل الاكل فيجوز ان يحلله بعد الاكل وله ان يضمنه لان من أتلف لحم الاضحية يضمن ويتصدق بالقيمة لان القيمة بدل عن اللحم فصار كما لو باعه قال وسألت ابا يوسف رحمه الله عن البقرة اذا ذبحها سبعة فى الاضحية أيقتسمون لحمها جزافا أو وزنا قال بل وزنا قال قلت فان اقتسموها مجازفة وحلل بعضهم بعضاً قال أكره ذلك قال قلت فما تقول فى رجل باع درهما بدرهم فرجح أحدهما فحلل صاحبه الرجحان قال هذا جائز لانه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم الصحيح أما عدم جواز القسمة مجازفة فلان فيها معنى التمليك واللحم من الاموال الربوية فلا يجوز تمليكه مجازفة كسائر الاموال الربوية وأما عدم جواز التحليل فلان الربوى لا يحتمل الحل بالتحليل ولانه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح بخلاف ما اذا رجح الوزن (ومنها) انها تقضى اذا فاتت عن وقتها والكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان انها مضمونة بالقضاء فى الجملة والثانى فى بيان ما تقضى به أما الاول فلان وجوبها فى الوقت إما لحق العبودية أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا لان العبادات والقربات انما تجب لهذه المعانى وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت فكان الاصل فيها أن تكون واجبة فى جميع الاوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن الا

أن الاداء في السنة مرة واحدة في وقت مخصوص أقيم مقام الاداء في جميع السنة تيسيراً على العباد فضلا من الله عز وجل ورحمة كما أقيم صوم شهر في السنة مقام جميع السنة وأقيم خمس صلوات في يوم وليلة مقام الصلاة آناء الليل وأطراف النهار فاذا لم يؤد في الوقت بقي الوجوب في غيره لقيام المعنى الذي له وجبت في الوقت وأما الثاني فنقول انها لا تقضى بالاراقة لان الاراقة لا تعقل قربة وانما جعلت قربة بالشرع في وقت مخصوص فاقتصر كونها قربة على الوقت المخصوص فلا تقضى بعد خروج الوقت ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة فان كان أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر يتصدق بعينها حية لان الاصل في الاموال التقرب بالتصدق بها لا بالاتلاف وهو الاراقة الا أنه نقل الى الاراقة مقيداً في وقت مخصوص حتى يحل تناول لحمه للمالك والاجنبي والغني والفقير لكون الناس أضياف الله عز شأنه في هذا الوقت فاذا مضى الوقت عاد الحكم الى الاصل وهو التصدق بعين الشاة سواء كان موسراً أو معسراً لما قلنا وكذلك المعسر اذا اشترى شاة ليضحي بها فلم يضح حتى مضى الوقت لان الشراء للاضحية من الفقير كالنذر بالتضحية وأما الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فكذلك الجواب ومن المشايخ من قال هذا الجواب في المعسر لان الشاة المشتراة للاضحية من المعسر تتعين للاضحية فاما من الموسر فلا تتعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى في الوقت مع بقاء الاولى وتسقط عنه الاضحية والصحيح أنها تتعين من الموسر أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا فان محمداً رحمه الله ذكر عقيب جواب المسئلة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقولنا (ووجهه) ان نية التعيين قارنت الفعل وهو الشراء فاوجبت تعيين المشترى للاضحية الا أن تعيينه للاضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها كتعيين النصاب لاداء الزكاة منه لا يمنع جواز الاداء بغيره وتسقط عنه الزكاة وهذا لان المتعين لا يزاحمه غيره فاذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الاول متعيناً فكانت الشاة متعينة للتضحية ما لم يضح بغيرها كالزكاة وان كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمة شاة تجوز في الاضحية لانه اذا لم يوجب ولم يشتر لم يتعين شيء للاضحية وانما الواجب عليه اراقة دم شاة فاذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل الى التقرب بالاراقة بعد خروج الوقت لما قلنا انتقل الواجب من الاراقة والعين أيضاً لعدم التعيين الى القيمة وهو قيمة شاة يجوز ذبحها في الاضحية ولو صار فقيرا بعد مضي أيام النحر لا يسقط عنه التصدق بعين الشاة أو بقيمتها لانه اذا مضى الوقت صار ذلك ديناً في ذمته فلا يسقط عنه لفقره بعد ذلك ولو وجب عليه التصدق بعين الشاة فلم يتصدق ولكن ذبحها يتصدق بلحمها ويجزيه ذلك ان لم ينقصها الذبح وان نقصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وان أكل منها شيأ غرم قيمته ويتصدق بها لما يذكر في موضعه وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها لا يأكل منها اذا ذبحها بعد وقتها أو في وقتها فهو سواء ومن وجبت عليه الاضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم حضرته الوفاة فعليه أن يوصى بان يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله لانه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصدق بقيمة شاة فيحتاج الى تخليص نفسه عن عهدة الواجب والوصية طريق التخليص فيجب عليه أن يوصى كما في الزكاة والحج وغير ذلك ولو أوصى بان يضحى عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضاً جاز ويقع على الشاة بخلاف ما اذا وكل رجلا أن يضحى عنه ولم يسم شيأ ولا ثمنا أنه لا يجوز والفرق ان الوصية تحتمل من الجهالة شيأ لا تحتمله الوكالة فان الوصية بالمجهول وللمجهول تصح ولا تصح الوكالة ولو أوصى بان يشترى له شاة بعشرين درهماً فيضحى عنه ان مات فمات وثلثه أقل من ذلك فانه يضحى عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج اذا أوصى بان يحج عنه بمائة وثلثه أقل من مائة فانه يحج بمائة بخلاف العتق اذا أوصى بان يعتق عنه عبد بمائة وثلثه أقل ان عند أبي حنيفة رحمه الله تبطل الوصية وعندهما يعتق عنه بما بقي لانه أوصى بمال مقدر فيما هو قربة فتنفذ الوصية فيما أمكن كما في الحج (ووجه) الفرق لابي حنيفة رحمه الله أن مصرف الوصية في العتق هو العبد فكانه أوصى بعبد موصوف بصفة وهو أن يكون ثمنه مائة فاذا اشترى باقل

كان

كان هـذا غـيرما أوصى به فلا يجوز بخلاف الحج والاضحية فان المصرف ثمة هوالله عزشأنه فسواء كان قيمة الشاة أقل أومثل ما أوصى به بكون المصرف واحدا والمقصود بالكل واحد وهو القربة وذلك حاصل فيجوز (ومنها) أن وجوبها نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة كذا حكى أبو بكر الكيسانى عن محمد رحمه الله أنه قال قد كانت فى الجاهلية ذبائح يذبحونها (منها) العقيقة كانت فى الجاهلية ثم فعلها المسلمون فى أول الاسلام فنسخها ذبح الاضحية فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل (ومنها) شاة كانوا يذبحونها فى رجب تدعى الرجبية كان أهل البيت يذبحون الشاة فيأكلون و يطبخون و يطعمون فنسخها ذبح الاضحية (ومنها) العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد تلده فأكل وأطعم قال محمد رحمه الله هذا كله كان يفعل فى الجاهلية فنسخه ذبح الاضحية وقيل فى تفسير العتيرة كان الرجل من العرب اذا نذر نذرا أنه اذا كان كذا أو بلغ شاة كذا فعليه أن يذبح من كل عشر منها كذا فى رجب والعقيقة الذبيحة التى تذبح عن المولود يوم أسبوعه وانما عرفنا انتساخ هذه الدماء بما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الاضحية كل ذبح كان قبلها ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله والظاهر انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان انتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها وكذا قال أهل التأويل فى قوله عزشأنه أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صدقات فاذلم تفعلوا وتاب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ان ما أمروا به من تقديم الصدقة على النجوى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نسخ بقوله جل شأنه وآتوا الزكاة وذكر محمد رحمه الله فى العقيقة فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل وهذا يشير الى الاباحة فيمنع كونه سنة وذكر فى الجامع الصغير ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية وانه اشارة الى الكراهة لان العقيقة كانت فضلا ومتى نسخ الفضل لا يبقى الا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فانهما كانا من الفرائض لا من الفضائل فاذا نسخت منهما الفرضية يجوز التنفل بهما وقال الشافعى رحمه الله العقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين رضى الله عنهما كبشا كبشا وانا نقول انها كانت ثم نسخت بدم الاضحية بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها والعقيقة كانت قبلها كالعتيرة وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن العقيقة فقال ان الله تعالى لا يحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة وهذا ينفى كون العقيقة سنة لانه عليه الصلاة والسلام علق العق بالمشيئة وهذا امارة الاباحة والله عزشأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما محل اقامة الواجب فهذا الفصل يشتمل على بيان جنس المحل الذى يقام منه الواجب ونوعه وجنسه وسنه وقدره وصفته أما جنسه فهو أن يكون من الاجناس الثلاثة الغنم أو الابل أو البقر ويدخل فى كل جنس نوعه والذكر والانثى منه والخصى والفحل لانطلاق اسم الجنس على ذلك والمعز نوع من الغنم والجاموس نوع من البقر بدليل أنه يضم ذلك الى الغنم والبقر فى باب الزكاة ولا يجوز فى الاضاحى شئ من الوحش لان وجوبها عرف بالشرع والشرع لم يرد بالايجاب الا فى المستأنس فان كان متولدا من الوحشى والانسى فالعبرة بالام فان كانت أهلية يجوز والا فلا حتى ان البقرة الاهلية اذا نزا عليها ثور وحشى فولدت ولدا فانه يجوز أن يضحى به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان الاصل فى الولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان متقوم تتعلق به الاحكام وليس ينفصل من الاب الا ماء مهين لا خطر له ولا يتعلق به حكم ولهذا يتبع الولد الام فى الرق والحرية الا أنه يضاف الى الاب فى بنى آدم تشريفا للولد وصيانة له عن الضياع والا فالاصل أن يكون مضافا الى الام وقيل اذا نزا ظبى على شاة أهلية فان ولدت شاة تجوز التضحية بها وان ولدت ظبيا لا تجوز وقيل ان ولدت الرمكة من حمار وحشى حمارا لا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس وان ضحى بظبية وحشية ألفت أو ببقرة وحشية ألفت لم يجز لانها

وحشية فى الاصل والجوهر فلا يبطل حكم الاصل بعارض نادر والله عز شأنه الموفق وأما سنه فلا يجوز شئ مما ذكرنا من الابل والبقر والغنم من الاضحيـة الا الثنى من كل جنس الا الجذع من الضأن خاصة اذا كان عظيما لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ضحوا بالثنايا الا أن يعز على أحدكم فيذبح الجذع فى الضأن وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال يجزى الجذع من الضان عما يجزى فيه الثنى من المعز وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى فشم قتاراً فقال ماهذا فقالوا أضحية ابى بردة فقال عليـه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فجاء أبو بردة فقال يارسول الله عندى عناق خير من شاتى لحم فقال عليـه الصلاة والسلام تجزى عنك ولا تجزى عن أحد بعدك وروى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما انه قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد فقال ان أول نسككم هذه الصلاة ثم الذبح فقام اليـه خالى أبو بردة بن دينار فقال يارسول الله كان يوما نشتهى فيـه اللحم فعجلنا فذبحنا فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم فأبدلها فقال يارسول الله عندى ماعز جذع فقال هى لك وليست لاحد بعدك وروى ان رجلا قدم المدينة بغنم جذاع فلم تنفق معه فذكر ذلك لابى هريرة رضى الله عنه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضان وروى الجذع السمين من الضأن فلما سمع الناس هذا الحديث اتهبوها أى تبادروا الى شرائها وتخصيص هذه القربة بسن دون سن أمر لا يعرف الا بالتوقيف فيتبع ذلك (وأما) معانى هذه الاسماء فقد ذكر القدورى رحمه الله ان الفقهاء قالوا الجذع من الغنم ابن ستة أشهر والثنى منه ابن سنة والجذع من البقر ابن سـنة والثنى ابن سنتين والجذع من الابل ابن أربع سنين والثنى منها ابن خمس وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى فى الثنى من الابل ماتم له أربع سـنين وطعن فى الخامسـة وذكر الزعفرانى فى الاضاحى الجذع ابن ثمـانية أشهر أو تسعة أشهر والثنى من الشاة والمعز ماتم له حول وطعن فى السـنة الثانيـة ومن البقر ماتم له حولان وطعن فى السنة الثالثة ومن الابل ماتم له خمس سنين وطعن فى السنة السادسة وتقدير هذه الاسنان بمـا قلنا لمنع النقصان لا لمنع الزيادة حتى لو ضحى بأقـل من ذلك سـنا لا يجوز ولو ضحى بأكبر من ذلك سـنا يجوز ويكـون أفضل ولا يجوز فى الاضحية حمل ولا جدى ولا عجل ولا فصيل لان الشرع انمـا ورد بالاسنان التى ذكرناها وهذه لا تسمى بها وأما قدره فلا يجوز الشاة والمعز الا عن واحد وان كانت عظيمة سمينة تساوى شاتين مما يجوز أن يضحى بهما لان القياس فى الابل والبقر ان لا يجوز فيهما الاشتراك لان القربة فى هذا الباب اراقة الدم وانها لا تحتمل التجزئة لانها ذبح واحد وانما عرفنا جواز ذلك بالخبر فبقى الامر فى الغنم على أصل القياس فان قيل أليس انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمتـه فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته عليه الصلاة والسلام (فالجواب) أنه عليه الصلاة والسلام انما فعل ذلك لاجل الثواب وهو انه جعل ثواب تضحيته بشاة واحـدة لامته لا للاجزاء وسقوط التعبد عنهم ولا يجوز بعير واحـد ولا بقرة واحدة عن أكثر من سبعة ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمـه الله يجزى ذلك عن أهل بيت واحد وان زادوا على سبعة ولا يجزى عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة والصحيح قول العامة لمـا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن سـبعة وعن جابر رضى الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة من غير فصل بين أهل بيت وبيتين ولان القياس يأبى جوازها عن أكثر من واحـد لمـا ذكرنا ان القربة فى الذبح وانه فعل واحد لا يتجزأ لكنا تركنا القياس بالخبر المقتضى للجواز عن سـبعة مطلقا فيعمل بالقياس فيما وراءه لان البقرة بمنزلة سبع شياه ثم جازت التضحية بسبع شياه عن سبعة سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين فكذا البقرة ومنهم من فصـل بين البعير والبقرة فقال البقرة لا تجوز عن أكثر من سبعة فأما البعير فانه يجوز عن عشرة ورووا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البدنة تجزى عن عشرة ونوع من القياس يؤيده وهو ان الابل أكثر قيمة من البقر ولهذا فضلت الابل على البقر

فى باب الزكاة والديات فتفضل فى الاضحية أيضا (ولنا) ان الاخبار اذا اختلفت فى الظاهر يجب الاخذ بالاحتياط وذلك فيما قلنا لان جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق وفى الزيادة اختلاف فكان الاخذ بالمتفق عليه أخذا بالمتيقن وأما ماذكروا من القياس فقد ذكرنا ان الاشتراك فى هذا الباب معدول به عن القياس واستعمال القياس فيما هو معدول به عن القياس ليس من الفقه ولا شك فى جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة بان اشترك اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة فى بدنة أو بقرة لانه لما جاز السبع فالزيادة أولى وسواء اتفقت الانصباء فى القدر أو اختلفت بان يكون لاحدهم النصف وللآخر الثلث ولآخر السدس بعد ان لا ينقص عن السبع ولو اشترك سبعة فى خمس بقرات أو فى أكثر فذبحوها أجزأهم لان لكل واحد منهم فى كل بقرة سبعها ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم فالاكثر أولى ولو اشترك ثمانية فى سبع بقرات لم يجزهم لان كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم أنقص من السبع وكذلك اذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا ولو اشترك ثمانية فى ثمانية من البقر فضحوا بها لم تجزهم لان كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم وكذلك اذا كان البقر أكثر لم تجزهم ولا رواية فى هذه الفصول وانما قيل انه لا يجوز بالقياس ولو اشترك سبعة فى سبع شياه بينهم فضحوا بها القياس أن لا تجزئهم لان كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم وفى الاستحسان يجزيهم وكذلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما بخلاف عبدين بين اثنين عليهما كفارتان فاعتقاهما عن كفارتيهما انه لا يجوز لان الانصباء تجتمع فى الشاتين ولا تجتمع فى الرقيق بدليل انه يجبر على القسمة فى الشاة ولا يجبر فى الرقيق ألا ترى انها لا تقسم قسمة جمع فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى هذا ينبغى أن يكون فى الاول قياس واستحسان والمذكور جواب القياس وأما صفته فهى أن يكون سليما عن العيوب الفاحشة وسنذكرها فى بيان شرائط الجواز بعون الله تعالى والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز اقامة الواجب وهى التضحية فهى فى الاصل نوعان نوع يعم ذبح كل حيوان مأكول ونوع يخص التضحية أما الذى يعم ذبح كل حيوان مأكول فقد ذكرناه فى كتاب الذبائح وأما الذى يخص التضحية فانواع بعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية وبعضها يرجع الى محل التضحية أما الذى يرجع الى من عليه التضحية فمنها نية الاضحية لا تجزى الاضحية بدونها لان الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة والفعل لا يقع قربة بدون النية قال النبى عليه الصلاة والسلام لا عمل لمن لا نية له والمراد منه عمل هو قربة وللقربة جهات من المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات فلا تتعين الاضحية الا بالنية وقال النبى عليه الصلاة والسلام انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ مانوى ويكفيه أن ينوى بقلبه ولا يشترط أن يقول بلسانه مانوى بقلبه كما فى الصلاة لان النية عمل القلب والذكر باللسان دليل عليها ومنها أن لا يشارك المضحى فيما يحتمل الشركة من لا يريد القربة رأسا فان شارك لم يجز عن الاضحية وكذا هذا فى سائر القرب سوى الاضحية اذا شارك المتقرب من لا يريد القربة لم يجز عن القربة كما فى دم المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وغير ذلك وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط حتى لو اشترك سبعة فى بعير أو بقرة كلهم يريدون القربة الاضحية أو غيرها من وجوه القرب الا واحد منهم يريد اللحم لا يجزى واحدا منهم من الاضحية ولا من غيرها من وجوه القرب عندنا وعنده يجزى (وجه) قوله ان الفعل انما يصير قربة من كل واحد بنيته لا بنية صاحبه فعدم النية من أحدهم لا يقدح فى قربة الباقين (ولنا) ان القربة فى اراقة الدم وانها لا تتجزأ لانها ذبح واحد فان لم يقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقين ضرورة عدم التجزؤ ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجبت على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد بعضهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم كفارة شئ أصابه فى احرامه وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال

زفر رحمه الله لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القربة بان كان الكل بجهة واحدة (وجه) قوله ان القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة و بعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا عند الاتحاد فعند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقى الامر فيه مردودا الى القياس (ولنا) ان الجهات وان اختلفت صورة فهى فى المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله عز شأنه وكذلك ان أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى عز شأنه بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله فى نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهى ضيافة التزويج وينبغى ان يجوز لانها انما تقام شكر الله تعالى عز شأنه على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا قصد بها الشكر أو اقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله عز شأنه و روى عن أبى حنيفة رحمه الله كره الاشتراك عند اختلاف الجهة و روى عنه انه قال لو كان هذا من نوع واحد لكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله ولو كان أحد الشركاء ذميا كتابيا أو غير كتابى وهو يريد اللحم أو أراد القربة فى دينه لم يجزهم عندنا لان الكافر لا تتحقق منه القربة فكانت نيته ملحقة بالعدم فكان مريد اللحم والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا فالكافر أولى وكذلك اذا كان أحدهم عبدا أو مدبرا ويريد الاضحية لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القربة فكان نصيبه لحما فيمتنع الجواز أصلا وان كان أحد الشركاء ممن يضحى عن ميت جاز و روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز وذكر فى الاصل اذا اشترك سبعة فى بدنة فمات أحدهم قبل الذبح فرضى ورثته أن يذبح عن الميت جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس انه لما مات أحدهم فقد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه اذ الاضحية عن الميت لا تجوز فصار نصيبه اللحم وانه يمنع من جواز ذبح الباقين من الاضحية كما لو أراد أحدهم اللحم فى حال حياته (وجه) الاستحسان أن الموت لا يمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه و يحج عنه وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمته وان كان منهم من قد مات قبل أن يذبح فدل ان الميت يجوز أن يتقرب عنه فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقربة فلا يمنع جواز ذبح الباقين ولو اشترى رجل بقرة يريد أن يضحى بها ثم أشرك فيها بعد ذلك قال هشام سألت أبا يوسف فأخبرنى ان أبا حنيفة رحمه الله قال أكره ذلك ويجزيهم أن يذبحوها عنهم قال وكذلك قول أبى يوسف قال قلت لابى يوسف ومن نيته أن يشرك فيها قال لا أحفظ عن أبى حنيفة رحمه الله فيها شيأ ولكن لا أرى بذلك بأسا وقال فى الاصل قال أرأيت فى رجل اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حتى اشتراها فأتاه انسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل يعنى انه صار سابعهم هل يجزى عنهم قال نعم استحسن وان فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن وهذا محمول على الغنى اذا اشترى بقرة لاضحيته لانها لم تتعين لوجوب التضحية بها وانما يقيمها عند الذبح مقام ما يجب عليه أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم الا أنه يكره لانه لما اشتراها ليضحى بها فقد وعد وعدا فيكره أن يخلف الوعد فأما اذا كان فقيرا فلا يجوز له أن يشرك فيها لانه أوجبها على نفسه بالشراء للاضحية فتعينت للوجوب فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه وقد قالوا فى مسألة الغنى اذا أشرك بعد ما اشتراها للاضحية انه ينبغى أن يتصدق بالثمن وان لم يذكر ذلك محمد رحمه الله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام دينارا وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى بأحدهما شاة وجاء الى النبى عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار وأخبره بما صنع فقال له عليه الصلاة والسلام بارك الله فى صفقة يمينك وأمر عليه الصلاة والسلام أن يضحى بالشاة و يتصدق بالدينار لما أنه قصد اخراجه للاضحية كذا ههنا (ومنها) أن تكون نية الاضحية مقارنة للتضحية كما فى باب الصلاة لان النية معتبرة فى الاصل فلا يسقط اعتبار القران الا لضرورة كما فى باب الصوم لتعذر قران النية لوقت الشروع لما فيه من الحرج (ومنها) اذن صاحب

الاضحية بالذبح اما نصاً أو دلالة اذا كان الذابح غيره فان لم يوجد لا يجوز لان الاصل فيما يعمله الانسان أن يقع للعامل وانما يقع لغيره باذنه وأمره فاذا لم يوجد لا يقع له وعلى هذا يخرج ما اذا غصب شاة انسان فضحى بها عن صاحبها من غير اذنه واجازته انه لا يجوز ولو اشترى شاة للاضحية فأضجعها وشد قوائمها فى أيام النحر فجاء انسان فذبحها جاز استحسانا لوجود الاذن منه دلالة لما بينا فيما تقدم وأما الذى يرجع الى وقت التضحية فهو انها لا تجوز قبل دخول الوقت لان الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز اقامة الواجب كوقت الصلاة فلا يجوز لاحد أن يضحى قبل طلوع الفجر الثانى من اليوم الاول من أيام النحر ويجوز بعد طلوعه سواء كان من أهل المصر أو من أهل القرى غير ان للجواز فى حق أهل المصر شرطاً زائداً وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام والصحيح قولنا لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أول نسكنا فى يومنا هذا الصلاة ثم الذبح وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى حديث البراء بن عازب رضى الله عنه من كان منكم ذبح قبل الصلاة فانما هى غدوة أطعمه الله تعالى انما الذبح بعد الصلاة فقد رتب النبى عليه الصلاة والسلام الذبح على الصلاة وليس لاهل القرى صلاة العيد فلا يثبت الترتيب فى حقهم وان أخر الامام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى ينتصف النهار فان اشتغل الامام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متعمداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة فى الايام كلها لانه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة وانما يخرج الامام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط فى الاداء لا فى القضاء كذا ذكره القدورى رحمه الله وان كان يصلى فى المصر فى موضعين بأن كان الامام قد خلف من يصلى بضعفة الناس فى الجامع وخرج هو بالآخرين الى المصلى وهو الجبانة ذكر الكرخى رحمه الله انه اذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الاضاحى وذكر فى الاصل اذا صلى أهل المسجد فالقياس أن لا يجوز ذبح الاضحية وفى الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان صلاة العيد لما كانت شرطاً لجواز الاضحية فى حق أهل المصر فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضى أن يجوز واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضى أن لا يجوز فلا يحكم بالجواز بالشك بل يحكم بعدم الجواز احتياطا (وجه) الاستحسان ان الشرط صلاة العيد والصلاة فى المسجد الجامع تجزى عن صلاة العيد بدليل أنهم لو اقتصروا عليها جاز ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز وكذا فى الحديث الذى روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً وقد وجدت ولو سبق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد لم يذكر هذا فى الاصل وقيل لا رواية فى هذا وذكر الكرخى رحمه الله ان هذا كصلاة أهل المسجد فعلى قوله يكون فيه قياس واستحسان كما اذا صلى أهل المسجد واختلف المتأخرون منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحسانا لان الاصل فى صلاة العيد صلاة من فى الجبانة وانما يصلى من يصلى فى المسجد لعذر فوجب اعتبار الاصل دون غيرهم ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان كما فى المسئلة الاولى ووجههما ذكرنا ومنهم من قال لا تجوز الاضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلى أهل المسجد لان الصلاة فى المسجد هى الاصل بدليل سائر الصلوات وانما يخرج الامام الى الجبانة لضرورة ان المسجد لا يتسع لهم فيجب اعتبار الاصل ولو ذبح والامام فى خلال الصلاة لا يجوز وكذا اذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد ولو ذبح بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام قالوا على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز كما لو كان فى خلال الصلاة وعلى قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بناء على أن خروج المصلى من الصلاة بصفة فرض عنده وعندهما ليس بفرض ولو ضحى قبل فراغ الامام من الخطبة أو قبل الخطبة جاز لان النبى عليه الصلاة والسلام رتب الذبح على الصلاة لا على الخطبة فيما روينا من الاحاديث فدل ان العبرة للصلاة لا للخطبة ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل اضحيته ثم تبين أنه يوم عرفة فعلى الامام أن يعيد

الصلاة من الغد وعلى الرجل أن يعيد الاضحية لانه تبين ان الصلاة والاضحية وقعتا قبل الوقت فلم يجز وان تبين
ان الامام كان على غير وضوء فان علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات وهل يجوز ما ضحى
قبل الاعادة ذكر فى بعض الروايات انه يجوز لانه ذبح بعد صلاة يجيزها بعض الفقهاء وهو الشافعى رحمه الله لان فساد
صلاة الامام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك صلاة معتبرة عنده فعلى هذا يعيد الامام وحده ولا يعيد
القوم وذلك استحسانا وذكر فى اختلاف زفر رحمه الله أنه يعيد بهم الصلاة ولا يجوز ما ضحى قبل اعادة الصلاة وان
تفرق الناس عن الامام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر فى بعض الروايات ان الصلاة لا تعاد وقد جازت الاضحية عن
المضحى لانها صلاة قد جازت فى قول بعض الفقهاء فترك اعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادى الناس أن
يجتمعوا ثانيا وهو أيسر من أنه تبطل أضاحيهم وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه تعاد الاضحية ولا تعاد بهم الصلاة
لان اعادة الاضحية أيسر من اعادة الصلاة وروى أيضا أنه ينادى بهم حتى يجتمعوا ويعيد بهم الصلاة قال البلخى
رحمه الله فعلى هذا القياس لا تجزى ذبيحة من ذبح قبل اعادة الصلاة إلا أن تكون الشمس قد زالت فتجزى ذبيحة
من ذبح فى قولهم جميعاً وسقطت عنهم الصلاة ولو شهد ناس عند الامام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس ان
ذلك اليوم هو العاشر من ذى الحجة جاز لهم أن يضحوا ويخرج الامام من الغد فيصلى بهم صلاة العيد وان علم فى صدر
النهار انه يوم النحر فشغل الامام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يامر أحداً يصلى بهم فلا ينبغى لاحد أن يضحى
حين يصلى الامام الى أن تزول الشمس فاذا زالت قبل أن يخرج الامام ضحى الناس وان ضحى أحد قبل ذلك لم يجز
ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين للامام ان يوم العيد كان بالامس جازت الصلاة وجاز للرجل
أضحيته ولو وقعت فتنة فى مصر ولم يكن لها امام من قبل السلطان يصلى بهم صلاة العيد فالقياس فى ذلك أن يكون
وقت النحر فى ذلك المصر بعد طلوع الفجر يوم النحر بمنزلة القرى التى لا يصلى فيها ولكن يستحسن أن يكون
وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم النحر لان الموضع موضع الصلاة ألا ترى ان الامام لو كان حاضراً كان عليهم
أن يصلوا الا أنه امتنع أداؤها العارض فلا يتغير حكم الاصل كما لو كان الامام حاضراً فلم يصل لعارض أسباب من
مرض أو غير ذلك وهناك لا يجوز الذبح الا بعد الزوال كذا ههنا ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر
ن ذلك اليوم كان يوم النحر جازت الاضحية عندنا لان الذبح حصل فى وقته فيجزيه والله عزشأنه أعلم هذا اذا
كان من عليه الاضحية فى المصر والشاة فى المصر فان كان هو فى المصر والشاة فى الرستاق أو فى موضع لا يصلى فيه
وقد كان أمر أن يضحوا عنه فضحوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد فانها تجزيه وعلى عكسه لو كان هو فى
الرستاق والشاة فى المصر وقد أمر من يضحى عنه فضحوا بها قبل صلاة العيد فانها لا تجزيه وانما يعتبر فى هذا مكان
الشاة لا مكان من عليه هكذا ذكر محمد عليه الرحمة فى النوادر وقال انما أنظر الى محل الذبح ولا أنظر الى موضع
المذبوح عنه وهكذا روى الحسن عن أبى يوسف رحمه الله يعتبر المكان الذى يكون فيه الذبح ولا يعتبر المكان الذى
يكون فيه المذبوح عنه وانما كان كذلك لان الذبح هو القربة فيعتبر مكان فعلها لا مكان المفعول عنه وان كان الرجل
فى مصر وأهله فى مصر آخر فكتب اليهم أن يضحوا عنه روى عن أبى يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة فقال ينبغى
لهم أن لا يضحوا عنه حتى يصلى الامام الذى فيه أهله وان ضحوا عنه قبل أن يصلى لم يجزه وهو قول محمد عليه الرحمة
وقال الحسن بن زياد انتظرت الصلاتين جميعاً وان شكوا فى وقت صلاة المصر الآخر انتظرت به الزوال فعنده لا
يذبحون عنه حتى يصلوا فى المصرين جميعاً وان وقع لهم الشك فى وقت صلاة المصر الآخر لم يذبحوا حتى تزول الشمس
فاذا زالت ذبحوا عنه (وجه) قول الحسن ان فيما قلنا اعتبار الحالين حال الذبح وحال المذبوح عنه فكان أولى ولابى
يوسف ومحمد رحمهما الله ان القربة فى الذبح والقربات المؤقتة يعتبر وقتها فى حق فاعلها لا فى حق المفعول عنه ويجوز
الذبح فى أيام النحر نهرها ولياليها وهما ليلتان ليلة اليوم الثانى وهى ليلة الحادى عشر وليلة اليوم الثالث وهى ليلة الثانى

عشر ولا يدخل فيها الليلة الاضحى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أيام النحر ثلاثة وذكر الايام يكون ذكر الليالى لغة قال الله عز شأنه فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الا رمزا وقال عز شأنه فى موضع آخر ثلاث ليال سويا والقصة قصة واحدة الا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذى الحجة لانه استتبعها النهار الماضى وهو يوم عرفة بدليل ان من أدركها فقد أدرك الحج كما لو أدرك النهار وهو يوم عرفة فاذا جعلت تابعة للنهار الماضى لا تتبع النهار المستقبل فلا تدخل فى وقت التضحية وتدخل الليلتان بعدها غير أنه يكره الذبح بالليل لا لانه ليس بوقت للتضحية بل لمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الذبائح والله عز شأنه أعلم وأما الذى يرجع الى محل التضحية فنوعان أحدهما سلامة المحل عن العيوب الفاحشة فلا تجزئ العمياء ولا العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها وهى التى لا تقدر تمشى برجلها الى المنسك والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وهى المهزولة التى لا نقى لها وهو المخ ومقطوعة الاذن والالية بالكلية والتى لا أذن لها فى الخلقة وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال أيكون ذلك فان كان لا يجزى ويجزى السكاء وهى صغيرة الاذن ولا يجوز مقطوعة احدى الاذنين بكمالها والتى لها أذن واحدة خلقة والاصل فى اعتبار هذه الشروط ماروى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تجزى من الضحايا أربع العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال استشرفوا العين والاذن أى تأملوا سلامتهما عن الآفات وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يضحى بعضباء الاذن ولو ذهب بعض هذه الاعضاء دون بعض من الاذن والالية والذنب والعين ذكر فى الجامع الصغير ينظر فان كان الذاهب كثيرا يمنع جواز التضحية وان كان يسيرا لا يمنع لان اليسير مما لا يمكن التحرز عنه اذ الحيوان لا يخلو عن عادة فلو اعتبر مانعا لضاق الامر على الناس ووقعوا فى الحرج واختلف أصحابنا فى الحد الفاصل بين القليل والكثير فعن أبى حنيفة رحمه الله أربع روايات روى محمد رحمه الله عنه فى الاصل وفى الجامع الصغير أنه ان كان ذهب الثلث أو أقل جاز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز وروى أبو يوسف رحمه الله أنه ان كان ذهب الثلث لا يجوز وان كان أقل من ذلك جاز وقال أبو يوسف رحمه الله ذكرت قولى لابى حنيفة رحمه الله فقال قولى مثل قولك وقول أبى يوسف أنه ان كان الباقى أكثر من الذاهب يجوز وان كان أقل منه أو مثله لا يجوز وروى أبو عبد الله البلخى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه اذا ذهب الربع لم يجزه وذكر الكرخى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى روايته عنه فى الاصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى قوله مع قول أبى يوسف (وجه) قول أبى يوسف وهو احدى الروايات عن أبى حنيفة ان القليل والكثير من الاسماء الاضافية فما كان مضافه أقل منه يكون كثيرا وما كان أكثر منه يكون قليلا الا أنه قد قال بعدم الجواز اذا كانا سواء احتياطا لاجتماع جهة الجواز وعدم الجواز الا أنه يعتبر بقاء الاكثر للجواز ولم يوجد وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن العضباء قال سعيد ابن المسيب العضباء التى ذهب أكثر أذنها فقد اعتبر النبى عليه الصلاة والسلام الاكثر وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيرا فلانه يلحق بالكثير فى كثير من المواضع كما فى مسح الرأس والحلق فى حق المحرم ففى موضع الاحتياط أولى وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيرا فلقول النبى عليه الصلاة والسلام فى باب الوصية الثلث والثلث كثير جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيرا مطلقا وأما وجه رواية اعتباره قليلا فاعتباره بالوصية لان الشرع جوز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه اذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيرا وأما الهتماء وهى التى لا أسنان لها فان كانت ترعى وتعتلف جازت والا فلا وذكر فى المنتقى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان كان لا يمنعها عن الاعتلاف تجزيه وان كان يمنعها عن الاعتلاف الا ان يصب فى جوفها صبا لم تجزه وقال أبو يوسف فى قول لا تجزى سواء اعتلفت أو لم تعتلف وفى قول ان ذهب أكثر اسنانها لا تجزى كما قال فى الاذن والالية والذنب وفى قول ان بقى من أسنانها قدر ما تعتلف تجزى والا فلا وتجوز الثولاء وهى المجنونة الا اذا كان ذلك يمنعها عن الرعى والاعتلاف فلا تجوز لانه يفضى الى

هــلا كما فكان عيباً فاحشاً وتجوز الجرباء اذا كانت سمينة فان كانت مهزولة لاتجوز وتجزى الجماء وهى التى لا قرن لها خلقة وكذا مكسورة القرن تجزى لمــا روى ان سيدنا عليا رضى الله عنه سئل عن القرن فقال لا يضرك أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن و روى ان رجلا من همذان جاء الى سيدنا على رضى الله عنه فقال يا أمير المؤمنين البقرة عن كم قال عن سبعة ثم قال مكسورة القرن قال لا ضير ثم قال عرجاء فقال اذا بلغت المنسك ثم قال سـيدنا على كرم الله وجهه أمرنا رسول الله صـلى الله عليــه وسلم انا نستشرف العين والاذن فان بلغ الكسر المشاش لاتجزيه والمشاش رؤس العظام مثــل الركبتين والمرفقين وتجزى الشرقاء وهى مشقوقــة الاذن طولا وما روى أن رسول الله صلى الله عليــه وسلم نهى أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمــدابرة فالخرقاء هى مشقوقة الاذن والمقابلة هى التى يقطع من مقدم أذنها شىء ولا يبان بل يترك معلقاً والمــدابرة أن يفعــل ذلك بمؤخر الاذن من الشاة فالنهى فى الشرقاء والمقابلة والمــدابرة محمول على الندب وفى الخرقاء على الكثير على اختلاف الاقاويل فى حــد الكثير على ما بينا ولا بأس بما فيه سمة فى أذنه لان ذلك لا يعد عيباً فى الشاة ولانه عيب يسير أو لان السمة لا يخلو عنها الحيوان ولا يمكن التحرز عنها ولو اشترى رجل أضحية وهى سمينة فعجفت عنده حتى صارت بحيث لو اشتراها على هذه الحالة لم تجزه لم تجزه ان كان موسرا وان كان معسرا أجزاته لان الموسر تجب عليه الاضحية فى ذمته وانما أقام ما اشترى لها مقام ما فى الذمة فاذا نقصت لا تصلح أن تقام مقام ما فى الذمة فبقى ما فى ذمته بحاله وأما الفقير فلا أضحية فى ذمته فاذا اشتراها للاضحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقربة فكان نقصانها كهلا كها حتى لو كان الفقير أوجب على نفسه أضحية لاتجوز هذه لانها وجب عليــه بايجابه فصار كالغنى الذى وجبت عليه بايجاب الله عز شأنه ولو اشترى أضحية وهى صحيحة ثم اعورت عنــده وهو موسر او قطعت أذنها كلها أو اليتها أو ذنبها أو انكسرت رجلها فــلم تستطع أن تمشى لا تجزى عنه وعليــه مكانها أخرى لمــا بينا بخلاف الفقير وكذلك ان ماتت عنده أو سرقت ولو قدم أضحية ليذبحهــا فاضطربت فى المكان الذى يذبحها فيه فانكسرت رجلها ثم ذبحها على مكانها أجزأه وكذلك اذا انقلبت منــه الشفرة فاصابت عينها فذهبت والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس ان هــذا عيب دخلها قبل تعيين القربة فيها فصار كما لو كان قبل حال الذبح (وجــه) الاستحسان ان هذا ممــا لا يمكن الاحتراز عنــه لان الشاة تضطرب فتلحقها العيوب من اضطرابها و روى عن أبى يوسف أنه قال لو عالج أضحية ليذبحها فكسرت أو اعورت فذبحها ذلك اليوم أو من الغد فانها تجزى لان ذلك النقصان لمــا لم يعتد به فى الحال لو ذبحها فكذا فى الثانى كالنقصان اليسير والله عز شأنه أعلم والثانى ملك المحل وهو أن يكون المضحى ملك من عليــه الاضحية فان لم يكن لا تجوز لان التضحية قربة ولا قربة فى الذبح بملك الغير بغير اذنه وعلى هــذا يخرج ما اذا اغتصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه أنه لا تجزيه لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن التضحية وعلى كل واحد منهما أن يضحى باخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حيــة فانها تجزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الظهور والاستناد فصار ذابحا شاة هى ملكه فتجزيه لكنه يأثم لان ابتــداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزى عن الذابح أيضا بناء على ان المضمومات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعى وأصــل المسئلة فى كتاب الغصب وكذلك اذا اغتصب شاة انسان كان اشتراها للاضحية فضحاها عن نفسه بغير امره لمــا قلنا وكذلك الجواب فى الشاة المستحقة بان اشترى شاة ليضحى بها فضحى بها ثم استحقها رجل بالبينة أنه ان أخذها المستحق مذبوحة لا تجزى عن واحد منهما وعلى كل واحد منهما أن يضحى بشاة أخرى ما دام فى أيام النحر وان مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ولا يلزمــه التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة لانه بالاستحقاق تبين ان شراءه اياها للاضحية والعدم بمنزلة بخلاف ما اذا اشترى شاة للاضحية ثم باعها حيث يلزمه التصــدق بقيمتها لان شراءه اياها للاضحية قد صح لوجود الملك فيجب عليــه

التصدق بقيمتها وان تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا كما في الغصب ولو أودع رجل رجلا شاة يضحي بها المستودع عن نفسه يوم النحر فاختار صاحبها القيمة ورضي بها فاخذها فانها لا تجزي المستودع من أضحيته بخلاف الشاة المغصوبة والمستحقة ووجه الفرق ان سبب وجوب الضمان ههنا هو الذبح والملك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان الذبح مصادفا ملك غيره فلا يجزيه بخلاف الغاصب فانه كان ضامنا قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق فعند اختيار الضمان أو أدائه يثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب فالذبح صادف ملك نفسه فجاز وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والاجارة بان استعار ناقة أو ثورا أو بعيرا أو استأجره فضحى به أنه لا يجزيه عن الاضحية سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة لانها أمانة في يده وانما يضمنها بالذبح فصار كالوديعة ولو كان مرهونا ينبغي أن يجوز لانه يصير مالكا من وقت القبض كما في الغصب بل أولى ومن المشايخ من فصل في الرهن تفصيلا لا بأس به فقال ان كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز فاما اذا كانت قيمته أكثر من الدين فينبغي أن لا يجوز لانه اذا كان كذلك كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة ففي قدر الامانة انما يضمنه بالذبح فيكون بمنزلة الوديعة ولو اشترى شاة بيعا فاسدا فقبضها فضحى بها جاز لانه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمنه قيمتها حية ان شاء وان شاء أخذها مذبوحة لان الذبح لا يبطل حقه في الاسترداد فان ضمنه قيمتها حية فلا شيء على المضحي وان أخذها مذبوحة فعلى المضحي أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لانه بالرد أسقط الضمان عن نفسه فصار كانه باعها بمقدار القيمة التي وجبت عليه وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها فالواهب بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها حية وتجوز الاضحية ويأكل منها وان شاء استردها واسترد قيمة النقصان ويضمن الموهوب له قيمتها فيتصدق بها اذا كان بعد مضي وقت الاضحية وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجل في مرضه وعليه دين مستغرق فضحى بها الموهوب له فالغرماء بالخيار ان شاؤا استردوا عينها وعليه أن يتصدق بقيمتها وان شاؤا ضمنوه قيمتها فتجوز الاضحية لان الشاة كانت مضمونة عليه فاذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه كما قلنا في البيع الفاسد ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشتري ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده فهو بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحي ويجوز له الاكل وان شاء استردها ناقصة مذبوحة فبعد ذلك ينظر ان كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالثوب كانه باعها بالثوب وان كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة لان الشاة كانت مضمونة عليه فيرد ما أسقط الضمان عن نفسه كانه باعها بثمن ذلك القدر من قيمتها فيتصدق بقيمتها ولو وجد بالشاة عيبا فالبائع بالخيار ان شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشتري بالثمن الا حصة النقصان لانه لم يوجب حصة النقصان على نفسه وان شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشتري بها لان ذلك النقصان لم يدخل في القربة وانما دخل في القربة ما ذبح وقد ذبح ناقصا الا في جزاء الصيد فانه ينظر ان لم يكن مع هذا العيب عدلا للصيد فعليه أن يتصدق بالفضل لما ذكر ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته عن الاضحية لانه ملكها بالهبة والقبض فصار كما لو ملكها بالشراء فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع في هبته فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك بناء على أن الاضحية بمنزلة الوقف عنده فاذا ذبحها الموهوب له عن أضحيته أو أوجبها أضحية لا يملك الرجوع فيها كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه ينقطع حق الواهب عن الرجوع كذا ههنا وعند محمد عليه الرحمة له ذلك لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع ولا يجب على المضحي أن يتصدق بشيء لان الشاة لم تكن مضمونة عليه فصار في الحكم بمنزلة ابتداء الهبة ولو وهبها أو استهلكها لا شيء عليه هذا ولو كان هذا في جزاء الصيد أو في كفارة الحلق أو في موضع يجب عليه التصدق باللحم فاذا رجع الواهب في الهبة فعليه أن يتصدق بقيمتها لان التصدق واجب عليه فصار كما اذا استهلكها ولانه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها فصار كأنه هو الذي دفع اليه والرجوع في الهبة بقضاء وبغير قضاء سواء في هذا الفصل يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب

وفي الفصول الاول يستوى الجواب بينهما ولو وهب المريض مرض الموت شاة لانسان وقبضها الموهوب له فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك ولا مال له غيرها فالورثة بالخيار ان شاؤا ضمنوا الموهوب له ثلثى قيمتها حية وان شاؤا أخذوا ثلثيها مذبوحة فان ضمنوه ثلثى قيمتها حية فلا شئ على الموهوب له لانها لو كانت مغصوبة فضمن قيمتها الاشئ عليه غير ذلك فهذه أولى وان أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم القياس أن يتصدق بثلثى قيمتها حية لان الموهوب له قد ضمن ثلثى قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية يأخذ الورثة منه ثلثى الشاة مذبوحة فصار كأنه باعها بذلك وقضى دينا عليه بثلثى الشاة فعليه أن يتصدق بذلك القدر وقال بعضهم لاشئ عليه الاثلثى قيمتها مذبوحة لان الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرأوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثى قيمتها حية الى ثلثى قيمتها مذبوحة فلا يجب على الموهوب له الاثلثا قيمتها مذبوحة وهكذا ذكر فى نوادر الضحايا عن محمد عليه الرحمة فى هذه المسألة أن الورثة بالخيار ان شاؤا ضمنوا ثلثى قيمة الشاة وسلموا له لحمها وان شاؤا أخذوا ثلثى لحمها وكانوا شركاءه فيها فان ضمنوا ثلثى القيمة أجزأت عنه الاضحية وان شاركوه فيها وأخذوا ثلثى لحمها فعليه أن يتصدق بثلثى قيمتها مذبوحة وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها والله عزشأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره أما الذى هو قبل التضحية فيستحب أن يربط الاضحية قبل أيام النحر بأيام لما فيه من الاستعداد للقربة واظهار الرغبة فيها فيكون له فيه أجر وثواب وأن يقلدها ويجللها اعتبارا بالهدايا والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها قال الله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب وأن يسوقها الى المنسك سوقا جميلا لا عنيفا وان لا يجر برجلها الى المذبح كما ذكرنا فى كتاب الذبائح ولو اشترى شاة للاضحية فيكره أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به لانه عينها للقربة فلا يحل له الانتفاع بجزء من أجزائها قبل اقامة القربة فيها كما لا يحل له الانتفاع بلحمها اذا ذبحها قبل وقتها ولان الحلب والجز يوجب نقصا فيها وهو ممنوع عن ادخال النقص فى الاضحية ومن المشايخ من قال هذا فى الشاة المنذور بها بعينها من المعسر أو الموسر أو الشاة المشتراة للاضحية من المعسر فأما المشتراة من الموسر للاضحية فلا بأس أن يحلبها ويجز صوفها لان فى الاول تعينت الشاة لوجوب التضحية بها بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها واذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينه لا يجوز له الرجوع فى جزء منها وفى الثانى لم تتعين للوجوب بل الواجب فى ذمته وانما يسقط بها ما فى ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح والجواب على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المشتراة للاضحية متعينة للقربة الى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل الانتفاع بها ما دامت متعينة ولهذا لا يحل له لحمها اذا ذبحها قبل وقتها فان كان فى ضرعها لبن وهو يخاف عليها ان لم يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن لانه لا سبيل الى الحلب ولا وجه لابقائها كذلك لانه يخاف عليها الهلاك فيتضرر به فتعين نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن فيندفع الضرر فان حلب تصدق باللبن لانه جزء من شاة متعينة للقربة ما أقيمت فيها القربة فكان الواجب هو التصدق به كما لو ذبحت قبل الوقت فعليه أن يتصدق بمثله لانه من ذوات الامثال وان تصدق بقيمته جاز لان القيمة تقوم مقام العين وكذلك الجواب فى الصوف والشعر والوبر ويكره له بيعها لما قلنا ولو باع جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة لانه بيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من الشرائط فيجوز وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجوز لما روى عنه انه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقف ثم اذا جاز بيعها على أصلهما فعليه مكانها مثلها أو أرفع منها فيضحى بها فان فعل ذلك فليس عليه شئ آخر وان اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين ولا ينظر الى الثمن وانما ينظر الى القيمة حتى لو باع الاولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها وثمن الثانية أكثر من ثمن الاولى يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الاولى فان ولدت الاضحية ولدا يذبح ولدها مع الام كذا ذكر فى الاصل وقال أيضا وان باعه يتصدق بثمنه لان الام تعينت للاضحية والولد يحدث على وصف الام فى الصفات الشرعية فيسرى الى

الولد كالرق والحرية ومن المشايخ من قال هذا في الاضحية الموجبة بالنذر كالفقير اذا اشترى شاة للاضحية فأما الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فولدت لا يتبعها ولدها لان في الاول تعين الوجوب فيسرى الى الولد وفي الثاني لم يتعين لانه لا تجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها وذكر القدوري رحمه الله وقال كان أصحابنا يقولون يجب ذبح الولد ولو تصدق به جاز لان الحق لم يسر اليه ولكنه متعلق به فكان كجلالها وخطامها فان ذبحه تصدق بقيمته وان باعه تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله وقال بعضهم لا ينبغي له أن يذبحه وقال بعضهم انه بالخيار ان شاء ذبحه أيام النحر وأكل منه كالام وان شاء تصدق به فان أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به لانه فات ذبحه فصار كالشاة المنذورة وذكر في المنتقى اذا وضعت الاضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الام أجزأه فان تصدق به يوم الاضحى قبل أن يعلم فعليه أن يتصدق بقيمته قال القدوري رحمه الله وهذا على أصل محمد عليه الرحمة ان الصغار تدخل في الهدايا و يجب ذبحها ولو ولدت الاضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها فصار كالوفات بمضى الايام و يكره له ركوب الاضحية واستعمالها والحمل عليها فان فعل فلا شئ عليه الا أن يكون نقصها ذلك فعليه أن يتصدق بنقصانها ولو آجرها صاحبها ليحمل عليها قال بعض المشايخ ينبغي أن يغرم ما نقصها الحمل فانه ذكر في المنتقى في رجل أهدى ناقة ثم آجرها ثم حمل عليها فان صاحبها يغرم ما نقصها ذلك و يتصدق بالكراء كذا ههنا (وأما) الذي هو في حال التضحية فبعضها يرجع الى نفس التضحية و بعضها يرجع الى من عليه التضحية و بعضها يرجع الى الاضحية و بعضها يرجع الى وقت التضحية و بعضها يرجع الى آلة التضحية أما الذي يرجع الى نفس التضحية فما ذكرنا في كتاب الذبائح وهو ان المستحب هو الذبح في الشاة والبقر والنحر في الابل و يكره القلب من ذلك وقطع العروق الاربعة كلها والتذفيف في ذلك وأن يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا (وأما) الذي يرجع الى من عليه التضحية فالافضل أن يذبح بنفسه ان قدر عليه لانه قربة فمباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره كسائر القربات والدليل عليه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فنحر منها نيفا وستين بيده الشريفة عليه الصلاة والسلام ثم أعطى المدية سيدنا عليا رضى الله عنه فنحر الباقين وهذا اذا كان الرجل يحسن الذبح و يقدر عليه فأما اذا لم يحسن فتوليته غيره فيه أولى وقد روى عن أبي حنيفة رضى الله عنه انه قال نحرت بدنة قائمة معقولة فلم أشق عليها فكدت أهلك ناسا لانها نفرت فاعتقدت أن لا أنحرها الا باركة معقولة وأولى من هو أقدر على ذلك مني وفي حديث أنس رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين أقرنين قال أنس فرأيت النبي عليه الصلاة والسلام واضعا قدمه على صفاحهما أي على جوانب عنقهما وهو يذبحهما بيده عليه الصلاة والسلام مستقبل القبلة فذبح الاول فقال بسم الله والله أكبر اللهم هذا عن محمد وعن آل محمد ثم ذبح الآخر وقال عليه الصلاة والسلام اللهم هذا عمن شهد لك بالتوحيد وشهد لي بالبلاغ و يستحب أن يكون الذابح حال الذبح متوجها الى القبلة لما روينا واذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يأمر مسلما فان أمر كتابيا يكره لما قلنا و يستحب أن يحضر الذبح لما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لسيدتنا فاطمة رضى الله عنها يا فاطمة بنت محمد قومى فاشهدى ضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة فانهم أهل لما خصوا به من الخير أم لآل محمد وللمسلمين عامة فقال هذا لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وفي حديث عمران بن الحصين رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا فاطمة قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملتيه وقولى ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وان يدعو فيقول اللهم منك ولك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له و بذلك أمرت وأنا من المسلمين لما روينا وان يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها لما روى عن جابر رضى الله عنه قال ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين فقال حين وجههما وجهت وجهى للذى فطر

السموات والارض حنيفامسلما اللهم منك ولك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر و روى عن الحسن بن المعتمر الكنانى قال خرجت مع سيدنا على بن أبى طالب رضى الله عنه يوم الاضحى الى عيد فلما صلى قال ياقنبر ادن منى أحد الكبشين فأخذ بيده فأضجعه ثم قال وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لاشريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله اللهم منك ولك بسم الله والله أكبر اللهم تقبل من على فذبحه ثم دعا بالثانى ففعل به مثل ذلك ويستحب أن يجرد التسمية عن الدعاء فلا يخلط معها دعاء وانما يدعو قبل التسمية أو بعدها ويكره حالة التسمية (وأما) الذى يرجع الى الاضحية فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها لانها مطية الآخرة قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر وأفضل الشاء أن يكون كبشا أملح أقرن موجوأ لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أقرنين موجوأين عظيمين سمينين والاقرن العظيم القرن والاملح الابيض وروى عليه الصلاة والسلام أنه قال دم العفراء يعدل عند الله مثل دم السوداوين وان أحسن اللون عند الله البياض والله خلق الجنة بيضاء والموجوء قيل هو مدقوق الخصيتين وقيل هو الخصى كذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله فانه روى عنه انه سئل عن التضحية بالخصى فقال ما زاد فى لحمه أنفع مما ذهب من خصيتيه (وأما) الذى يرجع الى وقت التضحية فالمستحب هو اليوم الاول من أيام النحر لما روينا عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها ولانه مسارعة الى الخير وقد مدح الله جل شأنه المسارعين الى الخيرات السابقين لها بقوله عز شأنه أولئك يسارعون فى الخيرات وهم لها سابقون وقال عز شأنه وسارعوا الى مغفرة من ربكم أى الى سبب المغفرة ولان الله جل شأنه أضاف عباده فى هذه الايام بلحوم القرابين فكانت التضحية فى أول الوقت من باب سرعة الاجابة الى ضيافة الله جل شأنه والمستحب أن تكون بالنهار ويكره أن تكون بالليل لما ذكرنا فى كتاب الذبائح والصيود وأفضل وقت التضحية لاهل السواد ما بعد طلوع الشمس لان عنده يتكامل آثار أول النهار والله عز وجل أعلم (وأما) الذى يرجع الى آلة التضحية فما ذكرنا فى كتاب الذبائح وهو أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد (وأما) الذى هو بعد الذبح فالمستحب أن يتربص بعد الذبح قدر ما يبرد ويسكن من جميع أعضائه وتزول الحياة عن جميع جسده ويكره أن ينخع ويسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا فى كتاب الذبائح ولصاحب الاضحية أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى فكلوا منها ولانه ضيف الله جل شأنه فى هذه الايام كغيره فله أن يأكل من ضيافة الله عز شأنه وجملة الكلام فيه ان الدماء أنواع ثلاثة نوع يجوز لصاحبه أن يأكل منه بالاجماع ونوع لا يجوز له أن يأكل منه بالاجماع ونوع اختلف فيه فالاول دم الاضحية نفلا كان أو واجبا منذورا كان أو واجبا مبتدأ والثانى دم الاحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجناية على الاحرام كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنايات ودم النذر بالذبح والثالث دم المتعة والقران فعندنا يؤكل وعند الشافعى رحمه الله لا يؤكل وهى من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو وجب عليه التصدق لما جاز له أن يأكل منه وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو لم يجب لادى الى التسييب ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه فى النوعين جميعا أما فى النوع الاول فظاهر وأما فى الثانى فلانه هلك عن غير صنعه فلا يكون مضمونا عليه وان استهلكه بعد الذبح ان كان من النوع الثانى يغرم قيمته لانه أتلف مالا متعينا للتصدق به فيغرم قيمته ويتصدق بها وان كان من النوع الاول لا يغرم شيأ ولو باعه نفذ بيعه سواء كان من النوع الاول أو الثانى فعليه ان يتصدق بثمنه ويستحب له أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير و روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال اذا ضحى أحدكم فليأكل من أضحيته ويطعم منه غيره و روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال لغلامه قنبر حين ضحى بالكبشين

ياقنبر

ياقنبر خذ لى من كل واحد منهما بضعة وتصدق بهما بجلودهما وبرؤسهما وبأكارعهما والافضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لأقاربه وأصدقائه ويدخر الثلث لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر وقوله عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقول النبي عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخروا فثبت بمجموع الكتاب العزيز والسنة ان المستحب ماقلنا ولانه يوم ضيافة الله عز وجل بلحوم القرابين فيندب اشراك الكل فيها ويطعم الفقير والغنى جميعا لكون الكل أضياف الله تعالى عز شأنه فى هذه الايام وله أن يهبه منهما جميعاً ولو تصدق بالكل جاز ولو حبس الكل لنفسه جاز لان القربة فى الاراقة (وأما) التصدق باللحم فتطوع وله أن يدخر الكل لنفسه فوق ثلاثة أيام لان النهى عن ذلك كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال انى كنت نهيتكم عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة أيام الا فامسكوا مابدا لكم وروى انه عليه الصلاة والسلام قال انما نهيتكم لاجل الرأفة دون حضرة الاضحى الا أن اطعامها والتصدق أفضل الا أن يكون الرجل ذا عيال وغير موسع الحال فان الافضل له حينئذ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم لان حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ولا يحل بيع جلدها وشحمها ولحمها وأطرافها ورأسها وصوفها وشعرها ووبرها ولبنها الذى يحلبه منها بعد ذبحها بشئ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات ولا أن يعطى أجر الجزار والذابح منها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها وروى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال اذا ضحيتم فلا تبيعوا لحوم ضحاياكم ولا جلودها وكلوا منها وتمتعوا ولانها من ضيافة الله عز شأنه التى أضاف بها عباده وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيأ فان باع شيأ من ذلك نفذ عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا ينفذ لما ذكرنا فيما قبل الذبح ويتصدق بثمنه لان القربة ذهبت عنه فيتصدق به ولانه استفاده بسبب محظور وهو البيع فلا يخلو عن خبث فكان سبيله التصدق وله أن ينتفع بجلد أضحيته فى بيته بأن يجعله سقاء أو فروا أو غير ذلك لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ولانه يجوز الانتفاع بلحمها فكذا بجلدها وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائماً معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائماً معنى والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب النذر ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن النذر وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم النذر أما الاول فركن النذر هو الصيغة الدالة عليه وهو قوله لله عز شأنه على كذا أو على كذا أو هذا هدى أو صدقة أو مالى صدقة أو ما أملك صدقة ونحو ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يتعلق بالناذر وبعضها يتعلق بالمنذور به وبعضها يتعلق بنفس الركن أما الذى يتعلق بالناذر فشرائط الاهلية (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح نذر المجنون والصبى الذى لا يعقل لان حكم النذر وجوب المنذور به وهما ليسا من أهل الوجوب وكذا الصبى العاقل لانه ليس من أهل وجوب الشرائع ألا ترى انه لا يجب عليهما شئ من الشرائع بايجاب الشرع ابتداء فكذا بالنذر اذ الوجوب عند

وجود الصيغة من الاهل فى المحل بايجاب الله تعالى لا بايجاب العبد اذ ليس للعبد ولاية الايجاب وانما الصيغة علم على ايجاب الله تعالى (ومنها) الاسلام فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به وهو ظاهر مذهب الشافعى رحمه الله لان كون المنذور به قربة شرط صحة النذر وفعل الكافر لا يوصف بكونه قربة (وأما) حرية الناذر فليست من شرائط الصحة فيصح نذر المملوك ثم ان كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهما يجب عليه للحال ولو كان من القرب المالية كالاعتاق والاطعام ونحو ذلك يجب عليه بعد العتاق لانه ليس من أهل الملك للحال ولو قال ان اشتريت هذه الشاة فهى هدى أو ان اشتريت هذا العبد فهو حر فعتق لم يلزمه حتى يضيفه الى ما بعد العتق فى قياس قول أبى حنيفة وقد ذكرناه فى كتاب العتاق (وأما) الطواعية فليست بشرط عندنا خلافا للشافعى رحمه الله كما فى اليمين وكذا الجد والهزل والله عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى المنذور به فأنواع (منها) أن يكون متصور الوجود فى نفسه شرعا فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعا كمن قال لله تعالى على أن أصوم ليلا أو نهاراً أكل فيه وكالمرأة اذا قالت لله على أن أصوم أيام حيضى لان الليل ليس محل الصوم والاكل مناف للصوم حقيقة والحيض مناف له شرعا اذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعى ولو قالت لله على أن أصوم غداً فحاضت فى غد أو قالت لله على أن أصوم يوم يقدم فلان فقدم فى يوم حاضت فيه لا شئ عليها عند محمد وعند أبى يوسف عليها قضاء ذلك اليوم وهى من مسائل الصوم وعلى هذا يخرج ما اذا قال لله تعالى على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم فى النهار انه ان قدم قبل الزوال أو قبل ان تناول شيأ من المفطرات يلزمه صومه وان قدم بعد الزوال أو بعد ما تناول شيأ من المفطرات لا يلزمه شئ لانه أوجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم ولا دليل العلم ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله لان ما ثبت أداؤه على قصد المؤدى فى تحصيله لا يجب أداؤه الا بعد العلم بوجوبه أو دليل العلم فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف ولا وجود الا بالقدوم فصار الوجوب على هذا التخريج متعلقا بالقدوم ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم يتناول شيأ من المفطرات متصور كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصور له بعد التناول و بعد الزوال فلا يجب عليه شئ بخلاف اليمين بأن قال والله لاصومن اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم بعد ما أكل أو بعد الزوال حنث فى يمينه والفرق ان فى باب النذر يجب الفعل حقا لله تعالى لان الوجوب بايجاب الله تعالى عند مباشرة سبب الوجوب من العبد فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء (وأما) فى باب اليمين فالفعل فى نفسه غير واجب بل الواجب هو الامتناع عن هتك حرمة اسم الله تعالى عز شأنه وانما وجب الفعل لضرورة حصول البر وحصول البر أيضا لضرورة الامتناع عن الهتك فوجوبه لا يفتقر الى العلم فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتا قبل وجود دليل الوجوب وهو القدوم فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذى حلف أن يصومه وان لم يكن له به علم فاذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس حنث فى يمينه لفوات البر والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون قربة فلا يصح النذر بما ليس بقربة رأسا كالنذر بالمعاصى بأن يقول لله عز شأنه على أن أشرب الخمر أو أقتل فلانا أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فى معصية الله تعالى وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يعصى الله تعالى فلا يعصه ولان حكم النذر وجوب المنذور به ووجوب فعل المعصية محال وكذا النذر بالمباحات من الاكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القربة لاستوائهما فعلا وتركا وكذا لو قال على طلاق امرأتى لان الطلاق ليس بقربة فلا يلزم بالنذر وهل يقع الطلاق به فيه كلام نذكره ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المرضى وتشييع الجنائز والوضوء والاغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والاذان و بناء الرباطات والمساجد وغير ذلك وان كانت قربا لانها ليست بقرب مقصودة و يصح النذر بالصلاة والصوم والحج والعمرة والاحرام بهما والعتق والبدنة والهدى والاعتكاف ونحو ذلك لانها قرب مقصودة

وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقال عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه وفاؤه بما سمى الا أنه خص منه المسمى الذى ليس بقربة أصلا والذى ليس بقربة مقصودة فيجب العمل بعمومه فيما وراءه ومن مشايخنا من أصل فى هذا أصلا فقال ماله أصل فى الفروض يصح النذر به ولا شك أن ماسوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصل فى الفروض والاعتكاف له أصل أيضا فى الفروض وهو الوقوف بعرفة ومالا أصل له فى الفروض لا يصح النذر به كعيادة المرضى وتشييع الجنازة ودخول المسجد ونحوها وعلل بأن النذر ايجاب العبد فيعتبر بايجاب الله تعالى ولو قال لله على أن أصوم يوم النحر أو أيام التشريق يصح نذره عند أصحابنا الثلاثة ويفطر ويقضى وقال زفر رحمه الله والشافعى لا يصح نذره لهما انه نذر بما هو معصية لكون الصوم فى أيام التشريق منهيا عنه لقوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا فى هذه الايام فانها أيام أكل وشرب والمنهى عنه يكون معصية والنذر بالمعاصى لا يصح لما بينا والدليل عليه أن الصوم فى هذه الايام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الافساد بأن أصبح صائما ثم أفطر (ولنا) أنه نذر بقربة مقصودة فيصح النذر كما لو نذر بالصوم فى غير هذه الايام ودلالة الوصف النص والمعقول (أما) النص فقوله عليه الصلاة والسلام خبرا عن الله تعالى جل شأنه الصوم لى وأنا أجزى به من غير فصل (وأما) المعقول فهو أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء لان الصائم فى زمان الصوم يتقى الحلال فالحرام أولى ويعرف قدر نعم الله تعالى جل شأنه عليه بما يجشم من مرارة الجوع والعطش فيحمله ذلك على الشكر وعلى الاحسان الى الفقراء لما عرف قدر مقاساة المبتلى بالجوع والفقر وهذه المعانى موجودة فى الصوم فى هذه الايام وأنها معان مستحسنة عقلا والنهى لا يرد عما عرف حسنه عقلا لما فيه من التناقض فيحمل على غير مجاوره صيانة لحجج الله تعالى عن التناقض عملا بالدلائل بقدر الامكان (وأما) فصل الشروع والقضاء فممنوع عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبى حنيفة عليه الرحمة انما يلزم بالشروع ولا يجب القضاء بالافطار لان لزوم الاتمام فى صوم التطوع لضرورة صيانة المؤدى عن الابطال لان ابطال العمل حرام وههنا صاحب الحق وهو الله تعالى جلت عظمته رضى بابطال حقه فلا يحرم الابطال فلا يلزم الاتمام ووجوب القضاء ضرورة لزوم الاتمام فاذا لم يلزم لا يجب ولو قال على المشى الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة أو الى مكة أو الى بكة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه وجملة الكلام فيه أن المكان نوعان مكان يصح الدخول فيه بغير احرام وهو ماسوى الحرم كمسجد المدينة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام ومسجد بيت المقدس وغيرهما من سائر المساجد والاماكن ومكان لا يصح الدخول فيه بغير احرام وهو الحرم والحرم مشتمل على مكة ومكة على المسجد الحرام والمسجد الحرام على الكعبة فالناذر إما أن يسمى فى النذر الكعبة أو بيت الله تعالى أو مكة أو بكة أو الحرم أو المسجد الحرام والافعال التى يوجبها على نفسه شبه ألفاظ المشى والخروج والسفر والركوب والذهاب والاياب فان أوجب على نفسه شيأ من هذه الافعال وأضافه الى مكان يصح دخوله فيه بغير احرام لا يصح ايجابه لانه أوجب على نفسه التحول من مكان الى مكان وذا ليس بقربة مقصودة ولا يصح النذر بما ليس بقربة والدليل عليه ما روى أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انى نذرت أن فتح لك مكة أن أصلى مائتى ركعة فى مائة مسجد فقال عليه الصلاة والسلام صلى فى مسجد واحد فلم يصحح عليه الصلاة والسلام نذرها بالصلاة فى كل مسجد والنذر بخلاف اليمين فان اليمين تنعقد بهذه الالفاظ بأن يقول والله لاذهبن الى موضع كذا أولا سافرن أو غيرهما من الالفاظ لان اليمين لا يقف انعقادها على كون المحلوف عليه قربة بل ينعقد على القربة وغيرها بخلاف النذر وان أضاف ايجاب شئ من هذه الافعال الى المكان الذى لا يصح الدخول فيه بغير احرام ينظر فان أضاف ايجاب ماسوى المشى اليه لا يصح ولا يلزمه شئ لما ذكرنا أن التحول من مكان الى مكان ليس بقربة فى نفسه وان أضاف ايجاب المشى اليه فان ذكر سوى ماذكرنا من الامكنة من الكعبة وبيت الله تعالى ومكة وبكة

والمسجد الحرام والحرم بأن أوجب على نفسه المشي الى الصفا والمروة ومسجد الخيف وغيرها من المساجد التي في
الحرم لا يصح نذره بلا خلاف وان ذكر الكعبة وبيت الله عز شأنه أو مكة أو بكة يصح نذره ويلزمه حجة أو عمرة
ماشياً وان شاء ركب وذبح لركوبه شاة وهذا استحسان والقياس أن لا يصح ولا يلزمه شئ (وجه) القياس ان
من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قربة مقصودة ولا قربة في نفس المشي وانما القربة في الاحرام وانه ليس
بمذكور ولهذا لم يصح بسائر الالفاظ سوى لفظ المشي (وجه) الاستحسان ان هذا الكلام عندهم كناية عن التزام
الاحرام يستعملونه لالتزام الاحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله لله على أن أضرب
بثوبي حطيم الكعبة كناية عن التزام الصدقة باصطلاحهم والاحرام يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحدهما بخلاف
سائر الالفاظ فانها ما جرت عادتهم بالتزام الاحرام بها والمعتبر في الباب عرفهم وعادتهم ولا عرف هناك فيلزمه ذلك
ماشياً لانه التزم المشي وفيه زيادة قربة قال النبي عليه الصلاة والسلام من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من
حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال عليه الصلاة والسلام واحدة بسبعمائة فجاز التزامه بالنذر كصفة التتابع في
الصوم فيمشي حتى يطوف طواف الزيارة لان بذلك يقع الفراغ من أركان الحج الا أن له أن يركب ويذبح لركوبه شاة
لما روي أن أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما نذرت ان تحج ماشية فقال النبي عليه الصلاة والسلام لابي
سعيد الخدري ان الله تعالى غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دماً وما روي في بعض الروايات أن عقبة بن
عامر الجهني سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أختي نذرت أن تحج البيت ماشية غير مختمرة فقال عليه
الصلاة والسلام ان الله غني عن تعذيب أختك فلتركب ولتهد شاة وفي بعضها ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي
الى بيت الله تعالى حافية حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى
غني عن عناء أختك مرها فلتركب ولتهد شاة وتحرم ان شاءت بحجة وان شاءت بعمرة وروي عن سيدنا علي رضي الله
عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح لركوبه شاة رواه في الاصل وانما استوى فيه لفظ
الكعبة وبيت الله ومكة وبكة لان كل واحد من هذه الالفاظ يستعمل عند استعمال الآخر يقال فلان مشى الى
بيت الله والى الكعبة والى مكة والى بكة ولا يقال مشى الى الصفا والمروة وان ذكر المسجد الحرام أو الحرم قال أبو
حنيفة رحمه الله لا يصح نذره ولا يلزمه شئ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه حجة أو عمرة (وجه) قولهما
أن الحرم مشتمل على البيت وعلى مكة فصار كانه قال على المشي الى بيت الله والى مكة ولابي حنيفة رحمه الله أن
القياس أن لا يجب شئ بايجاب المشي المضاف الى مكان ما لما ذكرنا أن المشي ليس بقربة مقصودة إذ هو انتقال من
مكان الى مكان فليس في نفسه قربة ولهذا لا يجب بسائر الالفاظ الا أنا أوجبنا عليه الاحرام في لفظ المشي الى
بيت الله أو الى الكعبة أو الى بكة أو الى مكة للعرف حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الاحرام ولم يتعارفوا
استعمال غيرها من الالفاظ الا ترى أنه يقال مشى الى مكة والكعبة وبيت الله ولا يقال مشى الى الحرم أو المسجد
الحرام كما يقال مشى الى الصفا والمروة والكناية يتبع فيها عين اللفظ لا المعنى بخلاف المجاز فانه يراعى فيه المعنى اللازم
المشهور في محل الحقيقة لان الكناية ثابتة بالاصطلاح كالاسماء الموضوعة فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف
المجاز ولو قال على المشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شئ لانه نوى
ما يحتمله لفظه لان كل مسجد بيت الله تعالى فصحت نيته على أن الظاهر ان كانت ارادة الكعبة من هذا الكلام
لا غير لكن هذا أمر بينه وبين الله تعالى فيكتفى فيه باحتمال اللفظ إياه في الجملة ولو قال أنا أحرم أو أنا محرم أو أهدي
أو أمشي الى البيت فان نوى به الايجاب يكون ايجابا لانه يذكر ويراد به الايجاب كقولنا أشهد أن لا اله الا الله أنه
يكون توحيداً وكقول الشاهد عند القاضي أشهد أنه يكون شهادة فقد نوى ما يحتمله لفظه وان نوى أن يعد من
نفسه عدة ولا يوجب شيأ كان عدة ولا شئ عليه لان اللفظ يحتمل العدة لانه يستعمل في العدات وان لم يكن له نية

فهو على الوعد لانه غلب استعماله فيه فعند الاطلاق يحمل عليه هذا اذا لم يعلقه بالشرط فان علقه بالشرط بأن قال ان فعلت كذا فانا أحرم فهو على الوجوه التى بينا أنه ان نوى الايجاب يكون ايجابا وان نوى الوعد يكون وعدا لما قلنا وان لم يكن له نية فهو على الايجاب بخلاف الفصل الاول لان العدات لا تتعلق بالشروط وان الواجبات تتعلق بها فالمعرفة الى الايجاب بقرينة التعليق بالشرط ولم توجد القرينة فى الفصل الاول فصار الحاصل ان هذا اللفظ فى غير المعين بالشرط على الوعد الا أن ينوى به الايجاب وفى المعلق يقع على الايجاب الا أن ينوى به الوعد ولو قال لله تعالى على أن أنحر ولدى أو أذبح ولدى يصح نذره و يلزمه الهدى وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة والافضل هو الابل ثم البقر ثم الشاة وانما ينحر أو يذبح فى أيام النحر سواء كان فى الحرم أولا وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس أن لا يصح نذره وهو قول أبى يوسف وزفر والشافعى رحمهم الله (وجه) القياس أنه نذر بما هو معصية والنذر بالمعاصى غير صحيح ولهذا لم يصح بلفظ القتل (وجه) الاستحسان قول النبى عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة وقد نذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة لانه نذر بذبح الولد تقديراً بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة فيصح النذر بذبح الولد على وجه يظهر أثر الوجوب فى الشاة التى هى خلف عنه كالشيخ الفانى اذا نذر أن يصوم رجب أنه يصح نذره وتلزمه الفدية خلفاً عن الصوم ودليل ما قلنا الحديث وضرب من المعقول (أما) الحديث فقول النبى عليه الصلاة والسلام أنا ابن الذبيحين أراد أول آبائه من العرب وهو سيدنا اسماعيل عليه الصلاة والسلام وآخر آبائه حقيقة وهو عبد الله بن عبد المطلب سماهما عليه الصلاة والسلام ذبيحين ومعلوم انهما ما كانا ذبيحين حقيقة فكانا ذبيحين تقديراً بطريق الخلافة لقيام الخلف مقام الاصل (وأما) المعقول فلان المسلم انما يقصد بنذره التقرب الى الله تعالى الا انه عجز عن التقرب بذبح الولد تحقيقاً فلم يكن ذلك مرادا من النذر وهو قادر على ذبحه تقديرا بذبح الخلف وهو ذبح الشاة فكان هذا نذراً بذبح الولد تقديراً بذبح ما هو خلف عنه حقيقة كالشيخ الفانى اذا نذر بالصوم وانما لا يصح بلفظ القتل لان التعيين بالنذر وقع للواجب على سيدنا ابراهيم عليه الصلاة والسلام والواجب هناك بالايجاب المضاف الى ذبح الولد بقوله تعالى عز شأنه إنى أرى فى المنام أنى أذبحك على ان هذا حكم ثبت استحسانا بالشرع والشرع انما ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل ولا يستقيم القياس لان لفظ القتل لا يستعمل فى تفويت الحياة على سبيل القربة والذبح يستعمل فى ذلك ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه ولو نذر بذبحها لزمه ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر فى ظاهر الروايات وذكر فى نوادر هشام أنه على الاختلاف الذى ذكرنا ولو نذر بنحر ولد ولده ذكر فى شرح الآثار أنه على الاختلاف ولو نذر بنحر والديه أو جده أو جدته يصح نذره عند أبى حنيفة رحمه الله وعند الباقين لا يصح ولو نذر بذبح عبده عند محمد رحمه الله يصح وعند الباقين لا يصح وانما اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما فى الولد لاختلافهما فى المعنى فى الولد فالمعنى فى الولد عند أبى حنيفة رحمه الله هو أنه نذر بالتقرب الى الله تعالى بذبح ما هو أعز الاشياء عنده وهذا المعنى يوجد فى الوالدين ولا يوجد فى العبد وعند محمد رحمه الله المعنى فى الولد ان النذر بذبحه تقرب الى الله تعالى بما هو من مكاسبه والولد فى معنى المملوك له شرعا قال النبى عليه الصلاة والسلام ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فعدى الحكم الى المملوك حقيقة وهو العبد والى النفس وولد ولده لكونهما فى معنى المملوك له ولم يعد الى الوالدين لانعدام هذا المعنى وعلى هذا القياس ينبغى أن يصح نذر الجد بذبح الحافد وعند محمد لا يصح واذا أوجب على نفسه الهدى فهو بالخيار بين الاشياء الثلاثة ان شاء أهدى شاة وان شاء بقرة وان شاء ابلا وأفضلها أعظمها لان اسم الهدى يقع على كل واحد منهم ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيئين الابل والبقر والابل أفضل لان اسم البدانة يقع على كل واحد منهما ولو أوجب جزوراً فعليه الابل خاصة لان اسم الجزور يقع عليه خاصة ولا يجوز فيهما الا ما يجوز فى الاضاحى وهو الثنى من الابل والبقر والجذع من

الضأن اذا كان ضخما ولا يجوز ذبح الهدى الذى أوجب الا فى الحرم لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولم يرد به
نفس البيت بل البقعة التى هو فيها وهى الحرم لان الدم لا يراق فى البيت والمراد من قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
نفس البيت لانه هنالك ذكر الطواف بالبيت وههنا اضافه الى البيت لذلك افترقا ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان
الهدايا ومكان الهدايا هو الحرم ولا يحل له الا نتفاع بها ولا بشئ منها الا فى حال الضرورة فان اضطر الى ركوبها ركبها
و يضمن ما نقص ركوبه عليها وهذه من مسائل المناسك ولو أوجب على نفسه أن يهدى مالا بعينه فان كان مما لا
يحتمل الذبح يلزمه أن يتصدق به أو بقيمته على فقراء مكة وان كان مما يذبح ذبحه فى الحرم وتصدق بلحمه على فقراء
مكة ولو تصدق به على فقراء الكوفة جاز كذا ذكر فى الاصل ولو أوجب بدنة فذبحها فى الحرم وتصدق على الفقراء جاز
بالاجماع ولو ذبح فى غير الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى
يوسف رحمه الله لا يجوز ولو أوجب جزورا فله أن ينحره فى الحل والحرم و يتصدق بلحمه وهذه من مسائل الحج
ولو قال ما أملك هدى أو قال ما أملك صدقة يمسك بعض ماله و يمضى الباقى لانه أضاف الهدى والصدقة الى جميع
ما يملكه فيتناول كل جنس من جنس أمواله و يتناول القليل والكثير الا أنه يمسك بعضه لانه لو تصدق بالكل لاحتاج
الى ان يتصدق عليه فيتضرر بذلك وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فكان له أن يمسك مقدار
ما يعلم أنه يكفيه الى ان يكتسب فاذا اكتسب مالا تصدق بمثله لانه انتفع به مع كونه واجب الاخراج عن ملكه لجهة
الصدقة فكان عليه عوضه كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه ولو قال مالى صدقة فهذا على الاموال التى فيها الزكاة
من الذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم ولا يدخل فيه مالا زكاة فيه فلا يلزم ان يتصدق بدور السكنى وثياب
البدن والاثاث والعروض التى لا يقصد بها التجارة والعوامل وأرض الخراج لانه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار
النصاب ومادونه لانه مال الزكاة ألا ترى أنه اذا انضم اليه غيره تجب فيه الزكاة و يعتبر فيه الجنس لا القدر ولهذا قالوا اذا
نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط أنه يلزمه أن يتصدق به لانه جنس مال تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة فان
قضى دينه به لزمه التصدق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم وهذا الذى ذكرنا استحسان والقياس أن يدخل فيه جميع الاموال
كما فى فصل الملك لان المال اسم لما يتمول كما ان الملك اسم لما يملك فيتناول جميع الاموال كالملك (وجه) الاستحسان
ان النذر يعتبر بالامر لان الوجوب فى الكل بايجاب الله جل شأنه وانما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على ايجاب
الله تعالى ثم الايجاب المضاف الى المال من الله تعالى فى الامر وهو الزكاة فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز
شأنه وفى أموالهم حق معلوم ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا فى النذر وقد قال أبو يوسف رحمه الله قياس قول
أبى حنيفة عليه الرحمة اذا حلف لا يملك مالا ولا نية له وليس له مال تجب فيه الزكاة يحنث لان اطلاق اسم المال
لا يتناول ذلك وقال أبو يوسف ولا أحفظ عن أبى حنيفة اذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل فى نذره لان
اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه وقال أبو يوسف و يجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب ولا أحفظه عن أبى
حنيفة رحمه الله والوجه ما ذكرنا واذا كانت له ثمرة عشرية أو غلة عشرية تصدق بها فى قولهم لان هذا انما يتعلق به حق
الله تعالى وهو العشر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تدخل الارض فى النذر وقال أبو يوسف يتصدق بها لابى
يوسف انها من جملة الاموال النامية التى يتعلق حق الله تعالى بها فتدخل فى النذر ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق الله
تعالى لا يتعلق بها وانما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل قال بشر عن أبى يوسف اذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة
مساكين ولم يسم فعليه ذلك فان أطعم خمسة لم يجزه لان النذر يعتبر باصل الايجاب ومعلوم ان ما أوجبه ينبغى أن يكون
لعدد من المساكين لا يجوز دفعه الى بعضهم الا على التفريق فى الايام فكذا النذر ولو قال لله على أن أتصدق بهذه
الدراهم على المساكين فتصدق بها على واحد أجزأه لانه يجوز دفع الزكاة الى مسكين واحد وان كان المذكور فيها
جميع المساكين لقول الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين كذلك النذر ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين هذا

الطعام بعينه فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه لان الصدقة المتعلقة بمال متعين لا يتعين فيها المسكين لانه لما عين المال صار هو المقصود فلا يعتبر تعيين الفقير والافضل أن يعطى الذى عينه ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين شيأ سماه ولم يعينه فلا بد أن يعطيه الذى سماه لانه اذا لم يعين المنذور صار تعيين الفقير مقصودا فلا يجوز أن يعطى غيره ولو قال لله على اطعام عشرة مساكين وهو لا ينوى أن يطعم عشرة مساكين انما نوى أن يطعم واحدا ما يكفى عشرة أجزأه لان الطعام اسم للمقدار فكانه أوجب مقدار ما يطعم عشرة فيجوز أن يطعم بعضهم ولو قال لله علىّ أن أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان ثم قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وقدم فلان أجزأه ان يتصدق بتلك الدراهم عنهما جميعا ولا يلزمه غير ذلك وكذلك الصيام اذا سمى يوما بعينه لانه علق وجوب شئ واحد بشرطين لكل واحد منهما بحياله فان وجد الشرطان معا وجبت بالايجابين جميعا لان اجتماع سببين على حكم واحد جائز فان وجدا على التعاقب وجب بالاول ولا يتعلق بالثانى حكم نظيره اذا قال لعبده ان دخل زيد هذه الدار فأنت حر ثم قال ان دخلها عمرو فأنت حر فان دخلا معا عتق العبد بالايجابين وان دخلا على التعاقب عتق بالاول ولا يتعلق بالثانى حكم كذا هذا ولو قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها لانه أوجب على نفسه التصدق بها فيجب عليه ذلك فان أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله فعليه لنذره مثل ما أعطى لانه لما أعطى تعين للاخراج بجهة النذر ولم يتعين للاخراج بجهة الزكاة فاذا أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكا له فيضمن مثله كما لو أنفقه بخلاف الفصل الاول لان مثال الواجب تعين لكل واحد عن النذرين فجاز عنهما ولو قال ان قدم فلان فلله على أن أصوم يوم الخميس ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعا فقدم فلان يومئذ بعد ارتفاع النهار فعليه يوم مكانه لقدوم فلان لانه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه فاذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر فصار كانه قدم بعد ما أكل فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان ولو كان أراد بهذا القول اليمين لم يحنث فى يمينه لوجود شرط البر وهو صوم اليوم الذى حلف على صومه وجهات الصوم لم تتناولها اليمين ولو كان قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاؤه لانه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر كما لو أنشأ النذر بعد الزوال فقال لله على أن أصوم هذا اليوم فلا يجب قضاؤه وان قدم فلان قبل الزوال فى يوم قد أكل فيه فعليه أن يقضى لان القدوم حصل فى زمان يصح ابتداء النذر فيه وانما امتنع الصوم لوجود المنافى له وهو الاكل فلا يمنع صحة النذر كما لو أوجب ثم أكل ولو قال لله على أن أصوم الشهر الذى يقدم فيه فلان فقدم فى رمضان فصامه فى رمضان أجزأ عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر لان شهر رمضان فى حال الصحة والاقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره فلم يتعلق بهذا النذر حكم ولا كفارة عليه ان كان أراد به اليمين لتحقق البر وهو الصوم واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام ولو قال لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكر الله تطوعا لقدومه ونوى به اليمين فصامه عن كفارة يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار فعليه قضاؤه والكفارة (اما) القضاء فلانه نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدوم وذلك اليوم غير متعين لصوم الكفارة فاذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء (وأما) الكفارة فلانه لم يحلف على مطلق الصوم بل على أن يصوم عن القدوم فاذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث ولو كان فى رمضان فلا قضاء عليه وعليه الكفارة (اما) عدم وجوب القضاء فلان زمان رمضان يتعين لصوم رمضان فلا يصح ايجاب الصوم فيه لغيره (واما) وجوب الكفارة فيه فلانه لم يصم لما حلف عليه فلم يوجد البر وان صامه ينوى الشكر على قدوم فلان ولا ينوى رمضان بر فى يمينه وأجزأه عن رمضان (اما) الجواز عن رمضان فلان صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية لكون الزمان متعينا له فوقع عنه (وأما) بره فى يمينه فلانه حلف على الصوم بجهة وقد قصد تلك الجهة الا انه وقع عن غيره حكما من غير قصد ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم شهرا فانه يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوما فانه تعذر حمله على ظاهره اذ اليوم الواحد لا يوجد شهرا لانه اذا مضى لا يعود ثانيا فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى

بذلك اليوم الذى هو فيـه من الاثنين أو الخميس كلما تجدد الى ان يستكمل شـهر اثلاثين يوما حملا للكلام على وجه
الصحة ولو قال لله على أن أصوم هذا الشهر يوما نظر الى ذلك الشهر انه رجب أو شعبان أو غيره و يصير كأنه قال لله على
أن أصوم رجب أو شعبان فى وقت من الاوقات اذ الشهر لا يوجد فى يوم واحد فلا يمكن حمله على ظاهره وقد قصد
تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت وقد يذكر اليوم و يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى
وتلك الايام نداولها بين الناس وقال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره و يقال فى العرف يوماً لنا و يوماً علينا على ارادة مطلق
الوقت ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم غداً فعليه أن يصوم اليوم الذى قال فيه هذا القول ان قال ذلك قبل الزوال
وقبل أن يتناول ما ينقض صومه و يبطل قوله غـداً لانه ركب اسما على اسم لا بحرف النسق فبطـل التركيب لانه
يكون ايجاب صوم هـذا اليوم غداً وهذا اليوم لا يوجد فى غد فلا يكون الغد ظرفا له بطل قوله غداً و بقى قوله لله على
أن أصوم هـذا اليوم فينظر فى ذلك اليوم فان كان قابلا للايجاب صـح والا بطل بخلاف الفصل الاول لان اليوم قد
يعتد به عن مطلق الوقت (وأما) الغـد فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به الا عن عين الغد ولو قال لله على أن
أصوم غداً اليوم فعليـه أن يصوم غـداً وقوله اليوم حشو من كلامه لانه أوجب على نفسه صوم الغد وذلك صحيح
ولم يصح قوله اليوم لانه ركبه على الغد لا بحرف النسق فبطـل لان صوم غد لا يتصور وجوده فى اليوم فلغى قوله اليوم
و بقى قوله لله على أن أصوم غـداً ولو قال لله على صوم أمس غدا لم يلزمه شىء لان أمس لا يمكن أن يصام فيـه لانه
لا يعود ثانيا فبطـل الالتزام فيه فلا يلزمه بقوله غدا لانه لم يوجب صوم غد وانما جعل الغد ظرفا للامس وانه لا يصلح
ظرفا له فلغت تسمية الغـد أيضاً والاصل فى هذا النوع ان اللفظ الثانى يبطل فى الاحوال كلها لما ذكرنا واذا بطل
هذا ينظر الى اللفظ الاول فان صلح صح النذر به والا بطل ولو قال لله على صوم كذا كذا يوما ولا نية له فعليه صوم أحد
عشر يوما لانه جمع بين عددين مفردين مجملـين لا بحرف النسق فانصرف الى أقل عـددين مفردين يجمـع بينهما
لا بحرف النسق وذلك أحد عشر لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها وان نوى شيئا فهو على ما نوى يوما كان
أو أكثر لان حمـل هذا اللفظ على التكرار جائز فى اللغـة يقال صوم يوم يوم و يراد به تكرار يوم واذا جاز هذا فقد نوى
ما يحتمله كلامه فعملت نيته ولو قال لله على صوم كذا وكذا يوماً فعليه صوم أحد وعشرين يوماً ان لم يكن له نية لانه
جمع بين عددين مفردين على الاكمال بحرف النسق فحمل على أقل ذلك وأقله أحـد وعشرون يوماً وان كانت له نية
فهو على ما نوى واحداً أو أكثر لان هذا مما يحتمل التكرار يقال صوم يوم يوم و يراد به تكرار يوم واحـد ولو قال
لله على صوم بضـعة عشر يوماً ولا نية له كان عليـه صوم ثلاثة عشر يوماً لان البضع عنـد العرب عبارة عن ثلاثة
فما فوقها الى تمام العقد وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك فاذا لم يكن له نية صرف الى أقله وذلك
ثلاثة عشر اذ الاقل متيقن ولو قال لله على صوم سـنين فهو على ثلاث سنين لان الثلاث مستحقة هذا الاسم بيقين
ولو قال السنين فهو على عشر سنين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما على الابد ولو قال على صوم الشهور فهو
على عشرة أشهر عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يكن له نية وعندهما على اثنى عشر شهرا ولو قال صوم شهور فهو على
ثلاثة أشهر بلا خلاف وكذا هذا فى الايام وأياماً منكرا ومعرفاً وعندهما المعرف يقع على الايام السبعة وقد ذكرناه فى
كتاب الايمان ولو قال لله على صوم جمع هذا الشهر فعليه صوم كل يوم جمعة فى ذلك الشهر اذا لم يكن له نية لان هذا
اللفظ يراد به فى ظاهر العادة عين يوم الجمـعة ولو قال لله على صوم أيام الجمـعة فعليه صوم سبعة أيام لان أيام الجمعة سبعة
فى تعارف الناس ولو قال لله على صوم جمعة فان كانت له نية فهو على ما نوى ان نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها لان
ظاهر لفظه يحتمل كلاهمـا وان لم يكن له نية فهو على أيامها لانه يراد به فى أغلب العادات أيامها والله عز شأنه أعلم ولو
نذر بقربة مقصودة من صـلاة أو صوم فقال رجـل آخر على مثـل ذلك يلزمه وكذا اذا قال على المشى الى بيت الله
عز شأنه وكل مملوك لى حر وكل امرأة لى طالق اذا دخلت الدار فقال رجـل آخر على مثل ذلك ان دخلت الدار ثم

دخل الثانى الدار فانه يلزمه المشي ولا يلزمه العتاق والطلاق ثم قال ألا ترى انه لوقال على طلاق امرأتى فان الطلاق لا يقع عليها وهذا يدل على ان من قال الطلاق على واجب انه لا يقع طلاقه قال القدورى رحمه الله وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لى لازم يقع الطلاق لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق وكان محمد بن سلمة يقول ان الطلاق يقع بكل حال وحكى الفقيه أبو جعفر الهندوانى عن على بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل رحمهم الله انه قال المسئلة على الخلاف قال أبو حنيفة عليه الرحمة اذا قال الطلاق لى لازم أو على واجب لم يقع وقال محمد يقع فى قوله لازم ولا يقع فى قوله واجب وحكى ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل قال ألزمت نفسى طلاق امرأتى هذه أو ألزمت نفسى عتق عبدى هذا قال ان نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع والا لم يلزمه وكذلك لو قال ألزمت نفسى طلاق امرأتى هذه ان دخلت الدار أو عتق عبدى هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق ان نوى ذلك وان لم ينو فليس بشئ جعله بمنزلة كنايات الطلاق وجه قول محمد عليه الرحمة ان الوقوع للعادة والعادة فى اللزوم لانهم يذكرونه على ارادة الايقاع ولا عادة فى الايجاب فلا يقع به شئ ولابى يوسف رحمه الله ان الظاهر الالزام والايجاب للنذر ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنايات الطلاق ولابى حنيفة رحمه الله ان الطلاق لا يحتمل الايجاب والالزام لانه ليس بقربة فبطل وروى ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال رجل امرأة زيد طالق ثلاثا ورقيقه أحرار وعليه المشى الى بيت الله جل شأنه ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان كأنه قد حلف بذلك كله لان نعم جواب لا يستقل بنفسه فيتضمن اضمار ما خرج جوابا له كما فى قوله عز شأنه فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم تقديره نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقا وكالشهود اذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقة فقالوا نشهد عليك بما فيه فقال نعم ان لهم أن يشهدوا لان تقديره نعم اشهدوا على بما فى الكتاب ولو لم يكن قال نعم ولكنه قال أجزت ذلك فهذا لم يحلف على شئ لان قوله أجزت ليس بايجاب والتزام فلا يلزمه شئ فان قال قد أجزت ذلك على ان دخلت الدار أو قال قد ألزمت نفسى ذلك ان دخلت الدار كان لازما له لانه التزم ما قاله فلزمه ولو ان رجلا قال امرأة زيد طالق فقال زيد قد أجزت لزمه الطلاق وكذلك لو قال قد رضيت ما قال أو ألزمته نفسى لان هذا ليس بيمين بل هو ايقاع فيقف على الاجازة فأما اليمين فيحتاج الى الالتزام ليجوز على الحالف وينفذ عليه فلا بد من لفظ الالتزام ولو ان رجلا قال ان بعت هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق لان الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط فى غير ملكه فلم يحنث ولا يتعلق بالاجازة حكم لان البائع لم يوقت اليمين وانما حلف فى ملك نفسه ولو كان البائع قال ان اشترى زيد هذا العبد فهو حر فقال نعم ثم اشتراه عتق عليه لان البائع لم يعقد اليمين فى ملك نفسه وانما أضافها الى ملك المشترى فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقفت عليه فتعلق الحكم بها وقال ابن سماعة عن أبى يوسف لو ان رجلا طلق امرأته فقال آخر على مثل ذلك فان هذا لا يلزم الثانى وكذلك لو قال على مثل هذا الطلاق لان قوله على مثل ذلك ايجاب الطلاق على نفسه والطلاق لا يحتمل الايجاب ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلتها فان دخلها الثانى لم يلزمه طلاق امرأته لانه أوجب على نفسه الطلاق ان دخل الدار والطلاق لا يحتمل الايجاب والالزام لانه ليس بقربة فان أراد بهذا الايجاب اليمين فليست بطلاق حتى تطلق فان لم يفعل حتى مات أحدهما حنث لان النذر اذا أريد به اليمين صار كأنه قال لاطلقنها ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما كذا هذا ولو قال عبدى هذا حران دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت هذه الدار فدخل الثانى لم يعتق عبده لانه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقا غير معين فكان له أن يخرج منه بشراء عبد يعتقه فلا يتعلق العتق بعبيده الموجودين لا محالة واذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق فى ذمته لانه لو لزمه لم يكن ذلك مثل ما فعله الحالف ولو ان رجلا قال لله على نسمة ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت فهذا لازم للاول ولازم للثانى أيهما دخل لزمه نسمة لان الاول أوجب

عتقاً في ذمته وذلك مما يجب بالنذر واذا أوجب آخر مثله وجب عليه بخلاف الفصل الاول لان ثمة ما أوجب العتق بل علق فلا يكون على الثاني ايجاب لانه ليس بمثل ولو قال كل مالي هدى وقال آخر وعلى مثل ذلك فعليه أن يهدى جميع ماله سواء كان أقل من مال الاول أو أكثر الا أن يعني مثل قدره فيلزمه مثل ذلك ان كان مال الثاني أكثر وان كان مال الثاني أقل يلزمه في ذمته تمام مال الاول لان مطلق الايجاب يضاف الى هدى جميع ماله كما أوجب الاول فاذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه فان قال رجل كل مال أملك الى سنة فهو هدى فقال آخر على مثل ذلك لم يلزمه شئ لان الثاني لم يضف الهدى الى الملك فلا تثبت الاضافة بالاضمار والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون المنذور به اذا كان مالا مملوك الناذر وقت النذر أو كان النذر مضافا الى الملك أو الى سبب الملك حتى لو نذر بهدى مالا يملكه أو بصدقة مالا يملكه للحال لا يصح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم الا اذا أضاف الى الملك أو الى سبب الملك بأن قال كل مال أملكه فيما استقبل فهو هدى أو قال فهو صدقة أو قال كلما اشتريته أو أرثه فيصح عند أصحابنا خلافا للشافعي رحمه الله والصحيح قولنا لقوله عز وجل ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين الى قوله تعالى فأعقبهم نفاقا في قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف لان الناذر بنذره عاهد الله تعالى الوفاء بنذره وقد لزمه الوفاء بما عهد والمؤاخذة على ترك الوفاء به ولا يكون ذلك الا في النذر الصحيح (ومنها) أن لا يكون مفروضاً ولا واجباً فلا يصح النذر بشئ من الفرائض سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان أو فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة ولا بشئ من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والعمرة والاضحية أو على سبيل الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم ورد السلام ونحو ذلك لان ايجاب الواجب لا يتصور (وأما) الذي يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء فان دخله أبطله

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم النذر فالكلام فيه في مواضع الاول في بيان أصل الحكم والثاني في بيان وقت ثبوته والثالث في بيان كيفية ثبوته أما أصل الحكم فالناذر لا يخلو من أن يكون نذر وسمى أو نذر ولم يسم فان نذر وسمى فحكمه وجوب الوفاء بما سمى بالكتاب العزيز والسنة والاجماع والمعقول (أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤلا وقوله سبحانه وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم والنذر نوع عهد من الناذر مع الله جل وعلا فيلزمه الوفاء بما عهد وقوله جلت عظمته وأوفوا بالعقود أي العهود وقوله عز شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن الى قوله تعالى بما أخلفوا الله ما وعدوه ألزم الوفاء بعهده حيث أوعد على ترك الوفاء (وأما) السنه فقول النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وعلى كلمة ايجاب وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والناذر شرط الوفاء بما نذر فيلزمه مراعاة شرطه وعليه اجماع الامة (وأما) المعقول فهو أن المسلم يحتاج الى أن يتقرب الى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التي له رخصة تركها لما يتعلق به من المعاقبة الحميدة وهي نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى في دار الكرامة وطبعه لا يطاوعه على تحصيله بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهي المشقة ولا ضرورة في الترك فيحتاج الى اكتساب سبب يخرجه عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموظفة وذلك يحصل بالنذر لان الوجوب يحمله على التحصيل خوفا من مضرة الترك فيحصل مقصوده فثبت أن حكم النذر الذي فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمى وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً معلقاً بشرط بأن قال ان فعلت كذا فعلى لله حج أو عمرة أو صوم أو صلاة أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذي جعله على نفسه ولم يجز عنه كفارة وهذا قول أصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله أن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة كما اذا قال ان شفى الله مريضي أو إن قدم غائبي فعلي كذا وان علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال ان كلمت فلانا أو قال ان دخلت الدار فلله على

كذا

كذا يخرج عنه بالكفارة وهو بالخيار ان شاء وفى بالنذر وان شاء كفر وأصحاب الشافعى رحمه الله يسمون هذا يمين الغضب وروى عامر عن على بن معبد عن محمد رحمهم الله أنه رجع عن ذلك وقال يجزى فيه كفارة اليمين وروى عبد الله بن المبارك وغيره عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يجزيه كفارة اليمين وروى أن أباحنيفة عليه الرحمة رجع الى الكفارة فى آخر عمره فانه روى عن عبد العزيز بن خالد أنه قال قرأت على أبى حنيفة رحمه الله كتاب الايمان فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيى أن أرجع الى الكفارة قال فخرجت حاجاً فلما رجعت وجدت أباحنيفة عليه الرحمة قدمات فأخبرنى الوليد بن أبان أن أباحنيفة رجع عن الكفارة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن على وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم ان عليه الوفاء بما سمى وعن سيدنا عمر وعبد الله بن سيدنا عمر وسيدتنا عائشة وسيدتنا حفصة رضى الله عنهم ان عليه الكفارة احتج من قال بوجوب الكفارة بقوله جلت عظمته ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقوله جل شأنه ذلك كفارة أيمانكم وهذا يمين لان اليمين بغير الله تعالى جل شأنه شرط وجزاء وهذا كذلك وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وهذا نص ولان هذا فى معنى اليمين بالله تعالى جل شأنه لان المقصد من اليمين بالله تعالى الامتناع من المحلوف عليه أو تحصيله خوفا من لزوم الحنث وهذا موجود ههنا لانه ان قال ان فعلت كذا فعلى حجة فقد قصد الامتناع من تحصيل الشرط وان قال ان لم أفعل كذا فعلى حجة فقد قصد تحصيل الشرط وكل ذلك خوفا من الحنث فكان فى معنى اليمين بالله تعالى فتلزمه الكفارة عند الحنث (ولنا) قوله جل شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية وغيرها من نصوص الكتاب العزيز والسنة المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر عاماً مطلقاً من غير فصل بين المطلق والمعلق بالشرط والوفاء بالنذر هو فعل ما تناوله النذر لا الكفارة ولان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أوقعه المتصرف تنجيزاً كان أو تعليقاً بشرط والمتصرف أوقعه نذراً عليه عند وجود الشرط وهو ايجاب الطاعة المذكورة لا ايجاب الكفارة واحتج أبو يوسف رحمه الله فى ذلك وقال القول بوجوب الكفارة يؤدى الى وجوب القليل بايجاب الكثير ووجوب الكثير بايجاب القليل لانه لو قال ان فعلت كذا فعلى صوم سنة أو اطعام ألف مسكين لزمه صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين ولو قال ان فعلت كذا فعلى صوم يوم أو اطعام مسكين لزمه اطعام عشرة مساكين أو صوم ثلاثة ولا حجة لهم بالآية الكريمة لان المراد بها اليمين بالله عز شأنه لان الله تعالى أثبت باليمين المعقودة ما نفاه بيمين اللغو بقوله تعالى جلت كبرياؤه لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان والمراد من النفى اليمين بالله تعالى كذا فى الاثبات والحديث محمول على النذر المبهم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قولهم ان هذا فى معنى اليمين بالله تعالى ممنوع بأن النذر المعلق بالشرط صريح فى الايجاب عند وجود الشرط واليمين بالله تعالى ليس بصحيح فى الايجاب وكذا الكفارة فى اليمين بالله تعالى تجب جبراً لهتك حرمة اسم الله عز اسمه الحاصل بالحنث وليس فى الحنث ههنا هتك حرمة اسم الله تعالى وانما فيه ايجاب الطاعة فلم يكن فى معنى اليمين بالله تعالى ثم الوفاء بالمنذور به نفسه حقيقة انما يجب عند الامكان فاما عند التعذر فانما يجب الوفاء به تقديرا بخلفه لان الخلف يقوم مقام الاصل كانه هو كالتراب حال عدم الماء والاشهر حال عدم الاقراء حتى لو نذر الشيخ الفانى بالصوم يصح نذره وتلزمه الفدية لانه عاجز عن الوفاء بالصوم حقيقة فيلزمه الوفاء به تقديراً بخلفه ويصير كانه صام وعلى هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد أنه يصح عند أبى حنيفة عليه الرحمة ومحمد رحمه الله ويجب ذبح الشاة لانه ان عجز عن تحقيق القربة بذبح الولد حقيقة لم يعجز عن تحقيقها بذبحه تقديراً بذبح خلفه وهو الشاة كما فى الشيخ الفانى اذا نذر بالصوم (وأما) وجوب الكفارة عند فوات المنذور به اذا كان معيناً بأن نذر صوم شهر بعينه ثم أفطر فهل هو من حكم النذر فجملة الكلام فيه أن الناذر لا يخلو اما ان قال ذلك ونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً أو لم يخطر بباله شئ لا النذر ولا اليمين أو نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى اليمين ونوى أن لا يكون

نذراً أو نوى النذر واليمين جميعاً فان لم يخطر بباله شئ لا النذر ولا اليمين أو نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذراً بالاجماع وان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً بالاتفاق وان نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً و يميناً في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذرا والاصل عند أبي يوسف لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذرا و يميناً بل اذا بقي نذرا لا يكون يميناً واذا صار يميناً لم يبق نذرا وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز أن يكون الكلام الواحد نذرا و يميناً (وجه) قول أبي يوسف ان الصيغة للنذر حقيقة و تحتمل اليمين مجاز المناسبة بينهما بكون كل واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعل أو الاقدام عليه فاذا بقيت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز واذا انقلب مجازاً لم تبق الحقيقة لان الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التنافي إذ الحقيقة من الاسامي ما تقرر في المحل الذي وضع له والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه الى غيره لضرب مناسبة بينهما ولا يتصور أن يكون الشئ الواحد في زمان واحد متقررا في محله ومنتقلا عنه الى غيره (ولهما) أن النذر فيه معنى اليمين لان النذر وضع لايجاب الفعل مقصودا تعظيما لله تعالى وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه الا أن اليمين ما وضعت لذلك بل لتحقيق الوعد والوعيد ووجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعيد لا أنه يثبت مقصودا باليمين لانها ما وضعت لذلك واذا كان وجوب الفعل فيها لغيره لم يكن الفعل واجباً في نفسه ولهذا تنعقد اليمين في الافعال كلها واجبة كانت أو محظورة أو مباحة ولا ينعقد النذر الا فيما لله تعالى من جنسه ايجاب ولهذا لم يصح اقتداء الناذر بالناذر لتغاير الواجبين لان صلاة كل واحد منهما وجبت بنذره فتتغاير الواجبات ولم يصح الاقتداء و يصح اقتداء الحالف بالحالف لان المحلوف عليه اذا لم يكن واجباً في نفسه كان في نفسه نفلا كان اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح واذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه والمحلوف واجب لغيره فلا شك ان ما كان واجباً في حق نفسه كان في حق غيره واجباً فكان معنى اليمين وهو الوجوب لغيره موجودا في النذر فكان كل نذر فيه معنى اليمين الا أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن وجوبه في حق غيره فاذا نواه فقد اعتبره فصار نذرا و يميناً و به تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لان المجاز ما جاوز محل الحقيقة الى غيره لنوع مناسبة بينهما وهذا ليس من هذا القبيل بل هو من جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرره معتبرا بالنسبة فلم يكن من باب المجاز والدليل على أنه يجوز اشتمال لفظ واحد على معنيين مختلفين كالكتابة والاعتاق على مال ان كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى المعاوضة على ما ذكرنا في كتاب العتاق والمكاتب (وأما) النذر الذي لا تسمية فيه فحكمه وجوب ما نوى ان كان الناذر نوى شيئا سواء كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط بأن قال لله علي نذر او قال ان فعلت كذا فلله علي نذر فان نوى صوما أو صلاة أو حجاً أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط ولا تجزيه الكفارة في قول أصحابنا على ما بينا وان لم تكن له نية فعليه كفارة اليمين غير انه ان كان مطلقاً يحنث للحال وان كان معلقاً بشرط يحنث عند الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحا أو معصية بأن قال ان صمت أو صليت فلله علي نذر و يجب عليه أن يحنث نفسه و يكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولو نوى في النذر المبهم صياما ولم ينو عدداً فعليه صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان نوى طعاما ولم ينو عدداً فعليه طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة لانه لو لم يكن له نية لكان عليه كفارة اليمين لما ذكرنا ان النذر المبهم يمين وان كفارته كفارة يمين بالنص فلما نوى به الصيام انصرف الى صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف الاطعام الى طعام الكفارة وهو اطعام عشرة مساكين ولو قال لله علي صدقة فعليه نصف صاع ولو قال لله علي صوم فعليه صوم يوم ولو قال لله علي صلاة فعليه ركعتان لان ذلك أدنى ما ورد

الامر به والنذر يعتبر بالامر فاذالم ينوشيئاً ينصرف الى أدنى ماورد به الامر فى الشرع (وأما) وقت ثبوت هذا الحكم فالنذر لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون معلقاً بشرط أومقيداً بمكان أومضافا الى وقت والمنذور لا يخلو اما ان كان قربة بدنية كالصوم والصلاة واما ان كان مالية كالصدقة فان كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه وهو وجوب المنذور به هو وقت وجود النذر فيجب عليه فى الحال مطلقا عن الشرط والمكان والزمان لان سبب الوجوب وجد مطلقا فيثبت الوجوب مطلقاً وان كان معلقاً بشرط نحو أن يقول ان شفى الله مريضى أوان قدم فلان الغائب فلله على أن أصوم شهراً أو أصلى ركعتين أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك فوقته وقت الشرط فما لم يوجد الشرط لا يجب بالاجماع ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نفلا لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لان تعليق النذر بالشرط هو اثبات النذر بعد وجود الشرط كتعليق الحرية بالشرط اثبات الحرية بعد وجود الشرط فلا يجب قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر فلا يجوز تقديمه على الشرط لانه يكون اداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث لانه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان كان مقيداً بمكان بان قال لله على أن أصلى ركعتين فى موضع كذا أو أتصدق على فقراء بلد كذا يجوز أداؤه فى غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يجوز الا فى المكان المشروط (وجه) قوله أنه أوجب على نفسه الاداء فى مكان مخصوص فاذا أدى فى غيره لم يكن مؤدياً ما عليه فلا يخرج عن عهدة الواجب ولان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى مقيداً بمكان لا يجوز أداؤه فى غيره كالنحر فى الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة كذا ما أوجبه العبد (ولنا) ان المقصود والمبتغى من النذر هو التقرب الى الله عز وجل فلا يدخل تحت نذره الا ما هو قربة وليس فى عين المكان وانما هو محل اداء القربة فيه فلم يكن بنفسه قربة فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة وان كان مضافا الى وقت بان قال لله على أن أصوم رجب أو أصلى ركعتين يوم كذا أو أتصدق بدرهم فى يوم كذا فوقت الوجوب فى الصدقة هو وقت وجود النذر فى قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلاف بين أصحابنا واختلف فى الصوم والصلاة قال أبو يوسف وقت الوجوب فيهما وقت وجود النذر وعند محمد عليه الرحمة وقت مجىء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت فى قول أبى يوسف ولا يجوز فى قول محمد رحمه الله (وجه) قول محمد ان النذر ايجاب ما شرع فى الوقت نفلا ألا ترى ان النذر بما ليس بمشروع نفلا وفى وقت لا يتصور كصوم الليل وغيره لا يصح والناذر أوجب على نفسه الصوم فى وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لانها عبادة مالية لا تعلق لها بالوقت بل بالمال فكان ذكر الوقت فيه لغوا بخلاف العبادة البدنية (وجه) قول أبى يوسف ان الوجوب ثابت قبل الوقت المضاف اليه النذر فكان الاداء قبل الوقت المذكور اداء بعد الوجوب فيجوز والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان أحدهما ان العبادات واجبة على الدوام بشرط الامكان وانتفاء الحرج بالنصوص والمعقول (أما) النصوص فقوله عز شأنه يا أيها الناس اعبدوا ربكم وافعلوا الخير وقوله تعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ونحو ذلك (وأما) المعقول فهو ان العبادة ليست الا خدمة المولى وخدمة المولى على العبد مستحقة والتبرع من العبد على المولى محال والعبودية دائمة فكان وجوب العبادة عليه دائما ولان العبادات وجبت شكرا للنعمة والنعمة دائمة فيجب أن يكون شكرها دائما حسب دوام النعمة الا ان الشرع رخص للعبد تركها فى بعض الاوقات فاذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة كالمسافر اذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه الفرض لان الواجب عليه هو الصوم الا أنه رخص له تركه لعذر السفر فاذا صام فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى كان الشروع فى نفل العبادة اللزوم فى الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشروع الا أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة كذا فى النذر والثانى أنه وجد سبب الوجوب للحال وهو

النذر وانما الاجل ترفيه يترفه به فى التأخير فاذا عجل فقد أحسن فى اسقاط الاجل فيجوز كما فى الاقامة فى حق المسافر
لصوم رمضان وهذا لان الصيغة صيغة ايجاب أعنى قوله لله على أن أصوم والاصل فى كل لفظ موجود فى زمان
اعتباره فيه فيما يقتضيه فى وضع اللغة ولا يجوز ابطاله ولا تغييره الى غير ما وضع له الا بدليل قاطع أو ضرورة داعية
ومعلوم أنه لا ضرورة الى ابطال هذه الصيغة ولا الى تغييرها ولا دليل سوى ذكر الوقت وانه محتمل قد يذكر
للوجوب فيه كما فى باب الصلاة وقد يذكر لصحة الاداء كما فى الحج والاضحية وقد يذكر للترفيه والتوسعة كما فى
وقت الاقامة للمسافر والحول فى باب الزكاة فكان ذكر الوقت فى نفسه محتملا فلا يجوز ابطال صيغة الايجاب
الموجودة للحال مع الاحتمال فبقيت الصيغة موجبة وذكر الوقت للترفيه والتوسعة كيلا يؤدى الى ابطال الثابت بيقين
الى أمر محتمل وبه تبين ان هذا ليس بايجاب صوم رجب عينا بل هو ايجاب صوم مقدر بالشهر أى شهر كان فكان
ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتعيين فاى شهر اتصل الاداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه وان لم يتصل به الاداء
الى رجب تعين رجب لوجوب الاداء فيه فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الاداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل
اتصال الاداء بشهر قبله كما فى باب الصلاة انها تجب فى جزء من الوقت غير عين وانما يتعين الوجوب بالشروع ان شرع
فيها وان لم يشرع الى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف فى أصول
الفقه وكما فى النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرهما انها
تجب فى مطلق الوقت فى غير عين وانما يتعين الوجوب اما باتصال الاداء به واما بآخر العمر اذا صار الى حال لو لم يؤد لفات
بالموت (وأما) كيفية ثبوته فالنذر لا يخلو اما أن أضيف الى وقت مبهم واما أن أضيف الى وقت معين فان أضيف
الى وقت مبهم بان قال لله على أن أصوم شهرا ولا نية له فحكمه هو حكم الامر المطلق عن الوقت واختلف اهل الاصول
فى ذلك ان حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخى حكى الكرخى رحمه الله عن أصحابنا أنه على الفور وروى ابن
شجاع البلخى عن أصحابنا أنه يجب وجوبا موسعاً فظهر الاختلاف بين أصحابنا فى الحج فعند أبى يوسف يجب
على الفور وعند محمد على التراخى وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة مثل قول أبى يوسف وقال عامة مشايخنا بما وراء
النهر انه على التراخى وتفسير الواجب على التراخى عندهم انه يجب فى جزء من عمره غير عين واليه خيار التعيين ففى أى
وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب وان لم يشرع يتضيق الوجوب فى آخر عمره اذا بقى من آخر عمره قدر ما
يمكنه الاداء فيه بغالب ظنه حتى لو مات قبل الاداء يأثم بتركه وهو الصحيح لان الامر بالفعل مطلق عن الوقت فلا
يجوز تقييده الا بدليل فكذلك النذر لان النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت فلا يجوز تقييدها
الا بدليل وكذا سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقاً عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب فيجب عليه ان
يصوم شهرا من عمره غير عين وخيار التعيين اليه الى ان يغلب على ظنه الفوت لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذ وكذا
حكم الاعتكاف المضاف الى وقت مبهم بان قال لله على ان أعتكف شهرا ولا نية له وهذا بخلاف اليمين بالكلام بأن
قال والله لا أكلم فلانا شهرا انه يتعين الشهر الذى يلى اليمين وكذا الاجارة بأن آجر داره أو عبده شهرا فانه يتعين الشهر
الذى يلى العقد لانه أضاف النذر الى شهر منكر والصرف الى الشهر الذى يلى النذر يعين المنكر ولا يجوز تعيين المنكر
الا بدليل هو الاصل وقد قام دليل التعيين فى باب اليمين والاجارة لان غرض الحالف منع نفسه عن الكلام والانسان
انما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره لاهانته والاستخفاف به لداع يدعوه الى ذلك الحال والاجارة تنعقد للحاجة الى
الانتفاع بالمستأجر والحاجة قائمة عقيب العقد فيتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الاجارة ويجوز تعيين المبهم عند
قيام الدليل المعين ولو نوى شهرا معيناً صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه ثم فى النذر المضاف الى
وقت مبهم اذا عين شهراً للصوم فهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق بخلاف الاعتكاف انه اذا عين شهرا للاعتكاف
فلا بد وأن يعتكف متتابعاً فى النهار والليالى جميعاً لان الايجاب فى النوعين حصل مطلقا عن صفة التتابع الا أن فى

ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبثاً على الدوام فكان مبناه على الاتصال والليالي والنهر قابلة لذلك فلابد من التتابع ومبنى الصوم ليس على التتابع بل على التفريق لما بين كل يومين مالا يصلح له وهو الليل فبقى له الخيار وان أضيف الى وقت معين بأن قال لله على أن أصوم غداً يجب عليه صوم الغد وجوباً مضيقاً ليس له رخصة التأخير من غير عذر وكذا اذا قال لله على صوم رجب فلم يصم فيما سبق من الشهور على رجب حتى هجم رجب لا يجوز له التأخير من غير عذر لانه اذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه على التضييق فلا يباح له التأخير ولو صام رجب وأفطر منه يوما لا يلزمه الاستقبال ولكنه يقضي ذلك اليوم من شهر آخر بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهراً متتابعاً أو قال أصوم شهراً ونوى التتابع فأفطر يوماً انه يستقبل لان هناك أوجب على نفسه صوما موصوفاً بصفة التتابع وصح الايجاب لان صفة التتابع زيادة قربة لما يلحقه بمراعاتها من زيادة مشقة وهى صفة معتبرة شرعاً ورد الشرع بها فى كفارة القتل والظهار والافطار واليمين عندنا فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما التزم فاذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما فى صوم كفارة الظهار والقتل فأما ههنا فما أوجب على نفسه صوما متتابعاً وانما وجب عليه التتابع لضرورة تجاور الايام لان أيام الشهر متجاورة فكانت متتابعة فلا يلزمه الا قضاء ما أفطر كما لو أفطر يوما من رمضان لا يلزمه الا قضاؤه وان كان صوم شهر رمضان متتابعاً لما قلنا كذا هذا ولا نا لو ألزمناه الاستقبال لوقع أكثر الصوم فى غير ما أضيف اليه النذر ولو أتم وقضى يوما لكان مؤدياً أكثر الصوم فى الوقت المعين فكان هذا أولى ولو أفطر رجب كله قضى فى شهر آخر لانه فوت الواجب عن وقته فصار ديناً عليه والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا وجب قضاء رمضان اذا فات عن وقته ولأن الوجوب عند النذر بايجاب الله عز شأنه فيعتبر بالايجاب المبتدأ وما أوجبه الله تعالى عز شأنه على عباده ابتداء لا يسقط عنه الا بالاداء أو بالقضاء كذا هذا والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب الكفارات ﴾

الكلام فى الكفارات فى مواضع فى بيان أنواعها وفى بيان وجوب كل نوع وفى بيان كيفية وجوبه وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان شرط جوازه (أما) الاول فالكفارات المعهودة فى الشرع خمسة أنواع كفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة الافطار والكل واجبة الا أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز وواحدة منها عرف وجوبها بالسنة (أما) الاربعة التى عرف وجوبها بالكتاب العزيز فكفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار قال الله تعالى عز شأنه فى كفارة اليمين لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والكفارة فى عرف الشرع اسم للواجب وقال جل شأنه فى كفارة الحلق فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك أى فعليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال تعالى فى كفارة القتل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله أى فعليه تحرير رقبة مؤمنة وعليه ذلك وعليه صوم شهرين متتابعين لان صيغته وان كانت صيغة الخبر لكن لو حمل على الخبر لادى الى الخلف فى خبر من لا يحتمل خبره الخلف فيحمل على الايجاب والامر بصيغة الخبر كثير النظير فى القرآن قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أى ليرضعن وقال عز شأنه والمطلقات يتربصن بأنفسهن أى ليتربصن ونحو ذلك وقال الله تعالى فى كفارة الظهار والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل

أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أي فعليهم ذلك لما قلنا (وأما) كفارة الافطار فلا ذكر لها في الكتاب العزيز وانما عرف وجوبها بالسنة وهو ماروى أن اعرابيا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يارسول الله هلكت وأهلكت فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في شهر رمضان متعمدا فقال النبي عليه الصلاة والسلام أعتق رقبة قال ليس عندي ما أعتق فقال له عليه الصلاة والسلام صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع فقال له عليه الصلاة والسلام اطعم ستين مسكينا فقال لا أجد ما أطعم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرق فيه خمسة عشر صاعا من تمر فقال خذها وفرقها على المساكين فقال أعلى أهل بيت أحوج مني والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي فقال له النبي عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزي أحداً بعدك وفي بعض الروايات ان الاعرابي لما قال ذلك تبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ثم قال عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزي أحدا بعدك فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالاعتاق ثم بالصوم ثم بالاطعام ومطلق الامر محمول على الوجوب والله عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه الانواع فلوجوبها كيفيتان احداهما ان بعضها واجب على التعيين مطلقا وبعضها على التخيير مطلقا وبعضها على التخيير في حال والتعيين في حال (أما) الاول فكفارة القتل والظهار والافطار لان الواجب في كفارة القتل التحرير على التعيين لقوله عز شأنه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله جل شأنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والواجب في كفارة الظهار والافطار ما هو الواجب في كفارة القتل وزيادة الاطعام اذا لم يستطع الصيام لقوله عز شأنه فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وكذا الواجب في كفارة الافطار لما روينا من الحديث (وأما) الثاني فكفارة الحلق لقوله عز شأنه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وأما الثالث فهو كفارة اليمين لان الواجب فيها أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا غير عين وخيار التعيين الى الحالف يعين أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا وهذا مذهب أهل السنة والجماعة في الامر بأحد الاشياء انه يكون أمرا بواحد منها غير عين وللمأمور خيار التعيين وقالت المعتزلة يكون أمرا بالكل على سبيل البدل وهذا الاختلاف بناء على أصل مختلف بيننا وبينهم معروف يذكر في أصول الفقه والصحيح قولنا لان كلمة أو اذا دخلت بين أفعال يراد بها واحد منها لا الكل في الاخبار والايجاب جميعا يقال جاءني زيد أو عمرو ويراد به مجيء أحدهما ويقول الرجل لآخر بع هذا أو هذا ويكون توكيلا ببيع أحدهما فالقول بوجوب الكل يكون عدولا عن مقتضى اللغة ولدلائل آخر عرفت في أصول الفقه فان لم يجد شيأ من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعيين لقوله عز شأنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والثانية أن الكفارات كلها واجبة على التراخي هو الصحيح من مذهب أصحابنا في الامر المطلق عن الوقت حتى لا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الامكان ويكون مؤديا لا قاضيا ومعنى الوجوب على التراخي هو أن يجب في جزء من عمره غير عين وانما يتعين بتعيينه فعلا أو في آخر عمره بأن أخره الى وقت يغلب على ظنه انه لو لم يؤد فيه لفات فاذا أدى فقد أدى الواجب وان لم يؤد حتى مات أثم لتضييق الوجوب عليه في آخر العمر وهل يؤخذ من تركته ينظر ان كان لم يوص لا يؤخذ ويسقط في حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذر ولو تبرع عنه ورثته جاز عنه في الاطعام والكسوة وأطعموا في كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم وفي كفارة الظهار والافطار أطعموا ستين مسكينا ولا يجبرون عليه ولا يجوز أن يعتقوا عنه لان التبرع بالاعتاق عن الغير لا يصح ولا أن يصوموا عنه لانه عبادة بدنية محضة فلا تجري فيه النيابة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد وان كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصي في كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة لانه لما أوصى فقد بقي ملكه في ثلث ماله وفي كفارة القتل والظهار والافطار تحرير رقبة ان بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة وان لم يبلغ أطعم ستين مسكينا في كفارة الظهار والافطار ولا يجب الصوم فيها وان أوصى لان الصوم نفسه لا يحتمل النيابة

ولا

ولا يجوز الفداء عنه بالطعام لانه فى نفسه بدل والبدل لا يكون له بدل ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه ثم مات فغدى الوصى عشرة ثم ماتوا يستأنف فيغدى و يعشى غيرهم لانه لا سبيل الى تفريق الغداء والعشاء على شخصين لما نذكر ولا يضمن الوصى شيأ لانه غير متعداذ لا صنع له فى الموت ولو قال أطعموا عنى عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدوا عشرة ثم ماتوا يعشوا عشرة غيرهم لانه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة ألا ترى انه لم يسم كفارة فكان سببه النذر فجاز التفريق والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب كل نوع فكل ماهو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار والافطار والقتل فهو شرط وجوبها لان الشروط كلها شروط العلل عندنا وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الايمان والظهار والصوم والجنايات ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب وهذا شرط معقول لاستحالة وجوب فعل بدون القدرة عليه غير أن الواجب اذا كان معينا تشترط القدرة على أدائه عينا كما فى كفارة القتل والظهار والافطار فلا يجب التحرير فيها الا اذا كان واجدا للرقبة وهو أن يكون له فضل مال على كفايته يؤخذ به رقبة صالحة للتكفير فان لم يكن لا يجب عليه التحرير لقوله جل وعلا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين شرط سبحانه وتعالى عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم فلو لم يكن الوجود شرطا لوجوب التحرير وكان يجب عليه وجد أو لم يجد لم يكن لشرط عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم معنى فدل ان عدم الوجود شرط الوجوب فاذا كان فى ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه واجد حقيقة فكذا اذا لم يكن فى ملكه عين رقبة وله فضل مال على كفايته يجب رقبة صالحة للتكفير لانه يكون واجدا من حيث المعنى فأما اذا لم يكن له فضل مال على قدر كفاية مايتوصل به الى الرقبة ولا فى ملكه عين الرقبة لا يجب عليه التحرير لان قدر الكفارة مستحق الصرف الى حاجته الضرورية والمستحق كالمصروف فكان ملحقا بالعدم كالماء المحتاج اليه للشرب فى السفر حتى يباح له التيمم ويدخل تحت قوله عز شأنه فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وان كان موجودا حقيقة لكنه لما كان مستحق الصرف الى الحاجة الضرورية الحق بالعدم شرعا كذا هذا وان كان الواجب واحدا منها كما فى كفارة اليمين تشترط القدرة على أداء الواجب على الابهام وهو أن يكون فى ملكه فضل على كفاية مايجد به أحد الاشياء الثلاثة لانه يكون واجدا معنى أو يكون فى ملكه واحد من المنصوص عليه عينا من عبد صالح للتكفير أو كسوة عشرة مساكين أو اطعام عشرة مساكين لانه يكون واجدا حقيقة وكذا لا يجب الصيام ولا الاطعام فيما للطعام فيه مدخل الا على القادر عليهما لان ايجاب الفعل على العاجز ممتنع ولقوله عز اسمه فى كفارة الظهار فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الاطعام فدل ان استطاعة الصوم شرط لوجوبه ولا يجب على العبد فى الانواع كلها الا الصوم لانه لا يقدر الا عليه لانه ليس من أهل ملك المال لانه مملوك فى نفسه فلا يملك شيأ ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجوز لانه لا يملك وان ملك وكذا المكاتب لانه عبد ما بقى عليه درهم وكذا المستسعى فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لانه بمنزلة المكاتب (ومنها) العجز عن التحرير عينا فى الانواع الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله عز شأنه فى كفارة القتل والظهار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أى من لم يجد رقبة شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا يجب الصوم مع القدرة على التحرير (وأما) فى كفارة اليمين فالعجز عن الاشياء الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام أى فمن لم يجد واحدا منها فعليه صيام ثلاثة أيام فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها (وأما) العجز عن الصيام فشرط لوجوب الاطعام فيما للاطعام فيه مدخل لقوله جل وعلا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى من لم يستطع الصيام فعليه اطعام ستين مسكينا فلا يجب الاطعام مع استطاعة الصيام ثم اختلف فى ان المعتبر هو القدرة والعجز وقت الوجوب أم وقت الاداء قال أصحابنا رحمهم الله وقت الاداء وقال الشافعى رحمه الله وقت الوجوب حتى لو كان

موسراً أو وقت الوجوب ثم أعسر جاز له الصوم عندنا وعنده لا يجوز ولو كان على القلب لا يجوز عندنا وعنده يجوز (وجه) قوله ان الكفارة وجبت عقوبة فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد فان العبد اذا زنا ثم أعتق يقام عليه حد العبيد (والدليل) على انها وجبت عقوبة ان سبب وجوبها الجناية من الظهار والقتل والافطار والحنث وتعليق الوجوب بالجناية تعليق الحكم بوصف مناسب مؤثر فيحال عليه وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والاعسار فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الاعتاق (ولنا) ان الكفارة عبادة لها بدل ومبدل فيعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب كالصلاة بان فاتته صلاة في الصحة فقضاها في المرض قاعداً أو بالايماء انه يجوز (والدليل) على انها عبادة وان لها بدلا ان الصوم بدل عن التكفير بالمال والصوم عبادة وبدل العبادة عبادة وكذا يشترط فيها النية وانها لا تشترط الا في العبادات واذا ثبت انها عبادة لها بدل ومبدل فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب لانه اذا أيسر قبل الشروع في الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل البدل وينتقل الامر الى المبدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الشروع في الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا وكالصغيرة اذا اعتدت بشهر ثم حاضت انه يبطل الاعتداد بالاشهر وينتقل الحكم الى الحيض واذا اعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به وقدر على تحصيله بالبدل كواجد الماء اذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء ووجد ترابا نظيفا انه يجوز له أن يتيمم ويصلي بل يجب عليه ذلك كذا ههنا بخلاف الحدود لان الحد ليس بعبادة مقصودة بل هو عقوبة ولهذا لا يفتقر الى النية وكذا لا بدل له لان حد العبيد ليس بدلا عن حد الاحرار بل هو أصل بنفسه ألا ترى انه يحد العبيد مع القدرة على حد الاحرار ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على المبدل كالتراب مع الماء وغير ذلك بخلاف الصلاة اذا وجبت على الانسان وهو مقيم ثم سافر أو مسافر ثم أقام انه يعتبر في قضائها وقت الوجوب لان صلاة المسافر ليست بدلا عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر بل صلاة كل واحد منهما أصل بنفسها ألا ترى انه يصلي احداهما مع القدرة على الاخرى وبخلاف ضمان الاعتاق لانه ليس بعبادة وكذا السعاية ليست ببدل عن الضمان على أصل أبي حنيفة رحمه الله لان الشريك مخير عندهم بين التضمين والاستسعاء ولا تخيير بين البدل والمبدل في الشريعة (وأما) قوله ان سبب وجوب الكفارة الجناية فممنوع بل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب التوبة اذ هي أحد نوعي التوبة وانما الجناية شرط كما في التوبة هذا قول المحققين من مشايخنا وعلى هذا يخرج ما اذا وجب عليه التحرير أو أحد الاشياء الثلاثة بان كان موسراً ثم أعسر انه يجزئه الصوم ولو كان معسراً ثم أيسر لم يجزه الصوم عندنا وعند الشافعي لا يجزئه في الاول ويجزئه في الثاني لان الاعتبار لوقت الاداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو في الاول يعتبر وقت الاداء فوجد شرط جواز الصوم ووجوبه وهو عدم الرقبة فجاز بل وجب وفي الثاني لم يوجد الشرط فلم يجز وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فيراعى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب ولم يوجد في الاول ووجد في الثاني ولو شرع في الصوم ثم أيسر قبل تمامه لم يجز صومه ذكر هذا في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وابراهيم لما ذكرنا انه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل والافضل أن يتم صوم ذلك اليوم فلو أفطر لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يقضي وأصل هذه المسئلة في كتاب الصوم وهو من شرع في صوم على ظن انه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فالافضل له أن يتم الصوم ولو أفطر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وعلى قياس قول الشافعي رحمه الله يمضي على صومه لان العبرة في باب الكفارات لوقت الوجوب عنده ووقت الوجوب كان معسرا ولو أيسر بعد الاتمام جاز صومه لانه قدر على المبدل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يبطل البدل بخلاف الشيخ الفاني اذا فدى ثم قدر على الصوم انه تبطل الفدية ويلزمه الصوم لان الشيخ الفاني هو الذي لا ترجى له القدرة على الصوم فاذا قدر تبين انه لم يكن شيخا فانياً ولان الفدية ليست ببدل مطلق لانها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى فكانت بدلا ضروريا وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة

فاما

فاما الصوم فبدل مطلق فلا يبطل بالقدرة على الاصل بعد حصول المقصود به والله عز شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرط جواز كل نوع فالجواز هذه الانواع شرائط . بعضها يعم الانواع كلها و بعضها يخص البعض دون البعض (أما) الذى يعم الكل فنية الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية والكلام فى النية فى موضعين أحدهما فى بيان ان نية الكفارة شرط جوازها والثانى فى بيان شرط صحة النية (اما) الاول فلان مطلق الفعل يحتمل التكفير و يحتمل غيره فلا بد من التعيين وذلك بالنية ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية لان الوقت يحتمل صوم الكفارة وغيره فلا يتعين الا بالنية كصوم قضاء رمضان وصوم النذر المطلق ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فلا شك انه لا يجوز عنهما جميعا لان الواجب عن كل كفارة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وهل يجوز عن احداهما فالكفارتان الواجبتان لا يخلو (اما) ان وجبتا بسببين من جنسين مختلفين واما ان وجبتا بسببين من جنس واحد (فان) وجبتا بسببين من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوى عنهما جميعا لا يجوز عن احداهما بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله يجوز (وان) وجبتا بسببين من جنس واحد كظهارين أو قتلين يجوز عن احداهما عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا وهو قول الشافعى رحمه الله والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهذا الاختلاف مبنى على ان نية التعيين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً فعند أصحابنا معتبرة فى الجنسين المختلفين وعند الشافعى رحمه الله لغو فيهما جميعا (واما) فى الجنس الواحد فهى لغو عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر معتبرة قياسا (اما) الكلام مع الشافعى فوجه قوله ان الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد ونية التعيين فى الجنس الواحد لغو لما ذكر (ولنا) ان التعيين فى الاجناس المختلفة محتاج اليه وذلك بالنية فكان نية التعيين محتاجا اليها عند اختلاف الجنس فصادفت النية محلها فصحت ومتى صحت أوجبت انقسام عين رقبة واحدة على كفارتين فيقع عن كل واحد منهما اعتق نصف رقبة فلا يجوز لا عن هذه ولا عن تلك (وأما) قوله الكفارتان جنس واحد فنعم من حيث هما كفارة لكنهما اختلفا سببا وقدرا وصفة (اما) السبب فلا شك فيه (واما) القدر فان الطعام يدخل فى احداهما وهى كفارة الظهار ولا يدخل فى الاخرى وهى كفارة القتل (واما) الصفة فان الرقبة فى كفارة الظهار مطلقة عن صفة الايمان وفى كفارة القتل مقيدة بها واذا اختلفا من هذه الوجوه كان التعيين بالنية محتاجا اليه فصادفت النية محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما فلم يجز عن احداهما حتى لو كانت الرقبة كافرة وتعذر صرفها الى الكفارة للقتل انصرفت بالكلية الى الظهار وجازت عنه كذا قال بعض مشايخنا بما وراء النهر (ونظيره) ما اذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها أو أختها وتزوجهما فى عقدة واحدة فان كانتا فارغتين لا يجوز وان كانت احداهما منكوحة والاخرى فارغة يجوز نكاح الفارغة (وأما) الكلام بين أصحابنا فوجه القياس فى ذلك انه أوقع عتق رقبة واحدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام فيقع عن كل واحدة منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز عن واحدة منهما لان المستحق عليه عن كل واحدة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد و بهذا لم يجز عن احداهما عند اختلاف الجنس (ولنا) ان نية التعيين لم تصادف محلها لان محلها الاجناس المختلفة اذ لا تقع الحاجة الى التعيين الا عند اختلاف الجنس فاذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة اليها فلغت نية التعيين و بقى أصل النية وهى نية الكفارة فتقع عن واحدة منهما كما فى قضاء صوم رمضان اذا كان عليه صوم يومين فصام يوما ينوى قضاء صوم يومين تلغو نية التعيين و بقيت نية ما عليه كذا هذا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان باختلاف الجنس تقع الحاجة الى التعيين فلا تلغو نية التعيين بل تعتبر ومتى اعتبرت يقع عن كل جنس نصف رقبة فلا يجوز عنه كما اذا كان عليه صوم يوم من قضاء رمضان وصوم يوم من كفارة اليمين فنوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصير صائما عن أحدهما لان الانقسام يمنع من ذلك والله تعالى أعلم ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة عن ظهارين لم يجز الا عن أحدهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزئه عنهما وقال زفر رحمه الله لا يجزئه

عنهما وكذلك لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعا عن يمينين فهو على هذا الاختلاف ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين جاز فيهما بالاجماع (وأما) وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلما ذكرنا ان من أصل أصحابنا الثلاثة ان الكفارتين اذا كانتا من جنس واحد لا يحتاج فيهما الى نية التعيين بل تلغو نية التعيين ههنا ويبقى أصل النية وهو نية الكفارة بدفع ستين صاعا الى ستين مسكينا من غير تعيين ان نصفه عن هذا ونصفه عن ذاك ولو لم يعين لم يجز الا عن احدهما كذا هذا الا ان محمدا يقول ان نية التعيين انما تبطل لانه لا فائدة فيها وههنا في التعيين فائدة وهي جواز ذلك عن الكفارتين فوجب اعتبارها ويقول اطعام ستين مسكينا يكون عن كفارة واحدة والكفارة الواحدة منهما مجهول ولهذا قال اذا أعتق رقبة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين لانه قد صح من أصل أصحابنا جميعا ان نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة واذا صح التعيين والمؤدى يصلح عنهما جميعا وقع المؤدى عنهما فجاز عنهما جميعاً والله تعالى أعلم (وأما) شرط جواز النية فهو أن تكون النية مقارنة لفعل التكفير فان لم تقارن الفعل رأساً أو لم تقارن فعل التكفير بأن تأخرت عنه لم يجز لان اشتراط النية لتعيين المحتمل وايقاعه على بعض الوجوه ولن يتحقق ذلك الا اذا كانت مقارنة للفعل ولان النية هي الارادة والارادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية لان بها يصير الفعل اختياريا وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى أباه أو ابنه ينوى به العتق عن كفارة يمينه أو ظهاره أو افطاره أو قتله أجزأه عندنا استحسانا والقياس أن لا يجزيه وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله بناء على أن شراء القريب اعتاق عندنا فاذا اشتراه ناويا عن الكفارة فقد قارنت النية الاعتاق فجاز وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط فلم تكن النية مقارنة لفعل الاعتاق فلا يجوز (وجه) القياس ان الشراء ليس باعتاق حقيقة ولا مجازا أما الحقيقة فلا شك في انتفائها لان واضع اللغة ما وضع الشراء للاعتاق (وأما) المجاز فلان المجاز يستدعى المشابهة في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا أصلا لان الشراء تملك والاعتاق ازالة الملك وبينهما مضادة (ولنا) ما روى أبو داود في سننه باسناد عن أبي هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والدا الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه سماه معتقاً عقيب الشراء ولا فعل منه بعد الشراء فعلم أن الشراء وقع اعتاقاً منه عقلنا وجه ذلك أو لم نعقل فاذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الاعتاق فجاز وقولهما الشراء ليس باعتاق حقيقة ممنوع بل هو اعتاق حقيقة لكن حقيقة شرعية لا وضعية والحقائق أنواع وضعية وشرعية وعرفية على ما عرف في أصول الفقه وكذلك اذا وهب له أو أوصى له به فقبله لانه يعتق بالقبول فقارنت النية فعل الاعتاق وان ورثه ناويا عن الكفارة لم يجز لان العتق ثبت من غير صنعه رأساً فلم يوجد قران النية الفعل فلا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن الكفارة لم يجز لان العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق ولم تقارنه النية حتى لو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن كفارة يميني أو ظهاري أو غير ذلك يجزيه لقران النية كلام الاعتاق ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن ظهاري ثم قال بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي ثم اشتراه فهو حر عن الظهار لانه لما قال ان اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي فقد أراد فسخ الاول واليمين لا تحتمل الفسخ وكذلك لو قال ان اشتريته فهو حر تطوعاً ثم قال ان اشتريته فهو حر عن ظهاري ثم اشتراه كان تطوعاً لانه بالاول علق عتقه تطوعاً بالشراء ثم أراد بالثاني فسخ الاول واليمين لا يلحقها الفسخ والله عز شأنه أعلم (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فأما كفارة اليمين فيبدأ بالاطعام ثم بالكسوة ثم بالتحرير لان الله تعالى عز شأنه بدأ بالاطعام في كتابه الكريم وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدؤا بما بدأ الله به فنقول لجواز الاطعام شرائط بعضها يرجع الى صفة الاطعام وبعضها يرجع الى مقدار ما يطعم وبعضها يرجع الى محل المصروف اليه الطعام أما الذى يرجع الى صفة الاطعام فقد قال أصحابنا انه يجوز فيه التمليك وهو طعام الاباحة وهو مروى عن سيدنا على كرم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد ابن كعب والقاسم وسالم والشعبي وابراهيم وقتادة ومالك والثورى والاوزاعى رضى الله عنهم وقال الحكم وسعيد بن

جنبير لا يجوز الا التمليك وبه أخذ الشافعي رحمه الله فالحاصل أن التمليك ليس بشرط الجواز الاطعام عندنا بل الشرط هو التمكين وانما يجوز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك وعند الشافعي رحمه الله التمليك شرط الجواز لا يجوز بدونه (وجه) قوله أن التكفير مفروض فلا بد وان يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الاتيان به لئلا يكون تكليف ما لا يحتمله الوسع وطعام الاباحة ليس له قدر معلوم وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر والكبر والجوع والشبع يحققه ان المفروض هو المقدر إذ الفرض هو التقدير يقال فرض القاضي النفقة أي قدر قال الله سبحانه وتعالى فنصف ما فرضتم لهن أي قدرتم فطعام الاباحة ليس بمقدر ولان المباح له يأكل على ملك المبيح فيهلك المأكول على ملكه ولا كفارة بما يهلك في ملك المكفر وبهذا شرط التمليك في الزكاة والعشر وصدقة الفطر (ولنا) أن النص ورد بلفظ الاطعام قال الله عز شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين والاطعام في متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعم لا التمليك قال الله عز شأنه ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا والمراد بالاطعام الاباحة لا التمليك وقال النبي عليه الصلاة والسلام أفشوا السلام وأطعموا الطعام والمراد منه الاطعام على وجه الاباحة وهو الامر المتعارف بين الناس يقال فلان يطعم الطعام أي يدعو الناس الى طعامه والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وانما يطعمون على سبيل الاباحة دون التمليك بل لا يخطر ببال أحد في ذلك التمليك فدل أن الاطعام هو التمكين من التطعم الا أنه اذا ملك جاز لان تحت التمليك تمكينا لانه اذا ملكه فقد مكنه من التطعم والاكل فيجوز من حيث هو تمكين وكذا اشارة النص دليل على ما قلنا لانه قال اطعام عشرة مساكين والمسكنة هي الحاجة واختصاص المسكين للحاجة الى أكل الطعام دون تملكه تعم المسكين وغيره فكان في اضافة الاطعام الى المساكين اشارة الى أن الاطعام هو الفعل الذي يصير المسكين به متمكنا من التطعم لا التمليك بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الاباحة لان الشرع هناك لم يرد بلفظ الاطعام وانما ورد بلفظ الايتاء والاداء قال الله تعالى في الزكاة وآتوا الزكاة وقال تعالى في العشر وآتوا حقه يوم حصاده وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صدقة الفطر أدوا عن كل حر وعبد الحديث والايتاء والاداء يشعران بالتمليك على أن المراد من الاطعام المذكور في النص ان كان هو التمليك كان النص معلولا بدفع حاجة المسكين وهذا يقتضي جواز التمكين على طريق الاباحة بل أولى من وجهين أحدهما أنه أقرب الى دفع الجوع وسد المسكنة من التمليك لانه لا يحصل معنى الدفع والسد بتمليك الحنطة الا بعد طول المدة والا بعد تحمل مؤن فكان الاطعام على طريق الاباحة أقرب الى حصول المقصود من التمليك فكان أحق بالجواز والثاني أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التي لم يؤذن له فيها حيث لم يف بالعهد الذي عهد مع الله تعالى عز شأنه بخروج فعله مخرج ناقض العهد ومخلف الوعد فجعلت كفارته بما تنفر عنه الطباع وتتألم وبثقل عليها ليذوق ألم اخراج ماله المحبوب عن ملكه فيكفر ما أعطى نفسه من الشهوة لانه من وجه أذن له فيها ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لان دعاء المساكين وجمعهم على الطعام وخدمتهم والقيام بين أيديهم أشد على الطبع من التصدق عليهم لما جبل طبع الاغنياء على النفرة من الفقراء ومن الاختلاط معهم والتواضع لهم فكان هذا أقرب الى تحقيق معنى التكفير فكان تجويز التمليك تكفيرا تجويزا لطعام الاباحة تكفيرا من طريق الاولى (وأما) قوله ان الكفارة مفروضة فلا بد وان تكون معلومة القدر فنقول هي مقدرة بالكفارة لان الله عز شأنه فرض هذا الاطعام وعرف المفروض باطعام الاهل بقوله عز شأنه من أوسط ما تطعمون أهليكم فلا بد وان يكون الاهل معلوما والمعلوم من طعام الاهل هو طعام الاباحة دون التمليك فدل على أن طعام الاباحة معلوم القدر وقدره الكفارة بطعام الاهل فجاز أن يكون مفروضا كطعام الاهل فيمكنه الخروج عن عهدة الفرض وأما قوله ان الطعام يهلك على ملك المكفر فلا يقع عن التكفير فممنوع بل كما صار مأكولا فقد زال ملكه عنه الا أنه يزول لا الى أحد وهذا يكفي لصيرورته كفارة كالاعتاق (وأما) الذي يرجع الى مقدار ما يطعم فالمقدار في التمليك هو نصف صاع

من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم وذكر فى الاصل بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال ليرفأ مولاه إنى أحلف على قوم لا أعطيهم ثم يبدو لى فأعطيهم فاذا أنا فعلت ذلك فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من تمر وبلغنا عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال فى كفارة اليمين اطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة وبه قال جماعة من التابعين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم ومجاهد والحسن وهو قول أصحابنا رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وابن سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء وغيره لكل مسكين مد من حنطة وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله والترجيح لقول سيدنا عمر وسيدنا على وسيدتنا عائشة رضوان الله عليهم لقوله تعالى عز اسمه من أوسط ما تطعمون أهليكم والمد ليس من الاوسط بل أوسط طعام الاهل يزيد على المد فى الغالب ولان هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والاذى فان أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مدا مدا فان لم يقدر عليهم استقبل الطعام لان المقدار ان لكل مسكين فى التمليك مدا فلا يجوز أقل من ذلك ويجوز فى التمليك الدقيق والسويق ويعتبر فيه تمام الكيل ولا يعتبر فيه القيمة كالحنطة لانه حنطة الا أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تقريب الى المقصود منها فلا تعتبر فيه القيمة ويعتبر فى تمليك المنصوص عليه تمام الكيل ولا يقوم البعض مقام بعض باعتبار القيمة اذا كان أقل من كيله حتى لو أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة لا يجوز لانه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن غيره فأما الارز والذرة والجاورس فلا يقوم مقام الحنطة والشعير فى الكيل لانه غير منصوص عليه وانما جوازه باعتبار القيمة فتعتبر قيمته كالدراهم والدنانير وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز الا اذا عين المنصوص عليه ولا يجوز دفع القيم والابدال كما فى الزكاة وعندنا يجوز (وجه) قوله ان الله تعالى أمر بالاطعام بقوله جل شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين فالقول بجواز اداء القيمة يكون تغييرا لحكم النص وهذا لا يجوز (ولنا) ما ذكرنا ان اطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم فى متعارف اللغة لما ذكرنا فيما تقدم وهذا يحصل بتمليك القيمة فكان تمليك القيمة من الفقير اطعاما له فيتناول النص وجواز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك على ما مر ان الاطعام ان كان اسما للتمليك فجوازه معلول بدفع الحاجة وهو المسئلة عرفنا ذلك باشارة النص وضرب من الاستنباط على ما بينا والقيمة فى دفع الحاجة مثل الطعام فورود الشرع بجواز الطعام يكون ورودا بجواز القيمة بل أولى لان تمليك الثمن أقرب الى قضاء حاجة المسكين من تمليك عين الطعام لان به يتوصل الى ما يختاره من الغذاء الذى اعتاد الاغتذاء به فكان أقرب الى قضاء حاجته فكان أولى بالجواز ولما ذكرنا أن التكفير بالاطعام يحمل مكروه الطبع بازاء ما نال من الشهوة وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة ولان الكفارة جعلت حقا للمسكين فى أخرج من عليه الطعام الى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال بمنزلة التناول فى سائر الحقوق (وأما) المقدار فى طعام الاباحة فأكلتان مشبعتان غداء وعشاء وهذا قول عامة العلماء وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاوس والشعبى انه يطعمهم أكلة واحدة وقال الحسن وجبة واحدة والصحيح قول العامة لان الله عز وجل عرف هذا الاطعام باطعام الاهل بقوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء كذا هذا ولان الله جل شأنه ذكر الاوسط والاوسط ماله حاشيتان متساويتان وأقل عدد له حاشيتان متساويتان ثلاثة وذلك يحتمل أنواعا ثلاثة أحدها الوسط فى صفات المأكول من الجودة والرداءة والثانى الوسط من حيث المقدار من السرف والقتر والثالث الوسط من حيث أحوال الاكل من مرة ومرتين وثلاث مرات فى يوم واحد ولم يثبت بدليل عقلى ولا سمعى تعيين بعض هذه الانواع فيحمل على الوسط من الكل احتياطا ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وهو أكلتان فى يوم بين الجيد والردىء والسرف والقتر ولان

أقل الاكل فى يوم مرة واحدة وهو المسمى بالوجبة وهو فى وقت الزوال الى زوال يوم الثانى منه والاكثر ثلاث مرات غداء وعشاء وفى نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء وهو الاكل المعتاد فى الدنيا وفى الآخرة أيضاً قال الله سبحانه وتعالى فى أهل الجنة ولهم رزقهم فيها بكرة وعشياً فيحمل مطلق الاطعام على المتعارف وكذلك اذا غداهم وسحرهم أو عشاهم وسحرهم أو غداهم غداءين أو عشاهم عشاءين أو سحرهم سحورين لانهما أكلتان مقصودتان فاذا غداهم فى يومين أو عشاهم فى يومين كان كاكلتين فى يوم واحد معنى الا ان الشرط أن يكون ذلك فى عدد واحد حتى لو غدى عدد أو عشى عدداً آخر لم يجزه لانه لم يوجد فى حق كل مسكين أكلتان ولهذا لم يجز مثله فى التمليك بان فرق حصة مسكين على مسكينين فكذا فى التمكين وسواء كان الطعام مأدوما أو غير مأدوم حتى لو غداهم وعشاهم خبزا بلا إدام أجزأه لقول الله تبارك وتعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين مطلقاً من غير فصل بين المأدوم وغيره وقد أطعم ولان الله عز شأنه عرف الاطعام على وجه الاباحة باطعام الاهل وذلك قد يكون مأدوما وقد يكون غير مأدوم فكذا هذا وكذلك لو أطعم خبز الشعير أو سويقا أو تمراً أجزأه لان ذلك قد يؤكل وحده فى طعام الاهل وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال اذا أطعم مسكيناً واحداً غداء وعشاء أجزاه من اطعام مساكين وان لم يأكل الا رغيفاً واحداً لان المعتبر هو الكفاية والكفاية قد تحصل برغيف واحد فلا يعتبر القلة والكثرة فان ملكه الخبز بان أعطاه أربعة أرغفة فان كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه وان لم يعدل لم يجزه لان الخبز غير منصوص عليه فكان جوازه باعتبار القيمة وقال أبو يوسف رحمه الله لو غدى عشرة مساكين فى يوم ثم أعطاهم مدا مداً أجزأه لانه جمع بين التمليك والتمكين وكل واحد منهما جائز حال الانفراد كذا حال الاجتماع ولان الغداء مقدر بنصف كفاية المسكين والمد مقدر بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز فان أعطى غيرهم مداً مداً لم يجز لانه فرق طعام العشرة على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهم مقدار كفايته ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوسا أو دراهم أجزأه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لان القيمة فى الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه عندنا وعنده لا تقوم (وأما) الذى يرجع الى المحل المصروف اليه الطعام فمنها أن يكون فقيرا فلا يجوز اطعام الغنى عن الكفارة تمليكا واباحة لان الله تبارك وتعالى أمر باطعام عشرة مساكين بقوله سبحانه فكفارته اطعام عشرة مساكين ولو كان له مال وعليه دين له مطالب من جهة العباد يجوز اطعامه لانه فقير بدليل انه يجوز اعطاء الزكاة اياه فالكفارة أولى ومنها أن يكون ممن يستوفى الطعام وهذا فى اطعام الاباحة حتى لو غدى عشرة مساكين وعشاهم وفيهم صبى أو فوق ذلك لم يجز وعليه اطعام مسكين واحد لقوله جل جلاله من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك ليس من أوسط ما يطعم حتى لو كان مراهقاً جاز لان المراهق يستوفى الطعام فيحصل الاطعام من أوسط ما يطعم ومنها أن لا يكون مملوكه لان الصرف اليه صرف الى نفسه فلم يجز ومنها أن لا يكون من الوالدين والمولودين فلا يجوز اطعامهم تمليكا واباحة لان المنافع بينهم متصلة فكان الصرف اليهم صرفا الى نفسه من وجه ولهذا لم يجز صرف الزكاة اليهم ولا تقبل شهادة البعض للبعض ولما ذكرنا ان الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نفسه مناها وأوصلها الى هواها بغير اذن من الآذن وهو الله سبحانه جلت عظمته ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تتألم به النفس وينفر عنه الطبع ليذيق نفسه المرارة بمقابلة اعطائها من الشهوة وهذا المعنى لا يحصل باطعام هؤلاء لان النفس لا تتألم به بل تميل اليه لما جعل الله سبحانه الطبائع بحيث لا تحتمل نزول البلاء والشدة بهم وبحيث يجتهد كل فى دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه ولو أطعم أخاه أو أخته وهو فقير جاز لان هذا المعنى لا يوجد فى الاخ والاخت فدخل تحت عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين ولو أطعم ولده أو غنيا على ظن أنه أجنبى أو فقير ثم تبين أجزأه فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الزكاة وقد مر الكلام فيه ومنها ان لا يكون هاشميا لان الله تبارك وتعالى كره لهم غسالة أيدى الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة ولو دفع اليه على ظن أنه ليس

بهاشمي ثم ظهر أنه هاشمي فهو على الاختلاف ومنها ان لا يكون زوجا أو زوجة له لان ماشرع له الكفارة وهو تألم الطبع ونفاره بالبذل والاخراج لا يوجد بين الزوجين لما يوجد البذل بينهما شهوة وطبيعة و يكون التناكح لمثله في العرف والشرع على ماروى تنكح المرأة لمالها وجمالها وعلى ماوضع النكاح للمودة والمحبة ولا يتحقق ذلك الا بالبذل ودفع الشح ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر لان أخذهما ينتفع بمال صاحبه فتتمكن التهمة في الشهادة ومنها أن لا يكون حربيا وان كان مستأمنا لان الله تعالى عز شأنه نهانا عن البر بهم والاحسان اليهم بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم ولان في الدفع الى الحربي اعانة له على الحراب مع المسلمين وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ويجوز اعطاء فقراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك الا الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز الا النذور والتطوع ودم المتعة (وجه) قوله ان هذه صدقة وجبت بايجاب الله عز شأنه فلا يجوز صرفها الى الكافر كالزكاة بخلاف النذر لانه وجب بايجاب العبد والتطوع ليس بواجب أصلا والتصدق بلحم المتعة غير واجب لان معنى القربة في الاراقة (ولهما) عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من غير فصل بين المؤمن والكافر الا أنه خص منه الحربي بما تلونا فبقي الذمي على عموم النص فكان ينبغي أن يجوز صرف الزكاة اليه الا ان الزكاة خصت بقول النبي عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم أمر عليه الصلاة والسلام برد الزكاة الى من أمر بالاخذ من اغنيائهم والمأخوذ منه المسلمون فكذا المردود عليهم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائهم وأردها في فقرائهم (ووجه) الاستدلال ماذكرنا ولان الكفارة وجبت لدفع المسكنة والمسكنة موجودة في الكفرة فيجوز صرف الصدقة اليهم كما يجوز صرفها الى المسلم بل أولى لان التصدق عليهم بعض ما يرغبهم الى الاسلام ويحملهم عليه ولما ذكرنا ان الكفارات وجبت بما اختار من اعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له فتكون كفارتها بكف النفس عن شهوتها فيما يحل له وبذل ما كان في طبعه منعه وهذا المعنى يحصل بالصرف الى الكافر بخلاف الزكاة لانها ما وجبت بحق التكفير بل بحق الشكر ألا ترى انها تجب بلا كسب من جهة العبد وحق التكر الانفاق في طاعة المنعم والصرف الى المؤمن انفاق على من يصرفه الى طاعة الله جل شأنه فيخرج مخرج المعونة على الطاعة فيحصل معنى الشكر على الكمال والكافر لا يصرفه الى طاعة الله عز شأنه فلا يتحقق معنى الشكر على التمام فأما الكفارات فما عرف وجوبها شكرا بل تكفيرا لاعطاء النفس شهوتها باخراج ما في شهوتها المنع وهذا المعنى في الصرف الى الكافر موجود على الكمال والتمام لذلك افترقا وهل يشترط عدد المساكين صورة في الاطعام تمليكا واباحة قال أصحابنا ليس بشرط وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لو دفع طعام عشرة مساكين وذلك خمسة أصوع الى مسكين واحد في عشرة أيام كل يوم نصف صاع أو غدى مسكينا واحدا أو عشاه عشرة أيام أجزأ عندنا وعنده لا يجزيه الا عن واحد واحتج بظاهر قوله جل شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين نص على عدد العشرة فلا يجوز الاقتصار على مادونه كسائر الاعداد المذكورة في القرآن العظيم كقوله عز شأنه فاجلدوهم ثمانين جلدة وقوله جل شأنه يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا أو نحو ذلك والدليل عليه أنه لو دفع طعام عشرة مساكين الى مسكين واحد دفعة واحدة في يوم واحد لا يجوز (ولنا) ان في النص اطعام عشرة مساكين واطعام عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين وقد يكون بأن يكفى عشرة مساكين سواء أطعم عشرة مساكين أولا فاذا أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام قدر ما يكفى عشرة مساكين فقد وجد اطعام عشرة مساكين فيخرج عن العهدة على ان معنى اطعام مساكين أن كان هو بأن يطعم عشرة مساكين لكن اطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون صورة ومعنى بأن يطعم عشرة من المساكين عددا في يوم واحد أو في عشرة أيام وقد يكون معنى لا صورة وهو ان يطعم مسكينا واحدا في عشرة أيام لان الاطعام لدفع الجوعة وسد المسكنة وله كل يوم جوعة ومسكنة على حدة لان الجوع يتجدد والمسكنة تحدث في كل يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين

واحد فى عشرة أيام فى معنى دفع عشر جوعات عن عشرة مساكين فى يوم واحد أو فى عشرة أيام فكان هذا الطعام عشرة مساكين معنى فيجوز ونظير هذا ماروى فى الاستنجاء بثلاثة أحجار ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة أحرف جاز لحصول المقصود منه وهو التطهير كذا هذا ولان ماوجبت له هذه الكفارة يقتضى سقوط اعتبار عدد المساكين وهو ماذكرنا من اذاقة النفس مرارة الدفع وازالة الملك لابتغاء وجه الله سبحانه وتعالى لتكفير ما أتبعها هواها وأوصلها الى مناها كما خالف الله عز وجل فى فعله بترك الوفاء بعهد الله سبحانه وتعالى وهذا المعنى فى بذل هذا القدر من المال تمليكا واباحة لافى مراعاة عدد المساكين صورة بخلاف ذكر العدد فى باب الحد والعدة لان اشتراط العدد هناك ثبت نصاً غير معقول المعنى فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بينا وبخلاف الشهادات حيث لا تجوز اقامة الواحد فيها فى يومين أو فى دفعتين مقام شهادة شاهدين لان هناك المعنى الذى يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد وهو انتفاء التهمة ومنفعة التصديق وتمام القول على ماذكره فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وههنا معنى التكفير ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا (وأما) اذا دفع طعام عشرة مساكين الى مسكين واحد فى يوم واحد دفعة واحدة أو دفعات فلا رواية فيه واختلف مشايخنا قال بعضهم يجوز وقال عامة مشايخنا لا يجوز الا عن واحد لان ظاهر النص يقتضى الجواز على الوجه الذى بينا الا أنه مخصوص فى حق يوم واحد لدليل كما صار مخصوصا فى حق بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم فيجب العمل به فيما وراء المخصوص ولماذكرنا ان الاصل فى الطعام هو طعام الاباحة اذ هو المتعارف فى اللغة وهو التغدية والتعشية لدفع الجوع وازالة المسكنة وفى الحاصل دفع عشر جوعات وهذا فى واحد فى حق مسكين واحد لا يكون فلابد من تفريق الدفع على الايام ويجوز أن يختلف حكم التفريق والمجتمع كما فى رمى الجمار انه اذا رمى بالحصا متفرقا جاز ولو رمى مجتمعا دفعة واحدة لا يجوز الا عن واحدة ووجد فى مسئلتنا الجواز وكذلك لو غدى رجلا واحداً عشرين يوما أو عشى رجلا واحدا فى رمضان عشرين يوما أجزأه عندنا لما ذكرنا وعند الشافعى لا يجوز لان عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الكسوة فالكلام فيها فى ثلاثة مواضع فى بيان قدرها وفى بيان صفتها وفى بيان مصرفها (أما) الاول فأدنى الكسوة ثوب واحد جامع لكل مسكين قميص أو رداء أو كساء أو ملحفة أو جبة أو قباء أو ازار كبير وهو الذى يستر البدن لان الله تعالى ذكر الكسوة ولم يذكر فيه التقدير فكلما يسمى لابسه مكتسيا يجزى ومالا فلا ولا بس ماذكرنا يسمى مكتسيا فيجزى عن الكفارة ولا تجزى القلنسوة والخفان والنعلان لان لابسهما لا يسمى مكتسيا اذا لم يكن عليه ثوب ولا هى تسمى كسوة فى العرف وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمهم الله انه اذا أعطى مسكينا قباء أو كساء أو سراويل أو عمامة سابغة يجوز وروى عن أبى يوسف أنه لا تجزى السراويل والعمامة وهو رواية عن محمد فى الاملاء وروى هشام رحمه الله عنه أن السراويل تجزيه وهذا لا يوجب اختلاف الرواية فى العمامة لان فى رواية الحسن شرط فى العمامة أن تكون سابغة فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما اذا لم تكن سابغة وهى أن لا تكفى تقميص واحد (وأما) السراويل (فوجه) رواية الجواز تجوز فيه الصلاة فيجزى عن الكفارة كالقميص (ووجه) رواية عدم الجواز وهى التى صححها القدورى رحمه الله أن لابس السراويل لا يسمى مكتسيا عرفا وعادة بل يسمى عريانا فلا يدخل تحت مطلق الكسوة وذكر الطحاوى انه اذا كسا امرأة فانه يزيد فيه الخمار وهذا اعتبار جواز الصلاة فى الكسوة على ماروى عن محمد لان رأسها عورة لا تجوز صلاتها مع انكشافه ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة ولكنه يجزى من الطعام عندنا اذا كان يساوى نصف صاع من حنطة (أما) عدم جوازه من الكسوة فلان الواجب هو الكسوة ونصف ثوب لا يسمى كسوة لا يجوز أن تعتبر قيمته عن كسوة رديئة لان الشىء لا يكون بدلا عن نفسه (وأما) جوازه عن الطعام اذا بلغ قيمته نصف صاع فلان القيمة تجوز بدلا عن الكسوة عندنا كما تجوز بدلا

عن الطعام والوجه فيه على نحو ما ذكرنا فى الطعام وهل تشترط نية البدلية قال أبو يوسف تشترط ولا تجزى الكسوة عن الطعام الا بالنية وقال محمد لا تشترط ونية التكفير كافية (وجه) قول محمد ان الواجب عليه ليس الا التكفير فيستدعى نية التكفير وقد وجدت فيجزيه كما لو أعطى المساكين دراهم بنية الكفارة وهى لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ قيمة الطعام جازت عن الطعام ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير نية البدلية كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان المؤدى يحتمل الجواز عن نفسه لانه يمكن تكميله بضم الباقى اليه فلا يصير بدلا الا بجعله بدلا وذلك بالنية بخلاف الدراهم لانه لا جواز لها عن نفسها لانها غير منصوص عليها فكانت متعينة للبدلية فلا حاجة الى التعيين وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين لم يجزه فى الكسوة وأجزأه فى الطعام اذا كان يساويه فى القيمة عند أصحابنا لما قلنا وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا واحدا بينهم كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه فى الكسوة وأجزأه فى الطعام لما ذكرنا ان الكسوة منصوص عليها فلا تكون بدلا عن نفسها وتصلح بدلا عن غيرها كما لو أعطى كل مسكين ربع صاع من حنطة وذلك يساوى صاعا من تمر انه لا يجزى عن الطعام وان كان مدا من حنطة يساوى ثوبا يجزى عن الكسوة لان الطعام يجوز أن يكون قيمة عن الثوب ولا يجوز أن يكون قيمة عن الطعام لان الطعام كله شىء واحد لان المقصود منه واحد فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف الطعام مع الكسوة لانهما متغايران ذاتا ومقصودا فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر وكذا لو أعطى عشرة مساكين دابة أو عبدا أو قيمته تبلغ عشرة أثواب جاز فى الكسوة وان لم تبلغ قيمته عشرة أثواب وبلغت قيمة الطعام أجزأه عنه عندنا لان دفع البدل فى باب الكفارة جائز عندنا قال أبو يوسف لو أن رجلا عليه كفارة يمين فأعطى عشرة مساكين مسكينا نصف صاع من حنطة ومسكينا صاعا من شعير ومسكينا ثوبا وغدى مسكينا وعشاه لم يجزه ذلك حتى يكمل عشرة من أحد النوعين لان الله تبارك وتعالى جعل الكفارة أحد الانواع الثلاثة من الاطعام أو الكسوة أو التحرير بقوله تبارك وتعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الى قوله تعالى أو كسوتهم وأو تتناول أحدها فلا تجوز الجمع بينهما لانه يكون نوعا رابعا وهذا لا يجوز لكنه اذا اختار الطعام جاز له أن يعطى مسكينا حنطة ومسكينا شعيرا ومسكينا تمرا لان اسم الطعام يتناول الكل ولو أعطى نصف صاع من تمر جيد يساوى نصف صاع من بر لم يجز الا عن نفسه بقدره لان التمر منصوص عليه فى الاطعام كالبر فلا يجزى أحدهما عن الآخر كما لا يجوز الثمن عن التمر ويجزى التمر عن الكسوة لان المقصود من كل واحد منهما غير المقصود من الآخر فجاز اخراج أحدهما عن الآخر بالقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الكسوة فهى انها لا تجوز الا على سبيل التمليك بخلاف الاطعام عندنا لان الكسوة لدفع حاجة الحر والبرد وهذه الحاجة لا تندفع الا بتمليك لانه لا ينقطع حقه الا به فأما الاطعام فلدفع حاجة الجوع وذلك يحصل بالطعم لان حقه ينقطع به ويجوز أداء القيمة عن الكسوة كما يجوز عن الطعام عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ولو دفع كسوة عشرة مساكين الى مسكين واحد فى عشرة أيام جاز عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا عن مسكين واحد كما فى الاطعام ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الاباحة وكسا خمسة مساكين فان أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز لما ذكرنا أن الله تبارك وتعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما وان أخرجه على وجه القيمة فان كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلا عن الطعام ثم اذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام وان كانت أغلى فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة فجاز وصار كما لو أطعم خمسة مساكين طعام الاباحة وأدى قيمة طعام خمسة مساكين طعام الاباحة وأداء قيمة طعام خمسة مساكين أو أكثر جائز عندنا كذا هذا واذا كانت قيمة الكسوة أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلا عنه لان طعام الاباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التمليك وهو الكسوة لان الشىء لا يقوم مقام ما هو فوقه ولو أعطى خمسة مساكين وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما ثمنا بدلا عن أرخصهما ثمنا أيهما كان لان كل واحد منهما تمليك فجاز أن

يكون

يكون أحدهما بدلا عن الآخر (وأما) مصرف الكسوة فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه (وأما) التحرير فلجوازه عن التكفير شرائط تختص به (فمنها) ملك الرقبة حتى لو أعتق انسان عبده عن كفارة الغير لا يجوز وان أجاز ذلك الغير لان الاعتاق وقع عنه فلا توقف على غيره وكذا لو قال لغيره أعتق عبدك عن كفارتي فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم عن كفارة يميني فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة لان العتق يقع عن الآخر وعند زفر رحمه الله لا يجزيه لان العتق عن المأمور ولو قال اعتق عبدك عني عن كفارة يميني ولم يذكر البدل لم يجزه عن الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق يقع عن الآمر والمسألة قد مرت في كتاب الولاء فرق بين هذا و بين الكسوة والاطعام ان هناك يجزيه عن الكفارة وان لم يذكر البدل وعن الاعتاق لا يجوز عندهما (ووجهه) أن التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الاعتاق و وجد في الاطعام والكسوة لان قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة للمعتق وهو أن تكون كلها ملك المعتق وان شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بالاعتاق لان التحرير المطلق مضافا الى الرقبة لا يتحقق بدونه وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا بين بينه و بين رجل انه لا يجزئه عن الكفارة لان اعتاق عبد بين رجلين يوجب تفريق العتق في شخصين فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل لانعدام كمال الملك له في كل واحد منهما فالواجب عليه صرف عتق كامل الى شخص واحد فاذا فرقه لا يجوز كما لو أعطى طعام مسكين واحد الى مسكينين بخلاف شاتين بين رجلين ذكياهما عن نسكيهما أجزأهما لان الشركة في النسك جائزة اذا أصاب كل واحد منهما مقدار شاة بدليل انه يجوز بدنة واحدة لسبعة فكان الشرط في باب النسك أن يكون مقدار شاة وقد وجد وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا بينه و بين غيره وهو موسر أو معسر انه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والعتق لان العتق يتجزأ عنده وعندهما ان كان موسرا يجوز وان كان معسرا لا يجوز لانه تجب السعاية على العبد اذا كان معسرا فيكون اعتاقا بعوض واذا كان موسرا لا سعاية على العبد (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة الرق لان المأمور به تحرير رقبة مطلقا والتحرير تخليص عن الرق فيقتضي كون الرقبة مرقوقة مطلقة ونقصان الرق فوات جزء منه فلا تكون الرقبة مرقوقة مطلقة فلا يكون تحريرها مطلقا فلا يكون آتيا بالواجب وعلى هذا يخرج تحرير المدبر وأم الولد عن الكفارة انه لا يجوز لنقصان رقهما لثبوت الحرية من وجه أو حق الحرية بالتدبير والاستيلاد حتى امتنع تمليكها بالبيع والهبة وغيرهما (واما) تحرير المكاتب عن الكفارة فجائز استحسانا اذا كان لم يؤد شيأ من بدل الكتابة والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو كان أدى شيأ من بدل الكتابة لا يجوز تحريره عن الكفارة في ظاهر الرواية و روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه يجوز ولو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه جاز بلا خلاف سواء كان أدى شيأ من بدل الكتابة أو لم يؤد (وجه) القياس ان الاعتاق ازالة الملك وملك المولى من المكاتب زائل اذ الملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام والاستفراش والبيع والهبة والاجارة ونحوها وهذه القدرة زائلة عن المولى في حق المكاتب فانه لا يملك شيأ من ذلك عليه والدليل انه لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل فيه المكاتب وكذا لو وطئت المكاتبة بشبهة كان العقر لها لا للمولى واذا جنى على المكاتب كان الارش له لا للمولى فدل ان ملكه زائل فلا يجوز اعتاقه عن الكفارة ولهذا تسلم له الاولاد والاكساب ولا يسلم ذلك بالاعتاق المبتدأ فدل ان العتق يثبت بجهة الكتابة (ولنا) لبيان ان الملك ملك المولى النص ودلالة الاجماع والمعقول (اما) النص فقول النبي عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد المضاف الى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة والشرع ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر دخل فيه المكاتب والله جل وعلا أعلم (وأما) دلالة الاجماع فانه لو أدى بدل الكتابة أو أبرأه المولى عن البدل يعتق ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(وأما) المعقول فهو ان الملك كان ثابتاله فيه قبل العقد والعارض ليس الا لفظ الكتابة وليس فيه ماينبئ عن زوال الملك لان الكتابة تستعمل فى الفرض والتقدير وفى الكتابة المعروفة وشئ من ذلك لا ينبئ عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد (وأما) قوله ان الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهى غير ثابتة للمولى فممنوع ان الملك هو القدرة بل هو اختصاص المالك بالمملوك فملك العين هو اختصاص المالك بالعين وكونه أحق بالعين من غيره ثم قد يظهر أثره فى جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه فى نفسه لقيام حق الغير فى المحل حقا محترما كالمرهون والمستأجر وانما لا يدخل فى اطلاق قوله كل مملوك لى فهو حر لا لخلل فى الملك لانه لا خلل فيه كما بينا بل لخلل فى الاضافة لكونه حرا يدا فلم يدخل تحت مطلق الاضافة حتى لو نوى يدخل وسلامة الاولاد والاكساب ممنوعة فى الفرع والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها كذا قال أستاذ أستاذى الشيخ الامام فخر الاسلام على بن محمد البزدوى ولئن سلمنا سلامة الاكساب والاولاد ولكن لم قلتم ان السلامة تثبت حكما لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة بل تثبت حكما لثبوت العتق بالاعتاق الموجود فى حال الكتابة بدليل انه يسقط عنه بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل يتقرر به (وأما) اذا كان أدى بعض بدل الكتابة فاعتقه عن الكفارة فممنوع على رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه (وأما) التخريج على ظاهر الرواية فظاهر أيضا لانه لما أدى بعض بدل الكتابة فقد حصل للمولى عوضا عن بعض رقبته فيكون فى معنى الاعتاق بعوض وذا لا يجزئ عن التكفير كذا هذا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق النصف الآخر عنها انه يجزئه (اما) على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان اعتاق النصف اعتاق الكل لان العتق لا يتجزأ فلم يتطرق الى الرق نقصان (واما) على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فالعتق وان كان متجزئا وحصل باعتاق النصف الاول نقصان لكن النقصان حصل مصروفا الى الكفارة فى رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخريجه الى الاعتاق لانه حين ما أعتق النصف الاول كان النصف الآخر على ملكه فامكن صرف النقصان الى الكفارة فصار كأنه أعتق النصف و بعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه ثم أعتق البقية فى المرة الثانية بخلاف ما اذا أعتق نصف عبد بينه و بين آخر وهو موسر فضمنه صاحبه نصف قيمته ثم أعتق النصف الآخر انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان اعتاق النصف الاول أوجب نقصانا فى النصف الباقى ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان الى الكفارة لانه لا ملك له فى ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ثم بعد أداء النصف الباقى صرفه الى الكفارة وهو ناقص فيصير فى الحقيقة معتقا عن الكفارة عبدا الا قدر النقصان (وأما) على أصلهما فيجوز فى المسئلتين لان العتق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق البعض اعتاق الكل دفعة واحدة فلا يتمكن نقصان الرق فى الرقبة فيجوز ولو أعتق عبدا حلال الدم جاز لان حل الدم لا يوجب نقصانا فى الرق فكان كامل الرق وانما وجب عليه حق فأشبه العبد المديون (ومنها) أن تكون كاملة الذات وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائتا لانه اذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجه فلا يكون الموجود تحرير رقبة مطلقة فلا يجوز عن الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة و رجل واحدة من جانب واحد أو يابس الشق مفلوجا أو مقعدا أو زمنا أو أشل اليدين أو مقطوع الابهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الابهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوها مغلوبا أو أخرس أن لا يجوز عن الكفارة لفوات جنس من أجناس المنفعة وهى منفعة البطش بقطع اليدين وشللهما وقطع الابهامين لان قطع الابهامين يذهب بقوة اليد فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كل يد لان منفعة البطش تفوت به ومنفعة المشى بقطع الرجلين و بقطع يد و رجل من جانب والزمانة والفلج ومنه النظر بالعمى وفقء العينين ومنفعة الكلام بالخرس ومنفعة العقل بالجنون ويجوز اعتاق الاعور ومفقود احدى العينين والاعشى

ومقطوع

ومقطوع يد واحدة أو رجل واحدة ومقطوع يد و رجل من خلاف وأشل يد واحدة ومقطوع الاصبعين من كل يد سوى الابهامين والعينين والخصى والمجبوب والخنثى والامة الرتقاء والقرناء وما يمنع من الجماع لان منفعة الجنس في هذه الاعضاء قائمة ويجوز مقطوع الاذنين لان منفعة السمع قائمة وانما الاذن الشاخصة للزينة وكذا مقطوع الانف لان الفائت هو الجمال (وأما) منفعة الشم فقائمة وكذا ذاهب شعر الرأس واللحية والحاجبين لان الشعر للزينة وكذا مقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل لان منفعة الجنس قائمة وانما عدمت الزينة ولا يجزى ساقط الاسنان لانه لا يقدر على الاكل ففاتت منفعة الجنس (وأما) الاصم فالقياس أن لا يجوز لفوات جنس المنفعة وهى منفعة السمع فأشبه الاعمى ويجوز استحسانا لان أصل المنفعة لا يفوت بالصمم وانما ينقص لان ما من أصم الا ويسمع اذا بولغ في الصياح الا اذا كان أخرس كذا قيل فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة بل ينتقص ونقصان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير وقيل هذا اذا كان في اذنه وقر فاما اذا كان بحال لو جهر بالصوت في اذنه لا يسمع لا يجوز ولو أعتق جنينا لم يجزه عن الكفارة وان كان ولد بعد يوم جنايته لان المأمور به تحرير رقبة والجنين لا يسمى رقبة ولانه لا يبصر فأشبه الاعمى (ومنها) أن يكون الاعتاق بغير عوض فان كان بعوض لا يجوز لان الكفارة عبارة عما يكون شاقا على البدن فاذا قابله عوض لا يشق عليه اخراجه عن ملكه ولما ذكرنا ان كفارة اليمين انما تجب لاذاقة النفس مرارة زوال الملك بمقابلة ما استوفت من الشهوات في غير حلها وهذا المعنى لا يحصل اذا كان بعوض لان الزائل الى عوض قائم معنى فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبده على مال عن كفارته انه لا يجوز وان أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضا لانه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجه فلا ينقلب كفارة بعد ذلك كما لو أعتق بغير نية الكفارة ثم نوى بعد العتق ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يجزيه لان للشريك أن يستسعى العبد في نفسه بالاتفاق فيصير في معنى الاعتاق بعوض ولو كان في رقبة العبد دين فأعتقه المولى عن كفارته فاختار الغرماء استسعاء العبد أجزأه عن الكفارة لان السعاية ليست بعوض عن الرق وانما هي لدين لزم العبد قبل الحرية فيسعى وهو حر فلا يمنع جواز الاعتاق عن الكفارة وكذا لو أعتق عبدا رهنا فسعى العبد في الدين فانه يرجع على المولى ويجوز عن الكفارة لان السعاية ليست بدل الرق لانها ما وجبت للتخريج الى الاعتاق لحصول العتق بالاعتاق السابق وانما هي لدين لزمه عن المولى وان كان موسرا لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والرق أيضا على ما بينا ألا ترى أنه لا يعتق الا نصفه عنده لتجزى العتق عنده وعندهما يجوز لان العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل ولا يتكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الاعتاق ويسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما فعرى الاعتاق عن العوض فجاز ولو أعتق عبدا في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره لم يجزه عن الكفارة لانه يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه فيصير بعضه ببدل وبعضه بغير بدل فلم يجز والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الحنث في كفارة اليمين فلا يجوز تكفير اليمين قبل الحنث وهو قول الشافعي رحمه الله في التكفير بالصوم (وأما) التكفير بالمال فجائز عنده والمسئلة مرت في كتاب الايمان (وأما) الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في كتاب الايمان والله عز وجل الموفق ويستوى في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة والذكر والانثى لاطلاق اسم الرقبة في النصوص فان قيل الصغير لا منافع لاعضائه فينبغي أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة كالذمى وكذا لا يجزى اطعامه عن الكفارة فكذا اعتاقه فالجواب عن الاول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي بعرض أن تصير قوية فأشبه المريض وهذا لان سلامة الاعضاء اذا كانت ثابتة يشق عليه اخراجه عن ملكه أكثر مما يشق عليه اخراج فائت جنس المنفعة وذا جائز فهذا أولى (وأما) اطعامه عن الكفارة فجائز على طريق التمليك وانما لا يجوز على سبيل الاباحة لانه لا يأكل أكلا معتادا ويستوى فيه الرقبة المؤمنة

والكافرة وكذا فى كفارة الظهار عندنا (وأما) فى كفارة القتل فلا يجوز فيها الا المؤمنة بالاجماع وقال الشافعى رضى الله عنه لا يجوز فى الكفارات كلها الا المؤمنة والاصل فيه أن النص الوارد فى كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلق عن قيد ايمان الرقبة والنص الوارد فى كفارة القتل مقيد بقيد الايمان فحمل الشافعى رحمه الله المطلق على المقيد ونحن أجرينا المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده (وجه) قوله أن المطلق فى معنى المجمل والمقيد فى معنى المفسر والمجمل يحمل على المفسر ويصير النصان فى معنى كنص المجمل والمفسر ولهذا حمل المطلق على المقيد فى باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العدالة لوجوب قبول الشهادة والاسامة لوجوب الزكاة وشرط التتابع فى صوم كفارة اليمين كذا ههنا (ولنا) وجهان أحدهما طريق مشايخنا بسمرقند وهو ان حمل المطلق على المقيد ضرب النصوص بعضها فى بعض وجعل النصين كنص واحد مع امكان العمل بكل واحد منهما وهذا لا يجوز بخلاف المجمل لانه غير ممكن العمل بظاهره والثانى طريق مشايخ العراق وهو أن حمل المطلق على المقيد نسخ للاطلاق لان بعد ورود النص المقيد لا يجوز العمل بالمطلق بل ينسخ حكمه وليس النسخ الا بيان منتهى مدة الحكم الاول ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس ولا بخبر الواحد وقوله المطلق فى معنى المجمل ممنوع لان المجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلق يمكن العمل بظاهره إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات فيمكن العمل باطلاقه من غير الحاجة الى البيان فلا ضرورة الى حمل المطلق على المقيد وفى الموضع الذى حمل انما حمل لضرورة عدم الامكان وذلك عند اتحاد السبب والحكم لاستحالة ثبوت حكم واحد فى زمان واحد مطلقا ومقيدا فيخرج على البيان وعلى الناسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أن تقييد المطلق بيان أو نسخ وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل والله عز وجل أعلم وبه تبين أن شرط الايمان فى كفارة القتل ثبت نصا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ويمكن أن يقال ان تحرير رقبة موصوفة بصفة الايمان فى باب القتل ما وجب بطريق التكفير لان الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمؤاخذات فى الآخرة والله سبحانه وتعالى وضع المؤاخذة فى الخطأ بدعاء النبى عليه أشرف التحية ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال النبى عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وانما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه فى الدنيا عن القصاص وفى الآخرة عن العقاب لان حفظ النفس عن الوقوع فى الخطا مقدور فى الجملة بالجهد والجد والتكلف فجعل الله سبحانه وتعالى تحرير رقبة موصوفة بكونها مؤمنة شكراً لتلك النعمة والتحرير فى اليمين والظهار يجب بطريق التكفير اذ لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا فوجب التحرير فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس فان قيل اذا حنث فى يمينه خطأ كان التحرير شكراً على ما قلتم فينبغى أن يقاس على القتل فى ايجاب تحرير رقبة مؤمنة فالجواب أنه لا يمكن القياس فى هذه الصورة أيضا لما ذكرنا أن تحرير المؤمن جعل شكراً لنعمة خاصة وهى سلامة الحياة فى الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة فى الآخرة وفى باب اليمين النعمة هى ارتفاع المؤاخذة فى الآخرة فحسب إذ ليس ثمة موجب دنيوى يسقط عنه فكانت النعمة فى باب القتل فوق النعمة فى باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجزاء على قدر الجناية ولا يعلم مقدار الشكر الا من علم مقدار النعمة وهو الله سبحانه وتعالى فلا تمكن المقايسة فى هذه الصورة أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) كفارة الظهار والافطار والقتل فأما التحرير فجميع ما ذكرنا أنه شرط جوازه فى كفارة اليمين فهو شرط جوازه فى كفارة الظهار والافطار والقتل وما ليس بشرط لجواز التحرير فى كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه فى تلك الكفارات الا ايمان الرقبة خاصة فانه شرط الجواز فى كفارة القتل بالاجماع وكذا كمال العتق قبل المسيس فى كفارة الظهار وهذا تفريع على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه خاصة حتى لو أعتق نصف عبده ثم وطئ ثم أعتق ما بقى فعليه أن يستقبل عتق الرقبة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق يتجزأ عند أبى حنيفة عليه الرحمة فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال (وأما) الصوم فقدر الصوم فى كفارة اليمين ثلاثة أيام لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وكذا

في

فى كفارة الحلق لحديث كعب بن عجرة رضى الله عنه ذكرناه فى كتاب الحج وفى القتل والظهار والافطار صوم
شهرين لورود النص به (وأما) شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة منها النية من
الليل حتى لا يجوز بنية من النهار بالاجماع لانه صوم غير عين فيستدعى وجوب النية من الليل لما ذكرنا فى كتاب الصوم
(ومنها) التتابع فى غير موضع الضرورة فى صوم كفارة الظهار والافطار والقتل بلا خلاف لان التتابع منصوص
عليه فى هذه الكفارات الثلاثة قال الله تبارك وتعالى فى كفارتى القتل والافطار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
وقال النبى عليه الصلاة والسلام للاعرابى صم شهرين متتابعين بخلاف صوم قضاء رمضان لان الله سبحانه وتعالى
أمر به من غير شرط التتابع بقوله تبارك وتعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر (وأما) صوم
كفارة اليمين فيشترط فيه التتابع أيضاً عندنا وعند الشافعى لا يشترط بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق واحتج
بظاهر قوله تبارك وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام من غير شرط التتابع (ولنا) قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله
عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وقراءته كانت مشهورة فى الصحابة رضى الله تعالى عنهم فكانت بمنزلة الخبر المشهور
لقبول الصحابة رضى الله عنهم إياها تفسيرا للقرآن العظيم ان لم يقبلوها فى كونها قرآناً فكانت مشهورة فى حق حكم
الصحابة رضى الله عنهم إياها فى حق وجوب العمل فكانت بمنزلة الخبر المشهور والزيادة على الكتاب الكريم
بالخبر المشهور جائزة بلا خلاف ويجوز بخبر الواحد وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا
يخرج ما اذا أفطر فى خلال الصوم انه يستقبل الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر لفوت شرط التتابع
وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصيام سواء أفطر فى هذه الايام أو لم يفطر لان
الصوم فى هذه الايام لا يصلح لاسقاط ما فى ذمته لان ما فى ذمته كامل والصوم فى هذه الايام ناقص لمجاورة المعصية
إياه والناقص لا ينوب عن الكامل ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الافطار فى رمضان أو عن كفارة القتل
فحاضت فى خلال ذلك لا يلزمها الاستقبال لانها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما فكانت معذورة وعليها أن تصلى
أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصل وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت لانها تركت التتابع من غير ضرورة
ولو نفست تستقبل لعدم الضرورة لانها تجد شهرين لا نفاس فيهما ولو كانت فى صوم كفارة اليمين فحاضت فى
خلال ذلك تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها فلا ضرورة الى سقوط اعتبار الشرط ولو جامع امرأته التى لم
يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً أو أكل بالنهار ناسياً لا يستقبل لان الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التتابع
(ومنها) عدم المسيس فى الشهرين فى صوم كفارة الظهار سواء فسد الصوم أو لا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو
يوسف الشرط عدم فساد الصوم حتى لو جامع امرأته التى ظاهر منها بالليل عامداً أو ناسياً أو بالنهار ناسيا استقبل
عندهما وعند أبى يوسف يمضى على صومه وبه أخذ الشافعى (وجه) قول أبى يوسف ان هذا الجماع لا ينقطع به
التتابع لأنه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى ثم ظاهر منها والصحيح قولنا لان المأمور
به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا جامع فى
خلالهما فلم يأت بالمأمور به ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق (أما) عندهما فلوجود المسيس (وأما) عنده
فلانقطاع التتابع لوجود فساد الصوم (وأما) وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار ان شاء فرق لاطلاق قوله
تبارك وتعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك من غير فصل (وأما) الاطعام فى كفارتى الظهار والافطار فالكلام
فى جوازه صفة وقدراً ومحلا كالكلام فى كفارة اليمين وقد ذكرناه وعدم المسيس فى خلال الاطعام فى كفارة الظهار
ليس بشرط حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف لان الله تبارك وتعالى لم يشترط ذلك فى هذه الكفارة
لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا من غير شرط ترك المسيس الا أنه منع من الوطء قبله لجواز أن
يقدر على الصوم أو الاعتكاف فتنتقل الكفارة اليهما فيتبين ان الوطء كان حراما على ما ذكرنا فى كتاب الظهار

والكلام في الاطعام في كفارة الحلق كالكلام في كفارة اليمين الا في عـدد من يطعم وهم ستة مساكين لحديث كعب ابن عجرة رضي الله عنـه فأما في الصفة والقدر والمحل فلا يختلفان حتى يجوز فيه التمليك والتمكين وهـذا قول أبي يوسف وقال محمد لا يجوز فيها الا التمليك كذا حكى الشيخ القدوري رحمه الله الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي حنيفة مع أبي يوسف (وجـه) قول محمد رحمـه الله ان جواز التمكين في طعام كفارة اليمين لو رود النص بلفظ الاطعام اذ هو في عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجـه الاباحة والنص ورد ههنا بلفظ الصدقة وانها تقتضي التمليك لـكنه معلل بدفع الحاجة والتصدق تمليك فأشبه الزكاة والعشر (ولهما) ان النص وان ورد بلفظ الصدقة وانها تقتضي التمليك لـكنه معلل بدفع الحاجة وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتمليك على ما بينا ولهذا جاز دفع القيمة وان فسرت الصدقة بثلاثة أصوع في حديث كعب بن عجرة رضي الله عنـه ولو وجب عليه كفارة يمين فلم يجد ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشرة مساكين وهو شيخ كبير لا يقـدر على الصوم فأراد أن يطعم سـتة مساكين عن صـيام ثلاثة أيام لم يجز الا أن يطعم عشرة مساكين لان الصوم بدل والبـدل لا يكون له بدل فاذا عجز عن البدل تأخر وجوب الاصل وهو أحـد الاشياء الثـلاثة الى وقت القدرة وان كان عليـه كفارة القتل أو الظهار أو الافطار ولم يجد ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا يجد ما يطعم في كفارة الظهار والافطار يتأخر الوجوب الى أن يقدر على الاعتاق في كفارة القتل وعلى الاعتاق أو الاطعام في كفارة الظهار والافطار لان ايجاب الفـعل على العاجز محال والله أعلم

﴿كتاب الاشربة﴾

الكلام في هـذا الـكتاب في مواضع في بيان أسماء الاشربة المعروفة المسكرة وفي بيان معانيها وفي بيان أحكامها وفي بيان حد السكر (أما) أسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجهوري وقد يسمى أبو سقيا والخليطان والمزر والجعة والبتع (أما) بيان معاني هذه الاسماء أما الخمر فهو اسم للنيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد عليهما الرحـمة ماء العنب اذا غـلا واشتد فقد صار خمرا وترتب عليه أحكام الخمر قذف بالزبد أو لم يقذف به (وجه) قولهما أن الركن فيها معنى الاسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن معنى الاسكار لا يتكامل الا بالقذف بالزبد فلا يصير خمرا بدونه (وأما) السكر فهو اسم للنيء من ماء الرطب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وأما الفضيخ فهو اسم للنيء من ماء البسر المنضوخ وهو المدقوق اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا على الاخـتـلاف (وأما) نقيع الزبيب فهو اسم للنيء من ماء الزبيب المنقوع في الماء حتى خرجت حلاوته اليه واشتد وقذف بالزبد أو لا على الخلاف (وأما) الطلاء فهو اسم للمطبوخ من ماء العنب اذا ذهب أقل من الثلثين وصار مسكرا أو يدخل تحت الباذق والمنصف لان الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب والمنصـف هو المطبوخ من ماء العنب اذا ذهب نصفه وبقي النصف وقيـل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وبقي معتقا وصار مسكراً (وأما) الجهوري فهو المثلث يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكرا (وأما) الخليطان فهما التمر والزبيب أو البسر والرطب اذا خلطا ونبذا حتى غليا واشتدا (وأما) المزر فهو اسم لنبيذ الذرة اذا صار مسكراً (وأما) الجعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير اذا صار مسكراً (وأما) البتع فهو اسم لنبيذ العسل اذا صار مسكراً هذا بيان معاني هذه الاسماء (وأما) بيان أحكام هذه الاشربة أما الخمر فيتعلق بها أحكام (منها) انه يحرم شرب قليلها وكثيرها الا عند الضرورة لانها محرمة العين فيستوي في الحرمة قليلها وكثيرها (والدليل) على أنها محرمة العين قوله سبحانه وتعالى رجس من عمل الشيطان وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجسا

وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة فى نفسها وقوله عزمن قائل انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة الآية فدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها وقال عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب الا أنه رخص شربها عند ضرورة العطش أو لاكراه قدر ماتندفع به الضرورة ولان حرمة قليلها ثبتت بالشرع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواة وغيرها لان الله تعالى لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا ويحرم على الرجل أن يسقى الصغير الخمر فاذا سقاه فالاثم عليه دون الصغير لان خطاب التحريم يتناوله (ومنها) انه يكفر مستحلها لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب الكريم فكان منكر الحرمة منكراً للكتاب (ومنها) انه يحد شاربها قليلاً أو كثيراً لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ذلك ولو شرب خمراً ممزوجاً بالماء ان كانت الغلبة للخمر يجب الحد وان غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها لا يجب لان الغلبة اذا كانت للخمر فقد بقى اسم الخمر ومعناها واذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى الا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لان الطبخ لا يحل حراما ولو شربها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ ولو شرب دردى الخمر لاحد عليه الا اذا سكر لانه لا يسمى خمرا ومعنى الخمرية فيه ناقص لكونه مخلوطا بغيره فأشبه المنصف واذا سكر منه يجب حد السكر كما فى المنصف ويحرم شربه لما فيه من أجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر أو قاء خمرا لا حد عليه لانه يحتمل انه شربها مكرها فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على أهل الذمة وان سكروا من الخمر لانها حلال عندهم وعن الحسن بن زياد رحمه الله انهم يحدون اذا سكروا لان السكر حرام فى الاديان كلها (ومنها) ان حد شرب الخمر وحد السكر مقدر بثمانين جلدة فى الاحرار لاجماع الصحابة رضى الله عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال سيدنا على رضى الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون وبأربعين فى العبيد لان الرق منصف للحد كحد القذف والزنا قال الله تعالى جل وعلا فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب (ومنها) انه يحرم على المسلم تمليكها وتملكها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك لان كل ذلك انتفاع بالخمر وانها محرمة الانتفاع على المسلم وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال ياأهل المدينة ان الله تبارك وتعالى قد أنزل تحريم الخمر فمن كتب هذه الآية وعنده شىء منها فلا يشربها ولا يبيعها فسكبوها فى طرق المدينة الا أنها تورث لان الملك فى الموروث ثبت شرعا من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التمليك والتملك والخمر ان لم تكن متقومة فهى مال عندنا فكانت قابلة للملك فى الجملة (ومنها) انه لا يضمن متلفها اذا كانت لمسلم لانها ليست متقومة فى حق المسلم وان كانت مالا فى حقه واتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان وان كانت لذمى يضمن عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وهى من مسائل الغصب (ومنها) أنها نجسة غليظة حتى لو أصاب ثوبا أكثر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة لان الله تبارك وتعالى سماها رجسا فى كتابه الكريم بقوله رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ولو بل بها الحنطة فغسلت وجففت وطحنت فان لم يوجد منها طعم الخمر ورائحتها يحل أكله وان وجد لا يحل لان قيام الطعم والرائحة دليل بقاء أجزاء الخمر وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فان ذبحت ساعة ماسقيت به تحل من غير كراهة لانها فى أمعائها بعد فتطهر بالغسل وان مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لاحتمال أنها تفرقت فى العروق والاعصاب (ومنها) اذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف لقوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل وانما يعرف التخلل بالتغير من المرارة الى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة أصلا عند أبى حنيفة رضى الله عنه حتى لو بقى فيها بعض المرارة لا يحل وعند أبى يوسف ومحمد تصير خلا بظهور قليل الحموضة فيها لان من أصل أبى حنيفة رحمه الله ان العصير من ماء العنب لا يصير خمرا الا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر لا يصير خلا الا بعد تكامل معنى الخلية فيه وعندهما يصير خمرا بظهور دليل الخمرية ويصير خلا بظهور دليل الخلية فيه هذا اذا تخللت بنفسها فاما اذا خللها

صاحبها بعلاج من خل أوملح أوغيرهما فالتخليل جائز والخل حلال عندنا وعند الشافعي لا يجوز التخليل ولا يحل الخل وان خللها بالنقل من موضع الى موضع فلا شك أنه يحل عندنا وللشافعي رحمه الله قولان واحتج بما روى ان بعد نزول تحريم الخمر كانت عند أبي طلحة الانصاري رحمه الله خمور لايتام فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما نصنع بها يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ارقها فقال أبو طلحة أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام لا نص عليه الصلاة والسلام على النهي عن التخليل وحقيقة النهي للتحريم ولان في الاشتغال بالتخليل احتمال الوقوع في الفساد ويتجنس الظاهر منه ضرورة وهذا لا يجوز بخلاف ما اذا تخللت بنفسها (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أيما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر اذا تخلل فيحل لحقق عليه الصلاة والسلام التخليل وأثبت حل الخل شرعا ولان التخليل سبب لحصول الخل فيكون مباحا استدلالا بما اذا أمسكها حتى تخللت والدليل على أنه سبب لحصول الخل ان بهذا الصنع صار المائع حامضاً بحيث لا يبين في الذوق أثر المرارة فلا يخلو اما ان كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها في ذاتها واما ان كان لتغير الخمر من المرارة الى الحموضة لا سبيل الى الاول لانه لا حموضة في الملح لتغلب المرارة وكذا بالقاء حلو قليل يصير حامضاً في مدة قليلة لا تتخلل بنفسها عادة والقليل لا يغلب الكثير فتعين ان ظهور الحموضة باجراء الله تعالى العادة على أن مجاوزة الخل يغيرها من المرارة الى الحموضة في مثل هذا الزمان فثبت ان التخليل سبب لحصول الخل فيكون مباحا لانه حينئذ يكون اكتساب مال متقوم عندنا وعنده يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع (وأما) الحديث فقد روى أن أبا طلحة رحمه الله لما قال أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام نعم فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على أنه يحمل على النهي عن التخليل لمعنى في غيره وهو دفع عادة العامة لان القوم كانوا حديثي العهد بتحريم الخمر فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمور وفي البيت غلمان وجواري وصبيان وكانوا ألفوا شرب الخمر وصار عادة لهم وطبيعة والنزوع عن العادة أمر صعب فقيم البيت ان كان ينزجر عن ذلك ديانة فقل ما يسلم الاتباع عنها لو أمر بالتخليل اذ لا يتخلل من ساعتها بل بعد وقت معتبر فيؤدي الى فساد العامة وهذا لا يجوز وقد انعدم ذلك المعنى في زماننا ليقرر التحريم ويألف الطبع تحريمها حملناه على هذا دفعاً للتناقض عن الدليل وبه تبين ان ليس فيما قلناه احتمال الوقوع في الفساد وقوله تنجيس الظاهر من غير ضرورة نعم لكن لحاجة وانه لجائز كدبغ جلد الميتة والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا فرق في ظاهر الرواية بين ما اذا القى فيها شيئا قليلا من الملح أو السمك أو الخل أو كثيراً حتى تحل في الحالين جميعا وروى عن أبي يوسف أنه ان كان الخل كثيرا لا يحل (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله ان الملقى من الخل اذا كان قليلا فهذا تخليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغيير فاما اذا كان كثيرا فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب لغلبة الحموضة المرارة فصار كما لو القى فيها كثيرا من الحلاوات حتى صار حلوا أنه لا يحل بل يتنجس الكل فكذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان كل ذلك تخليل أما اذا كان قليلا فظاهر وكذلك اذا كان كثيرا لما ذكرنا ان ظهور الحموضة عند القاء الملح والسمك لا يكون بطريق التغليب لانعدام الحموضة فيهما فتعين أن يكون بطريق التغيير وفي الكثير يكون أسرع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السكر والفضيخ ونقيع الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين وأشار عليه الصلاة والسلام الى النخلة والكرمة والتي ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان حراما وسئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن التداوي بالسكر فقال ان الله تبارك وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال السكر هي الخمر ليس لها كنية وروى أنه لما سئل عن نقيع الزبيب قال الخمر أحييتها أشار الى علة الحرمة وهي ان ايقاع الزبيب في الماء احياء للخمر لان الزبيب اذا نقع في الماء يعود عنباً فكان نقيعه كعصير العنب ولان هذا لا يتخذ الا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها فان قيل أليس أن الله تبارك وتعالى قال ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا وهذا اخرج مخرج تذكير النعمة والتنبيه على

شكرها فيدل على حلها فالجواب قيل ان الآية منسوخة بآية تحريم الخمر فلا يصح الاحتجاج بها والثانى ان لم تكن منسوخة فيحتمل ان ذلك خرج مخرج التعيير اى انكم تجعلون ما أعطاكم الله تعالى من ثمرات النخيل والاعناب التى هى حلال بعضها حراما وهو الشراب والبعض حلالا وهو الدبس والزبيب والخل ونحو ذلك نظيره قوله تعالى قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم لان التعيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر مستحلها ولكن يضلل لان حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وآثار الصحابة رضى الله عنهم على ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها لان الحد انما يجب بشرب القليل من الخمر ولم يوجد بالسكر لان حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب العزيز قال الله تعالى جل شأنه فى الآية الكريمة انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وهذه المعانى تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنص الكتاب العزيز كحرمة الخمر ولهذا جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الحرمتين فى قوله عليه الصلاة والسلام حرمت عليكم الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام ما أراد به أصل الحرمة لان ذلك لا يقف على السكر فى كل شراب دل ان المراد منه الحرمة الكاملة التى لا شبهة فيها كحرمة الخمر وكذا جمع سيدنا على رضى الله عنه بينهما فى الحد فقال فيما أسكر من النبيذ ثمانون وفى الخمر قليلها وكثيرها ثمانون ويجوز بيعها عند أبى حنيفة مع الكراهة وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز أصلا (وجه) قولهما ان محل البيع هو المال وانه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعا ولم يوجد فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها كبيع الخمر (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان البيع مبادلة شىء مرغوب فيه بشىء مرغوب فيه قال الله تبارك وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين وقد وجد ههنا لان الاشربة مرغوب فيها والمال اسم لشىء مرغوب فيه الا ان الخمر مع كونها مرغوبا فيها لا يجوز بيعها بالنص الذى روينا والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص وعلى هذا الخلاف اذا أتلفها انسان يضمن عنده وعندهما لا يضمن (ومنها) حكم نجاستها فقد روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انها لو أصابت الثوب أكثر من قدر الدرهم تمنع جواز الصلاة لانه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالخمر فكانت نجاستها غليظة كنجاسة الخمر وروى انها لا تمنع أصلا لان نجاسة الخمر انما ثبتت بالشرع بقوله عز شأنه رجس من عمل الشيطان فيختص باسم الخمر وعن أبى يوسف رحمه الله انه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما فى النجاسة الحقيقية لانها وان كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد بشرب القليل منها فاوجب ذلك خفة فى نجاستها هذا الذى ذكرنا حكم النىء من عصير العنب ونبيذ التمر ونقيع الزبيب (وأما) حكم المطبوخ منها اما عصير العنب اذا طبخ أدنى طبخة وهو الباذق أو ذهب نصفه وبقى النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء رضى الله عنهم وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله الاول أنه مباح وهو قول حماد بن أبى سليمان ويصح قول العامة لانه اذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه باق وهو ما زاد على الثلث والدليل على ان الزائد على الثلث حرام ما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه كتب الى عمار بن ياسر رضى الله عنه انى أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على ان الزائد على الثلث حرام وأشار الى أنه ما لم يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل عنهم خلافه فكان اجماعا منهم ولا يحد شاربه ما لم يسكر واذا أسكر حد ولا يكفر مستحله لما مر ويجوز بيعه عند أبى حنيفة وان كان لا يحل شربه وعندهما لا يحل شربه ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا هذا اذا طبخ عصير العنب فأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب (وأما) المطبوخ من نبيذ التمر ونقيع الزبيب أدنى طبخة والمنصف منهما فيحل شربه ولا يحرم الا السكر منه وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن متلفه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وعن محمد رحمه الله روايتان في رواية لا يحل شربه لكن لا يجب الحد الا بالسكر وفي رواية قال لا أحرمه ولكن لا أشرب منه والحجج تذكر في المثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يحتاجان الى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب (ووجه) الفرق لهما أن طبخ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثيه لا أثر له في العصر لان بعد الطبخ بقيت فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك يغلي ويشتد من غير أن يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقي على حاله بخلاف نبيذ التمر ونقيع الزبيب لانه ليس فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلا كعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي ويسكر اذا خلط فيه الماء واذا لم يكن مسكرا بنفسه بل بغيره جاز أن يتغير حاله بالطبخ بخلاف العصير على ما ذكرنا والى هذا أشار سيدنا عمر رضي الله عنه فيما روينا عنه من قوله يذهب حرامه وريح جنونه يعني اذا كان يغلي بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقي سلطانه واذا صار بحيث لا يغلي بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطانه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نقع الزبيب المدقوق في الماء ثم طبخ نقيعه أدنى طبخة فأما اذا نقع الزبيب كما هو وصفي ماؤه ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه ووجهه ما ذكرنا أن انقاع الزبيب احياء للعنب فلا يحل به عصيره الا بما يحل به عصير العنب وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في ذلك أدنى طبخة لانه زبيب انتفخ بالماء فلا يتغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المثلث فنقول لا خلاف في أنه مادام حلوا لا يسكر يحل شربه (وأما) المعتق المسكر فيحل شربه للتداوي واستمراء الطعام والتقوي على الطاعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وروى محمد رحمه الله أنه لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله وأجمعوا على أنه لا يحل شربه للهو والطرب كذا روى أبو يوسف رحمه الله في الامالي وقال لو أراد أن يشرب المسكر فقليله وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشي اليه حرام (وجه) قول محمد والشافعي رحمهما الله ماروى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل مسكر من عصير العنب انما سمي خمرا لكونه مخامرا للعقل ومعنى المخامرة يوجد في سائر الاشربة المسكرة وأبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما احتجا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة الكرام رضي الله عنهم (أما) الحديث فما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أتي بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه (وأما) الآثار فمنها ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول انا لننحر الجزور وأن العنق منها لآل عمر ولا يقطعه الا النبيذ الشديد (ومنها) ما روينا عنه أنه كتب الى عمار بن ياسر رضي الله عنهما أني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوال الشدة المسكرة بقوله ويذهب ريح جنونه وندب الى الشرب بقوله فليتوسعوا من أشربتهم (ومنها) ماروى عن سيدنا علي رضي الله تعالى عنه أنه أضاف قوما فسقاهم فسكر بعضهم فحده فقال الرجل تسقيني ثم تحدني فقال سيدنا علي رضي الله عنه انما أحدك للسكر وروى هذا المذهب عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال حين سئل عن النبيذ اشرب الواحد والاثنين والثلاثة فاذا خفت السكر فدع واذا ثبت الاحلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فالقول بالتحريم يرجع الى تفسيقهم وأنه بدعة ولهذا عد أبو حنيفة رضي الله عنه احلال المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة فقال في

بيانها

بيانها أن يفضل الشيخين ويحب الختنين وأن يرى المسح على الخفين وأن لا يحرم نبيذ الخمر لما أن فى القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم والكف عن تفسيقهم والامساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة والجماعة (وأما) ماورد من الاخبار ففيها طعن ثم بها تأويل ثم قول بموجبها (أما) الطعن فان يحيى بن معين رحمه الله قد ردها وقال لا تصح عن النبى عليه الصلاة والسلام وهو من نقلة الاحاديث فطعنه يوجب جرحاً فى الحديثين (وأما) التأويل فهو أنها محمولة على الشرب للتلهى توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (وأما) القول بالموجب فهو أن المسكر عندنا حرام وهو القدح الاخير لان المسكر ما يحصل به الاسكار وأنه يحصل بالقدح الاخير وهو حرام قليله وكثيره وهذا قول بموجب الاحاديث ان ثبتت بحمد الله تعالى (وأما) قولهم ان هذه الاشربة خمر لوجود معنى الخمر فيها وهو صفة مخامرة العقل قلنا اسم الخمر للنىء من ماء العنب اذا صار مسكراً حقيقة ولسائر الاشربة مجاز لان معنى الاسكار والمخامرة فيه كامل وفى غيره من الاشربة ناقص فكان حقيقة له مجازاً لغيره وهذا لانه لو كان حقيقة لغيره لكان الامر لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون اسماً مشتركا واما أن يكون اسماً عاما لا سبيل الى الاول لان شرط الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها وههنا ما اختلف ولا سبيل الى الثانى لان من شرط العموم أن تكون أفراد العموم متساوية فى قبول المعنى الذى وضع له اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوى ههنا واذا لم يكن بطريق الحقيقة تعين أنه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الجمهورى فحكمه حكم المثلث لانه مثلث يرق بصب الماء عليه ثم يطبخ أدنى طبخة لئلا يفسد (وأما) الخليطان فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد من النىء عنهما والمطبوخ وقد ذكرناه وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن شرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً وهو محمول على النىء والسكر منه والله عز وجل أعلم وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعاً ولو طبخ أحدهما ثم صب قدح من النىء فيه أفسده سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه لانه اجتمع الحلال والحرام فيغلب الحرام الحلال ولو خلط العصير بالماء فان ترك حتى اشتد لا شك أنه لا يحل وان طبخ حتى ذهب ثلثاه ففيه نظر ان كان الماء هو الذى يذهب أولا بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه فيحل وان كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فلا يحل والله عز وجل أعلم (وأما) المزر والجعة والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شربه عند أبى حنيفة رضى الله عنه قليلا كان أو كثيراً مطبوخاً كان أو نيأ ولا يحد شاربه وان سكر وروى عن محمد رحمه الله أنه حرام بناء على أصله وهو أن ما أسكر كثيره فقليله حرام كالمثلث وقال أبو يوسف رحمه الله ما كان من هذه الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فانى أكرهه وكذا روى عن محمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك الى قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وجه) قول أبى يوسف الاول ان بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدته وشدته دليل حرمته (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان الحرمة متعلقة بالخمرية لا تثبت الا بشدة والشدة لا توجد فى هذه الاشربة فلا تثبت الحرمة والدليل على انعدام الخمرية أيضاً ما روينا عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين ذكر عليه الصلاة والسلام الخمر بلام الجنس فاقتضى اقتصار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وانما لا يجب الحد وان سكر منه لانه سكر حصل بتناول شئ مباح وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز فى بعض البلاد بخلاف ما اذا سكر بشرب المثلث أنه يجب الحد لان السكر هناك حصل بتناول المحظور وهو القدح الاخير (وأما) ظروف الاشربة المحرمة فيباح الشرب منها اذا غسلت الا الخزف الجديد الذى يتشرب فيها على الاختلاف الذى عرف فى كتاب الصلاة والاصل فيه قول النبى عليه الصلاة والسلام انى كنت نهيتكم عن الشرب فى الدباء والحنتم والمزفت الا فاشربوا فى كل ظرف فان الظروف لا تحل شيأ ولا تحرمه (وأما) بيان حد السكر الذى يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف فى حده قال

أبو حنيفة رضى الله عنه السكران الذى يحد هو الذى لا يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يعقل الارض من السماء والرجل من المرأة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وروى عن أبى يوسف أنه يمتحن بقل يا أيها الكافرون فيستقرأ فان لم يقدر على قراءتها فهو سكران لما روى أن رجلا صنع طعاماً فدعى سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا وسيدنا سعد بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنهم فأكلوا وسقاهم خمراً وكان قبل تحريم الخمر فحضرتهم صلاة المغرب فأمهم واحد منهم فقرأ قل يا أيها الكافرون على طرح لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وهذا الامتحان غير سديد لان من السكارى من لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلا ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها فى حالة الصحو خصوصا من لا اعتناء له بأمر القرآن فكيف فى حالة السكر وقال الشافعى رحمه الله اذا شرب حتى ظهر أثره فى مشيه وأطرافه وحركاته فهو سكران وهذا أيضاً غير سديد لان هذا أمر لا ثبات له لانه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم من يظهر ذلك منه بأدنى شىء ومنهم من لا يظهر فيه وان بلغ به السكر غايته (وجه) قولهما شهادة العرف والعادة فان السكران فى متعارف الناس اسم لمن هذى واليه أشار سيدنا على رضى الله عنه بقوله اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون وأبو حنيفة عليه الرحمة يسلم ذلك فى الجملة فيقول أصل السكر يعرف بذلك لكنه اعتبر فى باب الحدود ما هو الغاية فى الباب احتيالا للدرء المأمور به بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ولا يعرف بلوغ السكر غايته الا بما ذكر والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الاستحسان ﴾

وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهة والكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى موضعين فى بيان معنى اسم الكتاب وفى بيان أنواع المحظورات والمباحات المجموعة فيه (أما) الاول فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشىء على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو رؤية الشىء حسنا يقال استحسنت كذا أى رأيته حسنا فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد فيه من الاحكام بحسن ليس فى غيرها ولكونها على وجه يستحسنها العقل والشرع (وأما) التسمية بالحظر والاباحة فتسمية طابقت معناها ووافقت مقتضاها لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات وكذا التسمية بالكراهة لان الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكروه فى الشرع لان الكراهة ضد المحبة والرضا قال الله تبارك وتعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به الا أن ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به من نص الكتاب العزيز أو غير ذلك فعادة محمد أنه يسميه حراما على الاطلاق وما ثبتت حرمته بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأقاويل الصحابة الكرام رضى الله عنهم وغير ذلك يسميه مكروها وربما يجمع بينهما فيقول حرام مكروه اشعارا منه ان حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع (وأما) بيان أنواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول وبالله تعالى التوفيق المحرمات المجموعة فى هذا الكتاب فى الاصل نوعان نوع ثبتت حرمته فى حق الرجال والنساء جميعا ونوع ثبتت حرمته فى حق الرجال دون النساء (أما) الذى ثبتت حرمته فى حق الرجال والنساء جميعا فبعضها مذكور فى مواضعه فى الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له فى الكتب ونبدأ بما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس والكلام فيها فى ثلاث مواضع أحدها فى بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل والثانى فى بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل والثالث فى بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة (أما) الاول فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع النساء فنقول وبالله تعالى التوفيق النساء فى هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم

وهوالرحم المحرم للنكاح كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلامحرم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن أصلا ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلامحرم وهوالرحم الذى لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة (أما) النوع الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومسها من رأسها الى قدمها لانه يحل له وطؤها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غيرملومين ولانه فوق النظر والمس فكان احلالا لهما من طريق الاولى الا أنه لا يحل له وطؤها فى حالة الحيض لقوله تبارك وتعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذى تلوناوهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما لا يحل الاستمتاع بما فوق الازار وقال محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم وله ماسوى ذلك واختلف المشايخ فى تفسير قولهما بما فوق الازار قال بعضهم المراد منه مافوق السرة فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه مع الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى الفرج لكن مع المئزر لا مكشوفا ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لانه يتناول مافوق السرة وما تحتها سوى الفرج مع المئزر اذ كل ذلك فوق الازار فيكون عملا بعموم اللفظ والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول محمد ظاهر قوله تبارك وتعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى فتختص الحرمة بموضع الاذى وقد روى أن سيدتنا عائشة رضى الله عنها سئلت عما يحل للرجل من امرأته الحائض فقالت يتقى شعار الدم وله ماسوى ذلك (ووجه) قولهما ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لنا ماتحت السرة وله مافوقها وروى ان أزواج النبى عليه الصلاة والسلام كن اذا حضن أمرهن أن يتزرن ثم يضاجعهن ولان الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع فى الحرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وفى رواية من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه والمستمتع بالفخذ يحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك أن يقع فيه دل ان الاستمتاع به سبب الوقوع فى الحرام وسبب الحرام حرام أصله الخلوة بالاجنبية (وأما) الآية الكريمة فحجة عليه لان ماحول الفرج لا يخلو عن الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى وقول سيدتنا عائشة رضى الله عنها له ماسوى ذلك أى مع الازار فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك المرأة يحل لها النظر الى زوجها واللمس من فرقه الى قدمه لانه حل لها ماهو أكثر من ذلك وهو التمكين من الوطء فهذا أولى ويحل النظر الى عين فرج المرأة المنكوحة لأن الاستمتاع به حلال فالنظر اليه أولى الا أن الادب غض البصر عنه من الجانبين لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى مامنه ولا نظر الى مامنى ولا يحل اتيان الزوجة فى دبرها لان الله تعالى عز شأنه نهى عن قربان الحائض ونبه على المعنى وهو كون المحيض أذى والاذى فى ذلك المحل أفحش وأذم فكان أولى بالتحريم وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أتى حائضا أو امرأة فى دبرها أو أتى كاهنا فصدقه فيما يقول فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم نهى عن اتيان النساء فى محاشهن أى أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم انها سميت اللوطية الصغرى ولان حل الاستمتاع فى الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لان لقضاء الشهوات خاصة دارا أخرى وانما يثبت لحق قضاء الحاجات وهى حاجة بقاء النسل الى انقضاء الدنيا الا أنه ركبت الشهوات فى البشر للبعث على قضاء الحاجات وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع فى الادبار فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له (وأما) النوع الثانى وهن المملوكات فحكمهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سائر بدن جاريته ومسها من رأسها الى قدمها لانه حل له ماهو أكثر منه لقوله عز وجل أوماملكت أيمانكم الآية الا أن حالة الحيض صارت

مخصوصة فلا يقربها فى حالة الحيض ولا يأتى فى دبرها لماذكرنا من الدلائل وفى الاستمتاع بهـا فيا دون الفرج على الاختلاف وكذا اذا ملكها بسائر أسباب الملك لا يحل له أن يقربها قبل أن يستبرئها والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال فى سبايا أوطاس الالا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ولان فيه خوف اختلاط المياه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه و يستحقها فيتبين انه يستمتع بملك الغير (وأما) الدواعى من القبلة والمعانقة والنظر الى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء الا فى المسبية وقال مكحول رحمه الله يحل (وجه) قوله أن الملك فى الاصل مطلق التصرف ولهـذا لم تحرم الدواعى فى المسبية ولا على الصائم فكان ينبغى أن لا يحرم القربان أيضا الا أن الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمـة على مورد النص على أن النص ان كان معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتمل التعدية الى الدواعى فلا يتعدى اليها (وجه) قول العامة ان حرمة القربان انما ثبتت خوفا عن توهم العلوق وظهور الحبل وعند الدعوة والاستحقاق يظهر ان الاستمتاع صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود فى الدواعى من المستبرأة ونحوها فيتعدى اليها ولا يتعدى فى المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعى وسيلة الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام أصله الخلوة وهذا أولى لان الخلوة فى التوسـل الى الحرام دون المس فكان تحريمها تحريما للمس بطريق الاولى كما فى تحريم التأفيف من الضرب والشتم ومن اعتمد على هـذه النكتة منع فصل المسبية و زعم أن لا نص فيها عن أصحابنا وهو غير سديد فان حل الدواعى من المسبية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الاولى وحرمة الدواعى فى باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الحج والظهار (وأما) النوع الثـالث وهو ذات الرحم المحرم فيحل للرجـل النظر من ذوات محارمـه الى رأسها وشعرها وأذنيها وصدرهـا وعضـدها وثديها وساقها وقـدمها لقوله تبارك وتعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية نهاهن سبحانه وتعالى عن ابداء الزينة مطلقا واستثنى سبحانه ابداءها للمذكورين فى الآية الكريمة منهم ذو الرحم المحرم والاستثناء من الحظر اباحة فى الظاهر والزينـة نوعان ظاهرة وهو الكحل فى العـين والخاتم فى الاصبع والفتخة للرجل و باطنة وهو العصابة للرأس والعقاص للشـعر والقرط للاذن والحمائل للصـدر والدملوج للعضـد والخلخال للساق والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابداء نفس الزينـة ليس بمنهى وقد ذكر سبحانه وتعالى الزينـة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليها بظاهر النص ولان المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتـة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الـكشف الا بحرج وانه مدفوع شرعا وكل ما جاز النظر اليـه منهن من غير حائل جاز مسه لان المحرم يحتاج الى اركابها وانزالها فى المسافرة معها وتتعذر صيانة هذه المواضع عن الانـكشاف فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المـكشوف ولان حرمة النظر الى هـذه المواضع ومسها من الاجنبيات انما ثبت خوفا عن حصول الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هـذه الاعضاء ومسها فى ذوات المحارم لا يورث الشـهوة لانهما لا يكونان للشـهوة عادة بل للشفقة ولهـذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيـل أمهاتهم و بناتهم وقد روى ان رسول الله صـلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو قبل رأس السيدة فاطمة رضى الله عنها وهـذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه انه لا يشتهى فاما اذا كان يشتهى أو كان غالب ظنـه وأكبر رأيه انه لو نظر أو مس اشتهى لم يجز له النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع فى الحرام فيكون حراما ولا بأس أن يسافر بها اذا أمن الشهوة لما روى عن رسول الله صـلى الله عليه وسـلم انه قال لا يحـل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثا فما فوقها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ولان الذى يحتاج المحرم اليه فى السفر مسها فى الحمل والانزال و يحـل له مسها فتحل المسافرة معها وكذا لا بأس أن يخـلو بها اذا أمن على نفسه لانه لما حل المس فالخلوة أولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه

انه قال لا يخلون الرجل بمغيبة وان قبل حموها الا حموها الموت وهو محمول على حالة الخوف أو يكون نهي ندب وتنزيه والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الآية الا انه سبحانه وتعالى رخص النظر للمحارم الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية فبقي غض البصر عما وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى ولان رخصة النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى النظر الى ما وراءها فكان النظر اليها يحقق الشهوة وانه حرام ولان الله تبارك وتعالى جعل الظهار منكرا من القول وزورا والظهار ليس الا تشبيه المنكوحة بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر الام حرام النظر والمس لم يكن الظهار منكرا من القول وزورا فيؤدي الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت هذه الاعضاء مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم الى اركابها وانزالها فلا بأس بان يأخذ بطنها أو ظهرها أو فخذها من وراء الثوب اذا كان يأمن على نفسه لما ذكرنا ان مس ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة خصوصا من وراء الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسه وليجتنب ما استطاع وكل ما يحل للرجل من ذوات الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذي رحم محرم منها وكل ما يحرم عليه يحرم عليها والله عز وجل أعلم (وأما) النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان أفلح بن أبي القعيس رحمه الله استأذن أن يدخل على سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه (وأما) النوع الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن أيضا في حل النظر والمس وحرمتهما حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى ذلك والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة وروى ان سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه رأى أمة متقنعة فعلاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر فدل على حل النظر الى رأسها وشعرها وأذنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه انه مر بجارية تعرض على البيع فضرب بيده على صدرها وقال اشتروا ولو كان حراما لم يتوهم منه رضي الله عنه أن يمسها ولان بالناس حاجة الى النظر الى هذه المواضع ومسها عند البيع والشراء لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لاختلاف قيمتها باختلاف أطرافها فألحقت بذوات الرحم المحرم دفعا للحرج عن الناس ولهذا يحل بهن المسافرة بلا محرم ولا حاجة الى المس والنظر الى غيرها الا انها تصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها وهذا اذا أمن على نفسه الشهوة فان لم يأمن وخاف على نفسه أن يشتهي لو نظر أو مس فلا بأس أن ينظر اليها وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها فلا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر فصار النظر من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج فلا بأس بذلك وان كان عن شهوة فكذا هذا وكذا لا بأس له أن يمس وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عن محمد رحمه الله انه يكره للشاب مس شئ من الامة والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان المشتري يحتاج الى العلم ببشرتها ولا يحصل ذلك الا باللمس فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر والمس من الرجل الاجنبي ما فوق السرة ودون الركبة الا ان تخاف الشهوة فتجتنب كالرجل وكل جواب عرفته في القنة فهو الجواب في المدبرة وأم الولد لقيام الرق فيهما (وأما) النوع السادس وهو الاجنبيات الحرائر فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الحرة الى سائر بدنها الا الوجه والكفين لقوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا ان النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان رخص بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها والمراد من الزينة مواضعها ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفان فالكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولانها تحتاج الى البيع والشراء والاخذ والعطاء ولا يمكنها

ذلك عادة الا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه يحل النظر الى القدمين أيضاً (وجه) هذه الرواية ماروى عن سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها في قوله تبارك وتعالى الا ماظهر منها القلب والفتخة وهي خاتم أصبع الرجل فدل على جواز النظر الى القدمين ولان الله تعالى نهى عن ابداء الزينة واستثنى ماظهر منها والقدمان ظاهرتان ألا ترى انهما يظهران عند المشى فكانا من جملة المستثنى من الحظر فيباح ابداؤهما (وجه) ظاهر الرواية ماروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال في قوله جل شأنه الا ماظهر منها انه الكحل والخاتم وروى عنه في رواية أخرى انه قال الكف والوجه فيبقى ماوراء المستثنى على ظاهر النهى ولان اباحة النظر الى وجه الاجنبية وكفيها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعطاء ولا حاجة الى كشف القدمين فلا يباح النظر اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة فلا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وليس زنا العينين الا النظر عن شهوة ولان النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام فيكون حراما الا في حالة الضرورة بان دعى الى شهادة أو كان حاكما فأراد أن ينظر اليها ليجيز اقرارها عليها فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها لاشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لان الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة ألا ترى انه خص النظر الى عين الفرج لمن قصد اقامة حسبة الشهادة على الزنا ومعلوم ان النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر الى الوجه ومع ذلك سقطت حرمته لمكان الضرورة فهذا أولى وكذا اذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح بعد تقديم النظر أدل على الالفة والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ماقال النبي عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين أراد أن يتزوج امرأة اذهب فانظر اليها فانه أحرى أن يدوم بينكما دعاه عليه الصلاة والسلام الى النظر مطلقا وعلل عليه الصلاة والسلام بكونه وسيلة الى الالفة والموافقة (وأما) المرأة فلا يحل لها النظر من الرجل الاجنبي ما بين السرة الى الركبة ولا بأس أن تنظر الى ماسوى ذلك اذا كانت تأمن على نفسها والافضل للشاب غض البصر عن وجه الاجنبية وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يؤيده المروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما انه قال في قوله تبارك وتعالى الا ماظهر منها انه الرداء والثياب فكان غض البصر وترك النظر أزكى وأطهر وذلك قوله عز وجل قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم وروى ان أعميين دخلا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها وأخرى فقال لهما قوما فقالتا انهما أعميان يارسول الله فقال لهما اعمياوان انتما الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما والعبد فيما ينظر الى مولاته كالحر الذى لا قرابة بينه وبينها سواء وكذا الفحل والخصى والعنين والمخنث اذا بلغ مبلغ الرجال سواء لعموم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم واطلاق قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها ولان الرق والخصاء لا يعدمان الشهوة وكذا العنة والخنوثة (أما) الرق فظاهر (وأما) الخصاء فان الخصى رجل الا أنه مثل به الى هذا أشارت سيدتنا عائشة رضى الله عنها فقالت انه رجل مثل به افتحل له المثلة ماحرم الله تبارك وتعالى على غيره (وأما) العنة والخنوثة فالعنين والمخنث رجلان فان قيل أليس ان المملوك بملك اليمين للمرأة مستثنى من قوله جل وعلا ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الى قوله عز شأنه الا ماملكت أيمانهن من غير فصل بين العبد والامة والاستثناء من الحظر اباحة فالجواب ان قوله سبحانه وتعالى الا ماملكت أيمانهن ينصرف الى الاماء لان حكم العبيد صار معلوما بقوله سبحانه وتعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال اذ العبد من جملة التابعين من الرجال فكان قوله عز شأنه الا ماملكت ايمانهن مصروفا الى الاماء لئلا يؤدى الى التكرار فان قيل حكم الاماء صار معلوما بقوله تبارك وتعالى أو التابعين فالصرف اليهن يؤدى الى التكرار أيضا فالجواب ان المراد بالنساء الحرائر فوقعت الحاجة الى تعريف حكم الاماء فأبان بقوله جل شأنه أو ماملكت أيمانهن ان حكم الحرة والامة فيه سواء

وروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت كان يدخل على نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الاربة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو ينعت امرأة فقال لا أرى هذا يعلم ماههنا لا يدخل عليكن فحجبوه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة رضى الله عنها وعندها مخنث فاقبل على أخى أم سلمة فقال يا عبد الله ان فتح الله عليكم غدا الطائف دللتك على بنت غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال عليه الصلاة والسلام لا أرى يعرف هذا ماههنا لا يدخلن عليكم هذا اذا بلغ الاجنبي مبلغ الرجال فان كان صغيرا لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير العورة فلا بأس لهن من ابداء الزينة لهم لقوله جل وعلا أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء مستثنى من قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لمن ذكر والطفل فى اللغة الصبى ما بين أن يولد الى يحتلم وأما الذى يعرف التميز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغى لها أن تبدى زينتها له ألا ترى ان مثل هذا الصبى أمر بالاستئذان فى بعض الاوقات بقوله تبارك وتعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما وروى ان أعميين دخلا على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشه وأخرى فقال لهما قوما فقالتا انهما أعميان يا رسول الله فقال اعميا وان أنتما هذا حكم النظر الى الوجه والكفين وأما حكم مس هذين العضوين فلا يحل مسهما لان حل النظر للضرورة التى ذكرناها ولا ضرورة الى المس مع ما ان المس فى بعث الشهوة وتحريكها فوق النظر واباحة أدنى الفعلين لا يدل على اباحة اعلاهما هذا اذا كان شابين فان كانا شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة لخروج المصافحة منهما من أن تكون مورثة للشهوة لانعدام الشهوة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز ثم انما يحرم النظر من الاجنبية الى سائر اعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين أيضاً على اختلاف الروايتين اذا كانت مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثوب فان كان ثوبها صفيقاً لا يلتزق ببدنها فلا بأس أن يتأملها ويتأمل جسدها لان المنظور اليه الثوب دون البدن وان كان ثوبها رقيقاً يصف ما تحته ويشف أو كان صفيقا لكنه يلتزق ببدنها حتى يستبين له جسدها فلا يحل له النظر لانه اذا استبان جسدها كانت كاسية صورة عارية حقيقة وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات وروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت دخلت على أختى السيدة أسماء وعليها ثياب شامية رقاق وهى اليوم عندكم صفاق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ثياب تمجها سورة النور فامر بها فاخرجت فقلت يا رسول الله زارتنى أختى فقلت لها ما قلت فقال يا عائشة ان المرأة اذا حاضت لا ينبغى أن يرى منها الا وجهها وكفاها فان ثبت هذا من النبى عليه الصلاة والسلام كان تفسيرا لقوله عز وجل الا ما ظهر منها فدل على صحة ظاهر الرواية ان الحرة لا يحل النظر منها الا الى وجهها وكفيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع السابع وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الاجنبيات الحرائر لعموم الامر بغض البصر والنهى عن ابداء زينتهن الا المذكورين فى محل الاستثناء وذو الرحم بلا محرم غير مذكور فى المستثنى فبقيت منهية عن ابداء الزينة له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثانى وهو ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من الرجل فنقول وبالله التوفيق يحل للرجل أن ينظر من الرجل الاجنبى الى سائر جسده الا ما بين السرة والركبة الا عند الضرورة فلا بأس أن ينظر الرجل من الرجل الى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختن وكذا اذا كان بموضع العورة من الرجل قرح أو جرح أو وقعت الحاجة الى مداواة الرجل ولا ينظر الى الركبة ولا بأس بالنظر الى السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا وعند الشافعى على العكس من ذلك والصحيح قولنا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما تحت السرة عورة والركبة ما تحتها فكانت عورة الا ان ما تحت الركبة صار مخصوصا فبقيت الركبة تحت العموم ولان الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تميزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة لانه اسم لموضع

معلوم لا اشتباه فيه وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه كان اذا اتزر أبدى سرته ولو كانت عورة لما احتمل منه
كشفها هذا حكم النظر (وأما) حكم المس فلا خلاف فى أن المصافحة حلال لقوله عليه الصلاة والسلام تصافحوا تحابوا
و روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا التقى المؤمن أخاه فصافحه تناثرت ذنوبه ولان الناس يتصافحون فى سائر
الاعصار فى العهود والمواثيق فكانت سنة متوارثة واختلف فى القبلة والمعانقة قال أبو حنيفة رضى الله عنه ومحمد رحمه
الله يكره للرجل أن يقبل فم الرجل أو يده أو شيأ منه أو يعانقه وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به (ووجهه)
ما روى أنه لما قدم جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه من الحبشة عانقه سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبل بين
عينيه وأدنى درجات فعل النبى الحل وكذا روى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا اذا رجعوا من أسفارهم
كان يقبل بعضهم بعضاً أو يعانق بعضهم بعضا واحتجا بما روى أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل أيقبل
بعضنا بعضاً فقال لا فقيل أيعانق بعضنا بعضاً فقال عليه الصلاة والسلام لا فقيل أيصافح بعضنا بعضاً فقال عليه
الصلاة والسلام نعم وذكر الشيخ أبو منصور رحمه الله ان المعانقة انما تكره اذا كانت شبيهة بما وضعت للشهوة فى
حالة التجرد فاما اذا قصد بها المبرة والاكرام فلا تكره وكذا التقبيل الموضوع لقضاء الوطر والشهوة هو المحرم فاذا
زال عن تلك الحالة ابيح وعلى هذا الوجه الذى ذكره الشيخ يحمل الحديث الذى احتج به أبو يوسف رحمه الله والله
أعلم بالصواب (وأما) الثالث وهو بيان ما يحل من ذلك وما يحرم للمرأة من المرأة فكل ما يحل للرجل أن ينظر اليه من
الرجل يحل للمرأة أن تنظر اليه من المرأة وكل مالا يحل له لا يحل لها فتنظر المرأة من المرأة الى سائر جسدها الا ما بين
السرة والركبة لانه ليس فى نظر المرأة الى المرأة خوف الشهوة والوقوع فى الفتنة كما ليس ذلك فى نظر الرجل الى الرجل
حتى لو خافت ذلك تجتنب عن النظر كما فى الرجل ولا يجوز لها أن تنظر ما بين سرتها الى الركبة الا عند الضرورة بان كانت
قابلة فلا بأس لها أن تنظر الى الفرج عند الولادة وكذا لا بأس أن تنظر اليه لمعرفة البكارة فى امرأة العنين والجارية
المشتراة على شرط البكارة اذا اختصما وكذا اذا كان بها جرح أو قرح فى موضع لا يحل للرجال النظر اليه فلا بأس أن
تداويها اذا علمت المداواة فان لم تعلم تعلم ثم تداويها فان لم توجد امرأة تعلم المداواة ولا امرأة تتعلم وخيف عليها الهلاك
أو بلاء أو وجع لا تحتمله يداويها الرجل لكن لا يكشف منها الا موضع الجرح ويغض بصره ما استطاع لان
الحرمات الشرعية جاز أن يسقط اعتبارها شرعا لمكان الضرورة كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والاكراه
لكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان علة ثبوتها الضرورة والحكم لا يزيد على قدر العلة هذا الذى ذكرنا
حكم النظر والمس (وأما) حكم الدخول فى بيت الغير فالداخل لا يخلو اما أن يكون أجنبياً أو من محارمه فان كان أجنبياً فلا
يحل له الدخول فيه من غير استئذان لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا
وتسلموا على أهلها قيل تستأنسوا أى تستأذنوا وقيل تستعلموا وهما متقاربان لان الاستئذان طلب الاذن
والاستعلام طلب العلم والاذن اعلام وسواء كان السكن فى البيت أو لم يكن لقوله تعالى فان لم تجدوا فيها أحداً فلا
تدخلوها حتى يؤذن لكم وهذا يدل على ان الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصة بل لانفسهم ولاموالهم لان
الانسان كما يتخذ البيت ستراً لنفسه يتخذه ستراً لامواله وكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على أمواله وفى
بعض الاخبار ان من دخل بيتا بغير اذن قال له الملك الموكل به عصيت وآذيت فيسمع صوته الخلق كلهم الا الثقلين
فيصعد صوته الى السماء الدنيا فتقول ملائكة السماء أف لفلان عصى ربه وأذى واذا استأذن فأذن له حل له الدخول
يدخل ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول كما قال بعض الناس لقوله سبحانه وتعالى فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على
أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ولانه لو سلم قبل الدخول فاذا دخل يحتاج الى التسليم ثانيا وان لم يؤذن له بالدخول
وقيل له ارجع فليرجع ويكره له أن يقعد على الباب لقوله عزوجل وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا وفى بعض الاخبار
الاستئذان ثلاث مرات من لم يؤذن له فيهن فليرجع أما الاول فيسمع الحى وأما الثانى فيأخذوا حذرهم وأما

الثالث فان شاؤا أذنوا وان شاؤا ردوا فاذا استأذن ثلاث مرات ولم يؤذن له ينبغي أن يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لان للناس حاجات وأشغالا في المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق ذرعهم وشغل قلوبهم ولعل لا تلتئم حاجاتهم فكان الرجوع خيرا له من القعود وذلك قوله تعالى هو أزكى لكم هذا اذا كان الدخول للزيارة ونحوها فأما اذا كان الدخول لتغيير المنكر بأن سمع في دار صوت المزامير والمعازف فليدخل عليهم بغير اذنهم لان تغيير المنكر فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذي تلونا ولو دخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك وهكذا روى أن رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام وقال أنا أخدم أمي وأفرشها ألي أستأذن عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فسأله ثلاثا فقال عليه الصلاة والسلام يسرك أن تراها عريانة فقال لا قال لا فاستأذن عليها وكذا روى عن حذيفة رضي الله عنه أن رجلا سأله فقال أستأذن على أختي فقال رضي الله عنه ان لم تستأذن رأيت ما يسوءك الا أن الامر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل لان المحرم مطلق النظر الى موضع الزينة منها شرعا هذا الذي ذكرنا حكم الاحرار البالغين (وأما) حكم المماليك والصبيان أما المملوك فيدخل في بيت سيده من غير استئذان الا في ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر وعند الظهر وبعد صلاة العشاء الآخرة لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم الى قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ولان هذه أوقات التجرد وظهور العورة في العادة (أما) قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من ثياب النوم ووقت الظهيرة وقت وضع الثياب للقيلولة وأما بعد صلاة العشاء فوقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الاوقات الثلاث لان العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والامة في ذلك سواء وسواء كان المملوك صغيرا أو كبيرا بعد أن كان يعرف العورة من غير العورة لان هذه أوقات غرة وساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره أن يراه أحد عليها وهذا المعنى يستوي فيه الذكر والانثى والكبير والصغير بعد أن يكون من أهل التمييز ويكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتأديب كما في الآباء مع الابناء الصغار (وأما) الصبيان فان كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل في الاوقات كلها وان كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعه الأب من الدخول في الاوقات الثلاثة تأديبا وتعليما لامور الدين كالامر بالصلاة اذا بلغ سبعا وضربه عليها اذا بلغ عشرا والتفريق بينهم في المضاجع والله عز وجل أعلم هذا اذا كان البيت مسكونا بأن كان له ساكن وأما اذا لم يكن كالخانات والرباطات التي تكون للمارة والخربات التي تقضى فيها حاجة البول والغائط فلا بأس أن يدخله من غير استئذان لقوله سبحانه وتعالى ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم أي منفعة لكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الخانات والرباطات ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط في الخربات والله سبحانه وتعالى أعلم وروى في الخبر انه لما نزلت آية الاستئذان قال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله فكيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فأنزل الله تعالى عز وجل قوله ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله عز وجل الموفق هذا الذي ذكرنا حكم الدخول (وأما) حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة فان كان في البيت امرأة أجنبية أو ذات رحم محرم لا يحل للرجل أن يخلو بها لان فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان وان كانت المرأة ذات رحم محرم منه فلا بأس بالخلوة والافضل أن لا يفعل لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال ما خلوت بامرأة قط مخافة أن أدخل في نهي النبي عليه الصلاة والسلام ويكره للمرأة أن تصل شعر غيرها من بني آدم بشعرها لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة ولان الآدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه اهانة له ولهذا كره بيعه ولا بأس بذلك من شعر البهيمة وصوفها لانه

انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا احتمل الاستعمال فى سائر وجوه الانتفاع فكذا فى التزين ولا بأس للرجل أن يعزل عن أمته بغير اذنها (وأما) المنكوحة فان كانت حرة يكره له العزل من غير اذنها بالاجماع لان لها فى الولد حقا وفى العزل فوت الولد ولا يجوز تفويت حق الانسان من غير رضاه فاذا رضيت جاز وان كانت أمة فلابد من الاذن أيضا بلا خلاف لكن الكلام فى أن الاذن بذلك الى المولى أم اليها قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فيه الى مولاها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اليها (وجه) قولهما ان لها حقا فى قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز ابطال حق الانسان من غير رضاه (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان الكراهة فى الحرة لمكان خوف فوت الولد الذى لها فيه حق والحق ههنا فى الولد للمولى لا للامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال ألا ترى ان من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة دل ان حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يقول فى دعائه أسألك بحق أنبيائك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لأحد على الله سبحانه وتعالى جل شأنه وكذا يكره أن يقول فى دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك وروى عن أبى يوسف انه لا بأس بذلك لورود الحديث وهو ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول فى دعائه اللهم انى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة (وجه) ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ يوهم التشبيه لان العرش خلق من خلائق الله تبارك وتعالى جل وعلا فاستحال أن يكون عز الله تبارك وتعالى معقودا به وظاهر الخبر الذى هو فى حد الآحاد اذا كان موهما للتشبيه فالكف عن العمل به أسلم ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخاط ترفعاً بها وتكبرا لان التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبيه بزى العجم وقال سيدنا عمر رضى الله عنه اياكم وزى العجم فأما الحاجة فلا بأس به لانه لو لم يحمل لاحتاج الى الاخذ بالكم والذيل وفيه افساد ثوبه ولا بأس بربط الخيط فى الاصبع أو الخاتم للحاجة لان فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان وانه أمر مندوب اليه وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعض الصحابة بذلك ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا أتيتم الغائط فعظموا قبلة الله تبارك وتعالى فلا تستقبلوها ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا وهذا بالمدينة (وأما) الاستدبار فعن أبى حنيفة رضى الله عنه فيه روايتان فى رواية يكره وفى رواية لا يكره لما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه رأى النبى عليه الصلاة والسلام مستقبل الشام مستدبر القبلة ولان فرجه لا يوازى القبلة حالة الاستدبار وانما يوازى الارض بخلاف حالة الاستقبال هذا اذا كان فى الفضاء فان كان فى البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة لا بأس بالاستقبال فى البيوت واحتج بما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما سئل عن ذلك فقال انما ذلك فى الفضاء (ولنا) ماروينا من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقا من غير فصل بين الفضاء والبيوت والعمل بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من العمل بقول الصحابى ولان الفارق بين الفضاء وبين البيوت ان كان وجود الحائل من الجدار ونحوه فقد وجد الحائل فى الفضاء وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هذا ويكره أن تكون قبلة المسجد الى متوضأ أو مخرج أو حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد وأما مسجد البيت وهو الموضع الذى عينه صاحب البيت للصلاة فلا بأس بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم المسجد وتكره التصاوير فى البيوت لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أنه قال لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولان امساكها تشبه بعبدة الاوثان الا اذا كانت على البسط أو الوسائد الصغار التى تلقى على الارض ليجلس عليها تكره لان دوسها بالارجل اهانة لها فامساكها فى موضع الاهانة لا يكون تشبها بعبدة الاصنام الا أن يسجد عليها فيكره لحصول معنى التشبه ويكره على الستور وعلى الازر المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار وعلى السقف لما فيه من تعظيمها

ولو

اولولم يكن لها رأس فلا بأس لانها لا تكون صورة بل تكون نقشاً فان قطع رأسه بان خاط على عنقه خيطاً فذلك
يس بشئ لانها لم تخرج عن كونها صورة بل از دادت حلية كالطوق لذوات الاطواق من الطيور ثم المكروه صورة
ذى الروح فاما صورة مالا روح له من الاشجار والقناديل ونحوها فلا بأس به ويكره التعشير والنقط فى المصحف
لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما جردوا مصاحفكم وذلك فى ترك التعشير والنقط ولان ذلك يؤدى الى
الخلل فى تحفظ القرآن لانه يتكل عليه فلا يجتهد فى التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا فى بلادهم فامافى بلاد
العجم فلا يكره لان العجم لا يقدرون على تعلم القرآن بدونه ولهذا جرى التعارف به فى عامة البلاد من غير نكير
فكان مسنونا لا مكروها ولا بأس بنقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب لان تزيين المسجد من باب تعظيمه
لكن مع هذا تركه أفضل لان صرف المال الى الفقراء أولى واليه أشار عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما حين رأى
مالا ينقل الى المسجد الحرام فقال المساكين أحوج من الاساطين وكان لمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم جريد
النخل وهذا اذا نقش من مال نفسه فامامن مال المسجد فلا ينبغى أن يفعل ولو فعل القيم من مال المسجد قيل انه
يضمن ولا يعق عن الغلام والجارية عندنا وعند الشافعى رحمه الله العقيقة سنة واحتج بما روى ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم عق عن سيدنا الحسن وسيدنا الحسين رضى الله عنهما كبشاً كبشاً (ولنا) ماروى عن سيدنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله
ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها والعقيقة كانت قبل الاضحية فصارت منسوخة بها كالعتيرة والعقيقة
ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلا وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء وبعض
الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضاً وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه
قربة فى نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يجعل الراية فى عنق عبده ولا بأس بان يقيده اما الراية وهى
الغل فلانه شئ أحدثته الجبابرة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل
ضلالة فى النار فاما التقييد فليس بمحدث بل كان يستعمله الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم روى أن عبد الله
بن عباس رضى الله عنهما قيد عبداً له يعلمه تأويل القرآن وبه جرت العادة فى سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا
ولان ضرب الراية على العبد لا بقاء التمكن من الانتفاع مع الامن عن الاباق الا ان لا يحصل بالراية لان كل أحد اذا
رآه يمشى مع الراية يظنه آبقا فيصرفه عن وجهه ويرده الى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب الراية عليه مفيدا
ولا بأس بالحقنة لانها من باب التداوى وأنه أمر مندوب اليه قال النبى عليه الصلاة والسلام تداووا فان الله تعالى لم
يخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وهى لعب تستعمله اليهود
لانه قمار أو لعب وكل ذلك حرام (أما) القمار فلقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام
رجس) وهو القمار كذا روى ابن عباس وابن سيدنا عمر رضى الله عنهم وروى عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبى
وغيرهم رضى الله عنهم أنهم قالوا الميسر القمار كله حتى الجوز الذى يلعب به الصبيان وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه
قال الشطرنج ميسر الاعاجم وعن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ما الهاكم عن ذكر الله فهو ميسر (وأما) اللعب فلقوله
عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه وقوله عليه الصلاة والسلام ما أنا من دد
ولا ددمنى وحكى عن الشافعى رحمه الله أنه رخص فى اللعب بالشطرنج وقال لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم
والعلم بتدابير الحرب ومكايده فكان من باب الادب فاشبه الرماية والفروسية وبهذا لا يخرج عن كونه قمارا ولعبا
وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره أبو يوسف التسليم على اللاعبين بالشطرنج تحقيراً لهم لزجرهم عن ذلك ولم يكرهه أبو
حنيفة رضى الله عنه لان ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم بعض ما يمنعهم عن ذلك فلا يكره ولا بأس بعيادة اليهود
والنصارى لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا فقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى أبيه

فقال له أبوه أجب محمداً فأسلم ثم مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار ولان عيادة الجار قضاء حق الجوار وأنه مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما في العيادة من الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكره الابتداء بالتسليم على اليهودي والنصراني لان السلام اسم لكل بر وخير ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر الا أنه اذا سلم لا بأس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على قوله وعليك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان اليهود اذا سلم عليكم أحدهم فانما يقول السام عليكم فقولوا وعليك ولا بأس بدخول أهل الذمة المساجد عندنا وقال مالك رحمه الله والشافعي لا يحل لهم دخول المسجد الحرام احتج مالك رحمه الله بقوله عز وجل انما المشركون نجس وتنزيه المسجد عن النجس واجب يحققه أنه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالنخامة ونحوها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان المسجد لينزوي من النخامة كما تنزوي الجلدة من النار فمن النجاسة أولى واحتج الشافعي رحمه الله بقوله جل وعلا (فلا يقربوا المسجد بعد عامهم هذا) خص المسجد الحرام بالنهي عن قربانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيداً (ولنا) أن المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي أن أباسفيان دخل المسجد عام الحديبية وكذا وفد ثقيف دخلوا المسجد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة من دخل المسجد فهو آمن جعل عليه الصلاة والسلام المسجد مأمناً ودعاهم الى دخوله وما كان عليه الصلاة والسلام ليدعو الى الحرام (وأما) الآية الكريمة فالمراد أنهم نجس الاعتقاد والافعال لا نجس الاعيان اذ لا نجاسة على أعيانهم حقيقة وقوله عز وجل (فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) نهي عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لقوله تعالى (وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء) ومعلوم ان خوف العيلة انما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لانهم اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة ولما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سيدنا علياً رضي الله عنه ينادي الا لا يحجن بعد هذا العام مشرك فثبت ان هذا نهي عن دخول مكة للحج الا أنه سبحانه وتعالى ذكر المسجد الحرام لما أن المقصد من اتيان مكة البيت والبيت في المسجد والله سبحانه وتعالى أعلم مسلم باع خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه ولو كان البائع نصرانيا فلا بأس بأخذه (ووجه) الفرق أن بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست بمتقومة في حق المسلم فلا يملك ثمنها فبقي على حكم ملك المشتري فلا يصح قضاء الدين به وان كان البائع نصرانيا فالبيع صحيح لكونها مالا متقوما في حقه فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله عز وجل أعلم رجل دعي الى وليمة أو طعام وهناك لعب أو غناء جملة الكلام فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون عالما ان هناك ذلك واما ان لم يكن عالما به فان كان عالما به فان كان من غالب رأيه أنه يمكنه التغيير يجيب لان اجابة الدعوى مسنونة قال النبي عليه الصلاة والسلام اذا دعي أحدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر مفروض فكان في الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان في غالب رأيه أنه لا يمكنه التغيير لا بأس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير ألا ترى أنه لا يترك تشييع الجنازة وشهود المأتم وان كان هناك معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا وقيل هذا اذا كان المدعو اماما يقتدى به بحيث يحترم ويحتشم منه فان لم يكن فترك الاجابة والقعود عنها أولى وان لم يكن عالما حتى ذهب فوجد هناك لعباً أو غناء فان أمكنه التغيير غيره وان لم يمكنه ذكر في الكتاب وقال لا بأس بان يقعد ويأكل قال أبو حنيفة رضي الله عنه ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا أن اجابة الدعوة أمر مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد من الغير هذا اذا لم يعلم به حتى دخل فان علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماما يقتدى به فان كان لا يمكث بل يخرج لان في المكث استخفافا بالعلم والدين وتجرئة لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر أبي حنيفه رحمه الله محمول على وقت لم يصر فيه مقتدى به على الاطلاق ولو صار لما صبر ودلت المسئلة على أن مجرد الغناء

معصية وكذا الاستماع اليه وكذا ضرب القصب والاستماع اليه الاترى ان أباحنيفة رضى الله عنه سماه ابتلاء
ويكره الاحتكار والكلام فى الاحتكار فى موضعين أحدهما فى تفسير الاحتكار ومايصير به الشخص محتكرا
والثانى فى بيان حكم الاحتكار (أما) الاول فهو أن يشترى طعاما فى مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس
وكذلك لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى المصر وذلك المصر صغير وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان
مصرا كبيرا لايضر به لا يكون محتكرا ولو جلب الى مصر طعاما من مكان بعيد وحبسه لا يكون احتكارا وروى عن
أبى يوسف رحمه الله أنه يكون احتكارا لان كراهة الاحتكار بالشراء فى المصر والامتناع عن البيع لمكان الاضرار
بالعامة وقد وجد ههنا ولابى حنيفة رضى الله عنه قول النبى عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق وهذا جالب
ولان حرمة الاحتكار يحبس المشترى فى المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم على ماذكر ولم يوجد ذلك فى
المشترى خارج المصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الافضل
له أن لا يفعل ويبيع لان فى الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ماحصل له من ضياعه بان زرع أرضه فأمسك
طعامه فليس ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق أهل المصر لكن الافضل أن لا يفعل ويبيع لما قلنا ثم الاحتكار
يجرى فى كل مايضر بالعامة عند أبى يوسف رحمه الله قوتا كان أولا وعند محمد رحمه الله لا يجرى الاحتكار الا فى
قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضرر فى الاعم الاغلب
انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الا به (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الكراهة
لمكان الاضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف (وأما) حكم الاحتكار فنقول يتعلق بالاحتكار أحكام
(منها) الحرمة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب مرزوق ولا يلحق اللعن الا
بمباشرة المحرم وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه
ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بارتكاب الحرام ولان الاحتكار من باب الظلم لان ما بيع فى المصر فقد تعلق به حق
العامة فاذا امتنع المشترى عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقليل
مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة لتحقق الظلم (ومنها) أن يؤمر المحتكر بالبيع ازالة للظلم لكن انما يؤمر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله فان لم يفعل وأصر على الاحتكار ورفع الى الامام مرة أخرى وهو مصر عليه
فان الامام يعظه ويهدده فان لم يفعل ورفع اليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره زجرا له عن سوء صنعه ولا يجبر على البيع
وقال محمد يجبر عليه وهذا يرجع الى مسئلة الحجر على الحر لان الجبر على البيع فى معنى الحجر وكذا لا يسعر لقوله عز
وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عليه الصلاة
والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه وروى ان السعر غلا فى المدينة وطلبوا التسعير من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلم يسعر وقال ان الله تبارك وتعالى هو المسعر القابض الباسط (ومنها) انه اذا خاف الامام الهلاك
على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا عليهم مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطر الى
مال الغير فى مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان لقوله تعالى فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وكذا
يكره تلقى الركبان اذا كان يضر بأهل المصر لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى الركبان ولان فيه
اضرارا بالعامة فيكره كما يكره الاحتكار ويكره خرق الزق الذى فيه خمر لمسلم عند أبى حنيفة رحمه الله ولو خرق
يضمن وعند أبى يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهى من البربط والعود
والزمارة ونحوها والمسئلة تعرف فى كتاب البيوع رجل ابتلع درة رجل فمات المبتلع فان ترك مالا كانت قيمة
الدرة فى تركته وان لم يترك مالا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس أعظم من حرمة المال وعليه قيمة الدرة
لانه استهلكها وهى ليست من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال فى الدنيا قضى منه والا فهو

مأخوذبه فى الآخرة حامل ماتت فاضطرب فى بطنها ولد فان كان فى أكبر الرأى انه حى يشق بطنها لانا ابتلينا ببليتين فنختار أهونهما وشق بطن الام الميتة أهون من اهلاك الولد الحى رجل له ورثة صغار فأراد أن يوصى نظر فى ذلك فان كان أكبر رأيه انه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لان فيه رعاية الجانبين وان كان أكبر رأيه انه لا تقع الكفاية لهم الا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روى ان سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصى الرجل من ماله فقال عليه الصلاة والسلام بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس رجل رأى رجلا قتل أباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيأ وسع الابن أن يقتله لانه عاين السبب الموجب للقصاص فى الاصل وهو القتل العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود الا أن يعفى أو يفادى والقاتل يدعى أمرا عارضا فلا يسمع الا بحجة وكذلك اذا أقر بالقتل فى السر ثم ادعى انه قتله بقصاص أو بردة كان الابن فى سعة من قتله لان الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص فى الاصل على ما بينا ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الاقرار به لم يسعه قتله حتى يقضى القاضى بشهادتهما فرقا بين الاقرار وبين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى لما فيها من تهمة جر النفع فلا تندفع التهمة الا بقضاء القاضى (فاما) الاقرار فحجة بنفسه اذ الانسان غير متهم فى الاقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل او سمع اقراره به أن يعين الولى على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهرا ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة فان كانا ممن يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغى للابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور وان كانا ممن لا يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده كالمحدودين فى القذف والنساء وحدهن كان فى سعة من قتله لما ذكرنا ان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى فان كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا ان توقف فى ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به فى الجملة أو لاحتمال أن يكون صدقا حقيقة عند الله عز وجل ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود فى القذف ينبغى أن يتوقف فى القتل لجواز أن ينضم اليه شاهد آخر ولهذا لو شهد عند القاضى لتوقف أيضا فكان الانتظار أفضل ولو لم ينتظر واستعجل فى قتله كان فى سعة منه لان الموجود أحد شطرى الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشطر الآخر ولو عاين الوارث رجلا أخذ مالا من أبيه أو أقر عنده انه أخذ مالا من أبيه وادعى انه كان وديعة له عند أبيه أو كان دينا له عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه لانه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان فى الاصل وهو الاخذ لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه ان كان قائما ورد بدله ان كان هالكا لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ودعوى الايداع والدين أمر عارض فلا يسمع الا بحجة وله أن يأخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا اذا أقر بذلك لانه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه منه وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع اقراره أن يعينه على الاخذ منه لكونه اعانة على استيفاء الحق ظاهرا ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشئ الذى فى يد فلان ملك ورثته عن أبيك لا يسعه أخذه منه حتى يقضى القاضى بخلاف الاقرار وقد مر الفرق بينهما فى فصل القتل والله عز وجل أعلم (وأما) الذى ثبت حرمته فى حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع منها لبس الحرير المصمت من الديباج والقز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتى حل لاناثها *وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حلة فقال يارسول الله كسوتنى حلة

وقد

وقد قلت في حلة عطارد انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لم أكسكها لتلبسها وفي رواية انما أعطيتك لتكسو بعض نسائك * فان قيل أليس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روي عن أنس رضي الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حرير أهداها له أكيدر رومة وذلك قبل أن ينهى عنه كذا قال أنس وهذا في غير حال الحرب (وأما) في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره لبس الحرير في حال الحرب وجه قولهما ان في لبس الحرير في حال الحرب ضرورة لانه يحتاج الى دفع ضرر السلاح عنه والحرير أدفع له وأهيب للعدو وأيضا فرخص للضرورة ولابي حنيفة رضي الله عنه اطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وماذكراه من الضرورة يندفع بلبس ما لحمته حرير وسداه غير حرير لان دفع ضرر السلاح وتهيب العدو يحصل به فلا ضرورة الى لبس الحرير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة بعد ان كان ذكرا لان النبي عليه الصلاة والسلام أدار هذا الحكم على الذكورة بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتي الا ان اللابس اذا كان صغيرا فلا اثم على من ألبسه لا عليه لانه ليس من أهل التحريم عليه كما اذا استقى خمرا فشربها كان الاثم على الساقي لا عليه كذا ههنا هذا اذا كان كله حريرا وهو المصمت فان كانت لحمته حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه في حال الحرب بالاجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتهييب العدو فاما في غير حال الحرب فمكروه لانعدام الضرورة وان كان سداه حريرا ولحمته غير حرير لا يكره في حال الحرب وغيرها وههنا نكتتان احداهما ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه وهذه النكتة تقتضي اباحة لبس الثياب العتابي والنكتة الثانية وهي نكتة الشيخ أبي منصور ان السدى اذا كان حريرا واللحمة غير حرير يصير السدى مستورا باللحمة فأشبه الحشو وهذه النكتة تقتضي أن لا يباح لبس العتابي لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح هو النكتة الاولى لان رواية الاباحة في لبس مطلق ثوب سداه حرير ولحمته غير حرير منصوصة فتجرى على اطلاقها فلا تناسبها الا النكتة الاولى ولو جعل حشو القباء حريرا أو قزا لا يكره لانه مستور بالظهارة فلم يحصل معنى التزين والتنعم الا يرى أن لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره لانه لابس الحرير حقيقة وكذا معنى التنعم حاصل للتزين بالحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثيرا فان كان قليلا كاعلام الثياب والعمائم قدر أربعة أصابع فما دونها لا يكره وكذا العلم المنسوج بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبوع ألا ترى ان لابسه لا يسمى لابس الحرير والذهب وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة الذي جعل على أطرافها حرير لا يكره اذا كان قدر أربعة أصابع فما دونها لما قلنا وروي أن النبي عليه الصلاة والسلام لبس فروة وعلى أطرافها حرير وعن محمد انه لا يسع ذلك في القلنسوة وان كان أقل من أربعة أصابع وانما رخص أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان في عرض الثوب وذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله انه يكره تكة الديباج والابريسم لانه استعمال الحرير مقصودا لا بطريق التبعية فيكره وان قل بخلاف العلم ونحوه هذا الذي ذكرنا حكم لبس الحرير (فأما) حكم التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد مكروه (لهما) اطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين والتنعم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولابي حنيفة ماروي انه كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة من حرير وروي ان أنسا رضي الله عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور فدل فعله رضي الله عنه على رخصة الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التي عليها صورة وبه تبين ان المراد من التحريم في الحديث تحريم اللبس فيكون فعل الصحابي مبينا لقول النبي عليه الصلاة والسلام لا مخالفا له والقياس باللبس غير

سديد لان التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس لانه استعمال فيه اهانة المستعمل بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به (وأما) المرأة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج والقز لان النبي عليه الصلاة والسلام أحل هذا للاناث بقوله عليه الصلاة والسلام حل لاناثها (ومنها) الذهب لان النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الذهب و بين الحرير في التحريم على الذكور بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتي فيكره للرجل التزين بالذهب كالتختم ونحوه ولا يكره للمرأة لقوله عليه الصلاة والسلام حل لاناثها وروى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال اتخذت خاتما من ذهب فدخلت على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالك اتخذت حلى أهل الجنة قبل أن تدخلها فرميت ذلك واتخذت خاتما من حديد فدخلت عليه فقال مالك اتخذت حلى أهل النار فاتخذت خاتما من نحاس فدخلت عليه فقال انى أجد منك ريح الاصنام فقلت كيف أصنع يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام اتخذه من الورق ولا تزد على المثقال والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكروه في حق الرجل دون المرأة لما قلنا واستعماله فيما ترجع منفعته الى البدن مكروه في حق الرجل والمرأة جميعا حتى يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب من مجامر الذهب للرجل والمرأة لقول النبي عليه الصلاة والسلام ان الذى يشرب من آنية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم ومعلوم ان الذهب أشد حرمة من الفضة ألا يرى انه رخص عليه الصلاة والسلام التختم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلا فكان النص الوارد في الفضة واردا في الذهب دلالة من طريق الاولى كتحريم التأفيف مع تحريم الضرب والشتم وكذلك الاكتحال بمكحلة الذهب أو بميل من ذهب مكروه للرجل والمرأة جميعا لان منفعته عائدة الى البدن فأشبه الاكل والشرب (وأما) الاناء المضبب بالذهب فلا بأس بالاكل والشرب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد ذكره في الموطأ وعند أبي يوسف يكره (وجه) قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الاناء فيكره (وجه) قولهما أن هذا القدر من الذهب الذى عليه هو تابع له والعبرة للمتبوع دون التابع كالثوب المعلم والجبة المكفوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب والكرسي والسرج واللجام والركاب والثفر المضببة وكذا المصحف المضبب على هذا الخلاف وكذا حلقة المرأة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهب على هذا الاختلاف (وأما) السيف المضبب والسكين فلا بأس به بالاجماع وكذلك المنطقة المضببة لورود الآثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا بأس بشد الفص بمسمار الذهب لانه تبع للفص والعبرة للاصل دون التبع كالعلم للثوب ونحوه (وأما) شد السن المتحرك بالذهب فقد ذكر الكرخي رحمه الله أنه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند أبي حنيفة وعند محمد رحمهما الله لا يكره ولو شدها بالفضة لا يكره بالاجماع وكذا الوجدع أنفه فاتخذ أنفا من ذهب لا يكره بالاتفاق لان الانف ينتن بالفضة فلا بد من اتخاذه من ذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمته وقد روى أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فانتن فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب و بهذا الحديث يحتج محمد على ماذكر في الجامع لجواز تضبيب السن بالذهب ولانه يباح له أن يشده بالفضة فكذا بالذهب لانهما في حرمة الاستعمال على السواء ولانه تبع للسن والتبع حكمه حكم الاصل وهذا يوافق أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وحجة ماذكر أبو حنيفة رضي الله عنه في الجامع اطلاق التحريم من غير فصل ولا يرخص مباشرة المحرم الا لضرورة وهي تندفع بالادنى وهو الفضة فبقي الذهب على أصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سديد لتفاوت بين الحرمتين على ما مر ولو سقط سنه يكره أن يأخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى بالاجماع وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة مكانها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بسنه ويكره سن غيره قال ولا يشبه سنه سن ميت استحسن ذلك و بينهما عندى فصل ولكن لم يحضرني (ووجه) الفصل له من وجهين أحدهما ان سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلا في الثاني بأن يلتئم فيشتد

بنفسه فيعود الى حالته الاولى واعادة جزء منفصل الى مكانه ليلتئم جائز كما اذا قطع شئ من عضوه فأعاده الى مكانه فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك والثانى ان استعمال جزء منفصل عن غيره من بنى آدم اهانة بذلك الغير والآدمى بجميع أجزائه مكرم ولا اهانة فى استعمال جزء نفسه فى الاعادة الى مكانه (وجه) قولهما ان السن من الآدمى جزء منه فاذا انفصل استحق الدفن ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا تجوز وهذا لا يوجب الفصل بين سنه وسن غيره (ومنها) الفضة لان النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون واردا بتحريم الفضة دلالة فيكره للرجال استعمالها فى جميع ما يكره استعمال الذهب فيه الا التختم به اذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد على المثقال لما روينا من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من الفضة لما مر ومالا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الاولى لانها أخف حرمة من الذهب وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نعيده (وأما) التختم بما سوى الذهب والفضة من الحديد والنحاس والصفر فمكروه للرجال والنساء جميعا لانه زى أهل النار لما روينا من الحديث (وأما) الاوانى المموهة بماء الذهب والفضة الذى لا يخلص منه شئ فلا بأس بالانتفاع بها فى الاكل والشرب وغير ذلك بالاجماع وكذا لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموه لان التمويه ليس بشئ ألا يرى انه لا يخلص والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب البيوع﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان ركن البيع وفى بيان شرائط الركن وفى بيان أقسام البيع وفى بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها وفى بيان حكم البيع وفى بيان ما يرفع حكم البيع (أما) ركن البيع فهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل (أما) القول فهو المسمى بالايجاب والقبول فى عرف الفقهاء والكلام فى الايجاب والقبول فى موضعين أحدهما فى صيغة الايجاب والقبول والثانى فى صفة الايجاب والقبول (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى وقد يكون بصيغة الحال (أما) بصيغة الماضى فهى أن يقول البائع بعت ويقول المشترى اشتريت فيتم الركن لان هذه الصيغة وان كانت للماضى وضعا لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع والعرف قاض على الوضع وكذا اذا قال البائع خذ هذا الشئ بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا وقال المشترى قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه الالفاظ يؤدى معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة (وأما) صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى أبيع منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب فقال المشترى اشتريت أو قال المشترى اشترى منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب وقال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشترى اشتريه ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد وانما اعتبرنا النية ههنا وان كانت صيغة افعل للحال هو الصحيح لانه غلب استعمالها للاستقبال اما حقيقة أو مجازا فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بأن يقول المشترى للبائع اتبيع منى هذا الشئ بكذا أو أبعته منى بكذا فقال البائع بعت لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشترى اشترى منى هذا الشئ بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهى صيغة الامر بأن يقول المشترى للبائع بع عبدك هذا منى بكذا فيقول البائع بعت قال أصحابنا رحمهم الله لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشترى اشتر منى هذا الشئ بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت عندنا وقال الشافعى رحمه الله ينعقد (وجه) قوله ان هذه الصيغة تصلح شطر العقد فى الجملة ألا ترى ان من قال لآخر تزوج ابنتى فقال المخاطب تزوجت أو قال زوج ابنتك منى فقال زوجت ينعقد النكاح فاذا

صلحت هـذه الصيغة شطراً فى النكاح صلحت شطرا فى البيع لان الركن فى كل واحد منهما هو الايجاب والقبول ولنا ان قوله بع أو اشتر طلب الايجاب والقبـول وطلب الايجاب والقبول لا يكون ايجابا وقبولا فلم يوجـد الا أحـد الشطرين فلا يتم الركن ولهـذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لـكون الاستفهام سؤال الايجاب والقبول لا ايجابا و قبولا كذا هـذا وهـذا هو القياس فى النكاح الا انا استحسنا فى النكاح بنص خاص وهو ماروى أبو يوسـف ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم أمرنى أن أخطب اليكم لم أخطب فقالوا له أملكت ولم ينقـل ان بلالا رضى الله عنـه قال قبلت فتركنا القياس هناك بالنص ولا نص فى البيع فوجب العمل بالقياس ولان هـذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون ايجابا وقبولا حقيقة بل هى طلب الايجاب والقبول فلا بد للايجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة فى باب النكاح لان المساومة لا توجد فى النكاح عادة فحملت على الايجاب والقبول على ان الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك منى شطر العقد فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولى لجواز ان يزوج ولا يقبل المخـاطب فيلحقه الشين فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى فى باب البيع منعدم فبقيت سؤالا فلا يتم به الركن ما لم يوجـد الشطر الآخر (وأما) صفة الايجاب والقبول فهو ان أحدهما لا يكون لازما قبل وجود الآخر فأحـد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر حتى اذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر لما روى عن أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسـلام أنه قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما والخيار الثابت لهما قبـل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ولان أحـد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشطر وهـذا لا يجوز (وأما) المبادلة بالفعل فهى التعاطى ويسمى هذا البيع بيع المراوضة وهذا عنـدنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز البيع بالتعاطى لان البيع فى عرف الشرع كلام ايجاب وقبول فاما التعاطى فـلم يعرف فى عرف الشرع بيعاً وذكر القدورى ان التعاطى يجوز فى الاشياء الخسيسة ولا يجوز فى الاشياء النفيسة ورواية الجواز فى الاصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة لان البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة وهى مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الاخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشىء للغـير ببدل وهو تفسير التعاطى وقال سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهـدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع وقال الله عز وجل ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال فى سبيل الله تعالى اشتراء وبيعا لقوله تعالى فى آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وان لم يوجد لفظ البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الاخذ والاعطاء فهذا يوجد فى الاشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطى فى كل ذلك بيعاً فكان جائزاً

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول الى معرفتها الا بعد معرفة أقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض فنقول البيع فى القسمة الاولى ينقسم قسمين قسم يرجع الى البدل وقسم يرجع الى الحكم (أما) الذى يرجع الى البدل فينقسم قسمين آخرين أحـدهما يرجع الى البدلين والآخر يرجع الى أحدهما وهو الثمن أما الاول فنقول البيع فى حق البـدلين ينقسم أربعة أقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسـمى بيع المقايضـة وبيع العـين بالدين وهو بيع السـلع بالأثمان المطلقة وهى الدراهم والدنانـير وبيعها بالفلوس النافقـة وبالمكيل الموصوف فى الذمة والموزون الموصوف والعـددى المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعـين وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيـع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف (فاما) الذى يرجـع الى أحـد البدلين وهو الثمن فينقسم فى حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام بيـع المساومـة وهو مبادلة المبيع بأى ثمن اتفق

و بيع المرابحة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الاول و زيادة ربح و بيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان و بيع الاشتراك وهو التولية لكن فى بعض المبيع ببعض الثمن و بيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء منه وأما القسم الذى يرجع الى الحكم فنذكره فى باب حكم البيع ان شاء الله تعالى واذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها وهى انواع بعضها شرط الانعقاد بعضها شرط النفاذ وهو مالا يثبت الحكم بدونه وان كان قد ينعقد التصرف بدونه و بعضها شرط الصحة وهو مالا صحة له بدونه وان كان قد ينعقد و ينفذ بدونه و بعضها شرط اللزوم وهو مالا يلزم البيع بدونه وان كان قد ينعقد و ينفذ بدونه (أما) شرائط الانعقاد فانواع بعضها يرجع الى العاقد و بعضها يرجع الى نفس العقد و بعضها يرجع الى مكان العقد و بعضها يرجع الى المعقود عليه (أما) الذى يرجع الى العاقد فنوعان أحدهما أن يكون عاقلا فلا ينعقد بيع المجنون والصبى الذى لا يعقل لان أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والاهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه فاما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا حتى لو باع الصبى العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه وعلى اجازة نفسه بعد البلوغ وعند الشافعى شرط فلا تنعقد تصرفات الصبى عنده اصلا وكذا ليس بشرط النفاذ فى الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه وعنده لا ينفذ وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالاجماع و ينعقد بيع العبد المحجور اذا باع مال مولاه موقوفا على اجازته عندنا وكذا الملك اوالولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولى وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلا والمسئلة تأتى فى موضعها وكذا اسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه وقال الشافعى اسلام المشترى شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر (وجه) قوله ان فى تملك الكافر المسلم اذلالا بالمسلم وهذا لا يجوز ولهذا يجبر على بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم و بين بيعه من الكافر فهو على العموم الاحيث ماخص بدليل ولان الثابت للكافر بالشراء ليس الا الملك فى المسلم والكافر من أهل ان يثبت الملك له على المسلم الاترى ان الكافر يرث العبد المسلم من أبيه وكذا اذا كان له عبد كافر فأسلم بقى ملكه فيه وهو فى الحقيقة ملك مبتدأ لان الملك عرض لا بقاء له فدل ان الكافر من أهل ثبوت الملك له فى المسلم وقوله فيه اذلال بالمسلم قلنا الملك عندنا لا يظهر فيما فيه اذلال بالمسلم فانه لا يظهر فى حق الاستخدام والوطء والاستمتاع بالجارية المسلمة وانما يظهر فيما لا ذل فيه من الاعتاق والتدبير والكتابة والبيع و به تبين ان الجبر على البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل على ما بينا ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك فى الاسلام لعداوة بين المسلم والكافر واذا جاز شراء الذمى العبد المسلم فيجوز اعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته لان جواز هذه التصرفات مبنى على الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسعى العبد فى قيمته لانه لا سبيل الى ابقائه على ملكه ولا سبيل الى الازالة بالبيع لانه بيع المدبر وانه لا يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت أمة فاستولدها فانها تسعى فى قيمتها لما قلنا و يوجع الذمى ضربا بالوطئه المسلمة لانه حرام عليه فيستحق التعزير واذا كاتبه لا يعترض عليه لانه أزال يده عنه حتى لو عجز ورد فى الرق يجبر على بيعه وكذا الذمى اذا ملك شقصا فالحكم فى البعض كالحكم فى الكل ولو اشتراه مسلم من الكافر شراء فاسدا فانه يجبر على الرد لان رد الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر الكافر على بيعه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الاخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك لانه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك قامت الاشارة مقام عبارته هذا اذا كان الخرس أصليا بان ولد أخرس فاما اذا كان عارضا بان طرأ عليه الخرس فلا الا اذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الاصلى والثانى العدد فى العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين فى باب البيع الا الاب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل

قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة أو يشترى مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس ان الحقوق فى باب البيع ترجع الى العاقد وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً ومتسلماً طالباً ومطالباً وهذا محال ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين فى باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة و يصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدى الى الاستحالة .وكذا القاضى يتولى العقد من الجانبين لان الحقوق لا ترجع اليه فكان بمنزلة الرسول و بخلاف الوكيل فى باب النكاح لان الحقوق لا ترجع اليه فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن فيملكه الاب وكذا البيع والشراء بمثل قيمته و بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الاحسن بحكم الحال والظاهر ان الاب لا يفعل ذلك الا فى تلك الحال لكمال شفقته فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الاحسن وقوله يؤدى الى الاستحالة قلنا ممنوع فانه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكما فلا يؤدى الى الاستحالة (وأما) الوصى اذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فان لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وان كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز لان القياس يأبى جوازه أصلا من الاب والوصى جميعا لما ذكرنا من الاستحالة الا ان الاب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعدداً ذاتاً و رأياً وعبارة والوصى لا يساويه فى الشفقة فبقى الامر فيه على أصل القياس ولابى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ان تصرف الوصى اذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الاحسن فيملكه بالنص قوله لا يمكن الحاق الوصى بالاب لقصور شفقته قلنا الوصى له شبهان شبه بالاب وشبه بالوكيل اما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالاب لكونه مرضى الاب فالظاهر انه ما رضى به الا لوفور شفقته على الصغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملا بشبه الاب وقطعنا ولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل عملا بالشبهين بقدر الامكان

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع و بما أوجبه فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدأ موافق بيان هذه الجملة اذا أوجب البيع فى العبد فقبل فى الجارية لا ينعقد وكذا اذا أوجب فى العبدين فقبل فى أحدهما بان قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشترى قبلت فى هذا العبد وأشار الى واحد معين لا ينعقد لان القبول فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع والصفقة اذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشترى تفريقها قبل التمام لان من عادة التجار ضم الردىء الى الجيد ترويجا للردىء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشترى ولاية التفريق لقبل فى الجيد دون الردىء فيتضرر به البائع والضرر منفى ولان غرض الترويج لا يحصل الا بالقبول فيهما جميعا فلا يكون راضيا بالقبول فى أحدهما ولان القبول فى أحدهما يكون اعراضا عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس وكذا لو أوجب البيع فى كل العبد فقبل المشترى فى نصفه لا ينعقد لان البائع يتضرر بالتفريق لانه يلزمه عيب الشركة ثم اذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع فان اتصل به الايجاب من البائع فى المجلس فينظر ان كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز والا فلا بيانه اذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين درهما فقبل المشترى فى أحدهما وأوجب البائع جاز لان الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك اذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقبل المشترى فى أحدهما وبين ثمنه فقال البائع بعت يجوز فاما اذا لم يبين ثمنه لا يجوز وان ابتدأ البائع الايجاب بخلاف مسئلة الكرين وسائر الاشياء المتماثلة لما ذكرنا ان الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فكان حصة كل واحد معلوما وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الاجزاء لانعدام تماثل الاجزاء واذا لم

ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع هذا اذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فاما اذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة فقبل المشترى فى أحدهما دون الآخر جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشترى بل البائع هو الذى فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة وعلم انه لاضرر له فيه ولو كان فهو ضرر مرضى به وانه غير مدفوع * وكذا اذا أوجب البيع فى شئ بألف فقبل فيه بخمسمائة لا ينعقد وكذا لو أوجب بجنس ثمن فقبل بجنس آخر الا اذا رضى البائع به فى المجلس وعلى هذا اذا خاطب البائع رجلين فقال بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لانه أضاف الايجاب فى العبدين أو عبد واحد اليهما جميعاً فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للايجاب وكذا لو خاطب المشترى رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا فأوجب فى أحدهما لم ينعقد لما قلنا

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب والقبول فى مجلس واحد فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر فى المجلس لانه كما وجد أحدهما انعدم فى الثانى من زمان وجوده فوجد الثانى والاول منعدم فلا ينتظم الركن الا ان اعتبار ذلك يؤدى الى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس فاذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (وجه) قوله ماذكرنا ان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالفور (ولنا) ان فى ترك اعتبار الفور ضرورة لان القابل يحتاج الى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل وعلى هذا اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة فى محمل واحد فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل وسكوت وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشى والسير وان قل ألا ترى انه لو قرأ آية سجدة وهو يمشى على الارض أو يسير على دابة لا يصلى عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة وكذا لو خير امرأته وهى تمشى على الارض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذا ههنا ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد لانه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران فى مجلس واحد ولو وقفا فخير امرأته ثم سار الزوج وهى واقفة فالخيار فى يدها ولو سارت هى والزوج واقف بطل خيارها فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج وفى باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً لان التخيير من قبل الزوج لازم ألا ترى انه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالاعراض وأحد الشطرين فى باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالاعراض ولو تبايعا وهما فى سفينة ينعقد سواء كانت واقفة أو جارية خرج الشطران متصلين أو منفصلين بخلاف المشى على الارض والسير على الدابة لان جريان السفينة بجريان الماء لا باجرائه ألا ترى ان راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافا اليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت بخلاف المشى والسير أما المشى فظاهر لانه فعله وكذا سير الدابة مضاف اليه ألا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ولهذا لو كرر آية السجدة فى السفينة وهى جارية لا يلزمه الا سجدة واحدة كما لو كررها فى بيت واحد وكذا لو خير امرأته فى السفينة وهى جارية فهى على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض وعلى هذا اذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بان قال بعت عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد والاصل فى هذا ان أحد الشطرين من أحد العاقدين فى باب البيع يتوقف على الآخر فى المجلس ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاجماع الا اذا

كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة اما الرسالة فهي أن يرسل رسولا الى رجل و يقول للرسول انى بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له ان فلانا أرسلني اليك وقال لى قل له انى قد بعت عبدي هذا من فلان بكذا فذهب الرسول و بلغ الرسالة فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فاوجب البيع وقبل الآخر في المجلس وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل الى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت لان خطاب الغائب كتابه فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالايجاب وقبل الآخر في المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه فههنا أولى وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذا محتمل للرجوع فههنا أولى وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به بخلاف ما اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لان الرسول يحكي كلام المرسل و ينقله الى المرسل اليه فكان سفيرا ومعبرا محضا فلم يشترط علم الرسول بذلك فاما الوكيل فانما يتصرف عن تفويض الموكل اليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التعزير على ما نذكره في كتاب الوكالة وكذا هذا في الاجارة والكتابة ان اتحاد المجلس شرط للانعقاد ولا يتوقف أحد الشطرين من أحد العاقدين على وجود الشطر الآخر اذا كان غائبا لان كل واحد منهما عقد معاوضة الا اذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما في البيع وأما في النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا أني قد تزوجت فلانة بكذا و بلغها فاجازت أو قالت امرأة اشهدوا أني زوجت نفسي من فلان بكذا فبلغه فاجاز عند أبي حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضا الا اذا كان عن الغائب قابل وعند أبي يوسف يتوقف وان لم يقبل عنه أحد وكذا الفضولي من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فبلغهما فاجازا لم يجز عندهما وعند أبي يوسف يجوز وهذه مسئلة كتاب النكاح والفضولي من الجانبين في باب البيع اذا بلغهما فاجازا لم يجز بالاجماع والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشطر في باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالاجماع حتى لو قال خالعت امرأتي الغائبة على كذا فبلغها الخبر فقبلت جاز وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجي فلان الغائب على كذا فبلغه الخبر فاجاز لم يجز ووجه الفرق أن الخلع في جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المال فكان يمينا ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصح فيه الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول الزوج خالعتك غدا وان قدم فلان فقد خالعتك على كذا واذا كان يمينا فغيبة المرأة لا تمنع صحة اليمين كما في التعليق بدخول الدار وغير ذلك وأما من جانب المرأة فهو معاوضة ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولا تصح اضافته الى وقت وتملك الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشطر في المعاوضات لا يتوقف كما في البيع وغيره وكذا الشطر في اعتاق العبيد على مال من جانب المولى يتوقف اذا كان العبد غائبا ومن جانب العبد لا يتوقف اذا كان المولى غائبا لانه من جانبه تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد معاوضة والاصل ان في كل موضع لا يتوقف الشطر على ماوراء المجلس يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما في البيع والاجارة والكتابة وفي كل موضع يتوقف الشطر على ماوراء المجلس لا يصح الرجوع عنه و يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما في الخلع من جانب الزوج والاعتاق على مال من جانب المولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المعقود عليه فانواع (منها) أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بان قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن في الضرع لانه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لانهما معدوم وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك ومن مشايخنا من قال لا يجوز

الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به أصلا لا ينعقد واحتجوا بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها وهذا خلاف الرواية فان محمداً ذكر فى كتاب الزكاة فى باب العشر أنه لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها بامر البائع حتى أدركت فالعشر على المشترى ولو لم يجز بيعها حين ماطلعت لما وجب عشرها على المشترى والدليل على جواز بيعه ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع نخلا مؤبرة فثمرته للبائع الا أن يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشترى بالشرط من غير فصل بين ما اذا بدا صلاحها اولا دل أنها محل البيع كيف ما كان والمعنى فيه وهو أنه باع ثمرة موجودة وهى بعرض أن تصير منتفعا بها فى الثانى وان لم يكن منتفعا بها فى الحال فيجوز بيعها كبيع جر والكلب على أصلنا وبيع المهر والجحش والارض السبخة والنهى محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها بان باعها ثمرا وهى بسر أو باعها عنبا وهى حصرم دليل صحة هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام فى سياق الحديث ارأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه ولفظة المنع تقتضى أن لا يكون ماقع عليه البيع موجودا لان المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ماظهر منه ولا يجوز بيع مالم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه لان فيه ضرورة لانه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس فى الحرج (ولنا) أن مالم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه يمكنه أن يبيع الاصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشترى وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل وروى حبل الحبلة وهو بمعنى الاول وانما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة وروى حبل الحبلة بخفض الهاء من الكلمة الأخيرة والحبلة هى الحبلى فكان نهيا عن بيع ولد الحبلى وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع اللبن فى الضرع وبيع عسب الفحل لان عسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل ولا يمكن حمل النهى على نفس العسب وهو الضراب لان ذلك جائز بالاعارة فيحمل على البيع والاجارة الا أنه حذف ذلك واضمره فيه كما فى قوله تعالى واسأل القرية وغير ذلك ولا يجوز بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والدهن فى السمسم والعصير فى العنب والسمن فى اللبن ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب فى سنا بلها لان بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لانه لا دقيق فى الحنطة ولا زيت فى الزيتون لان الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق فلا دقيق فى حال كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتونا فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف بيع الحنطة فى سنبلها لان مافى السنبل حنطة اذ هى اسم للمركب وهى فى سنبلها على تركيبها فكان بيع الموجود حتى لو باع تبن الحنطة فى سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وبخلاف بيع الجذع فى السقف والآجر فى الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد حتى لو نزع وقطع وسلم الى المشترى يجبر على الاخذ وههنا لا ينعقد أصلا حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشترى على القبول لان عدم النفاذ هناك ليس لخلل فى الركن ولا فى العاقد والمعقود عليه بل المضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ اما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلا فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البزر فى البطيخ الصحيح لانه بمنزلة الزيت فى الزيتون وبيع النوى فى التمر وكذلك بيع اللحم فى الشاة الحية لانها انما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وكذا بيع الشحم الذى فيها واليتها واكارعها ورأسها لما قلنا وكذا بيع البحير فى السمسم لانه انما يصير بحيرا بعد العصر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فاذا هو زجاج أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فاذا هو زجاج

أو قال بعتك هذا الثوب الهروى بكذا فاذا هو مروى أو قال بعتك هذا الثوب على أنه مروى فاذا هو هروى لا ينعقد البيع فى هذه المواضع لان المبيع معدوم والاصل فى هذا أن الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا فى باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر ان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية و يتعلق العقد بالمسمى وان كان من جنسه لكن يخالفه فى الصفة فان تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا و يلحقان بمختلفى الجنس وان قل التفاوت فالعبرة للمشار اليه و يتعلق العقد به واذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا الهروى مع المروى نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ولو قال بعتك هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان المسمى ههنا من جنس المشار اليه أعنى العبد والجارية وانما يختلفان فى صفة الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار اليه كما اذا قال بعتك هذه الشاة على أنها نعجة فاذا هى كبش (ولنا) انهما جنسان مختلفان فى المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا فالتحقا بمختلفى الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لانهما اتفقا جنسا ذاتا ومعنى اما ذاتا فظاهر لان اسم الشاة يتناولهما وأما معنى فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار اليه وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه ولكن المشترى بالخيار لانه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا فى الرضا فيثبت له الخيار وكذا لو باع دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن لا ينعقد لانهما يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين وكذا لو باع ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لان العصفر مع الزعفران يختلفان فى اللون اختلافا فاحشا وكذا لو باع حنطة فى جولق فاذا هو دقيق أو شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد لان الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز ألا ترى ان من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دل انها تصير بالطحن شيأ آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وان قال بعتك هذه الشاة على انها ميتة فاذا هى ذكية جاز بالاجماع لان الميتة ليست بمحل للبيع فلغت التسمية و بقيت الاشارة الى الذكية ولو قال بعتك هذا الثوب القز فاذا هو ملحم ينظر ان كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وان كان لحمته من القز فالبيع جائز لان الاصل فى الثوب هو اللحمة لانه انما يصير ثوبا بها فاذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع واذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الاشارة والمشار اليه موجود فكان محلا للبيع الا انه يثبت الخيار للمشترى لان كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار وكذلك اذا قال بعتك هذا الثوب الخز بكذا فاذا هو ملحم فهو على التفصيل الا أن لحمته اذا كانت خزا وسداه من غيره حتى جاز البيع فقد قيل انه ينبغى أن لا يثبت الخيار للمشترى ههنا لان الخز هكذا ينسج بخلاف القز ولو باع جبة على أن بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا فان كانت الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع وان كانت البطانة والحشو مما شرط وان كانت الظهارة مما شرط جاز البيع وان كانت البطانة والحشو من غير ما شرط لان الاصل هو الظهارة ألا ترى انه ينسب الثوب اليها و يختلف الاسم باختلافها وانما البطانة تجرى مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة وما سواها جاريا مجرى الوصف لها ففواته لا يمنع الجواز ولكنه يوجب الخيار لانه فات شئ مرغوب فيه ولو قال بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشترى بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بين هذا و بين ما اذا قال بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فاذا هو لبن انه لا ينعقد (ووجه) الفرق ان الآجر مع اللبن يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فالتحقا بمختلفى الجنس على ما بينا فيما تقدم (ومنها) أن يكون مالا لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع أم الولد لانها حرة من وجه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من الثلث نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقا وسماها حرة فلا تكون مالا على الاطلاق خصوصا على أصل أبى

حنيفة

حنيفة رضى الله عنه لان الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والاعتاق وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال والمسئلة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى ولا بيع المدبر المطلق عندنا وقال الشافعى عليه الرحمة بيع المدبر جائز واحتج بما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أجاز بيع المدبر وعن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعتها ولان التدبير تعليق العتق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتا أصلا قبل الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل أن يدخل الدار وكما فى المدبر المقيد (ولنا) ماروى أبو سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى محمول على التحريم وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص فى الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل على انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق وليس هو بتحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختيارى وانه لا يتحقق من الميت فكان تحريرا من حين وجوده فكان ينبغى ان تثبت به الحرية من كل وجه للحال الا أنها تأخرت من وجه الى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع ولا اجماع على التأخير من وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقا فلا يجوز بيعه وحديث جابر وسيدتنا عائشة رضى الله عنهما حكاية فعل يحتمل انه أجاز عليه الصلاة والسلام بيع مدبر مقيد أو باع مدبرا مقيدا ويحتمل أن يكون المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعا ويحتمل انه كان فى ابتداء الاسلام حين كان بيع المدبر مشروعا ثم نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال (وأما) المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق ايجابا من حين وجوده لانه علق عتقه بموت موصوف بصفة واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولا فكان الخطر قائما فكان تعليقا فلم يكن ايجابا مادام الخطر قائما ومتى اتصل به الموت يظهر انه كان تحريرا من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم ولا بيع المكاتب لانه حر يدا فلا تثبت يد تصرف الغير عليه ولا بيع معتق البعض موسرا كان المعتق أو معسرا عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم لانه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما هو حر عليه دين (وأما) عند الشافعى رضى الله عنه فان كان المعتق معسرا فلشريكه الساكت أن يبيع نصيبه بناء على أصله أن المعتق ان كان معسرا فالاعتاق منجز فبقى نصيب شريكه على ملكه فيجوز له بيعه وكل جواب عرفته فى هؤلاء فهو الجواب فى الاولاد من هؤلاء لان الولد يحدث على وصف الام ولهذا كان ولد الحرة حرا وولد الامة رقيقا وكما لا ينعقد بيع المكاتب وولده المولود فى الكتابة لا ينعقد بيع ولده المشترى فى الكتابة ووالدته لانهم تكاتبوا بالشراء (وأما) من سواهم من ذوى الارحام اذا اشتراهم يجوز بيعهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانهم لم يتكاتبوا بالشراء وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكاتبوا وهى مسئلة كتاب المكاتب ولا ينعقد بيع الميتة والدم لانه ليس بمال وكذلك ذبيحة المجوسى والمرتد والمشرك لانها ميتة وكذا متروك التسمية عمدا عندنا خلافا للشافعى وهى مسئلة كتاب الذبائح وكذا ذبيحة المجنون والصبى الذى لا يعقل لانها فى معنى الميتة وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا وما ذبحه المحرم من الصيد سواء كان صيد الحرم أو الحل لان ذلك ميتة ولا ينعقد بيع صيد الحرم محرما كان البائع أو حلالا لانه حرام الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا ولا بيع صيد المحرم سواء كان صيد الحرم أو الحل لانه حرام الانتفاع به فى حقه فلا يكون مالا فى حقه ولو وكل محرم حلالا ببيع صيد فباعه فالبيع جائز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد باطل وهو على اختلافهم فى مسلم وكل ذميا ببيع خمر فباعها (وجه) قولهما ان البائع هو الموكل معنى لان حكم البيع يقع له والمحرم ممنوع عن تمليك الصيد وتملكه (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن البائع فى الحقيقة هو الوكيل لان بيعه كلامه القائم به حقيقة

ولهذا ترجع حقوق العقد اليه الا أن الموكل يقوم مقامه شرعا فى نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على مباشرته حقيقة والمحرم من أهل ثبوت الملك له فى الصيد حكما لا يملكه حقيقة ألا يرى انه يرثه وهذا لان المنع انما يكون عما للعبد فيه صنع ولا صنع له فيما يثبت حكما فلا يحتمل المنع ولو باع حلال حلالا صيدا ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لان الاحرام كما يمنع البيع والشراء يمنع التسليم والقبض لانه عقد من وجه على ما عرف فيلحق به فى حق الحرمة احتياطا ولو وكل حلال حلالا ببيع صيد فباعه ثم أحرم الموكل قبل قبض المشترى فعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله جاز البيع وعلى قياس قولهما يبطل لان الاحرام القائم لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطارئ لا يبطله وعندهما القائم يمنع فالطارئ يبطله حلالان تبايعا صيدا فى الحل وهما فى الحرم جاز عند أبى حنيفة وعند محمد لا يجوز (وجه) قول محمد ان كون الحرم مأمنا يمنع من التعرض للصيد سواء كان المتعرض فى الحرم أو الحل بعد ان كان المتعرض فى الحرم ألا ترى انه لا يحل للحلال الذى فى الحرم أن يرمى الى الصيد الذى فى الحل كما لا يحل له أن يرمى اليه اذا كان فى الحرم (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان كونه فى الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسا لا شرعا بدليل ان الحلال فى الحرم اذا أمر حلالا آخر بذبح صيد فى الحل جاز ولو ذبح حل أكله ومعلوم ان الامر بالذبح فى معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء فلما لم يمنع من ذلك فلأن لا يمنع من هذا أولى وهذا لان المنع من التعرض انما كان احتراما للحرم فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الايذاء فى الحرم ولم يوجد فى البيع والله سبحانه وتعالى أعلم ولا بيع لحم السبع لانه لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يجوز بيعه اذا ذبح لانه صار طاهرا بالذبح وأما جلد السبع والحمار والبغل فان كان مدبوغا أو مذبوحا يجوز بيعه لانه مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا وان لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد بيعه لانه اذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لانه نجس العين بجميع أجزائه وقيل ان جلده لا يحتمل الدباغ وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الاشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة واحتج بقوله سبحانه وتعالى حرمت عليكم الميتة وهذه من أجزاء الميتة فتكون حراما فلا يجوز بيعها وقال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب (ولنا) قوله سبحانه وتعالى والله جعل لكم من بيوتكم سكنا الى قوله عز وجل ومن أصوافها وأوبارها الآية أخبر سبحانه وتعالى انه جعل هذه الاشياء لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة فيدل على تأكد الاباحة ولان حرمة الميتة ليست لموتها فان الموت موجود فى السمك والجراد وهما حلالان قال عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدماء النجسة لانجمادها بالموت ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه لزوال الرطوبة عنه ولا رطوبة فى هذه الاشياء فلا تكون حراما ولا حجة له فى هذا الحديث لان الاهاب اسم لغير المدبوغ لغة والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه توفيقا بين الدلائل وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لانه نجس العين وأما شعره فقد روى انه طاهر يجوز بيعه والصحيح انه نجس لا يجوز بيعه لانه جزء منه الا أنه رخص فى استعماله للخرازين للضرورة وأما عظم الآدمى وشعره فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لانه طاهر فى الصحيح من الرواية لكن احتراما له والابتذال بالبيع يشعر بالاهانة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة وأما عظم الكلب وشعره فقد اختلف المشايخ فيه على الاصل الذى ذكرنا وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به وقال محمد رحمه الله عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ذكره فى العيون ويجوز بيع كل ذى مخلب من الطير معلما كان أو غير معلم بلا خلاف وأما بيع كل ذى ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والفهد والاسد والنمر والذئب والهر ونحوها فجائز عند أصحابنا وعند الشافعى

رحمه الله لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم في رواية الاصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور احتج الشافعي رحمه الله بما روى عن النبي المكرم عليه الصلاة والسلام انه قال ومن السحت مهر البغي وثمن الكلب ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتا ولأنه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير الا أنه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والأصطياد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل على جواز البيع كما في شعر الخنزير (ولنا) ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازى والدليل على انه مال انه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا شك انه منتفع به حقيقة والدليل على انه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعا في الاحوال كلها فكان محلا للبيع لان البيع اذا صادف محلا منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به على الاطلاق مست الحاجة الى شرعه لان شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة اذا الحاجة الى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق لا فيما يجوز (وأما) الحديث فيحتمل انه كان في ابتداء الاسلام لانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة في الزجر أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل قوله انه نجس العين قلنا هذا ممنوع فانه يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق اصطيادا وحراسة ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعا الا في حالة الضرورة كالخنزير ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلمين فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير أما على قول بعض مشايخنا فلانه مباح الانتفاع به شرعا لهم كالخل وكالشاة لنا فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه وروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى عشاره بالشام أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ولو باع ذمي من ذمي خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لانه بالاسلام حرم البيع والشراء فيحرم القبض والتسليم أيضا لانه يشبه الانشاء أو انشاء من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطا وأصله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين والامر بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضته يؤيده قوله تعالى في آخر الآية الشريفة وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطله القاضي كمن باع عبدا فأبق قبل القبض ولو كان اسلامهما أو اسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع لان الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافي ذلك فان من تخمر عصيره لا يؤمر بابطال ملكه فيها ولو أقرض الذمي ذميا خمرا ثم أسلم أحدهما فان أسلم المقرض سقطت الخمر ولا شئ له من قيمة الخمر على المستقرض أما سقوط قيمة الخمر فلان العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شئ له وان أسلم المستقرض روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه تسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر أيضا كما لو أسلم المقرض وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم ان عليه قيمة الخمر وهو قول محمد رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان امتناع التسليم من المستقرض انما جاء لمعنى من قبله وهو اسلامه فكأنه استهلك عليه خمره والمسلم اذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله انه لا سبيل الى تسليم المثل لانه يمنع منه ولا الى القيمة لان ذلك يوجب ملك المستقرض والاسلام يمنع منه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القرد فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان (وجه) رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير (وجه) رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الاول لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للهو به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز ويجوز بيع الفيل

بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع الحية والعقرب و جميع هوام الارض كالوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا لكونها من الخبائث فلم تكن أموالا فلم يجز بيعها وذكر فى الفتاوى انه يجوز بيع الحية التى ينتفع بها للادوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر والخنزير وقال النبى عليه الصلاة والسلام لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ولا ينعقد بيع شئ مما يكون فى البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه لان مالا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالا فلا يكون محلا للبيع وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام سئل عن الضفدع يجعل فى دواء فنهى عنه وقال خبيثة من الخبائث وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه لا يجوز وذكر فى الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل الا اذا كان فى كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام عن محمد انه يجوز بيعه منفردا من غير كوارته اذا كان مجموعا وهو قول الشافعى رحمه الله لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه (ولنا) انه ليس بمنتفع به فلم يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه تبعا للعسل ويجوز ان لا يكون الشئ محلا للبيع بنفسه مفردا أو يكون محلا للبيع مع غيره كالشرب وأنكر الكرخى رحمه الله هذا فقال انما يدخل فيه تبعاً اذا كان من حقوقه كما فى الشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه وعلى هذا بيع دود القز لا ينعقد الا اذا كان معه قز وروى محمد انه يجوز بيعه مفرداً والحجج على نحو ما ذكرنا فى النحل ولا ينعقد بيع بذر الدود عند أبى حنيفة رحمه الله كما لا ينعقد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه (ووجه) الكلام فيه على نحو ما ذكرنا فى بيع النحل والدود ويجوز بيع السرقين والبعر لانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا الا اذا كان مخلوطا بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه قال كل شئ أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ونبين ذلك وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته كالفأرة اذا وقعت فى العجين والسمن المائع وكذلك قال محمد فى الزيت اذا وقع فيه ودك الميتة انه ان كان الزيت غالبا يجوز بيعه وان كان الودك غالبا لا يجوز بيعه لان الحلال اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحا ودبغاً على ما ذكرنا فى كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام هو الغالب لم يجز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز بيعه ويجوز بيع آلات الملاهى من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبى حنيفة لكنه يكره وعند أبى يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الاشياء لانها آلات معدة للتلهى بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالا فلا يجوز بيعها ولابى حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعا من جهة أخرى بان تجعل ظروفا لاشياء ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا وقولهما انها آلات التلهى والفسق بها قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان و بدن الفاسق وحياته وماله وهذا لانها كما تصلح للتلهى تصلح لغيره على ماليتها بجهة اطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة ولو كسرها انسان ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج والصحيح قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بان يجعل صنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف ويجوز بيع ماسوى الخمر من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف ونحوها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز لانه اذا حرم شربها لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شربه لا يجوز بيعه لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وان الله تعالى اذا حرم شيأ حرم بيعه وأكل ثمنه ولابى حنيفة رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة ماثبتت بدليل متيقن مقطوع به لكونها محل الاجتهاد

والمالية قبل حدوث الشدة كانت ثابتة بيقين فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت أموالا وبه تبين ان المراد من الحديث محرم ثبتت حرمته بدليل مقطوع به ولم يوجد ههنا بخلاف الخمر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت ماليتها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذى ورد النهى عنه لان المضمون ما فى صلب الذكر والملقوح ما فى رحم الانثى وذلك ليس بمال وعلى هذا أيضا يخرج بيع عسب الفحل لان العسب هو الضرب وانه ليس بمال وقد يخرج على هذا بيع الحمل انه لا ينعقد لان الحمل ليس بمال ولا ينعقد بيع لبن المرأة فى قدح عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه (وجه) قوله ان هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء (ولنا) ان اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول اما اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله تعالى عنهما انهما حكما فى ولد المغرور بالقيمة وبالعقر بمقابلة الوطء وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك ولو كان مالا لحكما لان المستحق يستحق بدل اتلاف ماله بالاجماع ولكان ايجاب الضمان بمقابلته أولى من ايجاب الضمان بمقابلة منافع البضع لانها ليست بمال فكانت حاجة المستحق الى ضمان المال أولى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان اجماعا (وأما) المعقول فهو لانه لا يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق بل لضرورة تغذية الطفل وما كان حرام الانتفاع به شرعا الا لضرورة لا يكون مالا كالخمر والخنزير والدليل عليه ان الناس لا يعدونه مالا ولا يباع فى سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولانه جزء من الآدمى والآدمى بجميع أجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الامة فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه جزء من آدمى هو مال فكان محلا للبيع كسائر أجزائه (ولنا) ان الآدمى لم يجعل محلا للبيع الا بحلول الرق فيه والرق لا يحل الا فى الحى واللبن لا حياة فيه فلا يحله الرق فلا يكون محلا للبيع سفل وعلو بين رجلين انهدما فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان الهواء ليس بمال ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال فى البيع بان جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلا بالاجماع وان بين فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى العصير والعبد والذكية ويبطل فى الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد ومكاتب أو بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة جاز البيع فى عبده بلا خلاف (وجه) قولهما ان الفساد بقدر المفسد لان الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجيء من قبل جهالة الثمن فاذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ولهذا جاز بيع القن اذا جمع بينه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهما صفقة واحدة كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما فلا تصح فى الآخر والدليل على ان الصفقة واحدة ان لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشترى واحد وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين فلا يصح فى الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا لم يصح اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا اذا سمى لان التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد والمدبر لان هناك الصفقة ما فسدت فى أحدهما بيقين بل بالاجتهاد الذى يحتمل الصواب والخطأ فاعتبر هذا الاحتمال فى تصحيح الاضافة الى المدبر ليظهر فى حق القن ان لم يمكن اظهاره فى حقه ولانه لما جمع بينهما فى الصفقة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرط القبول فى الآخر بدليل انه لو قبل العقد فى أحدهما دون الآخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول فى الآخر بخلاف المدبر لانه محل لقبول العقد فيه فى الجملة فصح قبول العقد فيه الا انه تعذر اظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب اظهاره فى القن ولان فى تصحيح العقد فى

أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لانه أوجب البيع فيهما فالقبول فى أحدهما يكون تفريقا وهذا لايجوز بخلاف ما اذا جمع بين القن والمدبر لان المدبر محل لقبول البيع فيه لكونه مملوكا له الا انه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ فى الجملة بقضاء القاضى لحق المدبر وهذا يمنع محلية القبول فى حق نفسه لا فى صاحبه فيجعل محلا فى حق صاحبه والدليل على التفرقة بين الفصلين ان الحكم ههنا يختلف بين ان يسمى لكل واحد منهما ثمنا أو لا يسمى وهناك لا يختلف دل ان الفرق بينهما لما ذكرنا وعلى هذا الخلاف اذا جمع بين شاة ذكية و بين متروك التسمية عمدا ثم اذا اجاز البيع فى أحدهما عندهما فهل يثبت الخيار فيه ان علم بالحرام يثبت لان الصفقة تفرقت عليه وان لم يعلم لا لانه رضى بالتفريق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون مملوكا لان البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ فى أرض مملوكة والماء الذى فى نهره أو فى بئره لان الكلأ وان كان فى أرض مملوكة فهو مباح وكذلك الماء مالم يوجد الاحراز قال النبى صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث والشركة العامة هى الاباحة وسواء خرج الكلأ بماء السماء من غير مؤنة أو ساق الماء الى أرض ولحقه مؤنة لان سوق الماء اليه ليس باحراز فلم يوجد سبب الملك فيه فبقى مباحا كما كان وكذا بيع الكمأة و بيع صيد لم يوجد فى أرضه لا ينعقد لانه مباح غير مملوك لانعدام سبب الملك فيه وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التى فى البرارى والطير الذى لم يصد فى الهواء والسمك الذى لم يوجد فى الماء وعلى هذا يخرج بيع رباع مكة واجارتها انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه وروى عنه أنه يجوز وبه أخذ الشافعى رحمه الله لعمومات البيع من غير فصل بين أرض الحرم وغيرها ولان الاصل فى الاراضى كلها أن تكون محلا للتمليك الا أنه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد فى الحرم فبقى محلا للتمليك (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يحتش حشيشها أخبر عليه الصلاة والسلام أن مكة حرام وهى اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال مكة حرام وبيع رباعها حرام وهذا نص فى الباب ولان الله تبارك وتعالى وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله سبحانه وتعالى مأمنا قال الله تبارك وتعالى جل شأنه أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا فابتذاله بالبيع والشراء والتمليك والتملك امتهان وهذا لا يجوز بخلاف سائر الاراضى وقيل ان بقعة مكة وقف حرم سيدنا ابراهيم عليه الصلاة والسلام ولا حجة فى العمومات لانه خص منها الحرم بالحديث المشهور ويجوز بيع بناء بيوت مكة لان الحرم للبقعة لا للبناء وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال كره اجارة بيوت مكة فى الموسم من الحاج والمعتمر فأما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك وهو قول محمد رحمه الله ويجوز بيع أراضى الخراج والقطيعة والمزارعة والاجارة والاكارة والمراد من الخراج أرض سواد العراق التى فتحها سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه لانه من عليهم وأقرهم على أراضيهم فكانت مبقاة على ملكهم فجاز لهم بيعها وأرض القطيعة هى الارض التى قطعها الامام لقوم وخصهم بها فملكوها بجعل الامام لهم فيجوز بيعها وأرض المزارعة أن يدفع الانسان أرضه الى من يزرعها ويقوم بها وبهذا لا تخرج عن كونها مملوكة وأرض الاجارة هى الارض التى يأخذها الانسان من صاحبها ليعمرها ويزرعها وأرض الاكارة التى فى أيدى الاكرة فيجوز بيع هذه الارض لانها مملوكة لأصحابها وأما أرض الموات التى أحياها رجل بغير اذن الامام فلا يجوز بيعها عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانها لا تملك بدون اذن الامام وعندهما يجوز بيعها لانها تملك بنفس الاحياء والمسئلة تذكر فى كتاب احياء الموات وذكر القدورى رحمه الله أنه لا يجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق التى للسلطان عليها غلة لانها ليست بمملوكة لما روى أن المنصور أذن للناس فى بنائها ولم يجعل البقعة ملكا لهم والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند

البيع فان لم يكن لا ينعقد وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة وهذا بيع ماليس عنده ونهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ
بيعه لان سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه وههنا تأخر سبب الملك فيكون بائعا ماليس عنده فدخل تحت
النهى والمراد منه بيع ماليس عنده ملكا لان قصة الحديث تدل عليه فانه روى أن حكيم بن حزام كان يبيع
الناس أشياء لا يملكها و يأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشترى و يسلم اليهم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال لاتبع ماليس عندك ولان بيع ماليس عنده بطريق الاصالة عن نفسه تمليك مالا يملكه بطريق الاصالة
وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الاصالة عن نفسه فاما مايبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر ان كان البائع
وكيلا وكفيلا فيكون المبيع مملوكا للبائع ليس بشرط وان كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط
النفاذ فان بيع الفضولى عندنا منعقد موقوف على اجازة المالك فان أجاز نفذ وان رد بطل وعند الشافعى رحمه الله هو
شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه و بيع الفضولى باطل عنده وسيأتى ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقدور التسليم عند
العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكا له كبيع الآبق فى جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج
الى تجديد الايجاب والقبول الا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطى فان لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على
على التسليم ولو سلم وامتنع المشترى من القبض لا يجبر على القبض وذكر الكرخى رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق
حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج الى تجديد البيع الا اذا كان القاضى فسخه بان رفعه المشترى الى القاضى فطالبه
بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضى البيع بينهما ثم ظهر العبد وجه قول الكرخى رحمه الله ان الاباق لا يوجب
زوال الملك الاترى أنه لو اعتقه أو دبره ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكا له فقد باع مالا مملوكا له الا أنه لم
ينفذ للحال للعجز عن التسليم فان سلم زال المانع فينفذ وصار كبيع المغصوب الذى فى يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره
أنه ينعقد موقوفا على التسليم لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الروايات أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد
لانه لا ينعقد الا لفائدة ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفى حصول القدرة بعد
ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل ومالم يكن منعقدا بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الاصل
المعهود ان مالم يكن ثابتا بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف مااذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ
لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك فى زوال المنعقد بيقين
والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفا على التسليم حتى لو
سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضى وجماعة المسلمين الا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد
الغاصب صورة فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق لانه معجوز التسليم على الاطلاق اذ لا تصل اليه يد أحد
لما أنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقررا والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فاشبه بيع الآبق بيع الطير
الذى لم يوجد فى الهواء و بيع السمك الذى لم يوجد فى الماء وذلك باطل كذا هذا ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال ان
عبدك عند فلان فبعه منى وأنا أقبضه منه فصدقه و باعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض لكنه ينعقد حتى
لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم لان القدرة على القبض ههنا ثابتة فى زعم المشترى الا أن احتمال المنع قائم فانعقد
موقوفا على قبضه فاذا قبضه تحقق مازعمه فينفذ بخلاف الفصل الاول لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع
الانعقاد ولو أخذه رجل فجاء الى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء لان المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد فى حقه وهذا
البيع لا يدخل تحت النهى لان النهى عن بيع الآبق وهذا ليس بآبق فى حقه ثم اذا اشترى منه لا يخلو اما ان
احضر العبد مع نفسه واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان
كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك لا يصير قابضا له مالم يصل اليه لان قبضه قبض أمانة وقبض الامانة

لا ينوب عن قبض الضمان فلابد من التجديد بالوصول اليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول يهلك على البائع و يبطل العقد لانه مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه صار قابضاً له بنفس الوصول ولا يشترط القبض بالبراجم لان معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة وان كان أخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل الوصول اليه يهلك على المشتري لان قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان فتجانس القبضان فتناوبا ولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه عند أبي حنيفة عليه الرحمة يصير قابضاً له عقيب العقد لان هذا قبض ضمان عنده وعندهما لا يصير قابضاً الا بعد الوصول اليه لان هذا قبض أمانة عندهما وهي من مسائل كتاب الاباق واللقطة وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية وعلى قياس ماذكره الشافعي رحمه الله ينعقد وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة سواء استطاع الخروج عنها أولا بعد ان كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد وان كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف لانه مقدور التسليم كذا البيع وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع لان اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيأ فشيأ فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التميز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التميز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وروى عن أبي يوسف انه جوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الارض (ووجه) الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية ان الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة واما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضا لانه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطا فاسداً فيفسد البيع ويجوز بيعه ممن عليه لان المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم ههنا ونظير بيع المغصوب انه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة للمالك ولا يجوز بيع المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وهل يجوز بيع الجمد فنقول لا خلاف في أنه اذا سلم الجمدة أولا الى المشتري انه يجوز اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الى أن يسلم بعضه يذوب فلا يقدر على تسليم جميعه الى المشتري وقال بعضهم يجوز وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله اذا باعه وسلمه من يومه ذلك يجوز وان سلمه بعد أيام لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث عليه الرحمة لانه في اليوم لا ينقص نقصانا له حصة من الثمن (وأما) الذي يرجع الى النفاذ فنوعان أحدهما الملك والولاية أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد أيضا حتى لا ينعقد بدونه وأصل هذا ان تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على اجازة المجيز من البيع والاجارة والنكاح والطلاق ونحوها فان أجاز ينفذ والا فيبطل وعند الشافعي رحمه الله تصرفاته باطلة (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح وهذا لان صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي وضع له شرعا لا يعقل للصحة معنى سوى هذا (فأما) الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحا شرعا والحكم الذي وضع له البيع شرعا وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك أو الولاية فلم يصح ولهذا لم يصح شراؤه فكذا بيعه (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما اذا وجد من المالك بطريق الاصالة و بين ما اذا وجد من الوكيل فى الابتداء أو بين ما اذا وجدت الاجارة من المالك فى الانتهاء و بين وجود الرضا فى التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص بدليل وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة الى النبى عليه الصلاة والسلام فدعا له بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام بارك الله فى صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن حكيم مأمورا ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولا نكر عليه لان الباطل ينكر ولان تصرف العاقل محمول على الوجه الاحسن ما أمكن وقد أمكن حمله على الاحسن ههنا وقد قصد البر به والاحسان اليه بالاعانة على ما هو خير للمالك فى زعمه لعلمه بحاجته الى ذلك لكن لم يتبين الى هذه الحالة لموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فأقدم عليه نظر الصديقه واحسانا اليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذى هو محتاج اليه والثواب من الله عز وجل بالاعانة على البر والاحسان قال الله تبارك وتعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال تعالى جل شأنه وأحسنوا ان الله يحب المحسنين الا أن فى هذه التصرفات ضررا فى الجملة لان للناس رغائب فى الاعيان وقد يقدم الرجل على شئ ظهرت له الحاجة عنه بازالته عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على اجازة المالك حتى لو كان الامر على ما ظنه مباشر التصرف اجازة وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثناء والا فلا يجيزه و يثنى عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز القول باهدار هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندب الله عز وجل الى ذلك وحثه عليه لما تلونا من الآيات وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره فى حق الحكم قلنا نعم وعندنا هذا التصرف مفيد فى الجملة وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفا على الاجازة اما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شئ من ذلك عند العقد وانما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف فى الجواب فى الحال انه صحيح فى حق الحكم أم لا ولا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز وله نظائر فى الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشترى على ما عرف (وأما) شراء الفضولى ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه ثم الاجازة انما تلحق تصرف الفضولى عندنا بشرائط (منها) أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الاجازة لان ماله مجيز متصور منه الاذن للحال و بعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الاذن القائم مفيدا فينعقد وما لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال والاذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فان حدث كان الانعقاد مفيدا وان لم يحدث لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة لان الاجازة للمنعقد وعلى هذا يخرج ما اذا طلق الفضولى امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به انه ينعقد موقوفا على الاجازة لان البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على اجازة المالك و بمثله لو فعل ذلك على الصبى لا ينعقد لان الصبى ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ألا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تنعقد فلم يكن لها مجيز حال وجودها فلم تنعقد وكذلك الصبى المحجور عليه اذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه ما دام صغيرا أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه فى حال صغره حتى لو بلغ الصبى قبل اجازة الولى فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى انه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة وانما يتوقف على اجازته بنفسه أيضا بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه فى حال صغره لانه لما بلغ فقد ملك الانشاء فأولى أن يملك الاجازة ولان ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه فى حال صغره فلما

جاز باجازة وليه فلأن يجوز باجازة نفسه أولى ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه وانه
فعل فاعل مختار والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذا اذا وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل قبل
بلوغ الصبي أو بعده توقف على اجازته بعد البلوغ الا التوكيل بالشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشراء
وجد نفاذا على الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك
فيكون الشراء للصبي لا للوكيل لان اجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة انشاء التوكيل ولو وكله ابتداء لكان الشراء له
لا للوكيل كذا هذا وبمثله اذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق
به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحاباة أو اشترى شيأ بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك
من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لان
هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها فلا تحتمل التوقف على الاجازة الا اذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ
يصلح للانشاء بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك انشاء الاجازة ولو
وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل
الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعله الوكيل وان فعل بعد البلوغ يتوقف على اجازته بمنزلة
الفضولي على البائع وان بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعل الوكيل شيأ ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل
منه بمنزلة انشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف لا مجيز له حال وجوده ألا ترى انه لو فعل الولي لا يجوز عليه
فلا يتوقف وسواء أطلق الوصية أو أضافها الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده
لا تجوز وصيته الا اذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ولو أنشأ الوصية
بعد البلوغ صح كذا هذا وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون ان ماله مجيز حال وجوده يتوقف على اجازة المولى
وما لا مجيز له حالة وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه الا أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقا من
وجه وهو ان المكاتب أو المأذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امرأة ثم عتق ينفذ بنفس الاعتاق
وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة (ووجه) الفرق أن العبد بعد الاذن يتصرف بمالكية نفسه
على ما عرف فكان ينبغي أن ينفذ للحال الا أنه توقف لحق المولى فاذا اعتق فقد زال المانع فنفذ بخلاف الصبي فان في
أهليته قصورا لقصور عقله فانعقد موقوفا على الاجازة والبلوغ ليس باجازة على ما مر (وأما) حكم شراء الفضولي فجملة
الكلام فيه أن الفضولي اذا اشترى شيأ لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد الى نفسه واما ان أضافه الى الذي اشترى
له فان أضافه الى نفسه كان المشترى له سواء وجدت الاجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لان الشراء اذا وجد نفاذا
على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالى عز من قائل لها
ما كسبت وقال عز من قائل وأن ليس للانسان الا ما سعى وشراء الفضولي كسبه حقيقة فالاصل أن يكون له الا اذا
جعله لغيره أو لم يجد نفاذا عليه لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذي اشترى له بان كان الفضولي صبيا محجورا أو عبدا
محجورا فاشترى لغيره يتوقف على اجازة ذلك الغير لان الشراء لم يجد نفاذا عليه فيتوقف على اجازة الذي اشترى له
ضرورة فان أجاز نفذ وكانت العهدة عليه لا عليهما لانهما ليسا من أهل لزوم العهدة وان أضاف العقد الى الذي
اشترى له بان قال الفضولي للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت وقبل الفضولي البيع فيه لاجل فلان أو قال
البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشرى له لان
تصرف الانسان وان كان له على اعتبار الاصل الا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وههنا جعله لغيره فينعقد
موقوفا على اجازته ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بعت أو قال البائع
للفضولي بعت منك هذا العبد بكذا لفلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لانه لم توجد الاضافة الى فلان

فى الايجاب والقبول وانما وجدت فى أحدهما وأحدهما شطر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا ان الاصل أن لا يتوقف وانما توقف لضرورة الاضافة من الجانبين فاذا لم يوجد يجب العمل بالاصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء انه اذا اشترى شيأ يقع شراؤه للموكل وان أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل لانه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشترى له كذا هذا والله تعالى أعلم ولو اشترى الفضولى شيأ لغيره ولم يضف المشترى الى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشترى والمشترى له ان المشترى يكون للمشترى له فسلم اليه بعد القبض بالثمن الذى اشتراه به وقبل المشترى له صح ذلك و يجعل ذلك تولية كانه ولاه منه بما اشترى ولو علم المشترى بعد ذلك ان الشراء نفذ عليه والمشترى له فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك لان التولية منه قد صحت فلا يملك الرجوع كمن اشترى منقولا فطلب جاره الشفعة فظن المشترى ان له شفعة فسلم اليه ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر لم يكن له ذلك لانه لما سلم اليه صار ذلك بيعا بينهما ولو اختلفا فقال المشترى له كنت أمرتك بالشراء وقال المشترى اشتريته لك بغير أمرك فالقول قول المشترى له لان المشترى لما قال اشتريته لك كان ذلك اقرارا منه بانه اشتراه بأمره لان الشراء له لا يكون الا بأمره عادة فكان القول قوله ثم ان أخذه بقضاء القاضى لا يحل له ذلك الا اذا كان صادقا فى كلامه فيما بينه و بين الله جل شأنه وان أخذه بغير قضاء طاب له لانه أخذه برضاه فصار ذلك بيعا منهما بتراضيهما (ومنها) قيام البائع والمشترى حتى لو هلك أحدهما قبل الاجازة من المالك لا تلحقه الاجازة (ومنها) قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل اجازته لا يجوز باجازة ورثته (ومنها) قيام المبيع حتى لو هلك قبل اجازة المالك لا يجوز باجازة المالك غير أنه ان هلك فى يد المالك يهلك بغير شئ وان هلك بعد التسليم الى المشترى فالمالك بالخيار ان شاء ضمن البائع وان شاء ضمن المشترى لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم من البائع والقبض من المشترى لان تسليم مال الغير وقبضه بغير اذن صاحبه كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر ولا سبيل عليه بحال لانه لما ضمن احدهما فقد ملك المضمون فلا يملك تمليكه من غيره لما فيه من الاستحالة وهو تمليك شئ واحد فى زمان واحد من اثنين على الكمال فان اختار تضمين المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع و بطل البيع وليس له أن يرجع عليه بما ضمن كما فى المشترى من الغاصب وان اختار تضمين البائع ذكر الطحاوى رحمه الله أنه ينظر ان كان قبض البائع قبض ضمان بان كان مغصوبا فى يده نفذ بيعه لانه لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين انه باع ملك نفسه فينفذ وان كان قبضه قبض امانة بان كان وديعة عنده فباعه وسلمه الى المشترى لا ينفذ بيعه لان الضمان انما وجب عليه بسبب متأخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع فيكون بائعا مال غيره بغير اذنه فلا ينفذ وذكر محمد رحمه الله فى ظاهر الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البائع قيل هذا محمول على ما اذا سلمه البائع أولا ثم باعه لانه اذا سلمه أولا فقد صار مضمونا عليه بالتسليم فتقدم سبب الضمان البيع فتبين انه باع مال نفسه فينفذ ثم ان كان قيام الاربعة التى ذكرنا شرط لحوق الاجازة لان الاجازة انما تلحق القيام وقيام العقد بهذه الاربعة ولان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه ولا يتحقق الانشاء بدون العاقدين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطا للحوق الاجازة فان وجدت صحت الاجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة و يكون الثمن للمالك ان كان قائما لانه بدل ملكه وان هلك فى يد البائع يهلك امانة كما اذا كان وكيلا فى الابتداء وهلك الثمن فى يده ولو فسخه البائع قبل الاجازة انفسخ واسترد المبيع ان كان قد سلم و يرجع المشترى بالثمن على البائع ان كان قد نقده وكذا اذا فسخه المشترى ينفسخ وكذا اذا فسخه الفضولى فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والنكاح فان الفضولى من جانب الرجل فى باب النكاح اذا زوجت المرأة نفسها لا يملك الفسخ عنده (ووجه) الفرق له ان البيع الموقوف لو اتصلت به الاجازة فالحقوق ترجع الى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف

النكاح لان الحقوق فى باب النكاح لا ترجع الى العاقد بل هو سفير ومعبر فاذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالاجانب وأما قيام الثمن فى يد البائع هل هو شرط لصحة الاجازة أم لا فالامر لا يخلو اما ان كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف فى الذمة واما ان كان عينا كالعروض فان كان دينا فقيامه فى يد البائع ليس بشرط للحوق الاجازة لان الدين لا يتعين بالتعيين فكان قيامه بقيام الذمة وان كان عينا فقيامه شرط لحوق الاجازة فصار الحاصل ان قيام الاربعة شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن دينا واذا كان عينا فقيام الخمس شرط فان وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبائع لا للمالك لان الثمن اذا كان عينا كان البائع مشتريا من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة بل ينفذ على المشترى اذا وجد نفاذا عليه بان كان أهلا وهو أهل والمالك يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الاجازة فاذا اجازه مالكه بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا لانه اذا كان دينا كان العاقد بائعا من كل وجه ولا يكون مشتريا بالنفسه أصلا فتوقف على اجازة المالك فاذا أجاز كان مجيزا للعقد فكان بدله له ولو هلكت العين فى يد الفضولى بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع الى صاحبه ويضمن للمشترى مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد ولو تصرف الفضولى فى العين قبل الاجازة ينظر ان تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لان الملك فى العقد الفاسد يقف على القبض وان تصرف فيه بعد ما قبض باذن المشترى صريحا أو دلالة يصح تصرفه لانه تصرف فى ملك نفسه وعليه مثله أو قيمته لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون به ولا تلحقه الاجازة لانه ملك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الاجازة بعد ذلك ولو تصرف المشترى فى المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه لعدم اذن مالكه والله تعالى أعلم (وأما) الولاية فالولاية فى الاصل نوعان نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعا لا بتولية المالك أما الاول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وان لم يكن المحل مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل وأما الثانى فهو ولاية الاب والجد أب الاب والوصى والقاضى وهو نوعان أيضا ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات أما ولاية النكاح فموضع بيانها كتاب النكاح وأما ولاية غيره من المعاملات فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب هذه الولاية وفى بيان شرائطها وفى بيان ترتيب الولاية أما الاول فسبب هذا النوع من الولاية فى التحقيق شيئان أحدهما الابوة والثانى القضاء لان الجد من قبل الاب أب لكن بواسطة ووصى الاب والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك ولاية الابوة من حيث المعنى ووصى القاضى يستفيد الولاية من القاضى فكان ذلك ولاية القضاء معنى أما الابوة فلانها داعية الى كمال النظر فى حق الصغير لوفور شفقة الاب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لانه من باب الاعانة على البر ومن باب الاحسان ومن باب اعانة الضعيف واغاثة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا وشرعا ولان ذلك من باب شكر النعمة وهى نعمة القدرة اذ شكر كل نعمة على حسب النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا فضلا عن الجواز ووصى الاب قائم مقامه لانه رضيه واختاره فالظاهر انه ما اختاره من بين سائر الناس الا لعلمه بان شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصى خلفا عن الاب وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو والجد له كمال الرأى ووفور الشفقة الا أن شفقته دون شفقة الاب فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الاب وولاية وصيه ووصى وصيه أيضا لان تلك ولاية الاب من حيث المعنى على ما ذكرنا ووصى الجد قائم مقامه لانه استفاد الولاية من جهته وكذا وصى وصيه وأما القضاء فلان القاضى لاختصاصه بكمال العلم والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح وليا وقد قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له الا أن شفقته دون شفقة الاب والجد لان شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا وكذا وصيه

فتاخرت

فتأخرت ولايته عن ولايتهما

﴿ فصل ﴾ وأما شرائطها فأنواع بعضها يرجع الى الولى و بعضها يرجع الى المولى عليه و بعضها يرجع الى المولى فيه أما الذى يرجع الى الولى فأشياء (منها) أن يكون حرا فلا تثبت ولاية العبد لقوله سبحانه وتعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ ولانه لا ولاية له على نفسه فكيف تثبت له الولاية على غيره (ومنها) أن يكون عاقلا فلا ولاية للمجنون لما قلنا (ومنها) اسلام الولى اذا كان المولى عليه مسلما فان كان كافرا لا تثبت له عليه الولاية لقوله عز وجل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولان تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز (وأما) الذى يرجع الى المولى عليه فالصغر فلا تثبت الولاية على الكبير لانه يقدر على دفع حاجة نفسه فلا حاجة الى اثبات الولاية عليه لغيره وهذا لان الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافى للضرورة ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت (وأما) الذى يرجع الى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام وقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والاضرار بالصغير ليس من المرحمة فى شئ فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لانه ازالة ملكه من غير عوض فكان ضررا محضا وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد له ذلك (وجه) قوله أن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان فى معنى البيع فملكها كما يملك البيع (ولهما) أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة وانما تصير معاوضة فى الانتهاء وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لانه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصى به لان التصدق والوصية ازالة الملك من غير عوض مالى فكان ضررا فلا يملكه وليس له أن يطلق امرأته لان الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس له أن يعتق عبده سواء كان بعوض أو بغير عوض أما بغير عوض فلانه ضرر محض وكذا بعوض لانه لا يقابله العوض للحال لان العتق معلق بنفس القبول واذا عتق بنفس القبول يبقى الدين فى ذمة المفلس وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضررا محضا للحال وكذا ليس له أن يقرض ماله لان القرض ازالة الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم القرض تبرع وهو لا يملك سائر التبرعات كذا هذا بخلاف القاضى فانه يقرض مال اليتيم (ووجه) الفرق ان الاقراض من القاضى من باب حفظ الدين لان توى الدين بالافلاس أو بالانكار والظاهر أن القاضى يختار أملى الناس وأوثقهم وله ولاية التفحص عن أحوالهم فيختار من لا يتحقق افلاسه ظاهرا وغالبا وكذا القاضى يقضى بعلمه فلا يتحقق التوى بالانكار وليس لغير القاضى هذه الولاية فبقى الاقراض منه ازالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال فكان ضررا فلا يملكه وله ان يدين ماله من غيره وصورة الاستدانة أن يطلب انسان من غير الاب أو الوصى أن يبيعه شيأ من أموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل أصل الشئ ملكه وثمن المبيع دينا عليه ليرده فان باعه منه بزيادة على قيمته فهو عينه وانما ملك الادانة ولم يملك القرض لان الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له أن يزوج عبده لانه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة ولو باع لا ينفذ بيعه لانه ضرر فى حقه وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة وليس له أن يشترى بماله شيأ بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المشترى له لان الشراء وجد نفاذا على المشترى وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية لان ذلك نفع محض فيملكه الولى وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس وهذا يجرى مجرى الحث على النفع والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث وله أن يزوج أمته لانه نفع وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشترى له شيأ بأقل من قيمته لما قلنا وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشترى له شيأ بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له أن يؤاجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس

فيه عادة وكذا له أن يستأجر له شيأ بأقل من أجر المثل أو باجر المثل أو باكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو أجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شاء مضى عليها وان شاء أبطلها ولا خيار له في اجارة المال (ووجه) الفرق ان اجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الأب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الابطال بالبلوغ فأما اجارة نفسه فتصرف على نفسه بالاضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الاب الا أنه ملكها من حيث انها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له والأب يلي تأديب الصغير فوليها على أنها تأديب فاذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب وهو الفرق وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربة وله أن يبضع وله أن يوكل بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار لان هذه الاشياء من توابع التجارة فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها ولهذا ملكها المأذون وله أن يعير ماله استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس ان الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان ضررا (وجه) الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ولهذا ملكها المأذون وله أن يودع ماله لان الايداع من ضرورات التجارة وله أن يأذن له بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشراء لان الاذن بالتجارة دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة أولى وله أن يكاتب عبده لأن المكاتبة عقد معاوضة فكان في معنى البيع وله أن يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج اليه ولانه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضا وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضا لان عين المرهون تحت يد المرتهن الا أنه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء ولو لم يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شاركه ورأس ماله أقل من مال الصغير فان أشهد فالربح على ما شرط وان لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه ويجعل الربح على قدر رأس مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه حال عدمه وفي الجد ووصيه حال عدمه الا أن بين الاب ووصيه وبين الجد ووصيه فرقا من وجوه مخصوصة (منها) ان الاب أو الجد اذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان كان خيرا لليتيم جاز والا فلا (ومنها) ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس ومادونها وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في النفس (ومنها) ان له ولاية الصلح في النفس ومادونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي روايتان وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولي اليتيم هل يأكل من مال اليتيم فنقول لا خلاف في أنه اذا كان غنيا لا يأكل لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له أن يأكل على سبيل الاباحة أو ليس له أن يأكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان له أن يأكل على سبيل الاباحة لكن بالمعروف من غير اسراف وهو قول سيدتنا عائشة رضي الله عنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه يأكل قرضا فاذا أيسر قضى وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما احتج هؤلاء بقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم أمر سبحانه وتعالى بالاشهاد على الايتام عند دفع المال اليهم ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الامانة لكان لا حاجة الى الاشهاد لان القول قول الولي اذا قال دفعت المال الى اليتيم عند انكاره وانما الحاجة الى الاشهاد عند الاخذ قرضا ليأكل منه لان في قضاء الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضي الدين وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه فسر قوله عز وجل ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف قال قرضا احتج الاولون بظاهر قوله عز شأنه ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف أطلق الله عز شأنه لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط من غير اسراف وروى ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لي مال ولي يتيم فقال عليه الصلاة والسلام كل من مال يتيمك

غير مسرف ولا متأثل مالك بماله وذكر محمد ومالك في الموطأ ان الافضل هو الاستعفاف من ماله لما روى ان رجلا أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال له أوصى الى يتيم فقال عبد الله لا تشتر من ماله شيأ ولا تستقرض من ماله شيأ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ترتيب الولاية فأولى الاولياء الاب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وانما تثبت الولاية على هذا الترتيب لان الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب لان ذلك مبني على الشفقة وشفقة الاب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لانه مرضي الاب ومختاره فكان خلف الاب في الشفقة وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو وشفقة الجد فوق شفقة القاضي لان شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي ولا شك ان شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الاجنبي وكذا شفقة وصيه لانه مرضي الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته واذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة لان ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة والله سبحانه وتعالى أعلم وليس لمن سوى هؤلاء من الام والاخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله لان الاخ والعم قاصرا الشفقة وفي التصرفات تجرى جنايات لا يهتم لها الا ذو الشفقة الوافرة والام وان كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأى لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن لان الوصي خلف الموصي قائم مقامه فلا يثبت له الا قدر ما كان للموصي وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء ولوصي الام والاخ ان يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير ثم ينظر ان كان واحد ممن ذكرنا حيا حاضرا فليس له ولاية التصرف أصلا في ميراث الصغير لان الموصي لو كان حيا لا يملكه في حال حياته فكذا الوصي وان لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير الا انه يبيع المنقول لما ان بيع المنقول من باب الحفظ لان حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظا بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لانها محفوظة وليس له أن يشتري شيأ على سبيل التجارة وله أن يشتري ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الارث بان وهب له شئ أو أوصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلا عقارا كان أو منقولا لانه لم يكن للموصي عليه ولاية فكذا الوصي (وأما) وصي المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة لان المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه يكون ميراثا لورثته (اما) الاحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود في الكتابة ومن كوتب معه لانه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته بعتق أبيه واذا صار الفاضل من كسبه ميراثا لورثته فهل يملك التصرف في مالهم ذكر في الزيادات انه لا يملك الا الحفظ وجعله بمنزلة وصي الام والاخ والعم وفي كتاب القسمة الحقه بوصي الاب فانه أجاز قسمته في العقارات والقسمة في معنى البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه روايتان وهذا اذا مات قبل أداء بدل الكتابة فاما اذا أدى بدل الكتابة في حال حياته وعتق ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فان كان لا ينعقد كالمرهون والمستأجر لان فيه ابطال حق المرتهن والمستأجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسئلة في بعضها ان البيع فاسد وفي بعضها انه موقوف وهو الصحيح لان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل على انه مقدور التسليم انه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسلمه الى المدين وكذا احتمال الاجازة من المرتهن والمستأجر ثابت في البابين جميعا الا انه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف ويمكن التوفيق بين الروايتين بان يحمل قوله فاسد على انه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا فاذا توقف على اجازتهما فان أجازا جاز ونفذ وهل يملكان المطالبة بالفسخ ذكر القدوري رحمه الله في شرحه وقال اما المستأجر فلا يملك واما المرتهن فيجوز أن يقال يملك فرق بينهما من حيث ان حق المستأجر في

المنفعة لا فى العين اذ الاجارة عقد على المنفعة لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفا فى محل حق المستأجر فلا يثبت له الخيار وحق المرتهن فى العين لانه يستوفى الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهناً عنده فكان البيع تصرفا فى محل حقه فيثبت له الخيار وهل يثبت للمشترى خيار الفسخ فان لم يعلم انه مرهون أو مؤجر يثبت لان العقد المطلق يقتضى التسليم للحال وقد فات فيثبت له خيار الفسخ وان علم فلا خيار له لانه رضى بالتسليم فى الجملة ولو باع عبده الذى وجب عليه القود نفذ لانه لا حق لولى القتيل فى نفس القاتل وانما له ولاية استيفاء القصاص وانها لا تبطل بالبيع فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختارا للفداء سواء علم بالجناية أولم يعلم لان حق الولى فى القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لما قلنا وكذا لو باع عبده الذى هو حلال الدم بالردة لان الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذا لو أعتقه أو دبره وكذا لو باع عبده الذى وجب قطع يده بالسرقة أو وجب عليه حد من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب لان الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفاء القطع والحد والبيع لا يبطلها ولو باع عبده الذى وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أولا ولا سبيل لولى الجناية على العبد ولا على المشترى لانه لا حق له فى نفس العبد وانما يخاطب المولى بالدفع الا أن يختار الفداء غير انه ان كان عالما بالجناية يلزمه ارش الجناية بالغاً ما بلغ لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للفداء اذ لولم يختر لما باعه لما فيه من ابطال حق ولى الجناية فى الدفع والظاهر انه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو الفداء فكان الاقدام على البيع اختياراً للفداء بخلاف ما اذا كان عليه قتل أو قطع بسبب السرقة أو حد لان البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الاقدام على البيع اختيارا للفداء فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها وان كان عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية كان البيع استهلاكا للعبد من غير اختياره فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه ما أتلف على ولى الجناية الا قدر الارش الا اذا كان أقلهما عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة دراهم لان قيمة قتل العبد خطأ اذا بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم وكذلك لو أعتقه المولى أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها جاز ولا سبيل لولى الجناية على العبد والمدبر وأم الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك اختياراً منه للفداء وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره فى كتاب جنايات العبيد فى آخر كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الصحة فأنواع بعضها يعم البياعات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة (فمنها) ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة اذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد عندنا فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحاً (ومنها) أن يكون المبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد البيع وان كان مجهولا جهالة لا تفضى الى المنازعة لا يفسد لان الجهالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود وبيانه فى مسائل اذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية الى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع فان عين البائع شاة أو ثوبا وسلمه اليه ورضى به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة ولان البياعات للتوسل الى استيفاء النفوس الى انقضاء آجالها والتنازع يفضى الى التفانى فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم والكلام فى هذا الشرط فى موضعين أحدهما ان العلم بالمبيع والثمن علما مانعاً من المنازعة شرط صحة البيع *والثانى فى بيان ما يحصل به العلم بهما (اما) الاول فبيانه فى مسائل وكذا اذا قال بعتك أحد هذه الأثواب الاربعة

بكذا وذكر خيار التعيين أوسكت عنه أوقال بعتك أحد هذين الثوبين أوأحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لان المبيع مجهول ولوذكر الخيار بان قال على انك بالخيار تأخذ أيهما شئت بثمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد (وجه) القياس ان المبيع مجهول لانه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الاربعة وذكر الخيار (وجه) الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة الى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق الى دفع الغبن وورود الشرع هناك يكون ورودا ههنا والحاجة تندفع بالتحرى في ثلاثة لاقتصار الاشياء على الجيد والوسط والردىء فيبقى الحكم في الزيادة مردودا الى أصل القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك فان كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشترى ما يحتاج اليه خصوصا الاكابر والنساء فيحتاج الى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشراء شئ واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآمر فيحتاج الى ان يشترى أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا الى الآمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي فجوزنا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما ان هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لانه فوض الامر الى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسئلة في الكتب فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشترى أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الاصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الابذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فادونها عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الثلاث ومازاد عليها بعد أن يكون معلوما وهو قول الكرخى والطحاوى رحمهما الله وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة (وجه) قول الاولين ان المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع فكذا اذا كان واحدا غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع لان للمشترى أن يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد أحدهما وهذا حكم خيار الشرط فلابد من ذكر مدة معلومة (وجه) قول الآخرين ان توقيت الخيار في المعين انما كان شرطا لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء فلابد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم في أحدهما غير عين وانما يمنع تعين المبيع لا غير فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع الا أن للمشترى أن يردهما جميعا الا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لان البيع المضاف الى أحدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود على مانذكر ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى ثوبين أوعبدين أودابتين على أن المشترى أوالبائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذى فيه الخيار من الذى لا خيار فيه ولا بين حصة كل واحد منهما من الثمن أن البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع والثمن (أما) جهالة المبيع فلان العقد في أحدهما بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولا وأما جهالة الثمن فلانه اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع فجهالتهما أولى وكذا اذا عين الذى فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لان الثمن مجهول وكذا اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذى فيه الخيار من صاحبه لان المبيع مجهول ولو عين وبين جاز البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن معلومان ويكون البيع في أحدهما باتا من غير خيار وفي الآخر فيه خيار لانه هكذا فعل فاذا أجاز من له الخيار البيع فيما له فيه الخيار أومات أومضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولزم

المشترى ثمنهما ليس له أن يأخذ أحدهما أو كلاهما ما لم ينقد ثمنهما جميعا لان الخيار لما سقط ولزم العقد صار كانه اشتراهما
جميعا شراء باتا ولو كان كذلك كان الامر على ما وصفنا فكذا هذا ولو اشترى ثوبا واحدا أو دابة واحدة بثمن معلوم
على أن المشترى أو البائع بالخيار فى نصفه ونصفه بات جاز البيع لان النصف معلوم وثمنه معلوم أيضا والله سبحانه
وتعالى أعلم ولو باع عددا من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة اكثر مما سمى فالبيع فاسد
لجهالة المبيع جهالة مفضية الى المنازعة فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك او تراضيا عليه فهو جائز لان ذلك بيع
مبتدأ بطريق التعاطى واليه أشار فى الكتاب فقال وانما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا وهذا نص على
جواز البيع بالمراوضة ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لانه جعل ثمنه قيمته وانها تختلف باختلاف تقويم
المقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك اذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد وكذلك
اذا بين الموضع بان قال زن لى من هذا الجنب رطلا بكذا أو من هذا الفخذ على قياس قول أبى حنيفة فى السلم وعلى
قياس قولهما يجوز وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز وكذا اذا باع بحكم المشترى أو بحكم فلان لانه لا يدرى
بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا وكذا اذا قال بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير لان الثمن مجهول وقيل هو البيعان
فى بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عيه وسلم نهى عن بيعين فى بيع وكذا اذا قال بعتك هذا العبد بالف درهم
الى سنة أو بالف وخمسمائة الى سنتين لان الثمن مجهول وقيل هو الشرطان فى بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن شرطين فى بيع ولو باع شيأ بربح ده يازده ولم يعلم المشترى رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار
أو يدع هكذا روى ابن رستم عن محمد لانه اذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة البيع فاذا علم
ورضى به جاز البيع لان المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت فى المجلس وله حكم حالة العقد فصار كانه كان
معلوما عند العقد وان لم يعلم به حتى اذا افترقا تقرر الفساد ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته لان هذا حكم
البيع الفاسد وقد تقرر الفساد بالهلاك لان بالهلاك خرج البيع عن احتمال الاجازة والرضا لان الاجازة انما تلحق
القائم دون الهالك فتقرر الفساد فلزمته القيمة وروى ابن شجاع عن محمد أن البيع جائز ومعناه أنه موقوف على الاجازة
واليه أشار أبو يوسف رحمه الله فانه قال صح وهذه أمارة البيع الموقوف فان مات البائع قبل أن يرضى المشترى وقد
قبض أو لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبدا فقبضه ثم أعتقه أو باعه أو مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه
قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت وبالاعتاق فى المبيع فخرج البيع عن احتمال الاجازة فتأكد الفساد فيلزمه القيمة
ولو أعتقه بعد ما علم برأس المال فعليه الثمن لان اقدامه على الاعتاق دليل الاجازة ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد
القبض فعليه قيمته لانه لا صنع له فى القرابة فلم يوجد دليل الاجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم وهناك
تجب القيمة كذا ههنا وكذا اذا باع الشئ برقمه أو برأس ماله ولم يعلم المشترى رقمه ورأس ماله فهو كما اذا باع شيأ بربح
ده يازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعتك قفيزا من هذه الصبرة صح وان كان قفيزا من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة
لا تفضى الى المنازعة لان الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الاربعة لان بين شاة
وشاة تفاوتا فاحشا وكذا بين ثوب وثوب والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شيأ بعشرة دراهم أو بعشرة دنانير وفى البلد
نقود مختلفة انصرف الى النقد الغالب لان مطلق الاسم ينصرف الى المتعارف خصوصا اذا كان فيه صحة العقد وان كان
فى البلد نقود غالبة فالبيع فاسد لان الثمن مجهول اذ البعض ليس بأولى من البعض وعلى هذا يخرج أصل أبى حنيفة
عليه الرحمة أن جملة الثمن اذا كانت مجهولة عند العقد فى بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد الا فى القدر الذى جهالته
لا تفضى الى المنازعة وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو اما ان كان من المثليات من المكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة واما أن يكون من غيرها من الذرعيات والعدديات المتفاوتة ولا يخلو اما ان سمى جملة الكيل
والوزن والعدد والذرع فى البيع واما ان لم يسم اما المكيلات فان لم يسم جملتها بان قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها

بدرهم لم يجز البيع الا فى قفيز منها بدرهم و يلزم البيع فيه عند أبى حنيفة ولا يجوز فى الباقى الا اذا علم المشترى جملة القفزان قبل الافتراق بان كالهافله الخيار ان شاء أخذ كل قفيز بدرهم وان شاء ترك وان لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد وعند أبى يوسف ومحمد يلزمه البيع فى كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف الوزنى الذى لا ضرر فى تبعيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددى المتقارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملتها (وأما) الذرعيات فان لم يسم جملة الذرعان بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد فى الكل عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشترى جملة الذرعان فى المجلس فله الخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد وعند أبى يوسف ومحمد يجوز البيع فى الكل و يلزمه كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل ذراعين بدرهمين أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة كالاغنام والعبيد بأن قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم ولم يسم جملة الشياه وعلى هذا الخلاف الوزنى الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من الاوانى والقلب ونحو ذلك (وجه) قولهما فى مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذهبا ولابى حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع الشئ برقمه ولا شك أن جهالة الثمن حالة العقد مجهولة لانه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة وكذلك هذا فى الموزون والمعدود والمذروع وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال الى أن ترتفع وعندنا اذا ارتفعت فى المجلس ينقلب العقد الى الجواز لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر ذهبا ممنوع على اصل أبى حنيفة رحمه الله وانما اختلف جواب أبى حنيفة بين المثليات وغيرها من وجه حيث جوز البيع فى واحد فى باب الامثال ولم يجز فى غيرها أصلا لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة لانها لا تفضى الى المنازعة الا ترى لو اشترى قفيزا من هذه الصبرة ابتداء جاز فاذا تعذر العمل بعموم كلمة كل صرفت الى الخصوص لانه ممكن على الاصل المعهود فى صيغة العام اذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عند امكان الصرف اليه بخلاف الاشياء المتفاوتة لان جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء فتعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع فى الكل ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فاسد فى الكل بالاجماع وان علم المشترى عدد الجملة فى المجلس واختار البيع فرق بين المعدود المتفاوت و بين المذروع والمكيل والموزون والمعدود المتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم فى المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز فى الاثنين بلا خلاف وان علم واختار البيع (ووجه) الفرق أن المانع هناك جهالة الثمن وهى محتملة الارتفاع والزوال ثمة بالعلم فى المجلس فكان المانع يحتمل الزوال والجهالة ههنا لا تحتمل الارتفاع أصلا لان ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدرى كم هو ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن لم يذكر هذا فى الاصل وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يجوز وهو صحيح لان المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ولو سمى جملة المبيع لجاز على ما نذكره كذا هذا هذا الذى ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات فأما اذا سماها بان قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم سمى لكل واحد من القفزان ثمنا على حدة أو سمى للكل ثمنا واحدا هما سواء فلا شك فى جواز البيع لان جملة المبيع معلومة وجملة الثمن

معلومة ثم ان وجدها كما سمى فالامر ماض ولا خيار للمشترى وان وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشترى بل ترد الى البائع ولا يكون للمشترى الاقدر ما سمى وهو مائة قفيز ولا خيار له وان وجدها أقل من مائة قفيز فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وان شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر فى تبعيضه لاتجرى مجرى الصفة بل هى أصل فلابد وان يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا يدخل فى البيع فكان ملك البائع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان الصفة فاذا وجدها أنقص مما سمى نقص من الثمن حصة النقصان وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه لانها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خللا فى الرضا فيثبت له خيار الترك وكذا الجواب فى الموزونات التى ليس فى تنقيصها ضرر لان الزيادة فيها لاتجرى مجرى الصفة بل هى أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة (وأما) المذروعات من الثوب والارض والخشب وغيرها فان سمى لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز لان المبيع وثمنه معلومان ثم ان وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وان وجده احد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشترى وان وجده تسعة أذرع لا يطرح لاجل النقصان شيأ من الثمن وهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التى ليس فى تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة (ووجه) الفرق ان زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة فى الباقى وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الاصل دون الصفة الا أن الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة به فاذا زاد صار كأنه اشتراه رديئا فاذا هو جيد كما اذا اشترى عبداً على انه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتبا أو خياطا أو اشترى عبدا على انه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على انها ثيب فوجدها بكرا تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا واذا نقص صار كأنه اشتراه على انه جيد فوجده رديئا أو اشترى عبدا على انه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على انها بكر فوجدها ثيبا لا يطرح شيأ من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التى لا ضرر فيها اذا نقصت والمعدودات المتقاربة لان الزيادة فيها غير ملحقة بالاوصاف لانها أصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن الا أنها ألحقت بالصفة فى المذروعات ونحوها لان وجودها يوجب الجودة والكمال للباقى وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلا بنفسها حقيقة وان سمى لكل ذراع منها ثمنا على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجده مثل ما سمى فالامر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وان وجده احد عشر ذراعا فهو بالخيار ان شاء أخذ كله باحد عشر درهما وان شاء ترك وان وجده تسعة أذرع فهو بالخيار ان شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على الاصل الذى ذكرنا ان زيادة الذرع فى المذروعات تجرى مجرى الصفة لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغى أن تكون الزيادة سالمة للمشترى ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيأ كما فى الفصل الاول لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا وحل هذا الاشكال ان الذرع فى المذروعات انما يجرى مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة (فأما) اذا أفرد به فلا يجرى مجرى الصفة مطلقا بل يكون أصلا من وجه وصفة من وجه فمن حيث ان التبعيض فيها يوجب تعيب الباقى كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ومن حيث انه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة كان كل ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة أصلا من وجه صفة من وجه فمن حيث انها صفة كانت للمشترى لان الثمن يقابل الاصل

لا الصفة

لا الصفة وانما يدخل فى البيع تبعا على ما بينا ومن حيث انها أصل لا يسلم له الا بزيادة ثمن اعتبارا للجهتين جميعا بقدر الامكان فله الخيار فى اخذ الزيادة وتركها لانه لو لزمه الاخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرا عند العقد واختل رضاه فوجب الخيار وفى النقصان ان شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقى اعتبارا لجهة الاصالة وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه وأوجب خللا فى الرضا وذا يوجب الخيار هذا اذا كانت الزيادة والنقصان ذراعا تاما فأما اذا كانت دون ذراع لم يذكرها فى ظاهر الروايات وذكر فى غير رواية الاصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة فى كيفية الخيار فيه فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقا بين الزيادة والنقصان غير ان أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة ذراع كامل فقال ان شاء أخذه بأحد عشر درهما وان شاء ترك وجعل نقصان نصف ذراع كلا نقصان لكن جعل له الخيار فقال ان شاء أخذه بعشرة دراهم وان شاء ترك ولا يطرح من الثمن شيأ لاجل النقصان ومحمد جعل على القلب من ذلك فجعل زيادة نصف ذراع كلا زيادة فقال يأخذ المشترى بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف ذراع كنقصان ذراع كامل وقال ان شاء أخذ بتسعة دراهم وان شاء ترك (وأما) أبو يوسف رحمه الله فسوى بين الزيادة والنقصان فقال فى زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف وان شاء ترك وقال فى نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف وان شاء ترك والقياس ما قاله أبو يوسف وهو اعتبار الجزء بالكل الا أنهما كأنهما استحسنا لتعامل الناس فجعل أبو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام ونقصان نصف ذراع كلا نقصان لان الناس فى العادات فى بياعاتهم وأشريتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصانا بل يحسبونه ذراعا تاما فبنى الامر فى ذلك على تعامل الناس وجعل محمد الامر فى ذلك على القلب من ذلك لما أن الباعة يسامحون فى زيادة نصف على القدر المسمى فى البيع عادة ولا يعدونه زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادة كأنه لم يزد وكذا يسامحون فيعدون نقصان نصف ذراع فى العادات نقصان ذراع كامل فتركنا القياس بتعامل الناس ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا جميع المذروعات من الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمنا بأن قال بعت منك هذه الارض على انها الف ذراع بألف درهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدها مثل ما سمى فالامر ماض ويلزمه الارض كل ذراع بدرهم وان وجدها أزيد فالزيادة سالمة له ولا خيار وان وجدها أنقص فهو بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا ان زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفات والثمن يقابل الاصل دون الصفة وان سمى لكل ذراع ثمنا على حدة بأن قال كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا ثم ان وجدها مثل ما سمى فالامر ماض وان وجدها أزيد فهو بالخيار ان شاء أخذ الزيادة بثمنها وان شاء ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه لهذا العقد وان وجده أنقص تسقط حصته من الثمن وله الخيار لتفرق الصفقة على ما ذكرنا فى الثوب وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات وعلى هذا الموزونات التى فى تبعيضها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على انها مثقال بكذا فالبيع جائز ثم ان وجد على ما سمى فالامر ماض وان وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الذرعيات وعلى هذا اذا باع مصوغا من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا منا بكذا درهما فوجده أكثر أو أقل فهو على التفصيل الذى ذكرنا لان الوزن فى مثله يكون ملحقا بالصفة بمنزلة الذرع فى الذرعيات لان تبعيضه يوجب تعييب الباقى وهذا حد الصفة فى هذا الباب ولو باع مصوغا من الفضة على ان وزنه مائة بعشرة دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا فالبيع جائز ثم ان وجده على ما سمى فالامر ماض ولا خيار وان وجده أزيد بان كان مائتى درهم مثلا فالكل للمشترى بعشرة دنانير ولا يزاد فى الثمن شئ لان الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن وان وجده تسعين أو ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وان سمى لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال بعت منك على ان وزنه مائة بعشرة دنانير كل

وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز ثم ان وجده على ماسمى فالامر ماض ولا خيار وان وجد وزنه أزيد بان كان مائة وخمسين نظر في ذلك ان علم ذلك قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر دينارا وان شاء ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد وان علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار في الباقي ان شاء رضي به بعشرة دنانير وان شاء رد الكل واسترد الدنانير لان الشركة في الاعيان عيب وان وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار ان شاء رده وان شاء رضي به واسترد من الثمن خمسة دنانير وكذلك لو باع مصوغا من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل ولو باع مصوغا من الفضة بجنسها أو باع مصوغا من الذهب بجنسه مثل وزنه على ان وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد مما سمى فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل وان شاء ترك لان المجلس له حكم حالة العقد وان علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة لان التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة وان وجد أقل مما سمى فله الخيار ان شاء رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن سواء سمى الجملة أو سمى لكل وزن درهم درهما لان عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سواء بسواء فصار كانه سمى ذلك وان لم يسم حقيقة الا الجملة (وأما) العدديات المتفاوتة كالغنم والعبيد ونحوها بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة شاة بكذا فان وجده على ماسمى فالبيع جائز وان وجده أزيد فالبيع فاسد في الكل سواء ذكر للكل ثمنا واحدا بان قال بعت منك هذا القطيع على انها مائة شاة بألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمنا على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم لان كل شاة أصل في كونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهي مجهولة فكان الباقي مجهولا ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعا مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولا وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمى له ثمنا أو لم يسم وان وجده أقل مما سمى فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثمنا فالبيع فاسد لان الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقي مجهولا ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة وان سمى لكل واحدة منها ثمنا على حدة فالبيع جائز بحصة الباقي منها لان حصته الزائدة معلومة وحصة الباقي معلوم فالفساد من أين من أصحابنا من قال هذا مذهبهما فاما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فالبيع فاسد في الكل بناء على أن المذهب عنده ان الصفقة اذا أضيفت الى مايحتمل العقد والى مالا يحتمله فالفساد يشيع في الكل وأكثر أصحابنا على ان هذا بلا خلاف وهكذا ذكر في الاصل ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز أن يفسد لمعنى يوجب الفساد ثم يتعدى الفساد الى غيره وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلا لانه ليس بشيء فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد ليتعدى الى غيره بل لم تصح الاضافة اليه فيبقى مضافا الى الموجود فيصح لكن للمشترى الخيار ان شاء أخذ الباقي بما سمى من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة كل شاتين منها بعشرين درهما فالبيع فاسد وان وجده على ماسمى لان ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لانه لا يعرف حصة كل شاة منهما من الثمن الا بعد ضم شاة أخرى اليها ولا يعلم اية شاة يضم اليها ليعلم حصتها لانه ان ضم اليها اردأ منها كانت حصتها أكثر وان ضم اليها أجود منها كانت حصتها أقل لذلك فسد البيع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله فيمن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار أو من هذا الحمام أو من هذه الارض ان البيع فاسد وقال أبو يوسف ومحمد جائز ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع فقالا انه اسم في العرف للسهم الشائع ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من هذه الاشياء جاز فكذا هذا وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع في الحقيقة اسم لما يذرع به وانما سمى المذروع ذراعا مجازا اطلاقا لاسم الفعل على المفعول فكان

بيع عشرة أذرع من دار معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحله الذراع الحقيقي لانه لا يحل الا محلا معينا فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار وهو الذي يحله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم لانه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر ونحو ذلك فبيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها وهو عشرها فقد باع جزأ معلوما منها فيجوز بخلاف الذراع فان قدر عشرة أذرع لا يصير معلوما الا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولا فكان المبيع مجهولا فلم يصح فوضح الفرق بينهما لابي حنيفة وعلى هذا يخرج ضربة الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر اغوص لك غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا وهو فاسد لان المبيع مجهول وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة الغائص وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل وبيع رقبة الطريق وهبته منفردا جائز وبيع مسيل الماء وهبته منفردا فاسد (ووجه) الفرق ان الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوما فجاز بيعه بخلاف المسيل فانه مجهول القدر لان القدر الذي يشغل الماء من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولا فلم يجز (وأما) العلم باوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة قال أصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم وعند الشافعي رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده (وجه) قوله ان جهالة الذات انما منعت صحة العقد لافضائها الى المنازعة لان الاعيان تختلف رغبات الناس فيها لاختلاف ماليتها فالبائع اذا سلم عينا فمن الجائز أن يطلب المشتري عينا أخرى أجود منها باسم الاولى فيتنازعان وجهالة الوصف مفضية الى المنازعة أيضا لان الغائب عن المجلس اذا أحضره البائع فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية ولان عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وبيان تمكن الغرر ان الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه أحدها في أصل المعقود عليه والثاني في وصفه لان دليل الوجود اذا كان غائبا هو الخبر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث في وجود التسليم وقت وجوبه لان وقت الوجوب وقت نقد الثمن وقد يتفق النقد وقد لا يتفق والغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد فكيف من وجوه ثلاثة وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تبع ما ليس عندك وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد (ولنا) عمومات البيع من غير فصل ونص خاص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولا خيار شرعا الا في بيع مشروع ولان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محل هو خالص ملكه فيصح كشراء المرئي وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا لصدوره من أهله وحلوله في محله وقوله جهالة الوصف تفضي الى المنازعة ممنوع لانه صدقه في خبره حيث اشتراه فالظاهر انه لا يكذبه ودعوى الغرر ممنوعة فان الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على انا ان سلمنا ان الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لم قلتم ان كل غرر يفسد العقد وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة الى وقت عملا بالدلائل كلها وأما الحديث الثاني فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه وهذا يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال بيع السمك في الماء غرر وعلى هذا الخلاف اذا باع شيأ لم يره البائع انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز واذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع فعن أبي حنيفة روايتان نذكر ذلك في موضعه ان شاء الله

تعالى وعلى هذا الخلاف شراء الاعمى و بيعه جائز عندنا وقال الشافعى اذا ولد أعمى لايجوز بيعه وشراؤه وان كان بصيراً فرأى الشئ ثم عمى فاشتراه جاز وماقاله مخالف للحديث والاجماع (اما) الاول فانه روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه ان النبى عليه الصلاة والسلام حين قال لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام وكان حبان ضريراً (وأما) الاجماع فان العميان فى كل زمان من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم بل بايعوا فى سائر الاعصار من غير انكار واذا جاز شراؤه و بيعه فله الخيار فيما اشترى ولا خيار له فيما باع فى أصح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط خياره نذكره فى موضعه وعلى هذا الخلاف اذا اشترى شيأ مغيباً فى الارض كالجزر والبصل والفجل ونحوها انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز و يثبت له الخيار اذا قلعه وعنده لا يجوز أصلا وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالمبيع لا يحصل الا بالاشارة اليه لان التعيين لا يحصل الا بها الا اذا كان دينا كالمسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن لا يحصل الا بالتسمية والاشارة اليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى غير ان المبيع ان كان أصلا لا بد من الاشارة اليه بطريق الاصالة ليصير معلوماً وان كان تبعاً يصير معلوماً بالاشارة الى الاصل لان البيع كما لا يفرد بعلة على حدة لا يفرد بشرط على حدة اذ لو أفرد لا نقلب أصلا وهذا قلب الحقيقة وبيان ذلك فى مسائل اذا باع جارية حاملا من غير مولاها أو بهيمة حاملا دخل الحمل فى البيع تبعاً للام كسائر أطرافها وان لم يسمه ولا أشار اليه ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناء والشجر بنفس البيع ولا يدخل الزرع والثمر الا بقرينة وجملة الكلام فى بيع العقار ان المبيع لا يخلو من أن يكون أرضاً أو كرماً أو داراً أو منزلا أو بيتاً وكل ذلك لا يخلو اما ان لم يذكر فى بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها واما ان ذكر شيأ من ذلك فان كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيأ من القرائن دخل ما فيها من الابنية والاشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله ثمار سائر الاشجار كذلك وكذلك ثمر النخل اذا أبر فاما اذا لم يؤبر يدخل واحتج بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قيد عليه الصلاة والسلام ملك البائع فى الثمرة بوصف التأبير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فائدة (ولنا) ما روى عن محمد رحمه الله فى كتاب الشفعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقا عن وصف وشرط فدل ان الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه ولان النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه الا بقرينة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الاشجار ولا حجة له فيما روى لان تقييد الحكم بوصف لا يدل على أن الحكم فى غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل وقد قام وهو ما روينا ولا يحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها فى بعض وهذا لا يجوز لما عرف فى أصول الفقه وكذلك ان كان كرما يدخل فى بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة ولا تدخل الفواكه والبقول والاصل ان كل ما ركب فى الارض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل وكذا يدخل الطريق الى الطريق الاعظم والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وان ذكر شيأ من القرائن فان ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذى يكون فى ملك انسان وهو حق المرور فى ملكه ولا يدخل الزرع والثمر لانها أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانها عبارة عن حق الشرب والسقى والتسييل والمرور فيتناولها الاسم وان ذكر القليل والكثير بان قال بعتها منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر ينظر ان قال فى آخره من حقوقها فلا يدخلان لان قوله من حقوقها خرج تفسيرا لاول الكلام فكانه نص على البيع بحقوقها وان لم يقل فى آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر وكل ما كان متصلا به لان اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب

واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل فى البيع الا بالتسمية فرق بين البيع والاجارة ان الشرب والمسيل والطريق الخاص فى ملك انسان يدخل فى الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفى البيع لا يدخل بدونه والقياس ان لا يدخل فى البابين جميعا الا بالتسمية الا أنهم استحسنوا فى الاجارة لانها تعقد للانتفاع بالمستأجر ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر دلالة بخلاف البيع فانه يعقد للملك والانتفاع ليس من ضرورات الملك فانه يثبت الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق بين البيع والرهن فان من رهن عند رجل أرضا فيها زرع وأشجار عليها ثمار وسلمها اليه أنه يدخل فى الرهن كل ما كان متصلا بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير (ووجه) الفرق ان تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ماذكر فى كتابه فتى أقدما على عقد الرهن فقد قصدا صحته ولا صحة له الا بدخول ما كان متصلا بالمرهون فدخل فيه تصحيحا للتصرف اذ لا صحة له بدونه بخلاف البيع فان تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة فى الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها هذا اذا كان المبيع أرضا أو كرما فان كان دارا يدخل فى بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل وجميع ما تجمعه الحدود الاربعة من غير ذكر قرينة وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها أما الاغاليق فلانها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم فتدخل كالميزاب وأما المفاتيح فلان مفتاح الغلق من الغلق ألا ترى انه لو اشترى الغلق دخل المفتاح فيه من غير تسمية فيدخل فى البيع بدخول الغلق ويدخل طريقها الى طريق العامة وطريقها الى سكة غير نافذة كما يدخل فى الارض والكرم ويدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل تدخل الظلة ينظر ان لم يكن مفتحها الى الدار لا تدخل بالاتفاق وان كان مفتحها الى الدار لا تدخل أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تدخل (وجه) قولهما أن الظلة اذا كانت مفتحها الى الدار كانت من أجزاء الدار فتدخل ببيع الدار كالجناح والكنيف ولابى حنيفة ان ظلة الدار خارجة عن حدودها فانها اسم لما يظل عند باب الدار خارجا منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج وبهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث وأما ما كان لها من بستان فينظر ان كان داخل حد الدار يدخل وان كان يلى الدار لا يدخل من غير تسمية وقال بعضهم ان كانت الدار صغيرة يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لانها اذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعا للدار واذا كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن فان صلح لهما يدخل والا فلا يدخل وأما مسيل الماء والطريق الخاص فى ملك انسان وحق القاء الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق يدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها سواء ذكر فى آخره من حقوقها أو لم يذكر وتدخل الظلة أيضا بلا خلاف اذا كان مفتحها الى الدار واذا كان المبيع بيتا فيدخل فى بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق الى الطريق العامة والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وأما الطريق الخاص فى ملك انسان فلا يدخل الا بذكر أحد القرائن الثلاث ولا يدخل بيت العلو ان كان على علوه بيت وان ذكر القرائن لان العلو بيت مثله فكان أصلا بنفسه فلا يكون تبعا له وان لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه وان كان البيت فى داره فباعه من رجل لا يدخل فى البيع طريقه فى الدار الا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت يلى الطريق الاعظم يفتح له بابا اليه وان كان لا يلى الطريق الاعظم لا يبطل البيع وله أن يستأجر الطريق اليه أو يستعير من صاحب الدار فرق بين هذا وبين القسمة اذا أصاب أحد الشريكين فى الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير طريق انه ينظر ان أمكنه فتح الباب الى الطريق ليس له أن يتطرق فى نصيب شريكه سواء ذكر وافى القسمة الحقوق والمرافق أو لا وكذا اذا كان مسيل مائه فى نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق ان أمكنه تسييل فى نصيب نفسه ليس له أن يسيل فى نصيب شريكه وان لم يمكنه تسييل الماء ولا فتح الباب فى نصيب نفسه ويمكنه ذلك فى نصيب شريكه فانه ينظر ان ذكروا فى القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان فى القسمة ولا تبطل القسمة وان لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة (ووجه) الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها

فاذا أدت الى تفويتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ماذكرنا ويجوز بيع بيت العلو دون السفل اذا كان على العلو بناء وان لم يكن عليه بناء لا يجوز لانه بيع الهواء على الانفراد وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه فى الدار لا يدخل الطريق الا بذكر الحقوق ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيا أو غير مبنى لانه بيع الساحة وذلك جائز وان لم يكن عليه بناء وان كان المبيع منزلا يدخل فى بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير لان المنزل أعم من البيت وأخص من الدار فكان بين الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلو فى بيع المنزل من غير قرينة اعتبارا للخصوص ويدخل فيه بقرينة اعتبارا للعموم عملا بالجهتين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم ثم اذا لم تدخل الثمرة بنفس البيع يجبر البائع على قطعها من الشجرة وليس له أن يتركها على الشجرة الى وقت الادراك وكذا الزرع عندنا وعند الشافعى لا يجبر وله أن يترك الثمرة على الشجرة الى وقت الادراك ويترك الزرع الى أن يستحصد (وجه) قوله ان الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه لا يقطع ولا يقلع الا بعد الادراك عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يجبر على القلع بل يترك الى أن يستحصد (ولنا) ان البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد وقوله العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت الادراك قلنا العادة هذا قبل البيع أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولا تترك لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فلابد من ازالة الشغل وذلك بقطع الثمرة هكذا نقول فى مسئلة الاجارة انه يجب تسليم الارض عند انتهاء المدة وانما تترك باجارة جديدة بأجرة أخرى وهذا حجة عليه لانه لو ترك بالعقد الاول لما وجبت أجرة أخرى وسواء أبر أو لم يؤبر بان كان المبيع نخلا بعد ان ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها ليس له أن يتركها على شجرة المشترى الا برضاه لما قلنا ولو تركها على الشجرة الى أن أدركت فان كان الترك باذن المشترى طاب له الفضل وان كان بغير اذن المشترى ينظران كان قد تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضا لانها لا تزداد بعد ذلك بل تنتقص وان كان صغارا لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل لانه تولد من أصل مملوك لغيره ولو استأجر البائع الشجرة ليترك الثمر عليها الى وقت الجذاذ لم تجز هذه الاجارة لان جواز الاجارة مع ان القياس يأباها لكونها بيع المعدوم لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا استئجار الاشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم لكن لو فعل يطيب له الفضل لانه ترك باذن المشترى وهذا بخلاف الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع بقل لم يستحصد بعد ان يترك فيه الى وقت الحصاد بالاجرة لان الترك بالاجرة هناك مما جرى به التعامل فكان جائزا هذا اذا لم يسم الثمرة فى بيع الشجر فأما اذا سمى دخل الثمر مع الشجر فى البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لانه لما سماها فقد صارت مبيعا مقصود الورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمن قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشترى كما لو هلك الشجر قبل القبض والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه ولو جذه البائع والجذوذ قائم بعينه ينظران جذه فى حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشترى ويقبضهما بجميع الثمن ولو قبضهما بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيبا له ان يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما اذا جذه المشترى بعد القبض ثم وجد بأحدهما عيبا أنه ليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما جميعا أو يمسكهما لانهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعا فافراد أحدهما بالرد يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لا يجوز هذا اذا لم ينقصه الجذاذ بأن جذه البائع فى حينه وأوانه فأما اذا نقصه بأن جذه فى غير حينه تسقط عن المشترى حصة النقصان لانه لما نقصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض فتسقط عن المشترى حصته من الثمن وله الخيار فى الباقى لتفرق الصفقة عليه واذا قبضهما المشترى بعد جذاذ البائع ثم

وجد باحدهما عيبا أله أن يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان فصارا كانهما كانا متفرقين عند العقد وعلى هـذا يخرج ما اذا اشترى شجرة أنه هل يدخل فى شرائها أصلها وعروقها وأرضها فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اشتراها بغير أرضها للقلع (واما) ان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع (واما) ان اشتراها ولم يذكر شيأ فان اشتراها بغير أرضها للقلع دخـل فيها أصلها ويجبر المشترى على القلع وله أن يقلعها بأصلها لكن قلعاً معتاداً متعارفاً وليس له أن يحفر الارض الى ما يتناهى اليه العروق لان المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض فلا يدخل فيه أصلها أو لم يشترط لكن فى القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان بقرب حائطه أو على حافـة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق فى النهر فقطعها على وجـه الارض دون أصلها لان الضرر لا يستحق بالعقد فان قلع أو قطع ثم نبت من أصلهـا أو عروقها شجرة أخرى فهى للبائع لا للمشـترى لانه رضى أن يكون المبيـع القدر المقطوع فيـكون الباقى للبائع الا اذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشترى لانه نماء ملكه وان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع فيدخل فيها أرضها ولا يجـبر على القلع لانه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع وله أن يغرس مكانها أخرى لانه يغرس فى ملك نفسـه (وأما) اذا اشـتراها من غـير شرط القلع ولا الترك لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وذكر فى غـير رواية الاصول اختلافا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول أبى يوسف لا تدخـل الارض فى البيع وعلى قول محمـد تدخل (وجه) قول محمد ان المسمى فى البيع هو الشجرة وهى اسم للقائم على أرضها بعروقها فاما بعد القلع فهى خشب لا شجر فلا بد وأن تدخـل الارض فيه ولهذا دخلت فى الاقرار بالاجماع بأن أقر لرجـل بشجر فى أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا ولابى يوسف ان الارض أصـل والشجرة تابعة لها ألا ترى انها تدخل فى بيع الارض من غـير شرط تبعاً للارض فلو دخلت فى بيع الشجرة لاستتبع التبع الاصل وهذا قلب الحقيقة وانما دخلت فى الاقرار بالشجرة لان الاقرار اخبار عن كائن فـلا بد من كون سابق على الاقرار وهو قيامها فى الارض التى هى قرارها وذلك دليـل كون الارض للمقر له بسبب سابق فكان الاقرار بكون الشـجرة له اقراراً بكون الارض له أيضاً ومثل هذه الدلالة لم توجـد فى البيع فلا يدخـل والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى صـدفة فوجد فيها لؤلؤة فهى للمشترى لانها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل فى بيعها كما تدخل البيضة فى بيع الدجاجة وكذلك اذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لان السمك يأكل الصدفة فصار كما لو اشترى سمكة فوجـد فيهـا سمكة أخرى ان الثانيـة تكون له ولو اشترى دجاجة فوجـد فيها لؤلؤة فهى للبائع لان اللؤلؤ لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها فلا يدخـل فى بيعها وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان كل شىء يوجد فى حوصلة الطير ان كان مما يأكله الطير فهو للمشترى لانه يكون بمنزلة العلف له وان كان مما لا يأكله الطـير فهو للبائع وعلى هـذا يخرج ما اذا باع رقيقاً وله مال ان ماله لا يدخـل فى البيع ويكون للبائع الا ان يشـترطه المبتاع لما روى عن النبى عليـه الصلاة والسلام أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع وهـذا نص فى الباب ولان العبد وما فى يده لمولاه لانه مملوك لا يقدر على شىء والمولى ما باع ما فى يد العبد لان الداخـل تحت البيع هو العبد فلا يدخـل فى بيعه ما ليس منه والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار فى بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا فى ثياب البذلة والمهنة وهى التى يلبسها فى اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم وأما الثياب النفيسة التى لا يلبسها الا وقت العرض للبيع فلا تدخل فى البيع لانعدام التعارف فى ذلك فبقى على أصـل القياس وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم فى كل بلد فبنى الامر فيه على ذلك وكذا لو أعتق عبده على مال فماله لمولاه لما قلنا وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولده لانه مرقوق مملوك فلا يكون له مال ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لانه كسب القن وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لانه كسب المكاتب ولانه حر يداً فكان كسبه له والله سبحانه وتعالى أعلم

(ومنها) أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لان الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المعقود عليه فاما ما وراءه فلا وعلى هذا يخرج ما اذا باع جذعا له فى سقف أو آجرا له فى حائط أو ذراعا فى ديباج أو كرباس أنه لا يجوز لانه لا يمكنه تسليمه الا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسدا فان نزعه البائع أو قطعه وسلمه الى المشترى قبل أن يفسخ المشترى البيع جاز البيع حتى يجبر المشترى على الاخذ لان المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم فاذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين بيع الالية فى الشاة الحية والنوى فى التمر والزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة والبزر فى البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلا حتى لو سلم لم يجز وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم والاصل المحفوظ ان ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا ان يقطع باختياره ويسلم فيجوز والقياس على هذا الاصل ان يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجز الا انهم استحسنوا عدم الجواز للنص وهو ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الجز من أصله لا يخلو عن الاضرار بالحيوان وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم فتجرى فيه المنازعة فلا يجوز ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم وعلى هذا بناء بين رجلين والارض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو نقض البناء وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما فى أرض لهما حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر صاحبه لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وكذا اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر دار أو أرض بين رجلين مشاع غير مقسوم فباع أحدهما بيتا منها بعينه قبل القسمة أو باع قطعة من الارض بعينها قبل القسمة لم يجز لا فى نصيبه ولا فى نصيب صاحبه أما فى نصيبه خاصة فظاهر وأما فى نصيب صاحبه فلان فيه اضرارا بصاحبه باحداث زيادة شركة ولو باع جميع نصيبه من الدار والارض جاز لانه لم يحدث زيادة شركة وانما اقام المشترى مقام البائع ولو باع اللؤلؤة فى الصدفة ذكر الكرخى رحمه الله انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمها الا بشق الصدفة وانه ضرر فيما وراء المعقود فصار كبيع الجذع فى السقف وروى عن أبى يوسف انه يجوز لانه لا يتضرر بشق الصدفة لان الصدف لا ينتفع به الا بالشق ولو باع قفيزا من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة جاز لانه لا يتضرر بالفصل والتمييز وكذا لو باع القوائم على رؤس الاشجار أو باع الثمار على رؤس الاشجار بشرط القطع أو مطلقا جاز لما قلنا وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة أو الاشجار القائمة على الارض دون الارض أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجذ انه يجوز لانه يمكنه تسليم هذه الاشياء من غير ضرر والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الشروط الفاسدة وهى أنواع منها شرط فى وجوده غرر نحو ما اذا اشترى ناقة على انها حامل لان المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لان عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان فى وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر والمنهى عنه فاسد وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان البيع بهذا الشرط جائز لان كونها حاملا بمنزلة شرط كون العبد كاتبا أو خياطا ونحو ذلك وذا جائز فكذا هذا ولو اشترى جارية على انها حامل لا رواية فيه عن أصحابنا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز البيع قياسا على البهائم واليه أشار محمد رحمه الله فى البيوع فانه قال لو باع وتبرأ من حملها جاز البيع وليس هذا كالشرط وظاهر قوله وليس هذا كالشرط يشير الى ان شرط الخيار فيه مفسد وقال بعضهم يجوز لان الحبل فى الجوارى عيب بدليل أنه لو اشترى

جارية فوجدها حاملا له أن يردها فكان ذكر الحبل في الجواري ابراء عن هذا العيب بخلاف البهائم لان الحبل فيها زيادة الا ترى أنه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملا ليس له حق الرد فكان ذكر الحبل فيها شرطا في وجوده غرر فيفسد البيع و بعضهم فصل فيه تفصيلا فقال ان اشتراها ليتخذها ظئرا فالبيع فاسد لانه شرط زيادة في وجودها خطر وهي مجهولة أيضا فاشبه اشتراط الحبل في بيع الناقة وان لم يرد بالشراء ذلك جاز البيع لان ذكره يكون ابراء عن هذا العيب على ما بينا ولو اشترى ناقة وهي حامل على أنها تضع حملها الى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لان في وجود هذا الشرط غررا وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلا لما قلنا ولو اشترى بقرة على أنها حلوبة لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز وهو قياس روايته في شرط الحبل (ووجهه) ان شرط كونها حلوبة شرط زيادة صفة فاشبه شرط الطبخ والخبز في الجواري وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخي رحمه الله (ووجهه) أن هذا شرط زيادة فيجرى في وجودها غرر وهو مجهول وهو اللبن فلا يصلح شرطا في البيع وكونها حلوبة ان كان صفة لها لكنها لا توصف به الا بوجود اللبن وفي وجوده غرر وجهالة على ماذكرنا فيوجب فساد البيع ولو اشترى بقرة على أنها لبون ذكر الطحاوي أن هذا الشرط لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب في الحلوبة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيرا على أنه يجيء من مكان بعيد أو كبشا على أنه نطاح أو ديكا على أنه مقاتل فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو احدى الروايتين عن محمد رحمه الله لانه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لانه لا يحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل ولان هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور فكان هذا شرطا محظورا فيوجب فساد البيع وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا باع قمرية على أنها تصوت فاذا صوتت جاز البيع لانها لما صوتت علم أنها مصوتة فلم يتحقق غرر العدم وعلى هذه الرواية قالوا في المحرم اذا قتل قمرية مصوتة أنه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لان التغنية صفة محظورة لكونها لهوا فشرطها في البيع يوجب فساده ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه اظهار العيب جاز البيع لان هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر فان وجدها لا تغني لا خيار له لان الغناء في الجواري عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما ولو اشترى كلبا أو فهدا على أنه معلم قال أبو يوسف يجوز البيع وهو احدى الروايتين عن محمد لان هذا شرط يمكن الوقوف عليه بان يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه وذا ليس بشرط محظور لان تعليم الكلاب والاصطياد به مباح فاشبه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية وروى عن محمد أن البيع فاسد لانه شرط فيه غرر اذ لا يمكن الوقوف عليه الا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن ولو اشترى برذونا على أنه هملاج فالبيع جائز لانه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير فلم يكن في وجوده غرر ولا خطر أيضا وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا على حدة وخرجتها اليه فقلت ومنها أن لا يكون المشروط محظورا فافهم (ومنها) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع ان كان من بني آدم كالرقيق وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما اذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها اليه أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعا أو على أن يقرضه المشتري قرضا أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك أو اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا أو حنطة على أن يطحنها أو ثمرة على أن يجذها أو ربطة قائمة على الارض على أن يجذها أو شيأ له حمل ومؤنة على أن يحمله البائع الى منزله ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد لان زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لانها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا والبيع الذي فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا وانها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما نقرره ان شاء الله تعالى وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها فالبيع فاسد لانه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها

المشتري فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز وبه
أخذ الشافعي رحمه الله (ووجه) هذه الرواية أن شرط الاعتقاد مما يلائم العقد لان الاعتاق انهاء الملك وانهاء الملك
تقرير له فكان ملائما والدليل على أن الاعتاق انهاء للملك أن البيع ثبت مقتضى الامر بالاعتاق في قول الرجل أعتق
عبدك عني على ألف درهم فاعتق حتى يقع العتق عن الآمر ولا عتق الا بالملك ولا ملك الا بالتمليك فلو كان الاعتاق
ازالة الملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لانه ضده والشئ لا يقتضي ضده واذا كان انهاء الملك كان تقريرا له فكان
ملائما للعقد فلا يوجب فساده ولظاهر الرواية وجهان أحدهما يعم الكل والثاني يخص أبا حنيفة عليه الرحمة
أما الاول فهو ان شرط العتق شرط لا يلائمه العقد لان العقد يقتضي الملك والملك يقتضي اطلاق التصرف في المملوك
تحصيلا وتركا وشرط الاعتاق يقتضي الاستحقاق واللزوم لا محالة فلا يلائمه بل يضاده وأما الثاني فلان هذا الشرط
يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه وهذا يوجب الفساد على ما نذكر تقريره ثم اذا باع بهذا الشرط فاعتقه المشتري
انقلب العقد جائزا بالاعتاق عند أبي حنيفة استحسانا حتى يجب على المشتري الثمن سواء اعتقه بعد القبض أو قبله
هكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزا حتى تلزمه قيمة
الجارية وهو القياس وهكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله (ووجهه) ظاهر لان البيع وقع فاسدا من
حين وجوده وبالاعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لانه انهاء للملك وأنه تقرير فيوجب تقرر الفساد للفاسد والفاسد
يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الاعتاق تلزمه القيمة وكذا لو باعه من رجل أو وهبه فعليه
قيمته كذا ههنا ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الاعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه لانه انهاء
من وجه وازالة من وجه فمن حيث انه انهاء كان يلائمه لانه تقرير له ومن حيث انه ازالة لا يلائمه لانه تغيير موجب
العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الازالة فقلنا بفساد العقد في الابتداء وعملنا بشبه الانهاء فقلنا بجوازه
في الانتهاء عملا بالشبهين بقدر الامكان فان قيل لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لانه لا يمكن لانا لم نجد جائزا
انقلب فاسدا في أصول الشريعة ووجدنا فاسدا انقلب جائزا كما في بيع الرقم ونحوه بخلاف ما اذا باع أو وهب لان
ذلك ليس انهاء الملك وبخلاف ما اذا باع بشرط التدبير أو الاستيلاد فدبرها المشتري أو استولدها أن البيع
لا ينقلب الى الجواز لان التدبير والاستيلاد لا يوجبان انهاء الملك بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر
وبجواز بيع أم الولد في الجملة فكان ذلك شرطا لا يلائم العقد أصلا فاوجب لزوم الفساد وكذا لو باع عبدا أو جارية
بشرط أن لا يبيعه وأن لا يهبه وأن لا يخرجه عن ملكه فالبيع فاسد لان هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة
عن تداول الايدي فيكون مفسدا للبيع (وأما) فيما سوى الرقيق اذا باع ثوبا على أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه أو
دابة على أن لا يبيعها أو يهبها أو طعاما على ان يأكله ولا يبيعه ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط
أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل وهكذا روى
الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله وفي الاملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد (ووجهه) أنه
شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسدا كما في سائر الشرائط المفسدة
والصحيح ما ذكر في المزارعة لان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يوجب الفساد وهذا لان فساد البيع في مثل هذه
الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط لانه لا منفعة فيه
لاحد الا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد فالعقد جائز والشرط باطل ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشتري
أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل لان شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية على
أن لا يطأها المشتري ذكر ذلك في الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اختلافا ولم يذكر قول أبي حنيفة عليه
الرحمة فقال البيع فاسد والشرط باطل عند أبي يوسف وعند محمد البيع جائز والشرط باطل ولو باع بشرط أن

يطأها جاز البيع والشرط فى قولهم جميعا وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أن البيع فاسد فى الموضعين جميعا (وجه) قول محمد أن هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يؤثر فى فساد البيع كما لو باع ماسوى الرقيق على أن لا يبيع أو لا يهب الا أنه نوع مضرة للمشترى فكان باطلا والبيع صحيحاً (وجه) قول أبى يوسف ان هذا شرط يخالف مقتضى العقد لان حل الوطء أمر يقتضيه العقد وهذا الشرط ينفيه بخلاف ما اذا باع بشرط أن يطأها لان ذلك شرط يقرر مقتضى العقد لان اباحة الوطء مما يقتضيه العقد ولابى حنيفة رحمه الله على ماروى عنه أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقد أيضا بل ينفيه لان البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق واللزوم وهما مما لا يقتضيه العقد بل ينفيه (وأما) الشرط الذى يقتضيه العقد فلا يوجب فساده كما اذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع أو اشترى جارية على أن تخدمه أو دابة على أن يركبها أو ثوبا على أن يلبسه أو حنطة فى سنبلها وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز لان البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها فى معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد ولو اشترى شيأ بشرط أن يوفيه فى منزله فهذا لا يخلو اما أن يكون المشترى والبائع بمنزلهما فى المصر واما أن يكون أحدهما فى المصر والآخر خارج المصر فان كان كلاهما فى المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا الا اذا كان فى تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا كما اذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الايفاء فى منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشترى فأشبه ما اذا اشترى بشرط الحمل الى منزله أو بشرط الايفاء فى منزله وأحدهما فى المصر والآخر خارج المصر (ولهما) ان الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط اذا كان المشترى فى المصر فتركنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما اذا لم يكونا فى المصر ولا فى شرط الحمل الى المنزل فعملنا بالقياس فيه وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضاً لانه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد اياه على ما نذكر ان شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد وذلك نحو ما اذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهناً أو كفيلا والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل وجملة الكلام فى البيع بشرط اعطاء الرهن ان الرهن لا يخلو اما أن يكون معلوما أو مجهولا فان كان معلوما فالبيع جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الاصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدا الا انا استحسنا الجواز لان هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى لان الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فان حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وانه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا ولو قبل المشترى المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه (وجه) قوله ان الرهن اذا شرط فى البيع فقد صار حقاً من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه (ولنا) ان الرهن عقد تبرع فى الاصل واشتراطه فى البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعا والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر عليه ولكن يقال له اما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع لان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه الا بوثيقة الرهن أو بقيمته لان قيمته تقوم مقامه ولان الدين يستوفى من مالية الرهن وهى قيمته واذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ولو امتنع المشترى من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض وان كان الرهن مجهولا فالبيع فاسد لان جواز هذا الشرط مع ان القياس يأباه لكونه ملائما للعقد مقرراً لمقتضاه معنى لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن ولا يحصل ذلك الا بالتسليم وانه لا يتحقق فى المجهول ولو اتفقا على تعيين رهن فى المجلس جاز البيع لان المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكأنه كان معلوما معينا من الابتداء لان المجلس له حكم حالة واحدة وان افترقا عن المجلس تقرر الفساد وكذا اذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشترى نقد الثمن جاز

البيع أيضا لان المقصود من الرهن هو الوصول الى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة وكذلك البيع بشرط اعطاء الكفيل ان الكفيل ان كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحسانا وان كان غائباً فالبيع فاسد وكذا اذا كان حاضراً ولم يقبل لان الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا فاذا كان الكفيل غائباً أو حاضرا ولم يقبل لم تصح الكفالة فلم يحصل معنى التوثيق فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس وكذا اذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد لان كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس واذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع فالبيع فاسد لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده والحوالة ابراء عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن وكذلك ان كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما اذا اشترى نعلا على ان يحذوه البائع أو جرابا على ان يخرزه له خفاً أو ينعل خفه والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (وجه) القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك (ولنا) ان الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ولو اشترى جارية على انها بكر او طباخة أو خبازة أو غلاما على انه كاتب أو خياط أو باع عبدا بألف درهم على انها صحاح أو على انها جياد نقد بيت المال أو اشترى على انها مؤجلة فالبيع جائز لان المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية وانها صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي والمشروط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا وكون الناقة حاملا وان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع ويخرج على هذا أيضا ما ذكرنا من المسائل اذا اشترى ناقة على انها تحلب كذا وكذا رطلا أو على انها حلوبة أو على انها لبون ان البيع بهذه الشروط فاسد لان المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية على انها مغنية على سبيل الرغبة فيها لان جهة الغناء جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذا اذا اشترى قمرية على انها تصوت أو طوطيا على انه يتكلم أو حمامة على انها تجيء من مكان بعيد أو كبشاً على انه نطاح أو ديكا على انه مقاتل لان هذه الجهات كلها جهات التلهي بخلاف ما اذا اشترى كلباً على انه معلم أو اشترى دابة على انها هملاج لانه صفة لا حظر فيها بوجه والله عز شأنه الموفق ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بأن قال بعت على اني بريء من كل عيب أو خص بأن سمى جنساً من العيوب وقال الشافعي رحمه الله ان خص صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الابراء عنده هل يصح العقد له فيه قولان في قول يبطل العقد أيضا وفي قول يصح العقد و يبطل الشرط وعلى هذا الخلاف الابراء عن الحقوق المجهولة ولو شرط على اني بريء من العيب الذي يحدث روي عن أبي يوسف رحمه الله ان البيع بهذا الشرط فاسد (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الابراء عن كل عيب ابراء عن المجهول فلا يصح ولا شك انه ابراء عن المجهول والدليل على ان الابراء عن المجهول غير صحيح ان الابراء اسقاط فيه معنى التمليك بدليل أنه يرتد بالرد وهذا آية التمليك اذ الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمليك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه (ولنا) ان الابراء وان كان فيه معنى التمليك لكن الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها بل لافضائها الى المنازعة ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضي الى المنازعة كما

اذاباع قفيزامن هذه الصبرة أوعشرة دراهم من هذه النقرة وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضي الى المنازعة لان قوله كل عيب يتناول العيوب كلها فاذا سمى جنساً من العيوب لا جهالة له أصلا مع ما ان التمليك في الابراء يثبت ضمناً وتبعاً للاسقاط لان اللفظ ينبئ عن الاسقاط لا عن التمليك فيعتبر التصرف اسقاطاً لا تمليكا والجهالة لا تمنع صحة الاسقاطات والدليل على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة ما روى ان رجلين اختصما الى النبي عليه الصلاة والسلام في مواريث قد درست فقال لهما عليه الصلاة والسلام استهما وأوجبا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وعلى هذا اجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم في سائر الاعصار من غير انكار وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الارض بشرط الترك فجملة الكلام فيه انه لا يخلو اما ان كان لم يبد صلاحه بعد ان صار منتفعا به بوجه من الوجوه واما ان كان قد بدا صلاحه بان صار منتفعاً به وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بشرط القطع أو مطلقا أو بشرط الترك حتى يبلغ فان كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع جاز وعلى المشتري أن يقطع للحال وليس له أن يترك من غير اذن البائع ومن مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان المطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعا بشرط الترك دلالة فصار كما لو شرط الترك نصا (ولنا) ان الترك ليس بمشروط نصاً اذ العقد مطلق عن الشرط أصلا فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل خصوصا اذا كان في التقييد فساد العقد وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ولانه لا يتمكن من الترك الا باعارة الشجرة والارض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه صفقة في صفقة وانه منهي هذا اذا لم يبد صلاحه وكذا اذا بدا صلاحه فباع بشرط القطع أو مطلقا فأما اذا باع بشرط الترك فان لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز استحسانا لتعارف الناس وتعاملهم ذلك ولهما ما ذكرنا أن شرط الترك شرط فيه منفعة للمشتري والعقد لا يقتضيه وليس بملائم للعقد أيضا ومثل هذا الشرط يكون مفسدا كما اذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهرا وقوله الناس تعاملوا ذلك قلنا دعوى تعامل الناس شرط الترك في المبيع ممنوعة وانما التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع ولو اشترى مطلقا عن شرط فترك فان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق بشئ سواء ترك باذن البائع أو بغير اذنه لانه لا يزداد بعد التناهي وانما يتغير الى حال النضج وان كان لم يتناه عظمه ينظر ان كان الترك باذن البائع جاز وطاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بجهة محظورة فأوجبت خبثا فيها فكان سبيلها التصدق فان استأجر المشتري من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الترك حصل باذن البائع ولكن لا تجب الاجرة لان هذه الاجارة باطلة لان جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فما لم يتعاملوا فيه لا تصح فيه الاجارة ولهذا لم تصح اجارة الاشجار لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشياء عليها واجارة الكتب للقراءة ونحو ذلك حتى لم تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى فهي للبائع سواء كان الترك باذنه أو بغير اذنه لانه نماء ملك البائع فيكون له ولو حللها له البائع جاز وان اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده حتى لا يعرف ينظر ان كان قبل التخلية بطل البيع لان المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة وتعذر التمييز فاشبه العجز عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخلية لم يبطل لان التخلية قبض وحكم البيع يتم وينتهي بالقبض والثمرة تكون بينهما لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركا بينهما والقول قول المشتري في المقدار لانه صاحب يد لوجود التخلية فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو اشترى ثمرة بدا صلاح

بعضها دون بعض بان أدرك البعض دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد على أصلهما لانه لو كان أدرك الكل فاشتراها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فبادراك البعض أولى (وأما) على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقى متقارب باجاز لان العادة فى الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم ادراك البعض على البعض و يلحق بعضها بعضا فصار كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترك كذا هذا وان كان يتأخر ادراك البعض عن البعض تأخيرا فاحشا كالعنب ونحوه يجوز البيع فيما أدرك ولا يجوز فيما لم يدرك لان عند التأخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين (ومنها) شرط الاجل فى المبيع العين والثمن العين وهو أن يضرب لتسليمها أجل لان القياس يأبى جواز التأجيل أصلا لانه تغيير مقتضى العقد لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم والتأجيل ينفى وجوب التسليم للحال فكان مغيرا مقتضى العقد الا أنه شرط نظر لصاحب الاجل لضرورة العدم ترفيها له وتمكينا له من اكتساب الثمن فى المدة المضروبة ولا ضرورة فى الاعيان فبقى التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد و يجوز فى المبيع الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا على ما نذكره فى موضعه وكذا يجوز فى الثمن الدين وهو بيع الدين بالدين لان التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه فى الديون لا فى الاعيان على ما بينا (ومنها) شرط خيار مؤبد فى البيع (ومنها) شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجىء المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها (ومنها) شرط خيار غير مؤقت أصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم للحال فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد فى الاصل وهو القياس الا أنا عرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص وهو ما روى ان حبان بن منقذ كان يغبن فى التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام فبقى ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس (ومنها) شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبى حنيفة و زفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتجا بما روى أن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص الوارد فى خيار ثلاثة أيام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتأمل والنظر وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التأجيل ولابى حنيفة ان هذا الشرط فى الاصل مما يأباه القياس والنص أما القياس فما ذكرنا انه شرط مغير مقتضى العقد ومثل هذا الشرط مفسد للعقد فى الاصل وأما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا أنه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص وانه ورد بثلاثة أيام فصار ذلك مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيه فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيما وراء هذا والعمل بقول سيد البشر عليه أفضل الصلاة والسلام أولى من العمل بقول عبد الله بن سيدنا عمر وقولهما النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتأمل وما وراء ذلك لا نهاية له (وأما) شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا لحديث حبان ابن منقذ ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم وسواء كان الشرط للعاقد أو لغيره بأن شرط الخيار لثالث عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد (وجه) قوله ان اشتراط الخيار للعاقد مع ان القياس يأباه ثبت بالنص فبقى اشتراطه لغيره على أصل القياس (ولنا) ان النص معلول بالحاجة الى التأمل لدفع الغبن والناس يتفاوتون فى البصارة بالسلع فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه ففوض الخيار اليه ليتأمل فى ذلك فان صلح أجازه والا فسخ واذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقد أيضا ولما نذكر ولكل واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسواء كان العاقد مالكا أو وصيا أو وليا أو وكيلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه أو لصاحبه الذى عاقده (أما) الاب أو الوصى فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكانه (وأما)

الوكيل

الوكيل فلانه يتصرف بأمر الموكل وقد أمره بالبيع والشراء مطلقا فيجرى على اطلاقه وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفاوضة يملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيأ على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالقياس أن لا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله وفى الاستحسان جائز (وجه) القياس ان هذا بيع علقت اقالته بشرط عدم نقد الثمن الى ثلاثة أيام وتعليق الاقالة بالشرط فاسد فكان هذا بيعا دخله شرط فاسد فيكون فاسدا كسائر الانواع التى دخلتها شروط فاسدة (وجه) الاستحسان ان هذا البيع فى معنى البيع بشرط الخيار لوجود التعليق بشرط فى كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز أما التعليق فانه علق اقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد الى ثلاثة أيام وفى البيع بشرط الخيار علق انعقاده فى حق الحكم بشرط سقوط الخيار واما الحاجة فان المشترى كما يحتاج الى التأمل فى المبيع انه هل يوافقه أم لا فالبائع يحتاج الى التأمل انه هل يصل الثمن اليه فى الثلاث أم لا وكذا المشترى يحتاج الى التأمل انه هل يقدر على النقد فى الثلاث أم لا فكان هذا بيعا مست الحاجة الى جوازه فى الجانبين جميعا فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولو اشترى على أنه ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام لم يجز عند أبى حنيفة كما لا يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر بعد أن يكون معلوما الا أن أبا يوسف يقول ههنا لا يجوز كما قال أبو حنيفة فأبو حنيفة مر على أصله ولم يجز فى الموضعين ومحمد مر على أصله وأجاز فيهما وأبو يوسف فرق بينهما (ووجه) الفرق له ان القياس يأبى الجواز فى الموضعين جميعا الا أن الجواز فى شرط الخيار عرفناه بأثر ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما فبقى هذا على أصل القياس والله سبحانه عز شأنه أعلم ويتصل بالشروط المفسدة ما اذا باع حيوانا واستثنى ما فى بطنه من الحمل ان البيع فاسد لان بيع الحمل بانفراده لا يجوز فكان استثناؤه بمنزلة شرط فاسد أدخل فى البيع فيوجب فساد البيع وكذلك هذا فى عقد الاجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة لان استثناء الحمل فى هذه العقود لا يبطلها وكذلك فى الاعتاق لما أن استثناء ما فى البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع واخواته تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسدا والعقد فاسدا فأما النكاح ونحوه فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل فى العقد الام والولد جميعا وكذا فى العتق وكذا اذا باع حيوانا واستثنى شيأ من أطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزا منها فالبيع جائز فى المستثنى منه وكذا اذا باع صبرة واستثنى جزأ شائعا منها ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك ولو باع قطيعا من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز والاصل فى هذا ان من باع جملة واستثنى منها شيأ فان استثنى ما يجوز افراده بالبيع فالبيع فى المستثنى منه جائز وان استثنى ما لا يجوز افراده بالبيع فالبيع فى المستثنى منه فاسد ولو باع الثمرة على رؤس النخل واستثنى منها صاعا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه يجوز لانه استثنى ما يجوز افراده بالبيع فاشبه ما اذا باع جزأ مشاعا منه من الثلث والربع وكذا لو كان الثمر مجذوذا فباع الكل واستثنى صاعا يجوز وأى فرق بين المجذوذ وغير المجذوذ وذكر الطحاوى فى مختصره انه لا يجوز واليه أشار محمد فى الموطأ فانه قال لا بأس بان يبيع الرجل ثمرة و يستثنى منها بعضها اذا استثنى شيأ فى جملته ربعا أو خمسا أو سدسا قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعا فى الجملة فلو ثبت الجواز فى المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى وكذا روى الحسن بن زياد انه قال لا يجوز وكذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا وقال ابن أبى ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع جائز والشرط جائز والصحيح قولنا لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط والنهى يقتضى فساد المنهى فيدل على فساد كل بيع وشرط الا ما خص عن عموم النص ولان هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع الى العاقدين أو الى غيرهما و زيادة منفعة مشروطة فى عقد البيع تكون ربا والربا حرام والبيع الذى فيه ربا فاسد و بعضها فيه غرر ونهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع فيه غرر والمنهى عنه فاسد و بعضها شرط التلهى وانه محظور و بعضها بغير مقتضى العقد وهو معنى الفساد اذ الفساد هو التغيير والله سبحانه و تعالى أعلم ثم قران الشرط الفاسد بالعقد والحاقه به سواء عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم ألحق به شيأ من هذه الشروط المفسدة يلتحق به و يفسد العقد وعندهما لا يلتحق به ولا يفسد العقد وأجمعوا على انه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كالخيار الصحيح فى البيع البات ونحو ذلك يلتحق به (وجه) قولهما ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فبقى العقد صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغى أن لا يصح الالحاق أصلا الا أن الحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح الحاقه به فلا حاجة الى الحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد ولابى حنيفة رحمه الله ان اعتبار التصرف على الوجه الذى أوقعه المتصرف واجب اذا كان هو أهلا والمحل قابلا وقد أوقعه مفسدا للعقد اذ الالحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما أوقعه فاسدا فى الاصل وقولهما الالحاق تغيير للعقد قلنا ان كان تغييرا فلهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة فى الثمن والمثمن والحط عن الثمن و بالحاق الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولانهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله سبحانه أعلم (ومنها) الرضا لقول الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم عقيب قوله عز اسمه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح بيع المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها لعدم الرضا فأما اذا باع مكرها وسلم طائعا فالبيع صحيح على ماذكره فى كتاب الاكراه ولا يصح بيع الهازل لانه متكلم بكلام البيع لا على ادارة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفائت بالاكراه ليس الا الرضا والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل فى باب الطلاق ملحق بالجد شرعا قال عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والعتاق الحق الهازل بالجاد فيه ومثل هذا لم يرد فى البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملامسة والحصاة الذى كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجلان يتساومان السلعة فاذا أراد أحدهما الزام البيع نبذ السلعة الى المشترى فيلزم البيع رضى المشترى أم سخط أولمسها المشترى أو وضع عليها حصاة فجاء الاسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله وعلى هذا يخرج بيع التلجئة وهى ما لجأ الانسان اليه بغير اختياره اختيار الايثار و جملة الكلام فيه أن التلجئة فى الاصل لا تخلو اما أن تكون فى نفس البيع واما أن تكون فى الثمن فان كانت فى نفس البيع فاما أن تكون فى انشاء البيع واما أن تكون فى الاقرار به فان كانت فى انشاء البيع بان تواضعوا فى السر لامر ألجأهم اليه على أن يظهر البيع ولا بيع بينهما حقيقة وانما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل انى أظهر أنى بعت منك دارى وليس ببيع فى الحقيقة وانما هو تلجئة فتبايعا فالبيع باطل فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا فى حق الحكم وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة ان البيع جائز لان ماشرطاه فى السر لم يذكراه فى العقد وانما عقدا عقدا صحيحا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا على أن يشترطا شرطا فاسدا عند البيع ثم باعا من غير شرط والجواب ان الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز وان أجازاه جاز كذا ذكر محمد لان الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد فى حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشترى بالقبض حتى لو كان المشترى عبدا فقبضه وأعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره على البيع والتسليم اذا باع وسلم فأعتقه المشترى انه ينفذ اعتاقه لان بيع المكره انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب الا أنه فسد لانعدام

الرضا

الرضا طبعا فتأخر الملك فيه الى وقت القبض أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب فى الجانبين أصلا فلم ينعقد السبب فى حق الحكم فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين هذا اذا كانت التلجئة فى انشاء البيع فاما اذا كانت فى الاقرار به فان اتفقا على ان يقرا ببيع لم يكن فأقرا بذلك ثم اتفقا على انه لم يكن فالبيع باطل حتى لا يجوز باجازتهما لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت المخبر به حال وجود الاخبار فان كان ثابتا كان الاخبار صدقا والا فيكون كذبا والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق الموجود لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجئة فى نفس البيع انشاء كان أو اقرارا فاما اذا كانت فى الثمن فهذا أيضا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت فى قدر الثمن واما ان كانت فى جنسه فان كانت فى قدره بان تواضعا فى السر والباطن على أن يكون الثمن ألفا و يتبايعان فى الظاهر بألفين فان لم يقولا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لان الثمن اسم للمذكور عند العقد والمذكور عند العقد ألفان فان لم يذكرا ان أحدهما رياء وسمعة تحت تسمية الالفين وان قالا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد و روى عن أبى يوسف ان الثمن ثمن العلانية (وجه) هذه الرواية ان الثمن هو المذكور فى العقد والالفان مذكوران فى العقد وما ذكرا فى المواضعة لم يذكراه فى العقد فلا يعتبر (وجه) ظاهر الرواية ان ما تواضعا عليه فى السر هو ما تعاقدا عليه فى العلانية الا انهما زادا عليه ألفا أخرى والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة لانهما فى هزلا نهما حيث لم يقصداها فلم يصح ذكر الزيادة فى البيع فيبقى البيع بما تواضعا عليه وهو الالف وان كانت فى جنسه بان اتفقا فى السر على ان الثمن ألف درهم لكنهما يظهران البيع بمائة دينار فان لم يقولا فى المواضعة ان ثمن العلانية رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفى الاستحسان يصح بمائة دينار (وجه) القياس ان ثمن السر لم يذكراه فى العقد وثمن العلانية لم يقصداه فقد هزلا به فسقط و بقى بيعا بلا ثمن فلا يصح (وجه) الاستحسان انهما لم يقصدا بيعا باطلا بل بيعا صحيحا فيجب حمله على الصحة ما أمكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثمن العلانية فكأنهما انصرفا عما شرطاه فى الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا على أن يبيعاه بيع تلجئة فتواهبا بخلاف الالف والالفين لان الثمن المذكور المشروط فى السر مذكور فى العقد و زيادة فتعلق العقد به هذا اذا تواضعا فى السر ولم يتعاقدا فى السر فاما اذا تعاقدا فى السر بثمن ثم تواضعا على ان يظهرا العقد بأكثر منه أو بجنس آخر فان لم يقولا ان العقد الثانى رياء وسمعة فالعقد الثانى يرفع العقد الاول والثمن هو المذكور فى العقد الثانى لان البيع يحتمل الفسخ والاقالة فشروعهما فى العقد الثانى ابطال للاول فبطل الاول وانعقد الثانى بما سمى عنده وان قالا رياء وسمعة فان كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الاول لانهما لم يذكرا الرياء والسمعة فقد أبطلا المسمى فى العقد الثانى فلم يصح العقد الثانى فبقى العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثانى لان البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثانى لكن بالثمن الاول والزيادة باطلة لانهما أبطلاها حيث هزلا بها هذا اذا تواضعا واتفقا فى التلجئة فى البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا فاما اذا اختلفا فادعى أحدهما التلجئة وأنكر الآخر و زعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر التلجئة لان الظاهر شاهد له فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن وان أقام المدعى البينة على التلجئة تقبل بينته لانه أثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته كما لو أثبت الخيار بالبينة ثم هذا التفريع على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لانه يعتبر المواضعة السابقة فاما على رواية أبى يوسف عنه فلا يجىء هذا التفريع لانه يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان صحت لا تؤثر فى البيع الظاهر وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فقال على قول أبى حنيفة القول قول من يدعى جواز البيع وعلى قولهما القول قول من يدعى التلجئة والعقد فاسد ولو اتفقا على التلجئة ثم قالا عند البيع كل شرط كان بيننا فهو باطل تبطل التلجئة و يجوز البيع لانه شرط فاسد زائد فاحتمل السقوط بالاسقاط ومتى سقط صار العقد جائزا الا اذا اتفقا عند المواضعة وقالا ان ما نقوله عند البيع ان

كل شرط بيننا فهو باطل فذلك القول منا باطل فاذا قالا ذلك لا يجوز العقد لانهما اتفقا على ان ما يبطلانه من الشرط عند العقد باطل الا اذا حكيا فى العلانية ما قالا فى السر فقالا انا شرطنا كذا وكذا وقد أبطلنا ذلك ثم تبايعا فيجوز البيع ثم كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لآخر انى أقر لك فى العلانية بمالى أو بدارى وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذى يخص بعض البياعات دون بعض فانواع أيضاً (منها) أن يكون الاجل معلوما فى بيع فيه أجل فان كان مجهولا يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السماء وقدوم فلان وموته والميسرة ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجذاذ والجزار والقطاف والميلاد وصوم النصارى وفطرهم قبل دخولهم فى صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثانى مما يتقدم ويتأخر فيؤدى الى المنازعة فيوجب فساد البيع ولو باع العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة ثم أبطل المشترى الاجل قبل محله وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل الاجل وأخذ الناس فى الحصاد ثم أبطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت الجهالة متفاحشة فابطل المشترى الاجل قبل الافتراق ونقد الثمن جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افترقا قبل الابطال لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتاً معلوما بأن قال أبداً أو أياما أو لم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالاجماع ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل مضى ثلاثة أيام قبل أن يفسخ العقد بينهما جاز البيع عندنا خلافا لزفر رحمه الله وان أبطل بعد مضى الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند أبى حنيفة رحمه الله وزفر وعند أبى يوسف ومحمد يجوز وان وقت وقتا معلوما بان قال أربعة أيام أو شهراً فابطل الخيار قبل مضى ثلاثة أيام وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وعندهما هذا الخيار جائز ولو مضت الايام الثلاثة ثم أبطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالاجماع وعلى هذا لو عقدا عقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل الافتراق جاز السلم عندنا اذا كان رأس المال قائما فى يده ولو افترقا قبل الابطال ثم أبطل لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشترى رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز وان كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا أنه ينظر الى الفساد فان كان قويا بان دخل فى صلب العقد وهو البدل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر اذا باع عبداً بالف درهم ورطل من خمر فحط الخمر عن المشترى وان كان ضعيفاً لم يدخل فى صلب العقد بل فى شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما فى البيع بشرط خيار لم يوقت أو وقت الى وقت مجهول كالحصاد والدياس أو لم يذكر الوقت وكما فى بيع الدين بالدين الى أجل مجهول على ما ذكرنا ثم اختلف مشايخنا فى العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد فاسداً لكن فساداً غير متقرر فان أبطل الشرط قبل تقرره بأن لم يدخل وقت الحصاد أو اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين أنه كان جائزا من الاصل وان لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع أو أوان الحصاد تبين أنه وقع فاسدا من حين وجوده وذكر عن الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال قال أبو حنيفة لو أن رجلا اشترى عبدا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فالبيع موقوف فان قال المشترى قبل مضى الثلاث انا أبطل خيارى واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيأ كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبائع أن يبطل البيع وان قال البائع قد أبطلت البيع قبل أن يبطل المشترى خياره بطل البيع ولم يكن للمشترى أن يستوجبه بعد ذلك وأن يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل اجازة المشترى وهذا أمارة البيع الموقوف أن يكون لكل

واحد من العاقدين حق الفسخ (وجه) قول زفر ان هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور أن ينقلب جائزا لما فيه من الاستحالة ولهذا لم ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع أو وقت الحصاد والدياس (ولنا) طريقان أحدهما ان هذا العقد موقوف للحال لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة و يحتمل أن لا يكون فاذا اسقط قبل دخول أوان الحصاد واليوم الرابع تبين انه ليس بمفسد لانه تبين أنه ما شرط الاجل والخيار الا الى هذا الوقت فتبين ان العقد وقع صحيحاً مفيداً للملك بنفسه من حين وجوده كما لو أسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضي يوم وان لم يسقط حتى مضت الايام الثلاثة ودخل الحصاد تبين ان الشرط كان الى هذا الوقت وأنه شرط مفسد والثاني ان العقد في نفسه مشروع لا يحتمل الفساد على ما عرف وكذا أصل الاجل والخيار لانه ملائم للعقد وأنه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه بل لمعنى مجاور له زائد عليه وعلى أصل الاجل والخيار وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة فان سقط قبل دخول وقت الحصاد أو اليوم الرابع فقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد فبقي العقد مشروعا كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت فقد تقرر المفسد فتقرر الفساد والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال وقوله العقد ما وقع فاسدا من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو موقوف وعلى الطريق الثاني مسلم لكن لا لعينه بل لغيره وهو الشرط المجاور المفسد وقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد الثابت لمعنى في غيره فبقي مشروعا والله سبحانه وتعالى الموفق ولو باع بثمن حال ثم أخر الى الآجال المتقاربة جاز التأخير ولو أخر الى الآجال المتفاحشة لم يجز والدين على حاله حال فرق بين التأجيل والتأخير لم يجوز التأجيل الى هذه الآجال أصلا وجوز التأخير الى المتقارب منها ووجه الفرق ان التأجيل في العقد جعل الاجل شرطاً في العقد وجهالة الاجل المشروط في العقد وان كانت متقاربة توجب فساد العقد لانها تفضي الى المنازعة فاما التأخير الى الآجال المجهولة جهالة متقاربة فلا تفضي الى المنازعة لان الناس يؤخرون الديون الى هذه الآجال عادة ومبنى التأخير على المسامحة فالظاهر انهم يسامحون ولا ينازعون وما جرت العادة منهم بالتأخير الى آجال نفحش جهالتها بخلاف التأجيل لان ما جعل شرطاً في البيع مبناه على المضايقة فالجهالة فيها وان قلت تفضي الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع الى الآجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها لان مبنى الكفالة على المسامحة فان المكفول له لا يضيق الامر على الكفيل عادة لان له سبيل الوصول الى الدين من جهة الاصيل فالتأجيل اليها لا يفضي الى المنازعة بخلاف البيع فان الجهالة في باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت مفسدة للبيع ولو اشترى عيناً بثمن دين على ان يسلم اليه الثمن في مصر آخر فهذا لا يخلو اما ان يكون الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة واما أن يكون مما له حمل ومؤنة وعلى كل ذلك لا يخلو من أن ضرب له الاجل أو لم يضرب فان لم يضرب له الاجل فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومؤنة أو لم يكن لانه اذا لم يضرب له الاجل كان شرط التسليم في موضع على سبيل التأجيل وانه أجل مجهول فيوجب فساد العقد وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان الثمن اذا كان لا حمل له ولا مؤنة فالبيع جائز لان شرط التأجيل في مكان آخر ليس بتأجيل حقيقة بل هو تخصيص التسليم بمكان آخر فيجوز البيع ويجبر المشتري على تسليم الثمن في أي موضع طالبه وان ضرب له أجلا على ان يسلم اليه الثمن بعد محل الاجل في مصر آخر فان كان الاجل مقدارا ما لا يمكن الوصول الى الموضع المشروط في قدر تلك المدة فالبيع فاسد أيضاً لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى الموضع المشروط صار كان لم يضرب وان كان ضرب أجلا يمكن الوصول فيه الى المكان المشروط فالبيع صحيح والتأجيل صحيح لانه اذا ضرب له أجلا يمكن الوصول فيه الى ذلك المكان علم ان شرط التسليم في ذلك المكان لم يكن على سبيل التأجيل بل على تخصيص ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبه البائع بالثمن في غير المكان المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ولا مؤنة يجبر المشتري على تسليمه في أي موضع طالبه البائع بعد حل الاجل وان كان الثمن له حمل ومؤنة لا يجبر على تسليمه الا في الموضع المشروط وكذلك لو أراد المشتري ان يسلمه في

غير المكان المشروط وأبى البائع ذلك الا فى الموضع المشروط فهو على هذا التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه فى مصر آخر فالبيع فاسد سواء شرط الاجل أولم يشرط لان فيه غررا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) القبض فى بيع المشترى المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض والنهى يوجب فساد المنهى ولانه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لانه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينفسخ الثانى لانه بناه على الاول وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وسواء باعه من غير بائعه أو من بائعه لان النهى مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه و بين البيع من بائعه وكذا معنى الغرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثانى والاول على حاله ولا يجوز اشراكه وتوليته لان كل ذلك بيع ولو قبض نصف المبيع دون النصف فاشرك رجلا لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض لان الاشراك نوع بيع والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح فى غير المقبوض وصح فى قدر المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك العين ولا يجوز فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة ولان الاجارة عقد يحتمل الفسخ فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولان ماروينا من النهى يتناول الاجارة لانها نوع بيع وهو بيع المنفعة و يجوز اعتاقه بعوض وغير عوض وكذا تدبيره واستيلاده بان كانت أمة فاقرانها كانت ولدت له لان جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد بخلاف البيع فان صحته تفتقر الى ملك الرقبة واليد جميعا لافتقاره الى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق والتدبير ولان المانع هو القبض و بهذه التصرفات يصير قابضا على مانذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولان الفساد لتمكن الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه لما نذكره وهذا التصرفات مما لا يحتمل الانفساخ فلم يوجد فلزم الجواز بدليله وهل تجوز كتابته لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال لا يجوز قياسا على البيع لان كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والاقالة وجائز أن يقال يجوز فرقا بينها و بين البيع لانها أوسع اضرارا من البيع وروى عن أبى يوسف اذا كاتبه المشترى قبل القبض فللبائع أن يبطله فان لم يبطله حتى نقد المشترى الثمن جازت الكتابة ذكرها فى العيون ولو وهبه من البائع فان لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لان الهبة لا تصح بدون القبول فان قبله البائع لم تجز الهبة لانها تمليك المبيع قبل القبض وأنه لا يجوز كالبيع وانفسخ البيع بينهما و يكون اقالة للبيع فرق بين الهبة من البائع و بين البيع منه حيث جعل الهبة منه اقالة دون البيع منه (ووجه) الفرق أن بين الهبة والاقالة مقاربة فان كل واحد منهما يستعمل فى الحاق ماسلف بالعدم يقال وهبت منك جريمتك كما يقال أقلت عثرتك أو جعلت ذلك كالعدم فى حق المؤاخذة به ألا ترى أنه يستعمل كل واحد منهما مكان الآخر فامكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل بالحقيقة بخلاف البيع فانه لا مقاربة بينه و بين الاقالة فتعذر جعله مجازا عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق به عليه فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو وهب لغير البائع أو تصدق به على غير البائع وأمر بالقبض من البائع أو رهنه عند آخر وأمره أن يقبض من البائع فقبضه بامره أو أقرضه وأمره بالقبض لم تجز هذه العقود كلها عند أبى يوسف وعند محمد جازت (وجه) قول محمد ان صحة هذه العقود بالقبض فاذا أمره بالقبض فقد أنابه مناب نفسه فى القبض فصار بمنزلة الوكيل له فاذا قبض بامره يصير قابضا عنه أولا بطريق النيابة ثم لنفسه فيصح ولابى يوسف أن جواز هذه العقود مبنى على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعا لان به يقع الامن عن غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه وغرر الانفساخ ههنا ثابت فلم يكن الملك مطلقا فلم يجز ولو أوصى به لرجل قبل القبض ثم مات جازت الوصية لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض صار ذلك ميراثا لورثته كذا الوصية ولو قال المشترى للبائع بعه لى لم يكن نقضا بالاجماع وان باعه لم يجز بيعه ولو قال بعه لنفسك كان نقضا بالاجماع ولو قال بعه مطلقا كان نقضا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يكون نقضا (وجه) قوله أن اطلاق الامر بالبيع ينصرف الى البيع للآمر

لا للمأمور لان الملك له لا للمأمور فصار كانه قال له بعه لى ولو نص عليه لا يكون نقضا للبيع لانه أمره ببيع فاسد فكذا هذا ولهما أن مطلق الامر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح ولو حملناه على البيع للآمر لما صح لانه يكون أمرا ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كانه نص عليه فقال بعه لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه الا بعد انفساخ البيع الاول فيتضمن الامر بالبيع لنفسه انفساخ البيع الاول فينفسخ مقتضى الامر كما فى قول الرجل لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ولو قال المشترى للبائع اعتقه فاعتقه البائع فاعتاقه جائز عن نفسه عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف اعتاقه باطل (وجه) قول أبى يوسف أن مطلق الامر بالاعتاق ينصرف الى الاعتاق عن الآمر لا عن نفسه لان الملك للآمر والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبائع لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض عنه فلا يصلح نائبا عنه فى الاعتاق ولابى حنيفة رحمه الله أن الامر بالاعتاق يحمل على وجه يصح ولو حمل على الاعتاق عن الآمر لم يصح لما ذكرتم فيحمل على الاعتاق عن نفسه فاذا أعتق يقع عنه (وأما) بيع المشترى العقار قبل القبض فجائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا وعند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله لا يجوز قياسا واحتجوا بعموم النهى الذى رويناولان القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة الا بتسليم الثمن وفيه غرر ولهما عمومات البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا أو نحمله على المنقول توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض ولان الاصل فى ركن البيع اذا صدر من الاهل فى المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر فبقى بيعه على حكم الاصل وكما لا يجوز بيع المشترى المنقول قبل القبض لا يجوز بيع الاجرة المنقولة قبل القبض اذا كانت عينا وبدل الصلح المنقول اذا كان عينا والاصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والاجرة وبدل الصلح اذا كان منقولا معينا وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبدل الخلع وبدل العتق وبدل الصلح عن دم العمد وفقه هذا الاصل ماذكرنا ان الاصل هو الصحة فى التصرف الصادر من الاهل المضاف الى المحل والفساد بعارض غرر الانفساخ ولا يتوهم ذلك فى هذه التصرفات لانها لا تحتمل الفسخ فكان القول بجواز هذه التصرفات عملا بالاصل وأنه واجب وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض لان معنى الغرر لا يتقرر فيه ولان الوارث خلف الميت فى ملك الموروث وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو فكان المورث قائم ولو كان قائما لجاز تصرفه فيه كذا الوارث وكذلك الموصى به بان أوصى الى انسان بشئ ثم مات الموصى فللموصى له أن يتصرف قبل القبض لان الوصية أخت الميراث ويجوز التصرف فى الميراث قبل القبض فكذا فى الموصى به وهل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض ينظر ان كان ماوقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء اذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض سواء كان منقولا أو غير منقول لان القسمة فى مثله افراز وان كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم كالاشياء المختلفة والرقيق على قول أبى حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض ان كان منقولا وان كان عقارا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا لان قسمة هذه الاشياء فيها معنى المبادلة فتشبه البيع والله عز اسمه أعلم (وأما) بيع الدين قبل القبض فنقول وبالله التوفيق الديون أنواع (منها) ما لا يجوز بيعه قبل القبض ومنها ما يجوز أما الذى لا يجوز بيعه قبل القبض فنحو رأس مال السلم لعموم النهى ولان قبضه فى المجلس شرط وبالبيع يفوت القبض حقيقة وكذا المسلم فيه لانه مبيع لم يقبض وكذا لو باع رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لا يجوز استحسانا والقياس أن يجوز وهو قول زفر (وجه) القياس أن عقد السلم ارتفع بالاقالة لانها فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كانه لم يكن واذا ارتفع العقد من الاصل عاد رأس المال الى قديم ملك رب المال فكان محلا للاستبدال كما كان قبل السلم ولهذا يجب قبض رأس المال بعد

الاقالة فى مجلس الاقالة (وجه) الاستحسان عموم النهى الذى روينا الا من حيث خص بدليل وفى الباب نص خاص وهو ماروى أبوسعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لرب السلم لا تأخذ الاسلمك أورأس مالك وفى رواية خذ سلمك أورأس مالك نهى النبى عليه الصلاة والسلام رب السلم عن الاخذ عاما واستثنى أخذ السلم أورأس المال فبقى أخذ ماوراءهما على أصل النهى وكذا اذا انفسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض نحوذمى اسلم الى ذمى عشرة دراهم فى خمر ثم اسلما أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر حتى بطل السلم ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لا يجوز لرب السلم الاستبدال استحسانا لما روينا ولو كان السلم فاسدا من الاصل ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا فى الاصل لا يكون له حكم السلم فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك (وأما) بدل الصرف فلا يجوز بيعه قبل القبض فى الابتداء وهو حال بقاء العقد ويجوز فى الانتهاء وهو ما بعد الاقالة بخلاف رأس مال السلم فانه لا يجوز بيعه فى الحالين (ووجه) الفرق أن القياس جواز الاستبدال بعد الاقالة فى الناس جميعا لما ذكرنا أن الاقالة فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا رفع والحق بالعدم فكان ينبغى أن يجوز الاستبدال فيهما جميعا الا أن الحرمة فى باب السلم ثبتت نصاً بخلاف القياس وهو ماروينا والنص وردفى السلم فبقى جواز الاستبدال بعد الاقالة فى الصرف على الاصل وكذا الثياب الموصوفة فى الذمة المؤجلة لا يجو بيعها قبل القبض للنهى سواء كان ثبوتها فى الذمة بعقد السلم أوغيره لأن الثياب كما تثبت فى الذمة مؤجلة بطريق السلم تثبت دينا فى الذمة مؤجلة لا بطريق السلم بان باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة مؤجل فانه يجوز بيعه ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس بشرط وقبض رأس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا أجرداره بثوب موصوف فى الذمة مؤجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا لوادعى عينا فى يد رجل فصالحه من دعواه على ثوب موصوف فى الذمة مؤجل جاز الصلح ولا يكون هذا اسلماً ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه وان لم يكن ثبوته بعقد السلم فهذه جملة الديون التى لا يجوز بيعها قبل القبض وماسواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المغصوب والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها ممن عليه قبل القبض وقال الشافعى رحمه الله ثمن المبيع اذا كان عينا لا يجوز بيعه قبل القبض قولا واحدا وان كان دينا لا يجوز فى أحد قوليه أيضا بناء على أن الثمن والمثمن عنده من الاسماء المترادفة يقعان على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا فكان بيع المبيع قبل القبض وكذا النهى عن بيع مالم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن وأما على أصلنا فالمبيع والثمن من الاسماء المتباينة فى الاصل يقعان على معنيين متباينين على ما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه ولا حجة له فى عموم النهى لان بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما على ما نذكره (وأما) بيع هذه الديون من غير من عليه والشراء بها من غير من عليه فينظر ان أضاف البيع والشراء الى الدين لم يجز بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا أو يقول اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان لان ما فى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على مامر بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين لان ما فى ذمته مسلم له وان لم يضف العقد الى الدين الذى عليه جاز ولو اشترى شيأ بثمن دين ولم يضف العقد الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذى أحيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض أولا يجوز كالسلم ونحوه وذكر الطحاوى رحمه الله انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا غير سديد لان هذا توكيل بقبض الدين فان المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز بأن اشترى منه شيأ بعينه بدينه الذى له فى ذمته لانه باع ماهو مقدور التسليم عند الشراء لان ذمته فى

يده بخلاف الاول وكذا اذا صالح معه من دينه على شئ بعينه جاز الصلح والله سبحانه وتعالى اعلم (ومنها) أن يكون البدل منطوقا به فى أحد نوعى المبادلة وهى المبادلة القولية فان كان مسكوتا عنه فالبيع فاسد بأن قال بعت منك هذا العبد وسكت عن ذكر الثمن فقال المشترى اشتريت لما ذكرنا ان البيع فى اللغة مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وفى الشرع مبادلة المال بالمال فاذا لم يكن البدل منطوقا به ولا بيع بدون البدل اذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان هذا بيع العبد بقيمته وانه فاسد وهكذا السبيل فى البياعات الفاسدة انها تكون بيعا بقيمة المبيع على ما نذكر فى موضعه هذا اذا سكت عن ذكر الثمن فأما اذا نفاه صريحا بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن أو بلا ثمن فقال المشترى اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد وقال بعضهم البيع باطل (وجه) قول الاولين ان قوله بلا ثمن باطل لان البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرا للبدل فاذا قال بغير ثمن فقد نفى ما أثبته فبطل قوله بلا ثمن وبقى قوله بعت مسكوتا عن ذكر الثمن فكأنه باع وسكت عن ذكر الثمن (وجه) قول الآخرين ان عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكورا بطريق الدلالة فاذا نص على نفى الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعا أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الربا وان شئت قلت ومنها المماثلة بين البدلين فى أموال الربا حتى لو انتفت فالبيع فاسد لانه بيع ربا والبيع الذى فيه ربا فاسد لان الربا حرام بنص الكتاب الكريم قال الله عز وجل وحرم الربا والكلام فى مسائل الربا فى الاصل فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان الربا فى عرف الشرع انه ما هو والثانى فى بيان علته انها ما هى والثالث فى بيان شرط جريان الربا (أما) الاول فالربا فى عرف الشرع نوعان ربا الفضل وربا النساء (أما) ربا الفضل فهو زيادة عين مال شرطت فى عقد البيع على المعيار الشرعى وهو الكيل أو الوزن فى الجنس عندنا وعند الشافعى هو زيادة مطلقة فى المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس خاصة (وأما) ربا النساء فهو فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين فى المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس أو فى غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو فضل الحلول على الاجل فى المطعومات والأثمان خاصة والله تعالى أعلم (وأما) الثانى وهو بيان العلة فنقول الاصل المعلول فى هذا الباب باجماع القائسين الحديث المشهور وهو ما روى أبو سعيد الخدرى وعبادة بن الصامت رضى الله عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا أى بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وروى مثل بمثل بالرفع أى بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد جائز فهذا النص معلول باتفاق القائسين غير انهم اختلفوا فى العلة قال أصحابنا علة ربا الفضل فى الاشياء الاربعة المنصوص عليها الكيل مع الجنس وفى الذهب والفضة الوزن مع الجنس فلا تتحقق العلة الا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس وعلة ربا النساء هى احد وصفى علة ربا الفضل اما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس وهذا عندنا وعند الشافعى علة ربا الفضل فى الاشياء الاربعة الطعم وفى الذهب والفضة الثمنية فى قول وفى قول هما غير معلولين وعلة ربا النساء ما هو علة ربا الفضل وهى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الأثمان دون الجنس اذ الاصل عنده حرمة بيع المطعوم بجنسه (وأما) التساوى فى المعيار الشرعى مع اليد مخلص من الحرمة بطريق الرخصة احتج الشافعى لاثبات هذا الاصل بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء هذا الاصل يدل على ان الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه وانما الجواز بعارض التساوى فى المعيار الشرعى لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام بالطعام مطلقا واستثنى حالة المساواة فيدل على أن الحرمة هى الاصل فى بيع المطعوم بالمطعوم من غير فصل بين القليل والكثير وفيه دليل أيضا على جعل الطعم علة لانه أثبت الحكم عقيب اسم مشتق من معنى والاصل ان الحكم اذا ثبت عقيب اسم مشتق من معنى

يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور كقوله تعالى جل وعلا والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله سبحانه وتعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة ولان العلة اسم لوصف مؤثر في الحكم ووصف الطعم مؤثر في حرمة بيع المطعوم والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يحال اليه كما في الزنا والسرقة ونحوذلك وبيان تأثير الطعم انه وصف ينبئ عن العزة والشرف لكونه متعلق البقاء وهذا يشعر بعزته وشرفه فيجب اظهار عزته وشرفه وذلك في تحريم بيع المطعوم بجنسه وتعليق جوازه بشرطي التساوي في المعيار الشرعي واليدلان في تعلقه بشرطين تضييق طريق اصابته وماضاق طريق اصابته يعز وجوده فيعز امساكه ولا يهون في عين صاحبه فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل في الابضاع الحرمة والحظر والجواز بشرطي الشهادة والولي اظهارا لشرفها لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون في العالم وبهم قوامها والابضاع وسيلة الى وجود الجنس والقوت وسيلة الى بقاء الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين ليعز وجوده ولا تتيسر اصابته فلا يهون امساكه فكذا هذا وكذا الاصل في بيع الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة لكونهما أثمان الاشياء فيها وعليها فكان قوام الاموال والحياة بها فيجب اظهار شرفها في الشرع بما قلنا (ولنا) في اثبات الاصل اشارات النصوص من الكتاب العزيز والسنة والاستدلال (أما) الكتاب فقوله تعالى أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا بالقسطاس المستقيم ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الارض مفسدين وقال سبحانه وتعالى ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا في الارض بعد اصلاحها جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون مطلقا عن شرط الطعم فدل على ان العلة هي الكيل والوزن وقال سبحانه وتعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره (وأما) السنة فما روى ان عامل خيبر أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكني أعطيت صاعين وأخذت صاعا فقال عليه الصلاة والسلام أربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا وكذلك الميزان وأراد به الموزون بطريق الكناية لمجاورة بينهما مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغير المطعوم وكذا روى مالك بن أنس ومحمد بن اسحق الحنظلي باسنادهما الحديث المشهور الذي رواه محمد في كتاب البيوع عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في آخره وكذلك كل ما يكال أو يوزن (وأما) الاستدلال فهو ان الفضل على المعيار الشرعي من الكيل والوزن في الجنس انما كان ربا في المطعومات والاثمان من الاشياء الستة المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة وقد وجد في الجص والحديد ونحوهما فورود الشرع ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وبيان ذلك ان البيع لغة وشرعا مبادلة المال بالمال وهذا يقتضي التساوي في البدلين على وجه لا يخلو كل جزء من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو حقيقة المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصي بيع مال اليتيم بغبن فاحش ولا يصح من المريض الا من الثلث والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورة ومعنى وكذلك الدينار مع الدينار (أما) الصورة فلأنهما متماثلان في القدر وأما معنى فان المجانسة في الاموال عبارة عن تقارب المالية فكان القفيز مثلا للقفيز والدينار مثلا للدينار ولهذا لو أتلف على آخر قفيزا من حنطة يلزمه قفيز مثله ولا يلزمه قيمته واذا كان القفيز من الحنطة مثلا للقفيز من الحنطة كان القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة فكان ربا وهذا المعنى لا يخص المطعومات والاثمان بل يوجد في كل مكيل بجنسه وموزون بمثله فالشرع الوارد هناك يكون واردا ههنا دلالة (وأما) قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه فممنوع ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام ما اقتصر على النهي عن بيع الطعام بالطعام ليجعل الحظر فيه أصلا بل قرن به الاستثناء فقال عليه الصلاة والسلام الا سواء بسواء فلا يدل على كون الحرمة فيه أصلا وقوله جعل الطعم علة دعوى ممنوعة أيضا والاسم

المشتق من معنى انما يجعل علة للحكم المذكور عقيبه عندنا اذا كان له أثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم قلتم بأن للطعم أثرا وكونه متعلق البقاء لا يكون أثره فى الاطلاق أولى من الحظر فان الاصل فيه هو التوسيع دون التضييق على ماعرف والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تبنى مسائل الربا نقدا ونسيئة وفروع الخلاف بيننا وبين الشافعى أما ربا النقد ففائدة الخلاف فيه تظهر فى موضعين أحدهما فى بيع مكيل بجنسه غير مطعوم أوموزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن كبيع قفيز جص بقفيزى جص وبيع من حديد بمنوى حديد عندنا لا يجوز لانه بيع ربا لوجود علة الربا وهو الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعنده يجوز لان العلة هى الطعم أو الثمنية ولم يوجد وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والأثمان كالنورة والزرنيخ والصفر والنحاس ونحوها (وأما) بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا وبيع الموزون المطعوم بجنسه متفاضلا كبيع قفيز أرز بقفيزى أرز وبيع من سكر بمنوى سكر فلا يجوز بالاجماع أما عندنا فلوجود القدر والجنس وعنده لوجود الطعم والجنس وكذا كل موزون هو مأكول أومشروب كالدهن والزيت والخل ونحوها ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا مطعوما كان أوغير مطعوم بعد أن يكون يدا بيد كبيع قفيز حنطة بقفيزى شعير وبيع قفيز جص بقفيزى نورة ونحو ذلك لان علة الربا الفضل مجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز ثمنين كانا أو مثمنين بعد أن يكون يدا بيد كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنوى نحاس أو رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحدا باثنين يدا بيد كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع أما عندنا فلانعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن وعنده لانعدام الطعم والثمنية (وأما) بيع الاوانى الصفرية واحدا باثنين كبيع قمقمة بقمقمتين ونحو ذلك فان كان مما يباع عددا يجوز لان العد فى العدديات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا وان كان مما يباع وزنا لا يجوز لانه بيع مال الربا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف بعد أن يكون يدا بيد كبيع الفلس بالفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز (وجه) قوله أن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الاعيان ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثمانا ولهذا كانت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة وان كانت ثمنا فالثمن لا يتعين وان عين كالدراهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانهما وذا لا يجوز ولانها اذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقى الآخر فضل مال لا يقابله عوض فى عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولهما) أن علة ربا الفضل هى القدر مع الجنس وهو الكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا وقوله الفلوس أثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت فى حقهما قبل البيع فالبيع صادفها وهى سلع عددية فيجوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السلع العددية كالقماقم العددية وغيرها الا أنها بقيت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وبجنسها حالة المساواة لان خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازه لانهما قصدا الصحة ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جائز فى الحالين بقيت على صفة الثمنية أو خرجت عنها والثانى فى بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها أو بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم العلة وبقى الكيل مع الجنس أو الوزن وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس وكذا لو باع حفنة بحفنة أو تفاحة بتفاحة أو بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده والتساوى فى الكيل أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقى على أصل الحرمة (وأما) ربا النساء وفروعه وفائدة الاختلاف فيه فالاصل فيه ماروى عن ابراهيم النخعى أنه قال أسلم

ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن واذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة ولا بد من شرح هذه الجملة وتفصيل ما يحتاج منها الى التفصيل لانه رحمه الله أجرى القضية فيها عامة ومنها ما يحتمل العموم ومنها ما لا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق لا يجوز اسلام المكيلات فى المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الحنطة أو فى الشعير أو غير مطعومين كالجص فى الجص أو فى النورة وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالا الا سلما لكن دينا موصوفا فى الذمة لا يجوز سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا لان أحد وصفى علة ربا الفضل جمعهما وهو الكيل وعند الشافعى رحمه الله ان كانا مطعومين فكذلك وان لم يكونا مطعومين جاز لان العلة عنده الطعم (وأما) اسلام الموزونات فى الموزونات ففيه تفصيل ان كانا جميعا مما يتعينان فى العقد لا يجوز أيضا سواء كانا مطعومين كالسكر فى الزعفران أو غير مطعومين كالحديد فى النحاس لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل الذى هو علة تامة لربا النساء وعند الشافعى يجوز فى غير المطعوم ولا يجوز فى المطعوم لما قلنا وان كانا مما لا يتعينان فى العقد كالدراهم فى الدنانير والدنانير فى الدراهم أو الدراهم فى الدراهم والدنانير فى الدنانير أو لا يتعين المسلم فيه كالحديد فى الدراهم والدنانير لا يجوز لان المسلم فيه مبيع لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم فهذا يقتضى ان يكون السلم بيع ما ليس عند الانسان لانه رخص فى بعض ما دخل تحت النهى والداخل تحت النهى هو البيع دل ان السلم نوع بيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعا فى عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين فلا يصلحان مسلما فيهما وان كان رأس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما لو أسلم الدراهم أو الدنانير فى الزعفران أو فى القطن أو الحديد وغيرها من سائر الموزونات فانه يجوز لانعدام العلة وهى القدر المتفق أو الجنس أما المجانسة فظاهرة الانتفاء وأما القدر المتفق فلان وزن الثمن يخالف وزن المثمن ألا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا هذا اذا أسلم الدراهم أو الدنانير فى سائر الموزونات فاما اذا أسلم نقرة فضة أو تبر ذهب أو المصوغ فيها فهل يجوز ذكر الاختلاف فيه بين أبى يوسف وزفر على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول زفر لا يجوز (وجه) قول زفر أنه وجد علة ربا النساء وهى أحد وصفى علة ربو الفضل وهو الوزن فى المالين فيتحقق الربا (وجه) قول أبى يوسف ان أحد الوصفين الذى هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر ولم يوجد لان النقرة أو التبر من جنس الاثمان وأصل الاثمان ووزن الثمن يخالف وزن المثمن على ما ذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا كما اذا أسلم فيها الدراهم والدنانير ولو أسلم فيها الفلوس جاز لان الفلس عددى والعدد فى العدديات ليس من أوصاف العلة ولو أسلم فيها الاوانى الصفرية ينظر ان كانت تباع وزنا لم يجز لوجود الوزن الذى هو أحد وصفى علة ربا الفضل وان كانت تباع عددية جاز لانعدام العلة وأما اسلام المكيلات فى الموزونات فهو أيضاً على التفصيل فان كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الزيت أو الزعفران أو غير مطعومين كالجص فى الحديد عندنا لعدم العلة وعند الشافعى لا يجوز فى المطعومين لوجود العلة وان كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز لما مر ان شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعاً والدراهم والدنانير أثمان أبداً بخلاف سائر الموزونات ثم اذا لم يجز هذا العقد سلماً هل يجوز بيعاً ينظر ان كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعاً بثمن مؤجل لانه ان تعذر تصحيحه أمكن تصحيحه سلما بيعاً بثمن مؤجل فيجعل بيعاً به وان كان بلفظ السلم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لان السلم يخالف مطلق البيع فى الاحكام والشرائط فاذا لم يصح سلماً بطل رأساً وقال بعضهم يجوز لان السلم نوع بيع ألا ترى ان النبى عليه الصلاة والسلام سماه بيعاً حين نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ولهذا ينعقد بلفظ البيع الا أنه اختص بشرائط مخصوصة فاذا تعذر تصحيحه بيعاً هو سلم يصحح بيعاً بثمن

مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن وأما اسلام الموزونات فى المكيلات فجائز على العموم سواء كان الموزون الذى جعله رأس المال عرضا يتعين بالتعيين أو ثمنا لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لانه لم يجمعهما أحد الوصفين وهو القدر المتفق أو الجنس فلم توجد العلة ولو أسلم جنسا فى جنسه وغير جنسه كما اذا أسلم مكيلا فى مكيل وموزون لم يجز السلم فى جميعه عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز فى حصة خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلافهم فيمن جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وقد ذكرناه فيما تقدم (وأما) اسلام غير المكيل والموزون فى جنسه من الذرعيات والعدديات كالهروى فى الهروى والمروى فى المروى والحيوان فى الحيوان فلا يجوز عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجوز ولقب هذه المسئلة أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا وعنده لا يحرم فلا يجوز اسلام الجوز فى الجوز والبيض فى البيض والتفاح فى التفاح والحفنة فى الحفنة بالاجماع لوجود الجنس عندنا ولوجود الطعم عنده وأجمعوا على انه يجوز اسلام الهروى فى المروى لانعدام أحد الوصفين عندنا وعنده لانعدام الطعم والثمنية ويجوز اسلام الجوز فى البيض والتفاح فى السفرجل والحيوان فى الثوب عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز فى المطعوم لوجود الطعم ولو أسلم الفلوس فى الفلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس وعنده لوجود الثمنية وكذا اذا أسلم الاوانى الصفرية فى جنسها وهى تباع عددا لا يجوز عندنا لوجود المجانسة وعنده لوجود الثمنية والكلام فى مسئلة الجنس بانفراده مبنى على الكلام فى مسئلة الربا وأصل الشافعى فيها ماذكرنا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه وحرمة بيع الاثمان بجنسها هى الاصل والتساوى فى المعيار الشرعى مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة أو ربا النساء عنده هو فضل الحلول على الاجل فى المطعومات والثمنية فى الاثمان وقد ذكرنا ماله من الدليل على صحة هذا الاصل فيما تقدم والكلام لاصحابنا فى هذه المسئلة على نحو ماذكرنا فى علة ربا الفضل وهو ان السلم فى المطعومات والاثمان انما كان ربا لكونه فضلا خاليا عن العوض يمكن التحرز عنه فى عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة على طريق المقابلة والمساواة فى البدلين ولهذا لو كانا نقدين يجوز ولا مساواة بين النقد والنسيئة لان العين خير من الدين والمعجل اكثر قيمة من المؤجل فكان ينبغى أن يكون كل فضل مشروط فى البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الاوصاف الا ما لا يمكن التحرز عنه دفعا للحرج وفضل التعيين يمكن التحرز عنه بأن يبيع عيناً بعين وحالا غير مؤجل وهذا المعنى موجود فى غير المطعوم والاثمان فورود الشرع ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وابتداء الدليل لنا فى المسئلة ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا ربا الا فى النسيئة وروى انما الربا فى النسيئة حقق عليه الصلاة والسلام الربا فى النسيئة من غير فصل بين المطعوم والاثمان وغيرها فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الاطلاق والعموم الا ما خص أو قيد بدليل والربا حرام بنص الكتاب العزيز واذا كان الجنس أحد وصفى علة ربا الفضل وعلة ربا النسيئة عندنا وشرط علة ربا الفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجرى فيه الربا فنقول وبالله التوفيق الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد وكذلك الشعير وكذلك دقيقهما وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك الملح وكذلك العنب وكذلك الزبيب وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلا فى الكيل وان تساويا فى النوع والصفة بلا خلاف وأما متساويا فى الكيل متفاضلا فى النوع والصفة فنقول لا خلاف فى انه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية بالسقية والنخسية بالنخسية واحداهما بالاخرى والجيدة بالجيدة والرديئة بالرديئة واحداهما بالاخرى والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعتيقة واحداهما بالاخرى والمقلوة بالمقلوة وكذلك الشعير على هذا وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذا دقيق الشعير وسويقه وكذا التمر بالتمر البرنى بالمعقلى والجيد بالردىء والجديد بالجديد والعتيق بالعتيق وأحدهما بالآخر وكذلك العنب بالعنب والزبيب اليابس بالزبيب اليابس ولا خلاف فى انه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية والمطبوخة بغير مطبوخة وبيع

الحنطة بدقيق الحنطة و بسويق الحنطة و بيع تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ متفاضلا فى الكيل أو متساويا فيه لان المقلية ينضم بعض أجزائها الى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر فى الكيل فيتحقق الربا وكذا المطبوخة بغير المطبوخة لان المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدرا عند العقد فيتحقق الفضل وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان فى الحنطة دقيقا الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب وذلك أكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا طحنت ازداد دقيقها على المتفرق ومعلوم ان الطحن لا أثر له فى زيادة القدر فدل انه كان أزيد فى الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند العقد فيتحقق الربا وأما بيع الحنطة المبلولة أو الندية بالندية أو الرطبة بالرطبة أو المبلولة بالمبلولة أو اليابسة باليابسة و بيع التمر بالرطب والرطب بالرطب أو بالتمر والمنقع بالمنقع والعنب بالزبيب اليابس واليابس بالمنقع والمنقع بالمنقع متساويا فى الكيل فهل يجوز قال أبو حنيفة رحمه الله كل ذلك جائز وقال أبو يوسف رحمه الله كله جائز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد رحمه الله كله فاسد الا بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب وقال الشافعى رحمه الله كله باطل ويجوز بيع الكفرى بالتمر والرطب بالبسر متساويا ومتفاضلا بالاجماع لعدم الجنس والكيل اذ هو اسم لوعاء الطلع فأبو حنيفة رحمه الله يعتبر المساواة فى الحال عند العقد ولا يلتفت الى النقصان فى المآل ومحمد رحمه الله يعتبرها حالا ومآلا واعتبار أبى يوسف مثل اعتبار أبى حنيفة الا فى الرطب بالتمر فانه يفسده بالنص وأصل الشافعى رحمه الله ماذكرنا فى مسئلة علة الربا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه هى الاصل والتساوى فى المعيار الشرعى مع اليد مخلص الا انه يعتبر التساوى ههنا فى المعيار الشرعى فى أعدل الاحوال وهى حالة الجفاف واحتج أبو يوسف ومحمد بما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وقال عليه الصلاة والسلام انه ينقص اذا جف بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلته وهى النقصان عند الجفاف فمحمد عدى هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وأبو يوسف قصره على محل النص لكونه حكما ثبت على خلاف القياس ولابى حنيفة رحمه الله الكتاب الكريم والسنة المشهورة اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فظاهر النصوص يقتضى جواز كل بيع الا ما خص بدليل وقد خص البيع متفاضلا على المعيار الشرعى فبقى البيع متساويا على ظاهر العموم وأما السنة المشهورة فحديث أبى سعيد الخدرى وعبادة بن الصامت رضى الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر مثلا بمثل عاما مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير يقع على كل جنس الحنطة والشعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لتمر النخل لغة فيدخل فيه الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع وروى ان عامل خيبر أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال عليه الصلاة والسلام أو كل تمر خيبر هكذا وكان أهدى اليه رطبا فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على الرطب وروى انه نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع التمر حتى يزهو أى يحمر أو يصفر وروى حتى يحمار أو يصفار والاحمرار والاصفرار من أوصاف البسر فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على البسر فيدخل تحت النص وأما الحديث فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل فى معارضة الكتاب والسنة المشهورة ولهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله فى المناظرة فى معارضة الحديث المشهور مع انه كان من صيارفة الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وان كان فى حد الآحاد على القياس بعد ان كان راويه عدلا ظاهر العدالة أو بأدلة فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسيئة أو تمرا من مال اليتيم توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بجنسه متفاضلا فى الوزن سواء اتفقا فى النوع والصفة بان كانا مضروبين دراهم أو دنانير أو مصوغين أو تبرين جيدين أو رديئين أو اختلفا لحديث المشهور مثلا بمثل والفضل

ربا

رباواما متساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة كالمصوغ بالتبر والجيد بالردىء فيجوز عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الجيد بالردىء واحتج بالحديث المشهور مثلا بمثل ولا مماثلة بين الجيد والردىء في القيمة وأما الحديث المشهور مثلا بمثل فالمراد منه المماثلة في الوزن وكذا روى في بعض الروايات وزنا بوزن وقوله عليه الصلاة والسلام جيدها وردیئها سواء وبه تبين ان الجودة عند المقابلة بجنسها لا قيمة لها شرعا فلا يظهر الفضل واللحوم معتبرة بأصولها فان تجانس الاصلان تجانس اللحمان فتراعى فيه المماثلة ولا يجوز الا متساويا وان اختلف الاصلان اختلف اللحمان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا بعد ان يكون يدا بيد ولا يجوز نسيئة لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن اذا عرف هذا فنقول لحوم الابل كلها على اختلاف أنواعها من لحوم العراب والبخاتي والهجين وذي السنامين وذي سنام واحد جنس واحد لان الابل كلها جنس واحد فكذا لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد ولحوم الغنم من الضأن والنعجة والمعز والتيس جنس واحد اعتبارا بالاصول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد اتحدت أصولها أو اختلفت حتى لا يجوز بيع لحم الابل بالبقر والبقر بالغنم متفاضلا (وجه) قوله ان اللحمين استويا اسما ومنفعة وهي التغذي والتقوي فاتحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض (ولنا) ان أصول هذه اللحوم مختلفة الجنس فكذا اللحوم لانها فروع تلك الاصول واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد قلنا المعتبر في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام ألا ترى ان المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة ثم لا يجعل كلها جنسا واحدا كالحنطة مع الشعير ونحوذلك حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا مع اتحادهما في معنى الطعم لكن لما كان ذلك معنى عاما لم يوجب اتحاد الجنس كذا هذا وروى عن أبي يوسف انه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كانا من جنس واحد لانه لا يوزن عادة وعلى هذا الباب هذه الحيوانات حكمها حكم أصولها عند الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الاصول فكانت معتبرة باصولها وكذا خل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان اعتبارا باصلهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع وكذا مع الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا وشحم البطن مع شحم الظهر جنسان مختلفان وكذا مع الالية بمنزلة اللحم مع شحم البطن والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان مختلفان وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويا لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كبيع الدقيق بالحنطة (وأما) الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة نقدا ونسيئة لانعدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصلا وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية مجازفة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعللوا لهما بانه باع الجنس بخلاف الجنس (ومنهم) من اعتبرهما جنسا واحدا وبنوا مذهبهما على أن الشاة ليست بموزونة وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة ومفاضلة بعد أن يكون يدا بيد وهو الصحيح على ما عرف في الخلافيات وقال محمد لا يجوز الا على وجه الاعتبار على أن يكون وزن اللحم الخالص اكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن فيكون اللحم بازاء اللحم والزيادة بازاء اخلاف الجنس من الاطراف والسقط من الراس والاكارع والجلد والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية أو أقل أو لا يدري لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم الشاة أو باليتها وهذا مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان سواء اتفق الاصلان أو اختلفا باع مجازفة أو على طريق الاعتبار وأجمعوا على انه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة نسيئة لوجود الجنس المحرم للنساء لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذي في الشاة

وأجمعوا على أنه لايجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الدهن الخالص اكثر من الدهن الذى فى السمسم حتى يكون الدهن بازاء الدهن والزائد بازاء خلاف جنسه وهو الكسب وكذلك دهن الجوز بلب الجوز (وأما) دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز مجازفة وقال بعضهم لايجوز الا على طريق الاعتبار وأجمعوا على ان بيع النصال بالحديد غير المصنوع جائز مجازفة بعد أن يكون يدا بيد أما الكلام مع الشافعى رحمه الله فهو بنى مذهبه على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع مأكول بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوى فى المعيار الشرعى رخصة ولا يعرف التساوى بين اللحم الخالص و بين اللحم الذى فى الشاة فيبقى على أصل الحرمة وقد أبطلنا هذا الاصل فى علة الربا (وأما) الكلام مع أصحابنا (فوجه) قول محمد رحمه الله أن فى تجويز المجازفة ههنا احتمال الربا فوجب التحرز عنه ما أمكن وأمكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياساً على بيع الدهن بالسمسم والدليل على أن فيه الربا أن اللحم موزون فيحتمل أن يكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذى فى الشاة وزنا فيكون شئ من اللحم مع السقط زيادة و يحتمل أن يكون مثله فى الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزاً عن الربا عند الامكان ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طريق الاعتبار كذا هذا ولهذا قلنا ان هذا بيع الموزون بما ليس بموزون يداً بيد فيجوز مجازفة ومفاضلة استدلالا ببيع الحديد الغير المصنوع بالنصال مجازفة ومفاضلة يداً بيد ودلالة الوصف أن اللحم المنزوع وان كان موزونا فاللحم الذى فى الشاة ليس بموزون لان الموزون ماله طريق الى معرفة مقدار ثقله ولا طريق الى معرفة ثقل اللحم الذى فى الشاة لان الطريق اما أن يكون الوزن بالقبان واما أن يكون الاستدلال بالتجربة واما أن يكون بالحزر والتخمين من غير تفاوت فاحش وشئ من ذلك لا يصلح طريقا لمعرفة مقدار اللحم الذى فى الشاة (اما) الوزن بالقبان فلان الشاة لا توزن بالقبان عرفا ولا عادة ولو صلح الوزن طريقا لوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار اللحم الذى فيها ماسة حتى يتعرف المشترى ذلك بالجس والمس باليد والرفع من الارض ونحو ذلك ولان الحى يثقل بنفسه مرة و يخف أخرى فيختلف وزنه فدل أن الوزن لا يصلح طريق المعرفة (وأما) التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبوح ليعرف اللحم الذى كان فيها عند العقد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة تحتمل الزيادة والنقصان والسمن والهزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حالة العقد بالتجربة (وأما) الحزر والظن فانه لا حزر لمن لا بصارة له فى هذا الباب بل يخطئ لا محالة ومن له بصارة يغلط أيضاً ظاهرا وغالباً و يظهر تفاوت فاحش فدل أنه لا طريق لمعرفة اللحم الذى فى الشاة الحية فلم يكن موزونا فلا يكون محلا للربا بالفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون بالموزون لانه يمكن معرفة مقدار الدهن فى السمسم بالتجربة بان يوزن قدر من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر وزن دهنه الذى فى الجملة بالقياس عليه أو يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذى كان فيها حالة العقد أو يعرف بالحزر والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش يلحق الضرر باحد العاقدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم يجز لاحتمال الربا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان اللحم الذى فى الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه و بخلاف جنسه فيراعى فيه طريق الاعتبار بخلاف اللحم الذى فى الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا فجازت المجازفة فيه. ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بما ليس بموزون فلا يتحقق الربا كما لو باع شاة حية بلحم الشاة وأما عند محمد فلان اللحم يقابل اللحم و زيادة اللحم فى احداهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الاخرى فلا يتحقق الربا وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة جاز بالاجماع على اختلاف الاصلين ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز و يكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم فى أحد الجانبين مع السقط يكون بمقابلة سقط

الاخرى ولو باع شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الاخرى ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يجوز لان زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون ربا ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز لانهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين فى الوزن يجوز يداً بيد ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ودهن الكتان بالكتان والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها صوف واللبن بحيوان فى ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض ونخل عليه تمر والحنطة بارض فيها زرع قد أدرك ونحو ذلك من أموال الربا حتى يكون المفرد اكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف الجنس وسنذكر أجناس هذه المسائل فى مواضعها ان شاء الله تعالى هذا اذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه أو من خلاف جنسه فاما اذا قوبل ابدال من جنسين مختلفين بابدال من جنسين مختلفين فان كان من غير أموال الربا فلا شك أنه يجوز وتقسم الابدال من أحد الجانبين بالابدال من الجانب الآخر قسمة توزيع واشاعة من حيث التقويم وان كان من أموال الربا فيجوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة ويصرف الجنس الى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة اشاعة وتوزيع وعند زفر والشافعى لا يجوز ويقسم قسمة توزيع واشاعة من حيث القيمة كما فى غير أموال الربا وبيان ذلك فى مسائل اذا باع كر حنطة وكر شعير بكرى حنطة وكرى شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف الحنطة الى الشعير والشعير الى الحنطة وعندهما لا يجوز وكذلك اذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين (وجه) قول زفر والشافعى أن هذا بيع ربا فلا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف أنه قابل الجملة بالجملة مطلقا ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضى انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الابدال من الجانب الآخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة اذا كانت الابدال مختلفة القيم استدلالا بسائر البياعات فى غير أموال الربا فانه اذا باع عبدا وجارية بفرس وثوب وقيمتهما مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذا الجارية حتى لو وجد بواحد من الجملة عيبا يرده بحصته من البدلين وكذا لو استحق واحد منهما يرده بحصته من البدلين على البائع وكذا لو كان أحد البدلين داراً فالشفيع يأخذها بحصتها من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذى قلنا هو الموجب الاصلى فى البياعات كلها والانقسام على هذا الوجه فى أموال الربا يحقق الربا لانه يصير بائعا كر حنطة وكرى شعير بكرى شعير وبكر حنطة فيتحقق الربا على أنه ان لم يتحقق الربا ففيه احتمال الربا وأنه مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة (ولنا) عمومات البيع من غير فصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدليل ولان المتعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق الربا لانه اسم لفضل مال فى مقابلة الجنس بالجنس عينا ولم يوجد أو نقول مطلق المقابلة تحتمل مقابلة الجنس بالجنس على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم وتحتمل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لان كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة الا انا لو حملناه على الاول يفسد العقد ولو حملناه على الثانى لصح فالحمل على ما فيه الصحة أولى وقوله موجب البيع المطلق المشتمل على ابدال من الجانبين انقسام كل بدل من أحد الجانبين على جميع الابدال من الجانب الآخر على الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع لان هذا موجب العقد المطلق فى موضع فى مسائل البياعات فى غير أموال الربا ما ثبت الانقسام موجباله بل بحكم المعاوضة والمساواة فى الابدال لانهما لما أطلقا البيع وهو يشتمل على ابدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض بالبعض وليس البعض باولى من البعض فى التعيين فلزم القول بالاشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهى ضرورة الرد بالعيب بالاشاعة والرجوع عند الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت الانقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على

ما عرف وقوله فيه احتمال الربا قلنا احتمال الربا ههنا يوجب فساد العقد عند مقابلة الجنس بالجنس عينا كما في بيع الصبرة بالصبرة لا على الاطلاق لان عند مقابلة الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم توجد ههنا فلا توجب الفساد وعلى هذا اذا باع دينارا ودرهمين بدرهمين ودينارين انه يجوز عندنا ويكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين وكذا اذا باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم يجوز عندنا بأن يجعل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وكذا اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار انه جائز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والخمسة الاخرى بمقابلة الدينار وكذلك اذا باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز عندنا وكانت العشرة بمثلها ودينار بدرهم وكذلك قال أبو حنيفة عليه الرحمة انه اذا باع مائة درهم ودينار بألف درهم يجوز ولا بأس به وتكون المائة بمقابلة المائة والتسعمائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربا وكذا روى عن محمد انه قال اذا باع الدراهم بالدراهم وفي أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز في الحكم ولكني اكرهه فقيل كيف تجده في قلبك قال أجده مثل الجبل والحاصل انه ينظر الى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس ان بلغت قيمته قيمة الزيادة أو كانت أقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة وان كانت شيأ قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة وان كان شيأ لا قيمة له اصلا ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع أصلا لان الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا

❊ فصل ❊ وأما شرائط جريان الربا (فمنها) أن يكون البدلان معصومين فان كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويتحقق الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة في حكم الاسلام انه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم الاسير في دار الحرب أو الحربي الذي أسلم هناك ولم يهاجر الينا فبايع أحدا من أهل الحرب (وجه) قول أبي يوسف ان حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق الكفار لانهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الاقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساده كما اذا بايع المسلم الحربي المستأمن في دار الاسلام (ولهما) ان مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه الا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة فاذا بدله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الاخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك وانه مشروع مفيد للملك كالاستيلاء على الحطب والحشيش وبه تبين ان العقد ههنا ليس بتملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا لان ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الاخذ تملكا لكنه اذا زال فالملك للمسلم يثبت بالاخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الربا لان الربا اسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم اذا باع حربيا دخل دار الاسلام بأمان لانه استفاد العصمة بدخوله دار الاسلام بأمان والمال المعصوم لا يكون محلا للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربا في العقد مفسد وكذلك الذمي اذا دخل دار الحرب فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في الاسلام فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا لان ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة وما يبطل أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم الا الخمر والخنزير على ما نذكر ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون البدلان متقومين شرعا وهو أن يكونا مضمونين حقا للعبد فان كان أحدهما غير مضمون حقا للعبد لا يجري فيه الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل المسلم دار الحرب فبايع رجلا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الاسلام انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لانه تابع للنفس وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان والمسئلة تأتي في كتاب السير ولو دخل مسلمان دار الحرب فتبايعا درهما بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة في دار الاسلام

لايجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو أسلم الحربي الذي
بايع المسلم ودخل دار الاسلام أو أسلم أهل الدار فما كان من ربا مقبوض أو بيع فاسد مقبوض فهو جائز ماض
وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمرهم
سبحانه وتعالى بترك ما بقى من الربا والامر بترك ما بقى من الربا نهي عن قبضه فكأنه تعالى قال اتركوا قبضه فيقتضي
حرمة القبض وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كل ربا في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي والوضع
عبارة عن الحط والاسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان بالاسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد لانه
تقرير العقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا
ومتى حرم القبض لم يكن في بقاء العقد فائدة (ومنها) أن لا يكون البدلان ملكا لاحد المتبايعين فان كان لا يجرى الربا
وعلى هذا يخرج العبد المأذون اذا باع مولاه درهما بدرهمين وليس عليه دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين فما في يده
لمولاه فكان البدلان ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربا اذ هو مختص بالبياعات وكذلك المتعاوضان اذا
تبايعا درهما بدرهمين يجوز لان البدل من كل واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة
حقيقة وكذلك الشريكان شركة العنان اذا تبايعا درهما بدرهمين من مال الشركة جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة
لا يجوز لانهما في غير مال الشركة أجنبيان ولو كان على العبد المأذون دين فباعه مولاه درهما بدرهمين لا يجوز بالاجماع
(أما) عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلم يجتمع البدلان في ملك
واحد وعندهما وان كان يملك لكن ملكا محجورا عن التصرف فيه لتعلق حق الغرماء به فكان المولى كالاجنبي عنه
وكذلك المولى اذا عاقد مكاتبه عقد الربا لم يجز لان المكاتب في حق الاكتساب ملحق بالاحرار لانقطاع تصرف
المولى عنها فأشبه الاجانب (وأما) اسلام المتبايعين فليس بشرط لجريان الربا فيجرى الربا بين أهل الذمة وبين
المسلم والذمي لان حرمة الربا ثابتة في حقهم لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات ان لم يكونوا مخاطبين بشرائع
هي عبادات عندنا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وروى ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر إما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله وهذا في نهاية الوعيد فيدل
على نهاية الحرمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة في أموال الربا بعضها
ببعض لان حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضا لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما اجتمع
الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال والاصل فيه ان كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما
لا فلا لان التماثل والخلو عن الربا فيما يجرى فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة فيقع الشك
في وجود شرط الصحة فلا تثبت الصحة على الاصل المعهود في الحكم المعلق على شرط اذا وقع الشك في وجود شرطه
انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل في مسائل
اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فان لم يعلما كيلهما أو علم أحدهما دون الآخر أو علما كيل أحدهما دون الآخر
لا يجوز لما قلنا وان علم استواؤهما في الكيل فان علم في المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم حالة العقد فكأنه
عند العقد وان علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر يجوز علم قبل الافتراق أو بعده (وجه) قوله ان الحاجة الى الكيل
عند العقد لتحقق المساواة المشروطة وقد تبين انها كانت ثابتة عنده (ولنا) ان علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد
شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد شرط الصحة ان الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه
الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل اي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلا بد
وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكنهما من رعاية هذا الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقتسماها مجازفة
لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة

وزنا بوزن متساويا فى الوزن لم يجز لان الحنطة مكيلة والتساوى فى الكيل شرط جواز البيع فى المكيلات ولا تعلم المساواة بينهما فى الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية و يعتبر التساوى فيها بالوزن وان كانت فى الاصل كيلية وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة انهما لا يجوزان لان المزابنة بيع التمر على رؤس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدرى أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدرى أيهما أكثر والمحاقلة بيع الحب فى السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الربا بالمجازفة لانه لا تعرف المساواة بينهما فى الكيل وقد روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة وفسر محمد رحمه الله المزابنة والمحاقلة فى الموطأ بما قلنا وهو كان اماما فى اللغة كما كان اماما فى الشريعة وقال كذلك الجواب اذا كان أكثر من خمسة أوسق فأما ما دون خمسة أوسق فلا بأس به لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة أوسق فقد رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم من جملة ما حرم من المزابنة ما دون خمسة والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحا وتفسير العرية عندنا ما ذكره مالك بن انس فى الموطأ رضى الله عنه وهو أن يكون لرجل نخيل فيعطى رجلا منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما لعياله ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بمكيلتها تمرا عند اصرام النخل وذلك مالا بأس به عندنا لانه لا بيع هناك بل التمر كله لصاحب النخل فان شاء سلم له ثمر النخل وان شاء أعطاه بمكيلتها من التمر الا انه سماه الراوى بيعا لتصوره بصور البيع لا أن يكون بيعا حقيقة بل هو عطية الا ترى انه لم يملكه المعرى له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعا ولانه لو جعل بيعا لكان بيع التمر بالتمر الى أجل وانه لا يجوز بلا خلاف دل أن العرية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هى عطية ولان العرية هى العطية لغة قال حسان بن ثابت رضى الله عنه

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح

ولو اشترى بكر من تمر نخلا عليها ثمر وسمى التمر او ذكر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل فى البيع يراعى فى جوازه طريق الاعتبار وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل التمر ليكون التمر بمثله والزيادة بازاء النخل فان كان أقل لا يجوز لان التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا وكذا اذا كان مثله لان النخل يكون فضلا لا يقابله عوض فى عقد المعاوضة وكذا اذا كان لا يدرى عندنا خلافا لزفر وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى ثم انما يجوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان كان نسيئة لم يجز لتحقق ربا النساء هذا اذا كان ثمر النخل بسرا أو رطبا أو تمرا يابسا عند العقد فان كان كفرى جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار لانه بيع الكفرى بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن التمر موجودا عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض كرا أو أكثر من الكر لا يفسد البيع بخلاف ما اذا كان التمر موجودا عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض فباعه مع النخل بالتمر وكيل التمر مثل كيل ثمر النخل أو أقل حيث يفسد البيع لان العاقدين أدخلا الربا فى العقد لانهما قابلا الثمن بكل المبيع فانقسم الثمن عليهما و بعض المبيع مال الربا فدخل الربا فى العقد باشتراطهما واشتراط الربا فى العقد مفسد له وههنا البيع كان صحيحا فى الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ المبيع هو النخل وحده الا انه اذا زاد فقد صار مبيعا فى حال البقاء لا بصنعهما فبقى البيع صحيحا والزيادة ملك المشترى و ينقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت القبض فيطيب له من التمر قدر حصته من الثمن لانه فضل له ذلك القدر ببدل ولا يطيب له الفضل و يتصدق به لانه ربح ما لم يضمن ولو قضى الثمن من التمر الحادث ينظر ان قضاه منه قبل القبض فقضاؤه باطل لان القضاء منه تصرف فى المبيع قبل القبض وانه لا يجوز وجعل كأنه لم يقبض حتى لو هلك الثمن فى يد البائع بآفة سماوية لا يسقط شئ من الثمن وان أكله البائع تسقط حصته من الثمن وان كان المشترى قبض الثمن ثم قضى منه جاز

القضاء لانه تصرف فى المبيع بعد القبض وانه جائز وعليه أن يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقيمة فيهما مجازفة ولو تبايعا حنطة بشعير او ذهبا بفضة مجازفة جاز لان المماثلة فى بيع الجنس بخلاف الجنس غير مشروطة ولهذا جازت المفاضلة فيه فالمجازفة أولى وكذلك القيمة وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة بأن اشترى سيفا محلى بفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاما أو سرجا أو سكينا مفضضا أو جارية فى عنقها طوق من فضة أو اشترى ذهبا وغيره بذهب مفرد كما اذا اشترى ثوبا منسوجا بالذهب بذهب مفرد أو جارية مع حليتها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه طريق الاعتبار وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذهب المفرد أكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربا فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع لم يجز لان زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابله عوض فى عقد البيع فيكون ربا وكذلك اذا كان مثله فى الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه أكثر أو مثله أو أقل أو اختلف أهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن أكثر وقال بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز (وجه) قوله ان الاصل فى البيع جوازه والفساد بعارض الربا وفى وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك لان جهة الفساد فى هذا العقد أكثر من جهة الجواز لان وزن المفرد لو كان أقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان اكثر يجوز فجاز من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب ثم اذا كان وزن المفرد اكثر حتى جاز البيع فيجتمع فى هذا العقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب و بيع مطلق وهو بيع الذهب أو الفضة بخلاف جنسها فيراعى فى الصرف شرائطه وسنذكر شرائط الصرف فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا فات شئ من الشرائط حتى فسد الصرف هل يتعدى الفساد الى البيع المطلق فيه تفصيل نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة أو ذهبا مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشترى ذهبا مع غيره بفضة مفردة أو فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جائز لانه لا ربا عند اختلاف الجنس غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب أو الفضة يكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعا مطلقا على ما نذكره فى بيان شرائط الصرف وعلى هذا الاصل يخرج بيع تراب معدن الفضة والذهب أما تراب معدن الفضة فلا يخلو اما أن يكون باعه بفضة واما ان يكون باعه بغيرها فان باعه بفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فى التراب من الفضة لا على التراب لانه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز وان باعه بذهب جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص منه شئ تبين أن البيع كان فاسدا لانه تبين أنه باع ما ليس بمال فصار كما لو اشترى شخصاً على أنه عبد ثم تبين أنه حر أو اشترى شاة مسلوخة على أنها مذبوحة ثم تبين أنها ميتة فان خلص منه شئ فالامر ماض والمشترى بالخيار لانه اشترى شيأ لم يره فاشبه ما لو اشترى ثوبا فى سفط أو سمكة فى جب ولو باعه بعوض جاز أيضاً لما قلنا ثم ينظر ان خلص منه شئ أو لم يخلص على ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فيهما من الفضة ولا يعلم تساويهما فى الوزن فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لاختلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ان لم يخلص منه شئ تبين أن البيع كان فاسدا لانه تبين أنه باع ما ليس بمال وكذا ان خلص من أحدهما ولم يخلص من الآخر لانه تبين أنه باع المال بما ليس بمال وان خلص من كل واحد منهما فالامر ماض ولهما خيار الرؤية لان كل واحد منهما مشتر ما لم يره وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقتسماه لم يجز لان القسمة فيها معنى البيع فلا يحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه قفيزاً بغير عينه بذهب أو بعرض لم يجز لان المبيع ما فى التراب من الفضة وانه

مجهول القدر لانه متفاوت منه قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة لان قفزان الصبرة الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة ولو باع نصف جملة التراب أو ثلثها أو ربعها شائعا بذهب أو عرض جاز لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربا الا اذا لم يخلص منه شئ فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شئ فيكون ما خلص مشتركا بينهما وله الخيار اذا رآه ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض لان القرض وقع على ما يخلص منه والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز ان خلص منه شئ كما يجوز لو بيع منه شئ فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شئ فيكون اجره مما خلص ولو استأجر أجيرا بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة ان خلص منه شئ لانه استأجره بمال والاجير بالخيار لانه آجر نفسه بما لم يره فان شاء رضي به ولا شئ له غيره وان شاء رده ورجع على المستأجر باجر مثله بالغا ما بلغ ولو استأجره بقفيز من تراب بغير عينه لا تجوز الاجارة لان الاجرة ما في التراب من الفضة وأنه مجهول القدر ولهذا لم يجز بيعه ويكون بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله أجر مثله وعلى هذا حكم تراب معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) تراب الصاغة فان كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وان كان فيه ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة فان اشتراه بذهب أو فضة لم يجز لاحتمال أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة اكثر أو أقل أو مثله فيتحقق الربا ولو اشتراه بذهب وفضة جاز لانه اشترى ذهبا وفضة بذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال الربا وهذا كله اذا خلص منه شئ فان لم يخلص تبين أن البيع كان فاسدا وعلى هذا الاصل يخرج بيع الدراهم المغشوشة التي الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة أنه لا يجوز الا على طريق الاعتبار وجملة الكلام فيه أن الدراهم المضروبة أقسام ثلاثة اما أن تكون الفضة فيها هي الغالبة واما أن يكون الغش فيها هو الغالب واما أن يكون الفضة والغش فيها على السواء فان كانت الفضة فيها هي الغالبة بان كان ثلثاها فضة وثلثها صفرا أو كانت ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفرا ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة الا سواء بسواء وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مثلا بمثل لان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم هو الاصل في احكام الشرع ولان الدراهم الجياد لا تخلو عن قليل غش لان الفضة لا تنطبع بدونه على ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لان الفضة فيها اذا كانت مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاساً لا يباع بالنحاس الا سواء بسواء يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله أيضاً فانه يعتبر فيه كل واحد منهما على حاله ولا يجعل أحدهما تبعاً للآخر كأنهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صاحبه لانه اذا أمكن تخليص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك لم يكن أحدهما مستهلكا فلا يجوز بيعها بفضة خالصة الا على طريق الاعتبار وهو أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة المخلوطة يصرف الى الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الى الغش كما لو باع فضة وصفرا ممتازين بفضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة أقل من المخلوطة لم يجز لان زيادة الفضة المخلوطة مع الصفر يكون فضلا خاليا من العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكذا اذا كانت مثلها لان الصفر يكون فضلا لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدري قدر الفضتين أيهما أكثر أو هما سواء لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وقد ذكرنا الحجج فيما قبل وذكر في الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها صفرا وثلثها فضة ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصفر ولا يدري اذا خلصت أيبقى الصفر أم يحترق أنه يراعى في بيع هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار ثم اذا كانت الفضة الخالصة أكثر حتى جاز البيع يكون هذا صرفا وبيعا

مطلقاً فيراعى فى الصرف شرائطه واذا فسد بفوات شرط منه يفسد البيع فى الصفر لانه لا يمكن تمييزه الا بضرر و بيع
مالا يمكن تمييزه عن غيره الا بضرر فاسد على ماذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جاز لان المانع هو الربا واختلاف
الجنس يمنع تحقق الربا لكن يراعى فيه شرائط الصرف لانه صرف واذا فات شرط منه حتى فسد يفسد البيع فى الصفر
أيضاً لما قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساوياً ومتفاضلا نص عليه محمد فى الجامع ويصرف الجنس
الى خلاف الجنس كما لو باع فضة منفصلة وصفرا منفصلا بفضة وصفر منفصلين وقالوا فى الستوقة اذا بيع بعضها
ببعض متفاضلا أنه يجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ومشايخنا لم يفتوا فى ذلك الا بالتحريم احترازا عن فتح
باب الربا وقالوا فى الدراهم القطر يفينه يجوز بيع واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها بدرهم فضة لان ما فيها من
الفضة يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة وزيادة الفضة تكون بمقابلة الصفر ولا يجوز بيع ستة منها بدرهم فضة لان
الصفر الذى فيها يبقى فضلا خاليا عن العوض فى عقد المعاوضة فيكون ربا وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل
رحمه الله لا يفتى بجواز هذا وان كانت الفضة والغش فيها سواء فلم يقطع محمد الجواب فيه فى الجامع لكنه بناه على قول
الصيارفة وحكى عنهم انهم قالوا ان الفضة والصفر اذا خلطا لا تتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر لانهما لا يتميزان
الا بذهاب أحدهما والصفر أسرعهما ذهابا فقال فى هذه الدراهم ان كانت الفضة هى الغالبة أى على ما يقوله الصيارفة
ان الصفر يتسارع اليه الاحتراق عند الاذابة والسبك فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا بيع بعضها ببعض الا سواء
بسواء كبيع الزيوف بالجياد لان الصفر اذا كان يتسارع اليه الاحتراق كان مغلوبا مستهلكا فكان ملحقاً بالعدم وان لم
يغلب أحدهما على الآخر وبقيا على السواء يعتبر كل واحد منهما على حياله كانهما منفصلان ويراعى فى بيعهما بالفضة
الخالصة طريق الاعتبار كما فى النوع الاول ويجوز بيع بعضها ببعض متساوياً ومتفاضلا ويصرف الجنس الى خلاف
الجنس كما فى النوع الاول والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عدداً (أما) النوع
الاول وهو ما كانت فضته غالبة على غشه فلا يجوز استقراضه الا وزنا لان الغش اذا كان مغلوبا فيه كان بمنزلة الدراهم
الزائفة ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عددا لانها وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان بيع بعضها ببعض مجازفة
فلم يجز فلا يجوز استقراضها أيضاً لانها مبادلة حقيقة أو فيها شبهة المبادلة فيجب صيانتها عن الربا وعن شبهة الربا ولهذا
لم يجز استقراض الكيلى وزنا لما ان الوزن فى الكيلى غير معتبر فكان اقراضه مبادلة الشىء بمثله مجازفة أو شبهة المبادلة
فلم يجز كذا هذا وكذلك النوع الثالث وهو ما اذا كان نصفه فضة ونصفه صفراً لان الغلبة اذا كانت الفضة على اعتبار
بقائها وذهاب الصفر فى المآل على ما يقوله أهل الصنعة كان ملحقاً بالدراهم الزيوف فلا يجوز استقراضه عدداً وان
كان لا يغلب أحدهما على الآخر ويبقيان بعد السبك على حالهما كان كل واحد منهما أصلا بنفسه فيعتبر كل واحد
منهما على حياله فكان استقراض الفضة والصفر جملة عدداً وهذا لا يجوز لان اعتبار الصفر ان كان يوجب الجواز
لان الفلس عددى فاعتبار الفضة يمنع الجواز لان الفضة وزنية فالحكم بالفساد عند تعارض جهتى الجواز والفساد
أحوط وأما النوع الثانى ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوبة فانه ينظر ان كان الناس يتعاملون به وزنا لا عدداً
لا يجوز استقراضه عدداً لان العدد فى الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة أو شبهة المبادلة
وأنه لا يجوز وان كانوا يتعاملون به عدداً يجوز استقراضه عدداً لانهم اذا تعاملوا به عددا فقد ألحقوه بالفلوس وجعلوا
الفضة التى فيه تبعاً للصفر وأنه ممكن لانها قليلة وقد يكون فى الفلوس فى الجملة قليل فضة فثبتت التبعية بدلالة التعامل
ومثل هذه الدلالة لم توجد فيما اذا تعاملوا بها وزنا لا عدداً فبقيت وزنية فلا يجوز استقراضه عددا وان تعامل الناس بها
عدداً لان هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش لانها أكثر منه أو مثله والكثير لا يكون تبعاً للقليل ومثل هذا الشىء
لا يكون تبعاً أيضاً فبقيت على الصفة الاصلية الثابتة لها شرعا وهى كونها وزنية فلا يجوز استقراضها مجازفة كما لا يجوز
بيع بعضها ببعض مجازفة وكذا الشراء بالدراهم المغشوشة من الانواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاستقراض سواء

فلا يجوز الشراء بالنوع الاول الا وزنا لانها فى حكم الجياد وانها وزنية فلم يجز الشراء بها الا وزنا اذا لم يكن مشارا اليها وكذلك بالنوع الثالث لما ذكرنا فى الاستقراض وأما النوع الثالث فالامر فيه على التفصيل الذى ذكرناه فى الاستقراض ان الناس ان كانوا يتبايعون بها وزنا لا عددا لا يجوز لاحد أن يبتاع بها عددا لان الوزن صفة أصلية للدراهم وانما تصير عددية بتعامل الناس فان جرى التعامل بها وزنا لا عددا فقد تقررت الصفة الاصلية وبقيت وزنية فاذا اشترى بها عددا على غير وزن والعدد هدر ولم توجد الاشارة فقد بقى الثمن مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدرى ما وزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما اذا اشترى بها عددا على غير وزن ولكن أشار اليها فيما يكتفى فيه بالاشارة حيث يجوز لان مقدار وزنها وان كان مجهولا بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لانه يمكن معرفة مقدار المشار اليه بالوزن اذا كان قائماً فلا يمنع جواز العقد وان كانوا يتبايعون بها عددا جاز لانها صارت عددية بتعامل الناس وصارت كالفلوس الرائجة هذا اذا اشترى بالانواع الثلاثة عددا على وزن ولم يعينها فاما اذا عينها واشترى بها عرضاً بأن قال اشتريت هذا العرض بهذه الدراهم وأشار اليها فلا شك فى جواز الشراء بها ولا تتعين بالاشارة اليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلكت قبل أن ينقدها المشترى لا يبطل البيع ويعطى مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها (أما) النوع الاول فلانها بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا يبطل البيع بهلاكها فكذا هذه (وأما) النوع الثانى فلان الصفة فيها ان كانت هى الغالبة على ما يقوله السباكون فهى فى حكم النوع الاول وان لم يغلب أحدهما على الآخر يعتبر كل واحد منهما بحياله فلا يبطل البيع أيضاً لان اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه يتعين فلا يبطل بالشك (وأما) النوع الثالث فلان الناس ان كانوا يتعاملون بها وزنا فهى وسائر الدراهم سواء فلا تتعين بالاشارة ويتعلق العقد بمثلها فى الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلاكها وان كانوا يتعاملون بها عددا فهى بمنزلة الفلوس الرائجة وأنها اذا قوبلت بخلاف جنسها فى المعاوضات لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بل بمثلها عددا ولا يبطل بهلاكها كذا هذا ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس فهى بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص حتى تتعين بالاشارة اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلاكها قبل القبض لانها صارت سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالمين بحال هذه ويعلم كل واحد منهما ان الآخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق بالدراهم الرائجة التى عليها تعامل الناس فى تلك البلد هذا اذا صارت بحيث لا تروج أصلا فاما اذا كانت يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة فيجوز الشراء بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها والله سبحانه وتعالى أعلم ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم فى الانواع الثلاثة بعد الاشارة اليها اذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن اعطاء مثلها بعد هلاكها فاما اذا كان لم يعلم لا عددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع لان الثمن صار مجهولا اذ المشترى لا يمكنه اعطاء مثل الدراهم المشار اليها (ومنها) الخلو من شبهة الربا لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الحرمات احتياطاً وأصله ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيأ نقداً أو نسيئة وقبضه المشترى ولم ينقد ثمنه انه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذى باعه منه عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة اياه فلا معنى للحكم بفساده كما اذا اشتراه بعد نقد الثمن ولنا ماروى ان امرأة جاءت الى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت انى ابتعت

خادما من زيد بن أرقم بثمانمائة ثم بعتها منه بستمائة فقالت سيدتنا عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت و بئس ما اشتريت أبلغي زيدا ان الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب (و وجه) الاستدلال به من وجهين أحدهما انها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة فالظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يلتحق الوعيد الا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لان البيع الفاسد معصية والثاني انها رضي الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والفاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح ولان في هذا البيع شبهة الربا لان الثمن الثاني يصير قصاصا بالثمن الاول فبقي من الثمن الاول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وهو تفسير الربا الا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة بخلاف ما اذا نقد الثمن لان المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكن الشبهة بالعقد ولو نقد الثمن كله الا شيأ قليلا فهو على الخلاف ولو اشترى ما باع بمثل ما باع قبل نقد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشتراه بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ولان فساد العقد معدول به عن القياس وانما عرفناه بالاثر والاثر جاء في الشراء بأقل من الثمن الاول فبقي ما وراءه على أصل القياس هذا اذا اشتراه بجنس الثمن الاول فان اشتراه بخلاف الجنس جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس الا في الدراهم والدنانير خاصة استحسانا والقياس أن لا يجوز لانهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر الاجناس المختلفة (وجه) الاستحسان انهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدين فكان في العقد الثاني شبهة الربا وهي الربا من وجه ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من بائعه بأقل مما باعه جاز لان نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب فيلتحق النقصان بالعدم كانه باعه بمثل ما اشتراه فلا تتحقق شبهة الربا ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز لان اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا ولو مات المشتري فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز لان الملك هناك لم يختلف وانما اقام الوارث مقام المشتري بدليل انه يرد بالعيب و يرد عليه وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان دارا فبنى عليها ثم ورد الاستحقاق فأخذ منه قيمة الولد ونقض عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشتري لو كان حيا لان الوارث قائم مقام المشتري فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشتري فرق بين هذا و بين ما اذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما باع قبل نقد الثمن انه يجوز اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال حياته (و وجه) الفرق أن الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه و وارث المشتري ورث عين المبيع فقام مقامه في عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشتري فلم يجز ووارث البائع ورث الثمن والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتمل الارث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه و روى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز الشراء من وارث البائع كما لا يجوز الشراء من وارث المشتري لان الوارث خلف المورث فالمشتري قائم مقامه كانه هو ولو باعه المشتري من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشتراه بأقل مما باع فهذا لا يخلو اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك الاول فان عاد اليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والاقالة قبل القبض و بعده والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك جاز الشراء منه بأقل مما باع لان اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الرؤية والرد بخيار الشرط قبل القبض و بعده بقضاء القاضي و بغير قضاء القاضي والرد بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضي و بغير قضاء القاضي و بعد القبض بقضاء القاضي لا يجوز الشراء منه بأقل مما باع لان الرد في هذه المواضع يكون فسخا والفسخ يكون رفعا من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه أصلا ولو كان كذلك لكان لا يجوز له الشراء فكذا هذا ولو لم يشتره البائع لكن اشتراه بعض من لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة

لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا يجوز من البائع وعند أبي يوسف ومحمد يجوز كما يجوز من الاجنبي (وجه) قولهما ان كل واحد منهما أجنبي عن ملك صاحبه لانفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه كسائر الاجانب ثم شراء الاجنبي لنفسه جائز فكذا شراؤه لصاحبه ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما ثابتا لصاحبه فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيؤثر في فساد العقد احتياطا في باب الربا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه أو بعض مماليكه ولا دين عليه أو عليه دين بأقل مما باع المولى لا يجوز كما لا يجوز عن المولى وكذا لو باع المدبر أو المكاتب أو بعض مماليكه ثم اشتراه المولى لا يجوز لان عقد هؤلاء يقع للمولى من وجه ولو كان وكيلا فباع واشترى بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز كما لو باع واشترى الموكل لنفسه لان المانع تمكن شبهة الربا وأن لا يفصل بين الوكيل والموكل ولذا سيدتنا عائشة رضى الله عنها لم تستفسر السائلة انها مالكة أو وكيلة ولو كان الحكم يختلف لاستفسرت وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يجز لانه لو اشتراه وكيله لم يجز فاذا اشتراه بنفسه أولى أن لا يجوز وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له أو بعض من لا تجوز شهادة الموكل له لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز على ما مر ولو باع ثم وكل بنفسه انسانا بان يشترى له ذلك الشئ بأقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فهو جائز للوكيل والثمنان يلتقيان قصاصا والزيادة من الثمن الاول لا تطيب للبائع ويكون ملكا له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وقال محمد التوكيل صحيح الا أنه اذا اشتراه الوكيل يكون مشتريا للبائع شراء فاسدا ويملكه البائع ملكا فاسدا وهذا بناء على أصل لهم فأصل أبي حنيفة انه ينظر الى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء الخمر أو بيعها انه يجوز وكذا المحرم اذا وكل حلالا ببيع صيد له أو بشراء صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر أهلية الوكيل وأصل أبي يوسف ومحمد انهما يعتبران أهلية العقد للعاقد والمعقود له جميعا حتى لم يجز التوكيل عندهما في المسئلتين الا أن محمدا خالف أبا يوسف في هذه المسئلة وترك أصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا وكل المسلم ذميا بان يشترى له من ذمى عبده بخمر وغير ذلك العبد ففعل الوكيل صح الشراء عند أبي حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى الوكيل للبائع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله وعند أبي يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعند محمد التوكيل صحيح ويكون مشتريا للموكل شراء فاسدا ولو باع بألف درهم حالة ثم اشتراه بألف درهم مؤجلة فالشراء فاسد لانه اشترى ما باع بأقل مما باع من حيث المعنى لان الحالة خير من المؤجلة وكذا لو باع بألف مؤجلة ثم اشتراه بألف مؤجلة الى أبعد من ذلك الاجل فهو فاسد لما قلنا ولو باع عبدا بألف وقبضه المشترى ثم اشتراه البائع وعبدا آخر قبل نقد الثمن فان الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما ثم ينظر فان كانت حصة العبد الذى باعه مثل ثمنه أو أكثر جاز الشراء فيهما جميعا أما في الذى لم يبعه فظاهر وكذا في الذى باعه لانه اشترى ما باع بمثل ما باع أو بأكثر مما باع قبل نقد الثمن وانه جائز وان كان أقل من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفسد في الآخر لان الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك وجد في أحدهما دون الآخر وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصل أبي حنيفة فكان ينبغي أن يفسد فيهما لان من أصله ان الصفقة متى اشتملت على ابدال وفسدت في بعضها أن يتعدى الفساد الى الكل كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعا صفقة واحدة وانما لم يفسد فيهما لان الفساد هنالك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول العقد في الآخر والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح في الآخر فلم ينعقد العقد أصلا والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع وذلك وجد في أحدهما دون الآخر فيفسد في أحدهما دون الآخر لان الاصل اقتصار الفساد على قدر المفسد ولهذا لو جمع بين عبدين وباع أحدهما الى الحصاد او الدياس أن البيع يفسد فيما

فى بيعه أجل ولا يفسد فى الآخر وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع فى القن ويفسد فى المدبر لوجود المفسد فى أحدهما دون الآخر كذا هذا (ومنها) قبض رأس المال فى بيع الدين بالعين وهو السلم والكلام فى السلم فى الاصل فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ركنه والثانى فى بيان شرائط الركن والثالث فى بيان مايجوز من التصرف فى المسلم فيه ومالا يجوز أما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع بان يقول رب السلم أسلمت اليك فى كذا أو اسلفت لان السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد يقال سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد فاذا قال المسلم اليه قبلت فقد تم الركن وكذا اذا قال المسلم اليه بعت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد الا بلفظ السلم لان القياس أن لا ينعقد أصلا لانه بيع ماليس عند الانسان وانه منهى عنه الا ان الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله ورخص فى السلم (ولنا) ان السلم بيع فينعقد بلفظ البيع والدليل على انه بيع ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ماليس عند الانسان عاما ورخص السلم بالرخصة فيه فدل ان السلم بيع ماليس عند الانسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهى بالترخص فيه

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فهى فى الاصل نوعان نوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع الى البدل (أما) الذى يرجع الى نفس العقد فواحد وهو أن يكون العقد باتاً عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لاحدهما لان جواز البيع مع شرط الخيار فى الاصل ثبت معدولا به عن القياس لانه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ومثل هذا الشرط مفسد للعقد فى الاصل الا انا عرفنا جوازه بالنص والنص ورد فى بيع العين فبقى ماوراءه على أصل القياس خصوصاً اذا لم يكن فى معناه والسلم ليس فى معنى بيع العين فيما شرع له الخيار لانه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن لانه بيع المفاليس فلم يكن فى معنى مورد النص فورود النص هناك لا يكون وروداً ههنا دلالة فبقى الحكم فيه للقياس ولان قبض رأس المال من شرائط الصحة على ماذكره ولا صحة للقبض الا فى الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض بخلاف المستحق انه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال وقد افترقا عن القبض وأجاز المستحق فالسلم صحيح لانه لما أجاز تبين ان العقد وقع صحيحاً من حين وجوده وكذا القبض اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وبخلاف خيار الرؤية والعيب لانه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق بابدانهما ورأس المال قائم فى يد المسلم اليه ينقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة وان كان هالكاً أو مستهلكاً لا ينقلب الى الجواز بالاجماع لان رأس المال يصير ديناً على المسلم اليه والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضاً (وأما) الذى يرجع الى البدل فأنواع ثلاثة نوع يرجع الى رأس المال خاصة ونوع يرجع الى المسلم فيه خاصة ونوع يرجع اليهما جميعاً (أما) الذى يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) بيان جنسه كقولنا دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر (ومنها) بيان نوعه اذا كان فى البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية أو دنانير نيسابورية أو حنطة سقية أو تمر برنى (ومنها) بيان صفته كقولنا جيد او وسط أو ردىء لان جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية الى المنازعة وانها مانعة صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم (ومنها) بيان قدره اذا كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفى بالاشارة اليه وهذا قول أبى حنيفة وسفيان الثورى وأحد قولى الشافعى وقال أبو يوسف ومحمد ليس بشرط والتعيين بالاشارة كاف وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله ولو كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط اعلام قدره ويكتفى بالاشارة بالاجماع وكذا اعلام قدر الثمن فى بيع العين ليس بشرط والاشارة كافية بالاجماع وصورة المسئلة اذا قال أسلمت اليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز عند أبى حنيفة وعندهما يجوز ولو قال

أسلمت اليك هـذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عـدده جاز بالاجماع (وجه) قولهما ان الحاجـة الى تعيين رأس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا حاجة الى اعلام قدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن فى بيع العين ولا فى السلم اذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره ولابى حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة قـدر المسـلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن كما اذا أسـلم فى المكيل بمكيال نفسـه بعينه ودلالة انها تؤدى الى ما قلنا ان الدراهم على ما عليه العادة لا تخلو عن قليـل زيف وقد يرد الاستحقاق على بعضها فاذا رد الزائف ولم يستبدل فى مجلس الرد ولم يتجوز المستحق ينفسخ السلم فى المسلم فيه بقدر المردود والمستحق و يبقى فى الباقى وذلك غـير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر ولهذا لم يصح السلم فى المكيلات بقفيز بعينه لانه يحتمل هـلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هـذا بخلاف بيع العين فان الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر فى العقد لان قبض الثمن غـير مستحق و بخلاف الثياب والعدديات المتفاوتة لان القدر فيهما ملحق بالصفة ألا ترى انه لو قال أسلمت اليك هذا الثوب على انه عشرة أذرع فوجـده المسلم اليه أحد عشر سلمت الزيادة له فثبت ان الزيادة فيها تجرى مجرى الصـفة واعلام صفة رأس المال ليس بشرط لصحة السلم اذا كان معيناً مشارا اليه وعلى هذا الخلاف اذا كان رأس المال جنسا واحدا مما يتعلق العقد على قدره فأسـلمه فى جنسين مختلفين كالحنطة والشعير أو نوعين مختلفين من جنس واحد كالهروى والمروى ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبى حنيفة وعندهما جائز ولو كان جنسا واحدا مما لا يتعلق العقد على قدره كالثوب والعددى المتفاوت فأسـلمه فى شيئين مختلفين ولم يبين حصة كل واحـد منهما من ثمن رأس المال فالثمن جائز بالاجماع ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين فأسـلمهما فى جنس واحد فهو على الاختلاف والـكلام فى هذه المسئلة بناء على الاصل الذى ذكرنا ان كون رأس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط (ووجه) البناء على هذا الاصل ان اعلام القدر لما كان شرطاً عنده فاذا كان رأس المال واحدا وقوبل بشيئين مختلفين كان انقسامه عليهـما من حيث القيمة لا من حيث الاجزاء وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف الا بالحزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولا وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده وعندهما اعـلام قدره ليس بشرط فجهالته لا تـكون ضارة ولو أسـلم عشرة دراهم فى ثوبين جنسهما واحـد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة فالسلم جائز بالاجماع (اما عندهما) فظاهر لان اعلام قدر رأس المال ليس بشرط وأما عنده فلان حصة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن فـكان قدر رأس المال معـلوما وصار كما اذا أسلم عشرة دراهم فى قفيزى حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال انه يجوز لما قلنا كذا هـذا ولو قبض الثوبين بعد محل الاجل ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة دراهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد له ذلك وله أن يبيعهما جميعاً مرابحة على عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم له أن يبيع أحدهما على خمسة مرابحة بلا خلاف ونذكر دلائل هذه الجملة فى مسائل المرابحة ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقبوضاً فى مجلس السـلم لان المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين وانه منهى عنـه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسـلم نهى عن بيع الـكالئ بالـكالئ أى النسيئة بالنسيئة ولان مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فانه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وفى الحديث من أسلم فليسلم فى كيل معلوم و روى من سلف فليسلف فى كيل معلوم والسلم ينبئ عن التسليم والسلف ينبئ عن التقدم فيقتضى لزوم تسليم رأس المال و يقدم قبضه على قبض المسلم فيه فان قيل شرط الشئ يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فـكيف يكون شرطاً فالجواب ان القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة فان العقد ينعقد صحيحا بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض و بقاء العقد صحيحاً يعقب

العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطاً له وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً والقياس ان لا يشترط قبضه فى المجلس اذا كان عيناً وهو قول مالك رحمه الله (وجه) القياس ان اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا افتراق عن عين بدين وانه جائز (وجه) الاستحسان ان رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم الا نادراً والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ما هو الاصل فى الشرع فى الحاق المفرد بالجملة ولان مأخذ العقد فى الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا وسواء قبض فى أول المجلس أو فى آخره فهو جائز لان ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما يمشيان فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهما جاز لان ما قبل الافتراق بأبدانهما له حكم المجلس وعلى هذا يخرج الابراء عن رأس مال السلم انه لا يجوز بدون قبول رب السلم لان قبض رأس المال شرط صحة السلم فلو جاز الابراء من غير قبوله وفيه اسقاط هذا الشرط أصلا لكان الابراء فسخاً معنى وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الابراء وبقى عقد السلم على حاله واذا قبل جاز الابراء لان الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وانه جائز واذا جاز الابراء وانه فى معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الابراء عن المسلم فيه انه جائز من غير قبول المسلم اليه لانه ليس فى الابراء عنه اسقاط شرط لان قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول وبخلاف الابراء عن ثمن المبيع انه يصح من غير قبول المشترى الا انه يرتد بالرد لان قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع الا انه يرتد بالرد لان فى الابراء معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً لضرر المنة ولا يجوز الابراء عن المبيع لانه عين والابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السلم فى مجلس العقد انه لا يجوز وهو ان يأخذ برأس مال السلم شيأ من غير جنسه لان قبض رأس المال لما كان شرطاً فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة وانما يقبض بدله وبدل الشئ غيره وكذلك الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا فان أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ أو رضى المسلم اليه بالاردإ جاز لانه قبض جنس حقه وانما اختلف الوصف فان كان أجود فقد قضى حقه وأحسن فى القضاء وان كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه النقصان فلا يكون أخذ الاجود والاردإ استبدالا الا انه لا يجبر على أخذ الاردإ لان فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلابد من رضاه وهل يجبر على الاخذ اذا أعطاه أجود من حقه قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله يجبر عليه وقال زفر لا يجبر (وجه) قوله ان رب السلم فى اعطاء الزيادة على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من الزام المنة فلا يلزمه من غير التزامه (ولنا) ان اعطاء الاجود مكان الجيد فى قضاء الديون لا يعد فضلا وزيادة فى العادات بل يعد من باب الاحسان فى القضاء ولواحق الايفاء فاذا أعطاه الاجود فقد قضى حق صاحب الحق وأجمل فى القضاء فيجبر على الاخذ (وأما) الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر فلا يجوز أيضاً لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدم وهو ان المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وان أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرناه (وأما) استبدال رأس مال السلم بجنس آخر بعد الاقالة أو بعد انفساخ السلم العارض فلا يجوز عندنا خلافاً لزفر ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الاقالة بالاجماع وقد مر الكلام فيه والفرق فيما تقدم وتجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه فيجوز كما فى سائر العقود فلو امتنع الجواز فانما يمتنع لمكان الخلل فى شرط عقد السلم وهو القبض وهذه العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسائل الى استيفاء الحق فكانت مؤكدة له هذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر لا يجوز لان هذه العقود شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصح وهذا غير سديد لان معنى التوثيق يحصل فى الحقين جميعاً فجاز العقد فيهما جميعاً ثم اذا جازت الحوالة والكفالة فان قبض المسلم اليه رأس مال السلم من المحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما اذا كانا فى المجلس سواء بقى الحويل والكفيل أو افترقا بعد ان كان العاقدان فى المجلس وان افترقا العاقدان بأنفسهما قبل القبض

بطل السلم و بطلت الحوالة والكفالة وان بقي المحال عليه والكفيل في المجلس فالعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما وعلى هذا الحوالة والكفالة ببدل الصرف انهما جائزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين بابدانهما شرط وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا فان افترق العاقدان بابدانهما قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف و بطلت الحوالة والكفالة كما في السلم (وأما) الرهن برأس مال السلم فان هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا لرأس المال لان قبض الرهن قبض استيفاء لانه قبض مضمون وقد تقرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض رأس المال فتم عقد السلم وان كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره و يبطل في الباقي لانه استوفى من رأس المال بقدره وان لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال وعليه رد الرهن على صاحبه وكذا هذا الحكم في بدل الصرف اذا أخذ به رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بابدانهما تم عقد الصرف لانه بالهلاك صار مستوفيا وان لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف لفوات شرط الصحة وهو القبض كما في السلم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان رأس المال دينا على المسلم اليه أو على غيره فاسلمه انه لا يجوز لان القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقا عن دين بدين وانه منهى فان نقده في المجلس جاز ان كان الدين على المسلم اليه ولان المانع ههنا ليس الا انعدام القبض حقيقة وقد زال وان كان على غيره لا يجوز وان نقده في المجلس لكن هناك مانع آخر وهو العجز عن التسليم لان ما في ذمة الغير لا يكون مقدور التسليم والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصحة على ما مر وهذا المانع منعدم في الفصل الاول لان ذمة المسلم اليه في يده فكان قادرا على التسليم عند العقد وانما لم يجز لعدم القبض واذا وجد جاز ولو أسلم دينا وعينا وافترقا جاز في حصة العين و بطل في حصة الدين لان الاصل ان الفساد بقدر المفسد والمفسد عدم القبض وانه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عبدين ولم يقبضهما حتى هلك أحدهما قبل القبض انه يبطل العقد في الهالك ويبقى في الآخر لما قلنا كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض رأس المال ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه انه يبطل السلم و بيان ذلك ان جملة رأس المال لا تخلو اما أن تكون عينا وهو ما يتعين بالتعيين واما أن تكون دينا وهو ما لا يتعين بالتعيين والعين لا تخلو اما أن توجد مستحقا أو معيبا والدين لا يخلو اما أن يوجد مستحقا أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصا وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون قبل الافتراق أو بعده وجد كله كذلك أو بعضه دون بعض وكذلك أحد المتصارفين اذا وجد بدل الصرف كذلك فهو على التفاصيل التي ذكرنا فان كان رأس المال عينا فوجده المسلم اليه مستحقا أو معيبا فان لم يجز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله لانه انتقض القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة غيره مقامه في القبض لانه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس فيبطل السلم وان أجاز المستحق ورضي المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه تبين ان قبضه وقع صحيحا فحصل الافتراق عن قبض رأس المال أولا ولا سبيل للمستحق على المقبوض لانه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكا للمسلم اليه وله أن يرجع على الناقد بمثله ان كان مثليا و بقيمته ان لم يكن مثليا لانه أتلف عليه ماله بالتسليم وكذا في الصرف غير أن هناك اذا كان البدل المستحق أو المعيب عينا كالتبر والمصوغ من الفضة ولم يجز المستحق ولا رضي القابض بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار ان كان قائما و بمثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار في ظاهر الرواية كما في بيع العين اذا استحق المبيع وأخذه المستحق ولو كان قابض الدينار تصرف فيه وأخرجه من ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في المقبوض بعقد فاسد هذا اذا كان رأس المال عينا فاما اذا كان دينا فان وجده مستحقا وأجاز المستحق فالسلم ماض سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه ظهر ان القبض كان صحيحا ولا

سبيل للمشترى على المقبوض و يرجع على الناقد بمثله لانه أتلفه بالتسليم وهومثلى فيرجع عليه بمثله وان لم يجز فان كان قبل الافتراق واستبدل فى المجلس فالسلم ماض لان رأس المال اذا كان دينا كان الواجب فى ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض المستحق ان لم يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله و يلتحق ذلك الذى كان بالعدم كأنه لم يقبض و أخر القبض فيه الى آخر المجلس بخلاف ما اذا كان عينا لان المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر اقامة قبض غيره مقامه فجعل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال هذا اذا وجده مستحقا فاما اذا وجده زيوفا أو نبهرجة فان تجوز المسلم اليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجده قبل الافتراق أو بعده لان الزيوف من جنس حقه لانها دراهم لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب و رضى بقبض حقه مع النقصان بخلاف الستوق فانه لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما نذكره وان لم يتجوز به و رده فان كان قبل الافتراق واستبدله فى المجلس فالعقد ماض وجعل كانه أخر القبض الى آخر المجلس وان كان بعد الافتراق بطل السلم عند أبى حنيفة و زفر سواء استبدل فى مجلس الرد أو لا وعند أبى يوسف ومحمد ان لم يستبدل فى مجلس الرد فكذلك وان استبدل لا يبطل السلم (وجه) قولهما ان قبض الزيوف وقع صحيحا لانه قبض جنس الحق الا يرى انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق الا انه فاتته صفة الجودة بالزيافة فكانت من جنس حقه أصلا لا وصفا فكانت الزيافة فيها عيبا والمعيب لا يمنع صحة القبض كما فى بيع العين اذا كان المبيع معيبا و بالرد ينتقض القبض لكن مقصورا على حالة الرد ولا يستند الانتقاض الى وقت القبض فيبقى القبض صحيحا كان ينبغى ان لا يشترط قبض بدله فى مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط لان للرد شبها بالعقد حيث لا يجب القبض فى مجلس الرد الا بالرد كما لا يجب القبض فى مجلس العقد الا بالعقد فالحق مجلس الرد بمجلس العقد (وجه) قول أبى حنيفة و زفر رحمهما الله ان الزيوف من جنس حق المسلم اليه لكن أصلا لا وصفا ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه فى الاصل والوصف جميعا فصار بقبض الزيوف قابضا حقه من حيث الاصل لا من حيث الوصف الا انه اذا رضى به فقد أسقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق هو قبض الاصل دون الوصف لابرائه اياه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه فى الاصل والوصف جميعا فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم هذا اذا وجده زيوفا أو نبهرجة فاما اذا وجده ستوقا أو رصاصا فان وجده بعد الافتراق بطل السلم لان الستوق ليس من جنس الدراهم الا يرى انها لا تروج فى معاملات الناس فلم تكن من جنس حقه أصلا ووصفا فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فيبطل السلم وسواء تجوز به أو لا لانه اذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالا برأس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف الزيوف فانها من جنس حقه على ما بينا وان وجده فى المجلس فاستبدل فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقى الواجب فى ذمة رب السلم دراهم هى حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه فى المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم كأنه لم يقبض أصلا وأخر قبض رأس المال الى آخر المجلس وكذا فى الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم ستوقة أو رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصرف فقابض الدينار يسترد دراهمه الستوقة وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار عين ديناره ان كان قائما ومثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار كذا ذكر محمد فى الاصل لانه اذا ظهر ان المقبوض ستوقة أو رصاص فقد ظهر ان قبضه لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض فيبطل السلم و بقى الدينار فى يده من غير سبب شرعى فأشبه يد الغصب واستحقاق المبيع فى بيع العين وهناك يسترد عينه ان كان قائما كذا ههنا وطعن عيسى بن أبان وقال ينبغى أن يكون قابض الدينار بالخيار ان شاء رد عين الدينار وان شاء

ردمثله ولا يستحق عليه ردعين الدينار وان كان قائما لانه لم يكن متعينا فى العقد فلا يكون متعينا فى الفسخ والاعتبار
باستحقاق المبيع غير سديد لان هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يجز المستحق تبين ان العقد وقع باطلا
من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحا وانما بطل فى المستقبل لعارض طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من
الاصل وبعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونصروه وحملوا جواب الكتاب على ما اذا اختار قابض الدينار رد
عين الدينار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا اذا وجد المسلم اليه كل رأس المال مستحقا أو معيبا أو زيوفا
أو ستوقا فاما اذا وجد بعضه دون بعض ففى الاستحقاق اذا لم يجز المستحق ينتقض العقد بقدر المستحق سواء كان
رأس المال عينا أو دينا بلا خلاف لان القبض انتقض فيه بقدره وكذا فى الستوق والرصاص فبطل العقد بقدره
قليلا كان أو كثيرا بالاجماع لما قلنا وكذا هذا فى الصرف غير ان هناك قابض الستوقة يصير شريكا لقابض الدينار
فى الدينار الذى دفعه بدلا عن الدراهم فيرجع عليه بعينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ماذكرنا وأما فى
الزيوف والنبهرجة فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله أن ينتقض العقد بقدره اذا لم يتجوز ورده استبدل فى
مجلس الرد أولا وهو قول زفر لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال فى
قدر المردود فيبطل السلم بقدره الا أنه استحسن فى القليل وقال ان كان قليلا فرده واستبدل فى ذلك المجلس فالعقد
ماض فى الكل وان كان كثيرا يبطل العقد بقدر المردود لان الزيافة فى القليل مما لا يمكن التحرز عنه لان الدراهم لا تخلو
عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى الحد الفاصل بين القليل والكثير
مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل وفى رواية عنه ان ما زاد على الثلث يكون كثيرا وفى رواية النصف وفى رواية
عنه الزائد على النصف وكذا هذا فى الصرف غير أن هناك اذا كثرت الزيوف فرد حتى بطل العقد فى قدر المردود
عند أبى حنيفة يصير شريكا لقابض الدينار فيسترد منه عينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما بينا ولو كان
تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما فى البيع الفاسد على ما مر وكل جواب عرفته فى
السلم والصرف فهو الجواب فى عقد تتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف والسلم كمن كان له على آخر
دنانير فصالح منها على دراهم أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصوف فى الذمة أو غيرهما مما يثبت مثله فى الذمة دينا
فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطا لصحة العقد
فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقة أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصا كلها أو بعضها قبل الافتراق أو بعده والله
سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج مقاصة رأس مال السلم بدين آخر على المسلم اليه بان وجب على المسلم اليه دين
مثل رأس المال انه هل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين أم لا فهذا لا يخلو اما ان وجب دين آخر بالعقد واما ان
وجب بعقد متقدم على عقد السلم واما ان وجب بعقد متأخر عنه فان وجب بعقد متقدم على السلم بان كان رب السلم
باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم اليه عشرة دراهم فى كر حنطة فان جعلا الدينين قصاصا أو
تراضيا بالمقاصة يصير قصاصا وان أبى أحدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان والقياس أن لا يصير قصاصا كيف
ما كان وهو قول زفر (وجه) قوله ان قبض رأس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة فكان الافتراق
حاصلا لا عن قبض رأس المال فبطل السلم (ولنا) ان العقد ينعقد موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاصا
تبين ان العقد انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا فى الزيادة فى الثمن والمثمن انها جائزة استحسانا
وتلتحق بأصل العقد لان بالزيادة تبين ان العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد
متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا الا رواية عن أبى يوسف شاذة لان بالمقاصة لا يتبين ان العقد وقع
موجبا قبضا بطريق المقاصة من حين وجوده لان المقاصة تستدعى قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الا دين واحد
فانعقد موجبا حقيقة القبض وانه لا يحصل بالمقاصة هذا اذا وجب الدين بالعقد فاما اذا وجب بالقبض كالغصب

والقرض فانه يصير قصاصا سواء جعلاه قصاصا أولا بعد ان كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن العقد لان العقد ان انعقد موجبا قبضا حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لانه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ايقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم لان هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن فى أحد الفصلين دون الآخر على ما بينا والله عز وجل أعلم هذا اذا تساوى الدينان فاما اذا تفاضلا بان كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضى أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فانه ينظر ان أبى صاحب الافضل لا يصير قصاصا لان حقه فى الجودة معصوم محترم فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه وان أبى صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضى به صاحب الافضل فقد أسقط حقه عن الفضل كانه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الاخذ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك المقاصة فى ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التى ذكرناها فى رأس مال السلم فافهم والله الموفق للصواب ثم ماذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط فى مجلس الاقالة بخلاف القبض فى مجلس العقد وقبض بدل الصرف فى مجلس الاقالة انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما فى مجلس العقد (ووجه) الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البابين ماهو شرط لعينه وانما هو شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا ولا حاجة الى التعيين فى مجلس الاقالة فى السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلابد من شرط القبض فى المجلس ليتعين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسلم فيه فأنواع أيضا (منها) أن يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر (ومنها) أن يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية أو نخسية تمر برنى أو فارسى هذا اذا كان مما يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف فلا يشترط بيان النوع (ومنها) أن يكون معلوم الصفة كقولنا جيد أو وسط أو ردىء (ومنها) أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع لان جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وقال النبى عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (ومنها) أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن ايدى الناس فان كان لا يؤمن فالسلم فاسد بان أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره بان قال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه أو بحجر لا يعرف عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بخشبة لا يعرف قدرها بان قال بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها أو بذراع يده ولو كان هذا فى بيع العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملء هذا الاناء بدرهم أو من هذا الزيت وزن هذا الحجر بدرهم يجوز فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه لا يجوز فى بيع العين أيضا كما لا يجوز فى السلم وروى عن أبى يوسف انه كان يقول أولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز (وجه) هذه الرواية ان هذا البيع مكايلة والعلم بمقدار المبيع فى بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كما لو باع قفزا نامن هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين (ووجه) الفرق بينهما من وجهين أحدهما ان التسليم فى باب السلم لا يجب عقيب العقد وانما يجب بعد محل الاجل فيحتمل أن يهلك الاناء قبل محل الاجل وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر أيضا واذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول القدر والثانى ان القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته والقدرة على التسليم عند العقد فائتة فى باب السلم لان السلم بيع المفاليس وفى ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد تثبت وقد لا تثبت لانه ان بقى المكيال والحجر والخشبة تثبت وان لم يبق لا يقدر فوقع

الشك فى ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الاصل المعهود فى غير الثابت بيقين اذا وقع الشك فى ثبوته انه لا يثبت بخلاف بيع العين لان هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفى فواتها بالهلاك شك فلا تفوت بالشك على الاصل المعهود فى الثابت بيقين اذا وقع الشك فى زواله أنه لا يزول بالشك وأما قوله ان العلم بمقدار المبيع فى بيع المكايلة شرط الصحة فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية الى المنازعة وهذا النوع من الجهالة لا يفضى الى المنازعة لامكان الوصول الى العلم بقدر المبيع بالكيل للحال بخلاف بيع قفزان من الصبرة لان هناك لا طريق للوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشترى يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية الى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين وقيل انما يجوز هذا فى بيع العين اذا كان الاناء من خزف أو خشب أو حديد أو نحو ذلك لانه لا يحتمل الزيادة والنقصان وأما اذا كان مثل الزنبيل والجوالق والغرارة ونحو ذلك فلا يجوز لانه يحتمل الزيادة والنقصان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان المسلم فيه مكيلا فاعلم قدره بالوزن المعلوم أو كان موزونا فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز لان الشرط كونه معلوم القدر بمعيار يؤمن فقده وقد وجد بخلاف ما اذا باع المكيل بالمكيل وزنا بوزن متساو يا فى الوزن أو باع الموزون بالموزون كيلا بكيل متساو يا فى الكيل انه لا يجوز ما لم يتساو يا فى الكيل أو الوزن لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن فأما شرط الكيل والوزن فى الاشياء التى ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن فى بيع العين ثبت نصا فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازفة فلا يجوز أما فى باب السلم فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الا تفاوت يسير فان كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه لانه اذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك انه يجوز السلم فى المكيلات والموزونات التى تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة أما المكيلات والموزونات فلانها ممكنة الضبط قدرا وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الا تفاوت يسير لانها من ذوات الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض لان الجهالة فيها يسيرة لا تفضى الى المنازعة وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء لانه لا يجرى التنازع فى ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة فكان ملحقا بالعدم فيجوز السلم فيها عددا وكذلك كيلا وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله ان الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت فى الصغر والكبر حتى يشترى الكبير منها بأكثر مما يشترى الصغير فأشبه البطيخ والرمان (ولنا) ان التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبرة ولهذا كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت بين آحادهم تفاوت فاحش ولهذا كان مضمونا بالقيمة (وأما) السلم فى الفلوس عددا فجائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز بناء على ان الفلوس أثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز السلم فى الدراهم والدنانير وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لانها ثبتت بالاصطلاح فتزول بالاصطلاح واقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا صحة للسلم فى الاثمان اتفاق منهما على اخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها فى حق العاقدين سابقا على العقد وتصير سلعا عددية فيصح السلم فيها كما فى سائر السلع العددية كالنصال ونحوها (وأما) الذرعيات كالثياب والبسط والحصير والبوارى ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها لانها ليست من ذوات الامثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل فى ضمان العدديات بل بالقيمة فاشبه السلم فى اللآلئ والجواهر الا انا استحسنا الجواز لقوله عز وجل فى آية الدين ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير وانما يقال ذلك فى الذرعيات والعدديات ولان الناس تعاملوا السلم فى الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس بمقابلته ولانه اذا بين جنسه وصفته ونوعه

ورفعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم شرعا لحاجة الناس ولا حاجة الى الالحاق بالمثل في باب الاستهلاك مع ما ان هذا الاعتبار غير سديد لانه قد يحتمل في المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يحتمل مثله في الاتلافات فان الاب اذا باع مال ولده بغبن يسير جاز ولا يضمن ولو أتلف عليه شيأ يسيرا من ماله يضمن فلا يستقيم الاستبدال هذا اذا أسلم في ثوب الكرباس أو الكتان فاما اذا أسلم في ثوب الحرير فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض ان كان مما تختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوى في الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط لان بعد بيان هذه الاشياء تبقى جهالته مفضية الى المنازعة وان كان مما لا يختلف يجوز لان جهالة الوزن فيه لا تفضى الى المنازعة ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلئ والجوز والجلود والادم والرؤس والاكارع والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحوها من العدديات المتفاوتة لانه لا يمكن ضبطها بالوصف اذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ولؤلؤ ولؤلؤ وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجلد ورأس ورأس في الصغر والكبر والسمن والهزال وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الحيوان (وجه) قوله ان المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لان الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر ولهذا أوجب دينا في الذمة في النكاح فاشبه الثياب (ولنا) ان بعد بيان هذه الاشياء يبقى بين فرس وفرس تفاوت فاحش في المالية فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة وانها مانعة صحة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان والسلف والسلم واحد في اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لانه يتحمل جهالة لا يتحملها البيع ألا ترى أنه يصح من غير ذكر البدل وببدل مجهول وهو مهر المثل ولا يصح البيع الا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال ولا يجوز السلم في التبن أحمالا أو أوقارا لان التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش الا اذا أسلم فيه بقبان معلوم من قبابين التجار فلا يختلف فيجوز ولا يجوز السلم في الحطب حزما ولا أوقارا للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر وكذا في القصب والحشيش والعيدان الا اذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لا يختلف ولا يتفاوت الا يسيرا وكذا في الطوابيق اذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية الى المنازعة لان الفساد للجهالة فاذا صار معلوما بالوصف جاز وكذا في طشت أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك ان كان يعرف يجوز وان كان لا يعرف لا يجوز لان المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف فان كان مما يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم تبق فيه جهالة مفضية الى المنازعة جاز السلم فيه والا فلا ولو استصنع رجل شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا والكلام في الاستصناع في مواضع في بيان جوازه انه جائز أم لا وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان كيفية جوازه وفي بيان حكمه (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الاستصناع لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازا من السلم لان المسلم فيه تحتمله الذمة لانه دين حقيقة والمستصنع عين توجد في الثاني والاعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم وفي الاستحسان جاز لان الناس تعاملوه في سائر الاعصار من غير نكير فكان اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس ثم هو بيع عند عامة مشايخنا وقال بعضهم هو عدة وليس بسديد لان محمدا ذكر القياس والاستحسان في جوازه وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعدات وكذا أثبت خيار الرؤية للمستصنع وأنه من خصائص البيوع وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها بهذه الشرائط فدل ان جوازه جواز البياعات لا جواز العدات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط جوازه (فمنها) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لانه مبيع فلا بد وأن يكون معلوما والعلم انما يحصل باشياء (منها) أن يكون ما للناس فيه تعامل كالقلنسوة

والخف والآنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما اذا أمر حائكا أن يحوك له ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لان جوازه مع ان القياس يأباه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ويبقى الامر فيما وراء ذلك موكولا الى القياس (وأما) كيفية جوازه فهى أنه عقد غير لازم فى حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضاً لان القياس أن لا يجوز أصلا الا ان جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس وحاجتهم قبل الصنع او بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب الى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس (وأما) حكم الاستصناع فحكمه فى حق المستصنع اذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت ملك غير لازم فى حقه حتى يثبت له خيار الرؤية اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه وفى حق الصانع ثبوت ملك لازم اذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار له وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه غير لازم فى حق كل واحد منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لازم فى حقهما حتى لا خيار لاحدهما لا للصانع ولا للمستصنع أيضاً (وجه) رواية أبى يوسف ان فى اثبات الخيار للمستصنع اضرارا بالصانع لانه قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه (وجه) الرواية الاولى ان فى اللزوم اضرارا بهما جميعاً أما اضرار الصانع فلما قال أبو يوسف وأما ضرر المستصنع فلان الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب ان يثبت الخيار لهما دفعاً للضرر عنهما (وجه) ظاهر الرواية وهو اثبات الخيار للمستصنع لا للصانع ان المستصنع مشتر شيأ لم يره لان المعقود عليه وهو المستصنع وان كان معدوما حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحسانا ومن اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه والصانع بائع شيأ لم يره فلا خيار له ولان الزام حكم العقد فى جانب المستصنع اضرار لان من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج الى بيعه من غيره ولا يشترى منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس فى الالزام فى جانب الصانع ضرر لانه ان لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته هذا اذا استصنع شيأ ولم يضرب له أجلا فاما اذا ضرب له أجلا فانه ينقلب سلما عند أبى حنيفة فلا يجوز الا بشرائط السلم ولا خيار لواحد منهما كما فى السلم وعندهما هو على حاله استصناع وذكر الاجل للتعجيل ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلما بالاجماع (وجه) قولهما ان هذا استصناع حقيقة فلو صار سلماً انما يصير بذكر المدة وأنه قد يكون للاستعجال كما فى الاستصناع فلا يخرج عن كونه استصناعا مع الاحتمال ولابى حنيفة ان الاجل فى البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكره يكون ذكرا للسلم معنى وان لم يذكره صريحا كالكفالة بشرط براءة الاصيل انها حوالة معنى وان لم يأت بلفظ الحوالة وقوله ذكر الوقت قد يكون للاستعجال قلنا لو حمل على الاستعجال لم يكن مفيداً لان التعجيل غير لازم ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيداً لانه لازم فكان الحمل عليه أولى ولا يجوز السلم فى اللحم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه لان الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الاشياء ولهذا كان مضمونا بالمثل فى ضمان العدوان ولابى حنيفة ان الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرناه من وجهين (أحدهما) من جهة الهزال والسمن (والثانى) من جهة قلة العظم وكثرته وكل واحدة منهما مفضية الى المنازعة وقياس الوجه الثانى أنه لو أسلم فى منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخى عن أبى حنيفة رحمهما الله وقياس الوجه الاول أنه لا يجوز كيف ما كان وهو ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو الصحيح لانه ان زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهى جهالة السمن والهزال فكان المسلم فيه مجهولا فلا يصح السلم إلا أنه جعل مثلا فى ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعا تحقيقاً لمعنى الزجر من وجه لان ذلك لا يحصل بالقيمة لان للناس رغائب فى الاعيان ما ليس فى قيمتها ويجوز السلم فى الالية

والشحم وزنا لانه لا تختلف بالسمن والهزال الا يسيرا بخلاف اللحم فان التفاوت بين غير السمين والسمين والمهزول وغير المهزول تفاوت فاحش (وأما) السلم فى السمك فقد اختلفت عبارات الاصل فى ذلك والصحيح أنه يجوز السلم فى الصغار منه كيلا ووزنا مالحا كان أو طريا بعد أن كان فى حينه لان الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند أبى حنيفة وفى الكبار عن أبى حنيفة روايتان فى رواية لا يجوز طريا كان أو مالحا كالسلم فى اللحم لاختلافها بالسمن والهزال كاللحم وفى رواية يجوز كيف ما كان وزنا لان التفاوت بين سمينه ومهزوله لا يعد تفاوتا عادة لقلته وعند أبى حنيفة ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما والفرق لهما ان بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما وذلك لا يتحقق فى السمك فاشبه السلم فى المساليخ والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السلم فى الخبز عددا فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين خبز وخبز فى الصغر والكبر (وأما) وزنا فقد ذكر الكرخى أن السلم فى الخبز لا يجوز فى قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز فى الخبز والخفة والثقل فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة ولان جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل فى الخبز وذكر فى نوادر ابن رستم أنه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يكون موجودا من وقت العقد الى وقت الاجل فان لم يكن موجودا عند العقد أو عند محل الاجل أو كان موجودا فيهما لكنه انقطع من أيدى الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله الشرط وجوده عند محل الاجل لا غير (وجه) قوله ان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة ونظير هذا فى العقليات ما قلنا فى استطاعة الفعل أنها مع الفعل لا تتقدمه لان وجودها للفعل فيجب وجودها عند الفعل لا سابقا عليه كذا هذا (ولنا) ان القدرة على التسليم ثابتة للحال وفى وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك فان بقى حيا الى وقت المحل ثبتت القدرة وان هلك قبل ذلك لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشك فى ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو كان موجودا عند العقد ودام وجوده الى محل الاجل فحل الاجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدى الناس لا ينفسخ السلم بل هو على حاله صحيح لان السلم وقع صحيحا لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجودا وقت العقد ودام وجوده الى محل الاجل الا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهرا بالوجود فكان فى بقاء العقد فائدة والعقد اذا انعقد صحيحا يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الآبق اذا أبق قبل القبض فلان يبقى لفائدة عود القدرة فى الثانى ظاهرا أولى لكن يثبت الخيار لرب السلم ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض وأنه يوجب الخيار ولو أسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها لا يصح عندنا لانه أسلم فى المنقطع وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم فى حنطة موضع أنه ان كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه كما اذا أسلم فى حنطة خراسان او العراق أو فرغانة لان كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم انقطاع طعامها وكذا إذا أسلم فى طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى أو كاشان جاز لانه لا ينفد طعام هذه البلاد الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم ومن مشايخنا من قال لا يجوز الا فى طعام ولاية لان وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانته عن غرر الانقطاع ما أمكن والصحيح ان الموضع المضاف اليه الطعام وان كان مما لا ينفد طعامه غالبا يجوز السلم فيه سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة لان الغالب فى أحكام الشرع ملحق بالمتيقن وان كان مما لا يحتمل ان ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها لانه اذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما ذكرنا انه لا قدرة له للحال لانه بيع المفاليس وفى ثبوت القدرة عند محل الاجل شك لاحتمال الانقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك وقد روى ان زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أسلم اليك فى تمر نخلة بعينها فقال عليه الصلاة والسلام أما فى تمر نخلة

بعينها فلا وذكر فى الاصل اذا أسلم فى حنطة هراة لا يجوز وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة لانه مما يحتمل
انقطاع طعامه ثم لو أسلم فى ثوب هراة وذكر شرائط السلم يجوز (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لان اضافة الثوب الى
هراة ذكر شرط من شرائط السلم لا جواز له بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل ان
المسلم اليه لو أتى بثوب نسج فى غير هراة لكن على صفة ثوب هراة يجبر رب السلم على القبول فاذا ذكر النوع وذكر
الشرائط الاخر كان هذا عقدا استجمع شرائطه فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة فليس يفيد شرط الاجواز للسلم
بدونه ألا ترى أنه لو ترك الاضافة أصلا جاز السلم فبقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين يحتمل انقطاع
طعامه فلم يجز والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز
السلم فيه لان المسلم فيه مبيع لما روينا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى
السلم سمى السلم بيعا فكان المسلم فيه مبيعا والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات فلم
تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم فى التبر والنقرة والمصوغ فعلى رواية كتاب الصرف لا يجوز لانه
جعلها بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه جعلها بمنزلة العروض حيث لم يجوز
المضاربة بها فتتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها وعلى هذا أيضا يخرج السلم فى الفلوس عددا انه جائز عند أبى
حنيفة رحمه الله وأبى يوسف لان الفلوس مما تتعين بالتعيين فى الجملة عندهما حتى جوز بيع فلس بفلس باعيانهما وعند
محمد لا يجوز السلم فيها كما لا يجوز فى الدراهم والدنانير لانها أثمان عنده ولهذا لم يجز بيع واحد منها باثنين باعيانهما
ويجوز السلم فى القماقم والاوانى الصفرية التى تباع عددا لانها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة وان كانت تباع وزنا لا يجوز
السلم فيها ما لم يعرف وزنها لانها مجهولة القدر والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مؤجلا عندنا حتى لا يجوز السلم
فى الحال وعند الشافعى هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز (وجه) قوله ان الاجل شرع نظرا للمسلم اليه
تمكينا له من الاكتساب فلا يكون لازما كما فى بيع العين (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم أوجب عليه الصلاة والسلام مراعاة الاجل فى
السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطا فيه كالقدر ولان السلم حالا يفضى الى المنازعة لان السلم
بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم اليه عاجزا عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه
تقع الحاجة الى الفسخ وفيه الحاق الضرر برب السلم لانه سلم رأس المال الى المسلم اليه وصرفه فى حاجته فلا يصل الى
المسلم فيه ولا الى رأس المال فشرط الاجل حتى لا يملك المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرا
فلا يؤدى الى المنازعة المفضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد لم يشرع الا رخصة لكونه بيع ما ليس
عند الانسان لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم فهذا الحديث
يدل على أن بيع ما ليس عند الانسان لم يشرع الا رخصة وان السلم بيع ما ليس عند الانسان أيضا على ما ذكرنا من
قبل والرخصة فى عرف الشرع اسم لما يغير عن الامر الأصلى بعارض عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة
وشرب الخمر بالاكراه والمخمصة ونحو ذلك فالترخص فى السلم هو تغيير الحكم الاصلى وهو حرمة بيع ما ليس عند
الانسان الى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الافلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى
الحكم فيها على العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقرير مستفادة من النص كان ينبغى أن لا يجوز
السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال الا أنه صار مخصوصا عن النهى العام فألحق بالعاجز عن التسليم للحال على اعتبار
الاصل والحاق النادر بالعدم فى أحكام الشرع والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (ومنها) أن يكون مؤجلا
بأجل معلوم فان كان مجهولا فالسلم فاسد سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة لان كل ذلك يفضى الى المنازعة

وانها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ماذكرنا (وأما) مقدار الاجل فلم يذكر فى الاصل وذكر الكرخى ان تقدير الاجل الى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز وقال بعض مشايخنا أقله ثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط وهذا القياس غير سديد لان أقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث أكثر المدة على أصل أبى حنيفة فلا يستقيم القياس و روى عن محمد انه قدر بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط فى السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب فى المدة والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه فأما مادونه ففى حد القلة فكان له حكم الحلول والله عز وجل أعلم ولو مات المسلم اليه قبل الاجل حل الدين وكذلك كل دين مؤجل سواء اذا مات من عليه الدين والاصل فى هذا ان موت من عليه الدين يبطل الاجل وموت من له الدين لا يبطل لان الاجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته فى الاجل و بطلانه والله عز وجل أعلم (ومنها) بيان مكان ايفائه اذا كان له حمل ومؤنة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس بشرط وعلى هذا الخلاف بيان مكان الاجرة فى الاجارات اذا كان لها حمل ومؤنة وعلى هذا الخلاف اذا جعل المكيل الموصوف أو الموزون الموصوف ثمنا فى بيع العين انه لا بد من بيان مكان التسليم عنده خلافا لهما كذا أطلقه الكرخى ولم يفصل بين ما اذا كان مؤجلا أو غير مؤجل ومن أصحابنا من فرق فقالوا اذا كان حالا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع وحاصل الاختلاف راجع الى مكان العقد هل يتعين للايفاء عنده لا يتعين وعندهما يتعين لانه اذا لم يتعين مكان العقد للايفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر بقى مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد ولما تعين مكان العقد للايفاء عندهما صار مكان الايفاء معلوما فيصح (وجه) قولهما ان سبب وجوب الايفاء هو العقد والعقد وجد فى هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه كما فى بيع العين اذا كان المسلم فيه شيأ له حمل ومؤنة فانه يتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه لما قلنا كذا هذا (ولابى حنيفة رحمه الله) أن العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفاء والدليل على اطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة والحكم (أما) الحقيقة فلأنه لم يوجد ذكر المكان فى العقد نصا فالقول بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقدين تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل (وأما) الحكم فان العاقدين لو عينا مكانا آخر جاز ولو كان تعين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان تعيين مكان آخر تغيير المقتضى العقد وانه يعتبر فيه حكم الشرع فينبغى أن لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقى مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان فى الاشياء التى لها حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة لما يلزم فى حملها من مكان الى مكان آخر من المؤنة فيتنازعان (وأما) قولهما سبب وجوب التسليم هو العقد فى هذا المكان قلنا ليس كذلك فان العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان فلم يوجد العقد فى هذا المكان وانما هذا امكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب لوجوب التسليم للحال وانما يصير سببا عند حل الاجل مقصورا عليه وعند ذلك مكان العاقدين ليس بمتحد بل مختلف فيتنازعان (وأما) المسلم فيه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فعن أبى حنيفة فيه روايتان فى رواية لا يتعين مكان العقد هنالك أيضا وهو رواية كتاب الاجارات و يوفيه فى أى مكان شاء وهذا لا يوجب الفساد لان الفساد ههنا لمكان الجهالة المفضية الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف الامكنة ومالا حمل له ولا مؤنة لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن فلم تكن جهالة مكان الايفاء مفضية الى المنازعة وفى رواية يتعين مكان العقد للايفاء وهو قول أبى يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير و رواية البيوع من الاصل ومن مشايخنا من أول هذه الرواية وقال هى معنى قوله يوفيه فى المكان الذى أسلم فيه اذا لم يتنازعا فاذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه ولو شرط رب السلم التسليم فى بلد أو قرية فحيث سلم اليه فى ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم ان يتخير مكانا لان المشروط هو التسليم فى مكان منه مطلقا وقد وجد وان سلم فى غير المكان المشروط فلرب السلم ان يأبى لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فان أعطاه على ذلك أجرا لم يجز له أخذ الاجر عليه لانه لما قبض المسلم فيه فقد تعين ملكه فى المقبوض فتبين انه أخذ الاجر على

نقل ملك نفسه فلم يجز فيرد الاجر وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم فى المكان المشروط لان حقه فى التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه الا بعوض ولم يسلم له فبقى حقه فى التسليم فى المكان المشروط وهذا بخلاف ما اذا صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على مال انه لا يصح الصلح و يسقط حقه فى الشفعة وعليه رد بدل الصلح واذا رده لا يعود حقه فى الشفعة لانه ليس للشفيع حق ثابت فى المحل قبل التمليك بالشفعة وانما له حق أن يتملك وهذا ليس بحق ثابت فى المحل فلا يحتمل الاعتياض و بطل حقه من الشفعة باعراضه عن الطلب باسقاطه صريحا ولرب السلم حق ثابت فى التسليم فى المكان المشروط فاذا لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم و بقى الحق على ما كان والذى يدل على التفرقة بينهما انه لو قال أسقطت حقى فى الشفعة يسقط ولو قال أسقطت حقى فى التسليم فى ذلك المكان لا يسقط والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى البدلين جميعا فهو أن لا يجمعهما أحد وصفى علة ربا الفضل وذلك اما الكيل واما الوزن واما الجنس لان احد وصفى علة ربا الفضل هو علة ربا النساء فاذا اجتمع أحد هذين الوصفين فى البدلين يتحقق ربا النساء والعقد الذى فيه ربا فاسد وعلى هذا يخرج اسلام المكيل فى المكيل أو الموزون فى الموزون والمكيل فى الموزون والموزون فى المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم فى مسائل ربا النساء والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يجوز من التصرف فى المسلم فيه وما لا يجوز فنقول و بالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه بان يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وان كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض ويجوز الابراء عنه لان قبضه ليس بمستحق على رب السلم فكان هو بالابراء متصرفا فى خالص حقه بالاسقاط فله ذلك بخلاف الابراء عن رأس المال لانه مستحق القبض حقا للشرع فلا يملك اسقاطه بنفسه بالابراء على ما ذكرنا وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه وكذلك الكفالة به لما قلنا الا أن فى الحوالة يبرأ المسلم اليه وفى الكفالة لا يبرأ ورب السلم بالخيار ان شاء طالب المسلم اليه وان شاء طالب الكفيل لان الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة الا اذا كانت بشرط براءة المكفول عنه لانها حوالة معنى على ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم اليه لانه كفيل بما على المسلم اليه لا بدين آخر اذ الدين واحد وانما تعددت المطالبة بالكفالة وهو الصحيح على ما يجىء فى كتاب الكفالة و يجوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم اليه عند الرجوع فيأخذ بدل ما أدى الى رب السلم لان الكفالة اذا كانت بامر المكفول عنه كانت اقراضا واستقراضا كان الكفيل اقرض المسلم اليه واستبدال القرض قبل القبض جائز و يجوز الرهن بالمسلم فيه لانه دين حقيقة والرهن بالدين أى دين كان جائز والاقالة جائزة فى المسلم فيه كما تجوز فى بيع العين لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة مطلقا من غير فصل ولان الاقالة فى بيع العين انما شرعت نظر اللعاقدين دفعا لحاجة الندم واعتراض الندم فى السلم ههنا أكثر لانه بيع باوكس الاثمان فكان أدعى الى شرع الاقالة فيه ثم جملة الكلام فى الاقالة فى السلم انه لا يخلو اما ان تقايلا السلم فى كل المسلم فيه واما ان تقايلا فى بعض دون بعض فان تقايلا فى كل المسلم فيه جازت الاقالة لما قلنا سواء كانت الاقالة بعد حل الاجل أو قبله لان نص الاقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض الندم قائم فى الحالين وسواء كان رأس المال قائما فى يد المسلم اليه أو هالكا أما اذا كان قائما فلا شك فيه وكذا اذا كان هالكا لان رأس مال السلم ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام الثمن ليس بشرط لصحة الاقالة انما الشرط قيام المبيع وقد وجد ثم اذا جازت الاقالة فان كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم اليه رد عينه الى رب السلم لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فان كان مما له مثل فعليه رد مثله وان كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته وان كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكا

كان أو قائما لانه قبضه عن عقد صحيح وكذلك اذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم في يده جازت الاقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض في يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم ألا ترى انه يجوز لرب السلم أن يبيع المقبوض مرابحة على رأس المال وان تقايلا السلم في بعض المسلم فيه فان كان بعد حل الاجل جازت الاقالة فيه بقدره اذا كان الباقي جزأ معلوما من النصف والثلث ونحو ذلك من الاجزاء المعلومة لما ذكرنا أن الاقالة شرعت نظراً وفي اقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين لان السلم بيع بأبخس الاثمان لهذا اسماه ابن عباس رضي الله عنهما حسنا جميلا فقال رضي الله عنه ذلك المعروف الحسن الجميل والسلم في الباقي الى أجله عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى ينفسخ العقد في الكل والصحيح قول العامة لان الاقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا توجب انفساخ العقد في الكل لان الحكم يثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وان كان قبل حل الاجل ينظر ان لم يشترط في الاقالة تعجيل الباقي من المسلم جازت الاقالة أيضا والسلم في الباقي الى أجله وان اشترط فيها تعجيل الباقي لم يصح الشرط والاقالة صحيحة (أما) فساد الشرط فلأنه اعتياض عن الاجل وانه لا يجوز لان الاجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه (وأما) صحة الاقالة فلأن الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فبطل الشرط وصحت الاقالة وهذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد لان الاقالة عندهما فسخ (وأما) على قياس قول أبي يوسف فتبطل الاقالة والسلم على حاله الى أجله لان الاقالة عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة والله عز وجل أعلم (ومنها) قبض البدلين في بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف والكلام في الصرف في الاصل في موضعين أحدهما في تفسير الصرف في عرف الشرع والثاني في بيان شرائطه (أما) الاول فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الاثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحد الجنسين بالآخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفا لمعنى الرد والنقل يقال صرفته عن كذا الى كذا سمي صرفا لاختصاصه برد البدل ونقله من يد الى يد ويحتمل أن تكون التسمية لمعنى الفضل اذ الصرف يذكر بمعنى الفضل كما روي في الحديث من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل الفرض سمي هذا العقد صرفا لطلب التاجر الفضل منه عادة لما يرغب في عين الذهب والفضة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط (فنها) قبض البدلين قبل الافتراق لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد وروي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تسقوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر عن أبيه رضي الله عنهما أنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره اني أخاف عليكم الرماء أي الربا فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق وتفسير الافتراق هو أن يفترق العاقد ان بابدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وان طال مجلسهما لانعدام الافتراق بابدانهما وكذا اذا ناما في المجلس أو أغمي عليهما لما قلنا وكذا اذا قاما عن مجلسهما فذهبا معا في جهة واحدة وطريق واحدة ومشيا ميلا أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمفترقين لان العبرة لتفرق الابدان ولم يوجد فرق بين هذا وبين خيار المخيرة اذا قامت عن مجلسها أو اشتغلت بعمل آخر يخرج الامر من يدها لان خيار المخيرة يبطل بالاعراض عما فوض اليها والقيام عن المجلس أو الاشتغال بعمل آخر دليل الاعراض وههنا لا عبرة بالاعراض انما العبرة للافتراق بالابدان ولم يوجد وروي عن محمد أنه ألحق هذا بخيار المخيرة حتى لو نام طويلا أو وجد ما يدل على الاعراض يبطل الصرف كالخيار وروي عن محمد في رجل له على انسان ألف درهم وكذلك الرجل عليه خمسون دينارا فأرسل اليه رسولا فقال

بعتـك الدنانير التي لى عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بابدانهما وكذلك لونادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بابدانهما عند العقد بخلاف البيع المطلق اذا أرسل رسولا الى انسان فقال بعت عبدى الذى فى مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز لان التقابض فى البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد ولا يكون الافتراق مفسدا له ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين أو نائبين عنهما كالاب والوصى والوكيل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما ثم انما يعتبر التفرق بالابدان فى موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالابدان بان قال الاب اشهدوا انى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روى عن محمد لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس والله سبحانه وتعالى أعلم ثم بيع الجنس بالجنس و بخلاف الجنس كالذهب بالفضة سواء لا يختلفان فى حكم القبض لان كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض وانما يختلفان فى جوز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس و يجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحد الجنس او اختلف لما ذكرنا من الدلائل ولو تصارفا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أو حط عنه شيأ وقبل الآخر فسد البيع عند أبى حنيفة وأبى يوسف الزيادة والحط باطلان والعقد الاول صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلة واختلافهم فى هذه المسئلة فرع اختلافهم فى أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد فى الذكر اذا الحق به هل يلتحق به أم لا فمن أصل أبى حنيفة فيه أنه يلتحق باصل العقد و يفسد العقد والزيادة والحط يلتحقان باصل العقد على أصل أصحابنا كان العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعا فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق به و يوجب فساده ومن أصل أبى يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرد أبو يوسف هذا الاصل وقال تبطل الزيادة والحط جميعا و يبقى البيع الاول صحيحا ومحمد فرق بين الزيادة والحط وقال الزيادة باطلة والحط جائز لان الزيادة لو صحت لالتحقت باصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بالعقد الا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن فيجعل حط الحال بمنزلة هبة مستأنفة ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس بان تصارفا دينارا بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبه درهما وقبل الآخر أو حط عنه درهما من الدينار جازت الزيادة والحط بالاجماع لان المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا الا أن فى الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افترقا قبل القبض بطل البيع فى حصة الزيادة لان الزيادة لما التحقت باصل العقد صار كان العقد ورد على الزيادة والاصل جميعا الا أنه جاز التفاضل لاختلاف الجنس فاذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها (وأما) الحط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده لان الحط وان كان يلتحق باصل العقد فيؤدى الى التفاضل لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولازيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصح الحط ووجب عليه رد المحطوط لان الحط لما التحق باصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من الابتداء فيجب رده ولو حط مشترى الدينار قيراطا منه فبائع الدينار يكون شريكا له فى الدينار لانه تبين أن العقد وقع على ماسوى القيراط ولو اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون درهما بمائة درهم وتقابضا ثم زاده دينارا فى الثمن دفعه اليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه يجوز كذروى عن محمد وتصرف الزيادة الى النصل والجفن والحمائل لانها تلحق باصل العقد فصار كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا ولو كان كذلك لكان الامر على ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المرابحة فانه يقسم على جميع الثمن لما نذكر فى مسائل المرابحة وسواء كان دينا بدين وهو الدراهم والدنانير أو عينا بعين وهو التبر والمصوغ أو دينا بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لان ماذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين

وسواء كان مفردا أو مجموعا مع غيره كما اذا باع ذهبا وثوبا بفضة مفردة لان الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفا فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعا مطلقا فلا يشترط فيه القبض وكذا اذا باع ذهبا وثوبا بذهب والذهب اكثر حتى جاز البيع أنه في حصة الذهب يكون صرفا وفي حصة الثوب يكون بيعا مطلقا وكذا اذا باع سيفا محلى بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاما أو سرجا أو سكينا مفضضة أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة اكثر حتى جاز البيع كان بحصة الفضة صرفا ويراعى فيه شرائط الصرف وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعا مطلقا فلا يشترط له ما يشترط للصرف فان وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالابدان تم الصرف والبيع جميعا وان لم يوجد أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر ان كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز وفساد الصرف لا يتعدى الى البيع لانه اذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز لانهما شيآن منفصلان ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء فلان يبقى جائزا انتهاء أولى لان البقاء أسهل من الابتداء وان كان لا يمكن فصلها وتخليصها الا بضرر بطل البيع أيضا لانه بيع مالا يمكن تسليمه الا بضرر وأنه لا يجوز ابتداء كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء فاذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضا والله عز وجل أعلم هذا اذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطريان المفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فأما اذا انعقد على الفساد من الابتداء بان شرطا الخيار أو أدخلا الاجل فيه لم يصح الصرف بالاجماع وهل يصح البيع المطلق اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يصح سواء كان يتخلص من غير ضرر أو لا يتخلص الا بضرر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والاول سواء ان كان يتخلص من غير ضرر يصح وان كان لا يتخلص الا بضرر لا يصح وكذا اذا اشترى دينارا بعشرة دراهم نسيئة ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح بقدر ما قبض وهذا بناء على أصل مختلف بينهم وهو ان الصفقة اذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد الى الكل عنده وعندهما لا يتعدى فهما سويا بين الفساد الطارئ والمقارن وأبو حنيفة فرق بينهما (ووجه) الفرق ماذكرنا من قبل ان الفساد اذا كان مقارنا يصير قبول العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الآخر وهذا شرط فاسد فيؤثر في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطارئ فاقتصر الفساد فيه على قدر المفسد ثم اذا كانت الفضة المفردة فيه أكثر ولم يوجد فيه شرط الخيار ولا الاجل حتى جاز العقد ثم نقد قدر الفضة المجموعة من المفردة دون غيرها وتفرقا عن قبض من الجانبين بان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فنقده المشتري خمسين فالقدر المنقود من الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل بالافتراق أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة أوجه إما ان ذكر أن المنقود من ثمن الحلية وإما ان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل وإما ان ذكر أنه من ثمنهما جميعا وإما ان ذكر انه من ثمن السيف وإما ان سكت ولم يذكر شيأ فان ذكر أنه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعا وهذا ظاهر وكذا اذا ذكر انه من ثمنهما فانه يقع عن الحلية أيضا وجاز البيع والصرف لان قبض التصرف مستحق حقا للشرع وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف الى جهة الاستحقاق ويمكن ايقاع المنقود كله عن هذه الجهة وان أضافه اليهما لان ذكر شيئين على ارادة أحدهما جائز في اللغة قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما وهو المالح وكذا اذا لم يذكر شيأ يقع عن الصرف لان أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن وذلك فيما قلنا لان قبض حصة الحلية مستحق فعند الاطلاق يصرف الى جهة الاستحقاق وكذا اذا ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية لان الحلية تدخل في اسم السيف وان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل ينظر ان أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق قبل القبض لانه قصد جواز البيع وصرف بفساد الصرف واذا أمكن

تخليصهامن غيرضرر أمكن القول بجوازالبيع مع فسادالصرف ألاترى انه يجوز بيع السيف بانفراده فيجوزالبيع
و يبطل الصرف وان لم يمكن تخليصها الا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف و يجوز البيع والصرف جميعا لانه قصد
جواز البيع ولا يجوز الا بجواز الصرف لان بيع السيف بدون الحلية لا يجوز اذا لم يمكن تخليصهامن غيرضرر فان أمكن
تخليصهامن غيرضرر فيجوزان جميعا والله عز وجل أعلم وكذلك في السيف المحلى اذا لم يكن من جنس الحلية فان
كانت حلية السيف ذهبا اشتراه مع حليته بفضة مفردة فحكمه وحكم الجنس سواء في جميع ماوصفنا لانهما في حكم
القبض ومايتعلق به لا يختلفان وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف وعلى هذا يخرج الابراء عن
بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه انه لا يصح بدون قبوله وان قبل انتقض الصرف وان لم يقبل لم يصح
و يبقى الصرف على حاله لان قبض البدل مستحق والابراء عن الدين اسقاطه والدين بعد ماسقط لا يتصور قبضه
فكان الابراء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما كصريح
الفسخ واذا لم يصح بقي عقد الصرف على حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بأبدانهما ولو أبى المبرئ أو الواهب أو
المتصدق أن يأخذ ماأبرأ أو وهبه أو تصدق يجبر على القبض لانه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقدين
لا ينفرد بالفسخ وعلى هذا يخرج الاستبدال ببدل الصرف انه لا يجوز والصرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق
و يتم العقد لان قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة و بالاستبدال يفوت قبضه حقيقة لانه يقبض بدله و بدله
غيره وقال زفر ان الاستبدال جائز لان الشراء لا يقع بعين مافي الذمة لان مافي الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين
بلا خلاف فكان مشتريا بمثل مافي الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشترى دراهم مثل مافي ذمته في النوع والصفة
فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضا بطريق المعاوضة فيصح الاستبدال (والجواب) عنه ان الدراهم
والدنانير وان كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض وقبضها واجب و بالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح
المقاصة فبقي الشراء بها اسقاطا للقبض المستحق حقا للشرع فلا يصح الشراء و بقي الصرف صحيحا موقوفا بقاؤه على
الصحة على القبض قبل الافتراق وان أعطاه صاحبه دراهم أجود أو أردأ من حقه فرضي به والمقبوض مما يجرى مجرى
الدراهم الواجبة بالعقد في المعاوضات بين الناس جاز لان المقبوض من جنسه أصلا وانما يخالفه في الوصف فاذا رضي
به فقد أسقط حقه فكان استيفاء لا استبدالا وتجوز الحوالة ببدل الصرف اذا كان المحتال عليه حاضرا وكذلك
الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله فان قبض من المحتال عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرتهن
في المجلس فالصرف ماض على الصحة وان افترق المتصارفان قبل القبض وهلاك الرهن بطل الصرف وعند زفر
لا تجوز الحوالة والكفالة ببدل الصرف وقد مرت المسئلة في السلم والعبرة لبقاء العاقدين في المجلس وافتراقهما عنه
لا لبقاء المحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما وكذلك
لو وكل كل واحد من العاقدين رجلا أن ينقد عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاء وافتراقا لا مجلس الوكيل لما قلنا والله سبحانه
وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج المقاصة في ثمن الصرف اذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف انه لا يصير قصاصا
ببدل الصرف وان تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السلم وعلى هذا يخرج ما اذا قبض بدل
الصرف ثم انتقض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه انه يبطل الصرف وقدمر الكلام فيه جملة
وتفصيلا في السلم ثم قبض الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة فقبضهما في مجلس الاقالة شرط بقاء
الاقالة على الصحة أيضا حتى لو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق مضت الاقالة على الصحة وان افترقا قبل
التقابض بطلت الاقالة أما على أصل أبي يوسف فظاهر لان الاقالة على أصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتدأة
فلابد من التقابض في المجلس وعلى أصلهما ان كانت فسخا في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث
واستحقاق القبض حق للشرع ههنا ثالث فيعتبر بيعا جديدا في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم

فان

فان قبض رأس مال السلم فى مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا اشترى قلب فضة بذهب فرده ثم افترقا قبل قبض الثمن ان رده عليه بقضاء القاضى فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضاء القاضى فلا ينبغى أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان القبض بغير قضاء يكون فسخا فى حق الكل ورفعا للعقد عن الاصل كانه لم يكن واعادة المالك الى قديم ملكه كانه لم يزل عن ملكه فلا حاجة الى القبض والرد بغير قضاء يكون فسخا فى حق المتعاقدين بيعا جديدا فى حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثا فيجعل بيعا جديدا فى حق هذا الحكم وأما التقابض فى بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه أو بغير جنسه بان باع قفيز حنطة بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير وعينا البدلين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال أصحابنا ليس بشرط وقال الشافعى رحمه الله شرط حتى لو افترقا من غير قبض عندنا يثبت الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابضا فى المجلس احتج بقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المشهور الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد و بقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء يدا بيد ولان الافتراق من غير تقابض فى بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الربا بالجواز أن يقبض أحد المتعاقدين دون الآخر فيتحقق الربا لان للمقبوض فضلا على غير المقبوض فأشبه فضل الحلول على الاجل وانما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض ولهذا صار شرطا فى الصرف كذا هذا (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عز شأنه وأحل الله البيع وحرم الربا وغير ذلك نهى عن الاكل بدون التجارة عن تراض واستثنى التجارة عن تراض فيدل على اباحة الاكل فى التجارة عن تراض من غير شرط القبض وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لان أكل مال الغير ليس بمباح وأما الحديث فظاهر قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارحة ليس بمراد بالاجماع فلان حملها على القبض لانها آلة القبض فنحن نحملها على التعيين لانها آلة التعيين لان الاشارة باليد سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلنا أولى لان فيه توفيقا بين الكتاب والسنة وهكذا نقول فى الصرف ان الشرط هناك هو التعيين لا نفس القبض الا أنه قام الدليل عندنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض وههنا التعيين حاصل من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله عز وجل أعلم وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا قلنا هذا انما يستقيم ان لو قلنا بوجوب تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك (ومنها) أن يكون خاليا عن شرط الخيار فان شرط الخيار فيه لهما أو لاحدهما فسد الصرف لان القبض فى هذا العقد شرط بقائه على الصحة وخيار العقد يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن تقابض ينقلب الى الجواز عندنا خلافا لزفر ولو لم يبطل حتى افترقا تقدر الفساد وقد ذكرنا جنس هذه المسائل بدلائلها فيما تقدم (ومنها) أن يكون خاليا عن الاجل لهما أو لاحدهما فان شرطاه لهما أو لاحدهما فسد الصرف لان قبض البدلين مستحق قبل الافتراق والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان أبطل صاحب الاجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وهاتان الشريطتان على الحقيقة فرعتان لشريطة القبض الا أن احداهما تؤثر فى نفس القبض والاخرى فى صحته على ما بينا وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان فى هذا العقد لانهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض لان خيار الرؤية يثبت فى العين وهو التبر والنقرة والمصوغ ولا يثبت فى الدين وهو الدراهم والدنانير المضروبة لانه لا فائدة فى الرد اذ العقد لا ينفسخ بالرد لانه ما ورد على عين المردود وقيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بمثله فاذا قبض يرده فيطالبه بآخر هكذا الى ما لا يتناهى وكذا خيار الرؤية لانه لا يثبت فى سائر الديون فى سائر العقود لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف عينا لان هناك ينفسخ العقد بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيدا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما خيار العيب فيثبت فى الوجهين جميعا

لان السلامة عن العيب مطلوبة عادة ففواتها يوجب الخيار كما في سائر البياعات الا أن بدل الصرف اذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواء رده في المجلس أو بعد الافتراق و يرجع على البائع بما نقد وان كان دينا بان وجد الدراهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة أو وجدها رائجة في بعض التجارات دون البعض وذلك عيب عند التجار فردها في المجلس ينفسخ العقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف وان ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة و زفر لحصول الافتراق لا عن قبض وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل اذا استبدل في مجلس الرد على ماذكرنا في السلم وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضا ولانه لا يمنع صحة القبض على تقدير الاجازة واحتمال الاجازة قائم فلا يبطل العقد المنعقد ظاهرا بالشك ثم اذا استحق أحد بدلي الصرف بعد الافتراق فان كان أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف لانه اذا كان قائما كان بمحل الاجازة والاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة واذا كان هالكا ضمن الناقد المضمون بالضمان فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف لانه نقض قبضه أو تبين انه لم يصح بخلاف الاول لانه سلم له القبض فجاز الصرف والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون الثمن الاول معلوما في بيع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة والاصل في هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع و بيع وقال الله عز شأنه وابتغوا من فضل الله وقال عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم والمرابحة ابتغاء للفضل من البيع نصا و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة اشترى سيدنا أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال سيدنا أبو بكر رضى الله عنه هولك بغير شئ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما بغير ثمن فلا فدل طلب التولية على جوازها وروى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه اشترى بلالا فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة يا أبا بكر فقال يا رسول الله قد أعتقته ولو لم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الاعصار من غير نكير وذلك اجماع على جوازها * ثم الكلام في المرابحة في مواضع في تفسير بيع المرابحة وفي بيان شرائطه وفي بيان رأس المال انه ماهو وفي بيان ما يلحق برأس المال ومالا يلحق به وفي بيان ما يجب بيانه عند المرابحة مما نرك بيانه يكون خيانة ومالا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة وفي بيان حكم الخيانة اذا ظهرت أما تفسيره فقد ذكرناه في أول الكتاب وهو أنه بيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح وأما شرائطه (فمنها) ماذكرنا وهو أن يكون الثمن الاول معلوما للمشترى الثاني لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الاول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن معلوما له فالبيع فاسد الى أن يعلم في المجلس فيختار ان شاء فيجوز أو يترك فيبطل أما الفساد للحال فلجهالة الثمن لان الثمن للحال مجهول وأما الخيار فللخلل في الرضا لان الانسان قد يرضى بشراء الشئ بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن فاذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتى افترقا عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا النوع من البيع كبيع الشئ برقمه ونحو ذلك في بعضها انه فاسد وفي بعضها انه موقوف على الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التولية والاشراك والوضيعة في اعتبار هذا الشرط والمرابحة سواء لان التولية بيع بمثل الثمن الاول فلابد أن يكون الثمن الاول معلوما والاشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شئ معلوم منه فلابد وأن يكون الثمن الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى رجلان جملة مما له مثل فاقتسماها ثم أراد كل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة في قسمة المتماثلات ساقط شرعا بل بعد القسمة فيها تمييز اللنصيب وافراز محضا واذا كان كذلك فما يصل الى كل واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مرابحة قبل القسمة كذا بعدها وان اشتريا

جملة ممالامثل له فاقتسماه لايجوز لاحدهما أن يبيع حصته مرابحة لان معنى المبادلة فى قسمة هذا النوع معتبرة اذ الاصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه و نصفه بدل ملكه كانه اشتراه به فلا يجوز بيعه مرابحة كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم أراد أن يبيعه مرابحة والله سبحانه و تعالى أعلم ولو أسلم عشرة دراهم فى ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السلم بالاجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من رأس المال فحل الاجل له أن يبيعهما جميعا مرابحة على العشرة بلا خلاف فان باع أحدهما مرابحة على خمسة لم يجز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجوز ولو كان بين حصة كل واحد من الثوبين من رأس المال جاز أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة بالاجماع لهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك فى المسلم فيه يثبت بعقد السلم وعقد السلم أوجب انقسام الثمن وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء لاتفاقهما فى الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلومة فتجوز المرابحة عليهما كما اذا أسلم عشرة دراهم فى كرى حنطة فحل السلم وقبضهما ثم باع أحدهما مرابحة ولابى حنيفة أن المقبوض ليس عين المسلم فيه لان المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكا بعقد السلم بل بالقبض فكان القبض بمنزلة انشاء العقد كانه اشتراهما جميعا ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة وذلك لايجوز فيما لامثل له و يجوز فيما له مثل على ماذكرنا كذا هذا (ومنها) أن يكون الربح معلوما لانه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات (ومنها) أن يكون رأس المال من ذوات الامثال وهو شرط جواز المرابحة على الاطلاق وكذلك التولية و بيان ذلك أن رأس المال لايخلو اما أن يكون مماله مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون ممالامثل له من الذرعيات والمعدودات المتفاوتة فان كان مماله مثل يجوز بيعه مرابحة على الثمن الاول وتولية مطلقا سواء باعه من بائعه أو من غيره وسواء جعل الربح من جنس رأس المال فى المرابحة أو من خلاف جنسه بعد ان كان الثمن الاول معلوما والربح معلوما وان كان ممالامثل له من العروض لايجوز بيعه مرابحة ولاتولية ممن ليس ذلك العرض فى ملكه لان المرابحة بيع بمثل الثمن الاول وكذلك التولية فاذا لم يكن الثمن الاول مثل جنسه فاما أن يقع البيع على غير ذلك العرض واما أن يقع على قيمته وعينه ليس فى ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لاختلاف أهل التقويم فيها و يجوز بيعه تولية ممن العرض فى ملكه و يده وأما بيعه مرابحة ممن العرض فى ملكه و يده فينظر ان جعل الربح شيأ مفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح جزأ من رأس المال بأن قال بعتك الثمن الاول بربح ده يازده لايجوز لانه جعل الربح جزأ من العرض والعرض ليس متماثل الاجزاء وانما يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحزر والظن وأما بيعه مواضعة ممن العرض فى يده وملكه فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو أنه ان جعل الوضيعة شيأ منفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم ونحوه لايجوز لانه يحتاج الى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول وان جعلها من جنس رأس المال بان باعه بوضع ده يازده جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من رأس المال لان الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم (ومنها) أن لا يكون الثمن فى العقد الاول مقابلا بجنسه من أموال الربا فان كان ان اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل لم يجز له أن يبيعه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة فى أموال الربا تكون ربا لاربحا وكذا لايجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله أن يبيعه تولية لان المانع هو تحقق الربا ولم يوجد فى التولية ولانه بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وكذا الاشراك لانه تولية لكن ببعض الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) عند اختلاف الجنس فلا بأس بالمرابحة حتى لو اشترى دينارا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ولو باع دينارا باحد عشر درهما أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزا كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بان قال بعتك هذا الدينار الذى اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند أبى يوسف وعند محمد جاز (وجه) قوله ان المرابحة بيع بالثمن

الاول و زيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جائز وطريق جوازه أن يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولابى يوسف ان فى تجويز هذا تغيير المرابحة لان المتصارفين جعلا العشرة رأس المال والدراهم ربحا فلو جوزنا على ماقاله محمد لصار القيراط رأس مال و بعض العشرة ربحا وفيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مرابحة فلا يصح ولواشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون بمائة درهم ثم باعه مرابحة بربح درهم أو بربح دينار أو بربح ثوب بعينه لا يجوز لان المرابحة بيع بالثمن الاول و زيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لانه جعل ربح كل الثمن فلابد وأن ينقسم على كله ليكون مرابحة على كل الثمن ومتى انقسم على الكل كان للحلية حصة من الربح لامحالة فيتحقق الربا ولا يصح العقد والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون العقد الاول صحيحا فان كان فاسدا لم يجز بيع المرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك فى الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان رأس المال فرأس المال مالزم المشترى بالعقد لا ما نقده بعد العقد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو ما وجب بالبيع فأما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد آخر وهو الاستبدال فيأخذ من المشترى الثانى الواجب بالعقد لا المنقود بعده وكذلك التولية و بيان هذا الاصل اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم و نقد مكانها دينارا أو ثوبا فرأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان العشرة هى التى وجبت بالعقد وانما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب وكذلك لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد و نقد مكانها الزيوف وتجوز بها البائع الاول فعلى المشترى نقد الجياد لما قلنا ولو اشترى ثوبا بعشرة هى خلاف نقد البلد ثم باعه مرابحة فان ذكر الربح مطلقا بأن قال أبيعك بالثمن الاول و ربح درهم كان على المشترى الثانى عشرة من جنس ما نقد والربح من دراهم نقد البلد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة وهى خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثانى مثلها والربح من نقد البلد لانه أطلق الربح وما أضافه الى رأس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو نقد البلد وان أضاف الربح الى العشرة بأن قال أبيعك بربح العشرة أو بربح ده يازده فالعشرة والربح من جنس الثمن الاول أما اذا قال بربح العشرة فلأنه أضاف الربح الى تلك العشرة اذا كان من جنسها وأما اذا قال بربح ده يازده فلأنه جعل الربح جزأ من العشرة فكان من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشترى البائع الاول فى الثمن الاول وقبل انه يبيعه مرابحة وتولية على الاصل والزيادة جميعا لان الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير فى التقدير كان العقد على الاصل والزيادة جميعا فكان الاصل مع الزيادة رأس المال لوجوبهما بالعقد تقديرا فيبيعه مرابحة عليهما وكذا لو حط البائع الاول عن المشترى بعض الثمن فانه يبيعه مرابحة على الثانى بعد الحط لان الحط أيضا يلتحق بأصل العقد فكان الباقى بعد الحط رأس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مرابحة عليه ولو حط البائع الاول عن المشترى بعد ماباعه المشترى حط المشترى الاول ذلك القدر عن المشترى الثانى مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيصير رأس المال وهو الثمن الاول ماوراء قدر المحطوط فيحط المشترى الاول عن المشترى الثانى ذلك القدر و يحط حصته من الربح أيضا لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن فاذا حط شيأ من ذلك الثمن لابد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشترى الاول شىء من الثمن انه لا يحط ذلك عن المشترى الثانى لان الثمن الاول أصل فى بيع المرابحة ولا عبرة به فى بيع المساومة ألا ترى انه لو اشترى عبدين قيمتهما سواء أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين ولو باعهما مرابحة أو تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول أثلاثا لا على قدر القيمة دل ان الاول أصل فى بيع المرابحة ولا عبرة به فى بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول فى بيع المرابحة يوجب الحط عن الثمن الثانى ولا يوجب فى المساومة وهذا الذى ذكرنا على أصل أصحابنا الثلاثة لان الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد وكذا الحط عنه ويصير كأن العقد فى الابتداء وقع على هذا القدر

(فأما) على أصل زفر والشافعى فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة فى الثمن وحطا عنه وإنما يصح هبة مبتدأة والمسألة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يلحق برأس المال ومالا يلحق به فنقول لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم ومالا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لان العادة فيما بين التجار انهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة قال النبى عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن الا أنه لا يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام على بكذا لان الاول كذب والثانى صدق وأما أجرة الراعى والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الآبق والفداء عن الجناية وما أنفق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شعر فلا يلحق برأس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول لا غير لان العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما أنفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم ومالا بد لهم منه بالمعروف يلحق برأس المال لجريان العادة بذلك وما أنفق على نفسه فى سفره لا يلحق به لانه لا عادة فيه والتعويل فى هذا الباب على العادة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجب بيانه فى المرابحة ومالا يجب فالاصل فيه ان بيع المرابحة والتولية بيع أمانة لان المشترى ائتمن البائع فى إخباره عن الثمن الاول من غير بينة ولا استحلاف فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة لان التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن قال الله تعالى عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون وقال عليه الصلاة والسلام ليس منا من غشنا وقال عليه الصلاة والسلام لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الا إن لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والتهمة انما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه ومالا يجب فنقول وبالله التوفيق اذا حدث بالسلعة عيب فى يد البائع أو فى يد المشترى فأراد أن يبيعها مرابحة ينظر ان حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يبيعها مرابحة حتى يبين وان حدث بفعله أو بفعل أجنبى لم يبعه مرابحة حتى يبين بالاجماع (وجه) قولهما ان البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة لان المشترى لو علم ان العيب حدث فى يد المشترى لكان لا يربحه فيه ولانه لما باعه بعد حدوث العيب فى يده فقد احتبس عنده جزأ منه فلا يملك بيع الباقى من غير بيان كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبى (ولنا) أن الفائت جزء لا يقابله ثمن بدليل انه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بحصته شئ من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واحدة وما يقابله الثمن قائم بالكلية فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان لانه يكون بائعا ما بقى بجميع الثمن بخلاف ما اذا فات بفعله أو بفعل أجنبى لان الفائت صار مقصودا بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشترى جزأ يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقى مرابحة الا ببيان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبعه مرابحة حتى يبين لان الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وان لم يكن لها حصة من الثمن للحال فهذا حبس بعض المبيع وباع الباقى فلا يجوز من غير بيان وكذا لو هلك بفعله أو بفعل أجنبى ووجب الارش لانه صار مبيعا مقصودا يقابله الثمن ثم المبيع بيعا غير مقصود لم يبعه مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصودا أولى ولو هلك بآفة سماوية له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لانه ان هلك طرف من أطرافه بآفة سماوية باعه مرابحة من غير

بيان على مامر فالولد أولى لانه ملحق بالطرف ولو استغل الولد والارض جازله أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الزيادة التى ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاجماع ولهذا لا يمنع الرد بالعيب فلم يكن ببيع الدار أو الارض حابساً جزأ من المبيع فكان له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو كان المشترى جارية ثيبا فوطئها جازله أن يبيعها مرابحة من غير بيان فان الوطء استيفاء المنفعة حقيقة والمنفعة ليست بجزء لها حقيقة فاستيفاؤها لا يوجب نقصانا فى الذات الا أنه ألحق بالجزء عند عدم الملك اظهارا لخطر الابضاع ولا حاجة الى ذلك فى الملك فبقيت مبيعة حقيقة ووطء الثيب انما منع الرد بالعيب عندنا لا لأنه اتلاف جزء من العين بل لمعنى آخر نذكره فى موضعه ولو كانت الجارية بكرا فافتضها المشترى لم يبعها مرابحة حتى يبين لان الافتضاض ازالة العذرة وهى عضو منها فكان اتلافا لجزئها فأشبه اتلاف سائر الاجزاء ولو أتلف منها جزأ آخر لكان لا يبيعها مرابحة حتى يبين كذا هذا ولو اشترى شيأ نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين لان للاجل شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا حقيقة لانه مرغوب فيه ألا ترى ان الثمن قد يزاد لمكان الاجل فكان له شبهة أن يقابله شئ من الثمن فيصير كانه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى هذا الباب فيجب التحرز عنها بالبيان ولو اشترى من انسان شيأ بدين له عليه له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو أخذ شيأ صلحا من دين له على انسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين (ووجه) الفرق أن مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق فلابد من البيان ليعلم المشترى أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة فلا حاجة الى البيان وفرق آخران فى الشراء لا تتصور الخيانة لان الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله وهو أن يجب على المشترى مثل ما فى ذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة والدليل على انه كذلك انه لو اشترى ثم تصادقا على انه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء واذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما اذا اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم ابتداء بخلاف الصلح فانه يقع بما فى الذمة على البدل المذكور ألا ترى انهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على انه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم ورقمه اثنى عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز اذا كان الرقم معلوما والربح معلوما ولا يكون خيانة لانه صادق لكن لا يقول اشتريته بكذا لانه يكون كاذبا فيه وروى عن أبى يوسف ان المشترى اذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده ان الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان وكذلك لو ورث مالا فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا ولو اشترى شيأ ثم باعه بربح ثم اشتراه فأراد أن يبيعه مرابحة فانه يطرح كل ربح كان قبل ذلك فيبيعه مرابحة على ما يبقى من رأس المال بعد الطرح فان لم يبق منه شئ بأن استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابى حنيفة (وأما) عند أبى يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير من غير بيان ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها أو خسر وبيان ذلك اذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على خمسة عنده وعندهما على عشرة ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة (وجه) قولهما ان العقود المتقدمة لا عبرة بها لانها ذهبت وتلاشت بنفسها وحكمها فأما العقد الاخير فحكمه قائم وهو الملك فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولابى حنيفة عليه الرحمة ان الشراء الاخير كما أوجب ملك الثوب فقد أكد الربح وهو خمسة لانه كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب أو بغيره من أسباب الفسخ فاذا اشترى فقد خرج عن احتمال البطلان فتأكد والتأكد شبهة الاثبات فكان مشتريا للثوب وخمسة الربح بعشرة من وجه فكان فيه شبهة انه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير بيان لان الشبهة فى هذا الباب لها حكم الحقيقة ألا ترى انه لو اشترى ثوبا بعشرة نسيئة ثم أراد أن يبيعه مرابحة على عشرة نقدا لم يبعه مرابحة من غير بيان احترازا عن الشبهة لان للاجل شبهة أن يقابله الثمن على مامر فوجب التحرز عنه بالبيان كذا هذا فاذا باعه

بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ويبقى الثوب خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الربا فلم يبعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أولا دين عليه لم يبعه مرابحة من غير بيان بالاجماع (وجه) قولهما انه لا خلل في الشراء الاول لان ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشراء الاول فلا يجب البيان كما اذا اشترى من الاجنبي ولأبي حنيفة رحمه الله ان تهمة المسامحة في الشراء الاول قائمة لان الناس في العادات لا يماكسون في الشراء من هؤلاء فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان كما في المكاتب والمأذون ولان للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة لان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائما معنى فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر في المرابحة كما في المكاتب والعبد المأذون ولو اشترى سلعة من رجل بالف درهم ثم اشترى منه من لا تقبل شهادته له بالف درهم وخمسمائة فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وذلك ألف ولا يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة الا ببيان عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة من غير بيان لما ذكرنا وأجمعوا على انه لو اشترى عبدا بخمسمائة فباعه من المكاتب المديون أولا دين عليه بالف انه لا يبيعه مرابحة على أكثر الثمنين وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبدا بخمسمائة فباعه من المولى بالف لما قلنا ولو اشترى من مضاربه أو اشترى مضاربه منه فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة المضارب من الربح ان كان فيه ربح وان لم يكن ربح يبيعه مرابحة على أقل الثمنين بيان ذلك اذا دفع ألفا مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لانه بيع مال نفسه على نفسه والشراء من الانسان ماله الا انا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطا فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلتحق بالحقيقة في المنع من المرابحة من غير بيان ولانه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب باكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه مرابحة باوفر الثمنين الا ببيان ولو اشترى المضارب عبدا بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين فان لرب المال بيعه مرابحة على ألف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان المائتين ربح وهي بينهما الا أن حصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا فيطرح ذلك القدر من بيع المرابحة وأما حصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة اذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة على الف ومائة وكذلك لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بالف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة وهي أقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وفي الاكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة وخمسين لان الخمسمائة أقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب من الربح فتضم الى الخمسمائة والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الخيانة اذا ظهرت فنقول وبالله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا يخلو اما ان ظهرت في صفة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفة الثمن بأن اشترى شيأ بنسيئة ثم باعه مرابحة على الثمن الاول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار بالاجماع ان شاء أخذه وان شاء رده لان المرابحة عقد بني على الامانة لان المشتري اعتمد البائع وائتمنه في الخبر عن الثمن الاول فكانت الامانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذا لو صالح من دين

الف له على انسان على عبد ثم باعه مرابحة على الالف ولم يبين للمشترى أنه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة فى قدر الثمن فى المرابحة والتولية بأن قال اشتريت بعشرة و بعتك بربح ده يازده أوقال اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف فى حكمه قال أبو حنيفة عليه الرحمة المشترى بالخيار فى المرابحة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وفى التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة و يلزم العقد بالثمن الباقى وقال أبو يوسف لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم فى التولية ودرهم فى المرابحة وحصة من الربح وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم وقال محمد رحمه الله له الخيار فيهما جميعاً ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده على البائع (وجه) قول محمد رحمه الله ان المشترى لم يرض بلزوم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه و يثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيباً (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الثمن الاول أصل فى بيع المرابحة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته و بقى العقد لازماً بالثمن الباقى ولابى حنيفة الفرق بين المرابحة والتولية وهو ان الخيانة فى المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول و زيادة ربح وهذا قائم بعد الخيانة لان بعض الثمن رأس مال و بعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مرابحة وانما أوجب تغييراً فى قدر الثمن وهذا يوجب خللاً فى الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة فى صفة الثمن بأن ظهر ان الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية لان التولية بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان فى الثمن الاول فلو أثبتنا الخيار لاخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا انشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن هلك أوحدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن فى ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما فى خيار الشرط وخيار الرؤية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرائط والاحكام والذى يختص بالاشراك بيان القدر الذى تثبت فيه الشركة فنقول و بالله التوفيق المشترى لا يخلو إما أن يكون لواحد و إما أن يكون لاثنين أو أكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره فلا يخلو إما أن يشركه فى قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك واما ان أطلق الشركة فان أشركه فى قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف فيه يثبت فى قدر ما أضيف اليه هو الاصل فان أطلق الشركة بأن قال أشركتك فى هذا الكر فله نصف الكر كما لو قال أشركتك فى نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلا فى نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شاء أخذ نصف ما بقى وهو ربع الكر وان شاء ترك لانه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة وما بقى بقى على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض لان الصفقة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكر فههنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقى للمشترى خاصة فى البيع وفى الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع أضيف الى نصف شائع وتعذر تنفيذه فى النصف المستحق لانعدام الملك وأمكن تنفيذه فى نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك فى الشركة الا ان تنفيذه فى النصف المملوك يقتضى المساواة بينهما فى ذلك النصف وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له ولو اشترى عبداً فقال له رجل أشركنى فى هذا العبد فقال قد أشركتك ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثانى علم بمشاركة الاول فله الربع وللمشترى الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شىء للمشترى لانه اذا علم الثانى بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا فى نصيبه خاصة

والشركة فى نصيبه تقتضى المساواة بين النصيبين وهى أن يكون لكل واحد منهما الربع واذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركنى طلب الشركة فى الكل والاشراك فى الكل أن يكون نصفه له والاول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثانى النصف الباقى تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشترجارية فلان بينى و بينك فقال المأمور نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الآمرين ولا شىء منها للمأمور لان الاول وكله بشراء نصف الجارية و بقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلا للاول لانه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيلا له بشراء النصف فاذا قبل الوكالة من الثانى صار وكيلا فى شراء النصف الآخر فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الاولان فقال نعم ثم اشتراها كانت الجارية للاولين ولا شىء للثالث لانه قد بقى وكيلا للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث شريكان شركة عنان فى الرقيق أمر أحدهما صاحبه أن يشترى عبد فلان بينه و بين المأمور ثم أمره آخر بمثل ذلك فاشتراه فالنصف للاجنبى والنصف للشريكين لان كل واحد من الشريكين يملك شراء الرقيق بعقد الشركة من غير أمر فكان الامر سفهاً فلم يصح وصح من الاجنبى فاستحق النصف واستحقاق النصف تقضية الشركة والله عزوجل أعلم هذا اذا كان المشترى لواحد فاشركه فان كان لاثنين فلا يخلو اما أن يكون أشرك أحدهما رجلا و إما ان أشركاه جميعاً فان أشركه أحدهما فاما ان أشركه فى نصيبه خاصة بأن قال أشركتك فى نصيبى و إما ان أشركه فى نصفه بأن قال أشركتك فى نصفى و إما ان اشركه مطلقاً بأن قال أشركتك فى هذا العبد و إما ان أشركه فى نصيبه و نصيب صاحبه و إما ان أشركه فى نصفه بأن قال أشركتك فى نصف هذا العبد فان أشركه فى نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه لان الشركة المطلقة فى نصيبه تقتضى أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه لانها تقتضى المساواة وكذا لو أشركه فى نصفه لان الشركة المطلقة فى نصفه تقتضى المساواة فيه وان أشركه مطلقاً فان أجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما وان لم يجز فالربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعاً الا أنه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك فى نصيبه فينفذ فى نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهى باطلاقها تقتضى المساواة وذلك فى أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع وان أشركه فى نصيبه و نصيب صاحبه فكذلك فى ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله النصف والنصف الآخر لهما وان لم يجز فله الربع وروى عن ابى يوسف فى النوادر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان أبى أن يجيز كان له ثلث ما فى يد الذى أشركه وهو سدس الكل (وجه) هذه الرواية ان اشراك أحدهما واجازة الآخر بمنزلة اشراكهما معاً لان الاجازة تستند الى حال العقد فكأنهما أشركاه معاً ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كان العاقد أشرك بوكالة صاحبه (وجه) ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة تثبت على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند فكان حكم الاجازة متأخراً عن حكم الاشراك ثبوتاً وان أشركه فى نصف العبد فاجاز شريكه فله نصف ما فى يد هذا و نصف ما فى يد الآخر وان لم يجز فله نصف ما فى يد الذى أشركه لما قلنا هذا اذا أشركه أحدهما فاما اذا أشركاه جميعاً فلا يخلو اما ان أشركاه معاً واما ان أشركاه على التعاقب فان أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملا ولكل واحد منهما الربع وفى الاستحسان يكون بينهم أثلاثا وان أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبينا قدر الشركة أو أشركاه فى نصيبهما بأن قال كل واحد منهما أشركتك فى نصيبى ولم يبين فى كم أشركه كان له النصف وللاولين النصف (وجه) القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً كما لو أشركاه على التعاقب (وجه) الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق ان الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه فى زمان واحد يقتضى المساواة فى

أنصباء الكل وهو أن يكون نصيب كل واحـد منهم مثل نصيب الآخر فى أن يكون المشترى بينهم أثلاثا بخلاف الاشراك على التعاقب لان الاشراك من أحدهما مطلقا فى زمان يقتضى أن يكون نصيبه مثل نصيبه وكذلك الاشراك الآخر فى الزمان الثانى فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما المواضعة فهى بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شئ معلوم منه ويعتبر لها من الشرائط والاحكام ما يعتبر للمرابحة وقد ذكرنا ذلك كله والاصل فى معرفة مقدار الثمن فى المواضعة أن يضم قدر الوضيعة الى رأس المال ثم يطرح منه فما بقى بعد الطرح فهو الثمن مثاله اذا قال اشتريت هذا بعشرة وبعتك بوضيعة ده يازده فاذا أردت ان تعرف الثمن أنه كم هو فسبيلك أن تجعل كل درهم من العشرة التى هى رأس المال أحد عشر جزأ فيكون الكل أحد عشر اطرح منها درهماً يكون الثمن تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم وعلى هذا القياس تجرى مسائل المواضعة والله الموفق الصواب

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضاً ولقب المسئلة ان خيار المجلس ليس بثابت عندنا وعنده ثابت احتج الشافعى رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعات بالخيار ما لم يفترقا وهذا نص فى الباب ولان الانسان قد يبيع شيأ ويشترى ثم يبدو له فيندم فيحتاج الى التدارك بالفسخ فكان ثبوت الخيار فى المجلس من باب النظر للمتعاقدين (ولنا) ظاهر قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم أباح الله سبحانه وتعالى الاكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد وعنده اذا فسخ أحدهما العقد فى المجلس لا يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولان البيع من العاقدين صدر مطلقاً عن شرط والعقد المطلق يقتضى ثبوت الملك فى العوضين فى الحال فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً فى العقد الثابت بتراضيهما أو فى حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والاقالة بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الحديث فان ثبت مع كونه فى حد الآحاد مخالفا لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما فى التبايع وهو ان البائع اذا قال لغيره بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشترى اشتريت وللمشترى أن لا يقبل أيضاً واذا قال المشترى اشتريت منك بكذا كان له أن يرجع ما لم يقل البائع بعت وللبائع أن لا يقبل أيضاً وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد فى الموطأ عن ابراهيم النخعى رحمهما الله وأنه موافق لرواية أبى حنيفة لما روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله تعالى جل شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة (فمنها) التفريق بين الرقيق فى البيع والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا توله والدة عن ولدها والتفرق بينهما توليه فكان منهيا وروى ان النبى عليه الصلاة والسلام رأى امرأة والهة فى السبى فسأل عن شأنها فقيل قد بيع ولدها فامر بالرد وقال عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وهذا خرج مخرج الوعيد وروى أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عليهم السبى والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق فى حال الصغر وروى أنه عليه الصلاة والسلام وهب من سيدنا على رضى الله عنه غلامين صغيرين فباع أحدهما فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام بعهما أو ردوا الامر بالجمع بينهما فى البيع أو رد البيع فيهما دليل على كراهة التفريق ولان التفريق بين الصغير والكبير نوع اضرار بهما لان الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن اليه والكبير يستأنس بالصغير وذا يفوت

بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق اضرارا بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين لانهما يأتلفان ويسكن قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما ايحاشا بهما فكره ولان الصبا من أسباب الرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفى التفريق ترك الرحمة فكان مكروها ثم الكلام فى كراهة التفريق فى مواضع فى بيان شرائط الكراهة وفى بيان ما يحصل به التفريق وفى بيان صفة ما يحصل به التفريق انه جائز أم لا (اما) شرائط الكراهة (فمنها) صغر أحدهما وهو أن يكون أحدهما صغيرا أو يكونا صغيرين فان كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يجتمع عليهم السبى والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية مد عليه الصلاة والسلام النهى عن التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار بزوال الاستئناس والشفقة وترك الرحم وكل ذلك يختص بحالة الصغر (ومنها) الرحم وهو القرابة فان كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما (ومنها) المحرمية وهو أن يكونا ذوى رحم محرم بان كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابنى العم ونحو ذلك لان القرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والانس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو القرابة (ومنها) أن يكون مالكهما واحدا بأى سبب ملكهما بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية حتى لو كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر وكذا لو كان له ولدان صغيران أحد المملوكين فى ملك أحدهما والآخر فى ملك الآخر لا بأس للاب أن يبيع أحدهما لان الكراهة فى التفريق أن يكونا فى ملك واحد وان لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقا لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا اذا كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك مكاتبه لانهما لم يجتمعا فى ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع الى الكسب ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان أحدهما فى ملكه والاخر فى ملك عبده المأذون فان كان عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذى عنده فأما على أصل أبى حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك كسب المأذون المديون فلم يوجد بالاجتماع فى ملك مالك واحد وعندهما وان كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالاجنبى عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لوجود الاجتماع فى ملك شخص واحد ولو كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك مضارب به فلا بأس بالتفريق لان مال المضارب وان لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوى فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال وبيع رب المال من المضارب استحسانا فكان رب المال بمنزلة الاجنبى فلم يوجد الاجتماع فى ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما اذا باع جارية كبيرة على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير فى مدة الخيار انه يكره ايجاب البيع فى الجارية بالاجازة أو بالترك حتى تمضى المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا فى ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على ان المشترى بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير فى المدة فلا بأس للمشترى أن يجيز البيع أو يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف لان خيار المشترى لا يمنع خروج السلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا وانما الخلاف فى دخولها فى ملك المشترى فلم يجتمع المملوكان فى ملك شخص واحد فلم تكن الاجازة تفريقا ولو كان الخيار للمشترى ولها ابن عند المشترى لا تكره الاجازة بلا اشكال لان الاجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا (وأما) الفسخ فكذلك لا يكره أيضا (اما) على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلا يشكل أيضا لان الجارية لم تدخل فى ملك المشترى لان خيار المشترى يمنع دخول السلعة فى ملكه على أصله فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع فى ملكه (واما) عندهما فالجارية وان دخلت فى ملكه لكن الفسخ حقه فالاجبار

على الاجازة ابطال لحقه وهذا لا يجوز فكان له أن يفسخ والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يملكهما على الكمال فان ملك من كل واحد منهما شقصا منه لم يكره أن يبيع نصيبه من أحدهما دون الآخر لان البيع ههنا لا يقع تفريقا مطلقا لحصول التفريق قبله من وجه فلا يدخل تحت النهى عن التفريق على الاطلاق (ومنها) أن يكون كل واحد منهما محلا للبيع عند البيع فان خرج أحدهما عن محلية البيع بالتدبير أو الاستيلاد فلا بأس من بيع الآخر وان كان فيه تفريق لانه تعذر عليه بيعهما جميعا فلو منع عن بيع الآخر لتضرر به المالك وكراهة التفريق شرعا لدفع ضرر زائد فلا يجوز دفعه بالحاق ضرر فوقه بالمالك (ومنها) ان لا يتعلق بأحدهما حق فان تعلق بان لحق أحدهما دين بان استهلك مال انسان أو جنى جناية على بنى آدم أو اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا لم يكره التفريق بل يباع بالدين و يدفع بالجناية و يرد بالعيب لان فى المنع من التفريق دفع ضرر زائد بضرر أقوى منه وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز و روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه اذا جنى أحدهما يستحب للمالك أن يفدى لما فيه من مراعاة الحقين ودفع الضرر من الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا و روى عن أبى يوسف انه اذا اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا يردهما جميعا أو يمسكهما وليس له أن يرد المعيب خاصة لان رده خاصة تفريق وانه اضرار فصار كما اذا اشترى مصراعى باب أو زوجى خف أو نعل ثم وجد بأحدهما عيبا انه ليس له أن يرد المعيب خاصة لكونه اضرارا بالبائع خاصة كذا هذا (ومنها) أن يكون مالكهما مسلما فان كان كافرا لا يكره التفريق وسواء كان المالك حرا أو مكاتبا أو مأذونا عليه دين أو لا دين عليه صغيرا أو كبيرا وسواء كان المملوكان مسلمين أو كافرين أو أحدهما مسلما والآخر كافرا لان ماذكرنا من الدلائل الموجبة لكراهة التفريق من النصوص والمعقول لا يوجب الفصل ولو دخل حربى دار الاسلام بامان ومعه عبدان صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير وهما ذوا رحم محرم أو اشتراهما فى دار الاسلام من صاحبه الذى دخل معه بامان فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس للمسلم أن يشتريه ولو اشتراهما من مسلم فى دار الاسلام أو ذمى أو حربى دخل بأمان من ولاية أخرى لا من ولايته يكره للمسلم أن يشترى أحدهما (ووجه) الفرق ان الضرورة دفعت الكراهة فى الفصل الاول لانه لو لم يشتر لادخلهما دار الحرب فيصير عونا لهم على المسلمين وهذه الضرورة تنعدم فى هذا الفصل لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من الحاقهما بدار الحرب فلم تتحقق الضرورة (ومنها) أن لا يرضيا بالتفريق فان رضيا لا يكره بان كان الصبى مراهقا و رضى بالبيع و رضيت أمه فبيع برضاهما لان كراهة التفريق لمكان الضرر فاذا رضيا به علم انه لا ضرر فلا يكره والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا اجتمع مع الصغير فى ملك شخص واحد قريب واحد هو ذو رحم محرم منه فاما اذا كان معه عدد من الاقارب كل واحد ذو رحم محرم من الصغير فلا يخلو اما ان كانا أبوين أو غيرهما من ذوى الارحام فان كانا أبوين يكره التفريق بينه و بين أحدهما بلا خلاف وان كانا ممن سواهما من ذوى الرحم المحرم فاما ان كان أحدهما أقرب من الصغير والآخر أبعد منه واما ان كانا فى القرب منه على السواء فان كان أحدهما أقرب لا بأس بالتفريق بين الصغير و بين الابعد منهما لان شفقة الاقرب تغنى عن شفقة الابعد فلم يكن التفريق اضرارا بالصغير سواء اتفقت قرابة الكبيرين كالاب مع الجد والام مع الجدة أو الخالة أو الخال أو اختلفت كالام مع العمة أو العم و روى عن أبى يوسف انه يكره التفريق بينه و بين أحدهما كيفما كان لان كل واحد منهما له شفقة على الصغير وتزول بالتفريق وان كان الكبيران فى القرب من الصغير شرعا سواء ينظر ان اتفقت جهة قرابتهما كالعمتين والخالتين والاخوين لاب وأم أو لاب أو لام فالقياس أن يكره التفريق بين الصغيرين و بين أحدهما وكذا روى عن أبى يوسف وفى الاستحسان لا يكره اذا بقى مع الصغير قريب واحد لان لكل واحد منهما شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة أحدهما مقام الآخر وكذا قد يختص أحدهما بزيادة شفقة ليست فى الآخر فكان التفريق اضرارا بتفويت شفقته من حيث الاصل أو من حيث القدر فيكره (وجه) الاستحسان ان كراهة التفريق للاضرار بالصغير بتفويت النظر وعند اتحاد جهة القرابة والتساوى فى القرب من الصغير كان معنى

النظر حاصلا ببقاء أحدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لان عند اختلاف جهة القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالآخر فكان التفريق اضرارا وكذلك لو ملك ستة أخوة أو ستة أخوات ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار لا بأس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا ولو كان مع الصغير أبوان حكما بان ادعياه حتى ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا في ملك شخص واحد فالقياس أن لا يكره بيع أحدهما لاتحاد جهة القرابة وهي قرابة الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفي الاستحسان يكره لان أباه أحدهما حقيقة فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة الا انا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوائهما في الدعوة ولكن الاب في الحقيقة أحدهما فلو باع أحدهما لاحتمل انه باع الاب فيتحقق التفريق بخلاف ما اذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما لان قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفريقا بين الصغير وبين أحد أبويه بيقين فيكره وان اختلفت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخالة والعم مع الخال والاخ لاب مع الاخ لام وما أشبه ذلك يكره التفريق لان من يدلى بقرابة الاب الى الصغير يقوم مقام الاب والذى يدلى اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فصار كما لو كان مع الصغير أب وأم ولو كان كذلك يكره التفريق كذا هذا امرأة سبيت وفي حجرها بنت صغيرة وقعتا في سهم رجل واحد والمرأة تزعم انها بنتها يكره التفريق بينهما وان كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها في سائر الاحكام لان الأخبار في كراهة التفريق وردت في حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية الا بقولها فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفريق ولان هذا من باب الديانة وقول المرأة الواحدة في الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك فيه طريق الاحتياط ولو كبرت الصغيرة في يد السابى وقد كان وطئ الكبيرة ولم يعلم من المرأة المسبية ارضاع الصغيرة لا ينبغى له أن يقرب البنت وان لم يثبت نسبها منها بدعوتها لاحتمال انها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقربها احتياطا ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم لان قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبى فلا بأس بالتفريق والجمع بينهما في الوطء لانه اذا لم تكن في حجرها عند السبى فلا دليل على كونها ولدها في حق الحكم فلا يقبل قولها أصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا أو صغيرة انه ولده قبل قوله ويثبت نسبه منه سواء كان قبل الاحراز بدار الاسلام أو بعده بعد ان يكون قبل القسمة أو قبل الدخول في ملك خاص بالبيع وغيره لان دعوى الرجل صحيحة ألا ترى انه يثبت نسبه منه فيظهر في حق كراهة التفريق سواء كان الولد وقت السبى في يده أو لم يكن بخلاف دعوة المرأة وكذلك لو ادعت المرأة ان الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها وصدقها تثبت بينهما الزوجية بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفريق بين الصغير وبين أحدهما لانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبى انه ولده قبل القسمة أو البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام يثبت نسبه من المدعى ولكنه يسترق لان دعوته وان صحت في حق ثبات النسب واستندت الى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تستند في حق الاسترقاق لان فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق في ابطال حق الغير ويجوز أن يصدق الانسان في اقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشراء وعتق عليه وكذا لو اشتراه ثم أقر بحريته صح اقراره في حقه حتى يعتق عليه ولا يصح في حق بائعه حتى لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لانه تنقطع به منفعة الانس والشفقة وكذا القسمة في الميراث والغنائم لان القسمة لا تخلو عن معنى التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق فيكره ولا بأس أن يعتق أحدهما أو يكاتبه لان الاعتاق ليس بتمليك بل هو ازالة الملك أو انهاؤه فلا يتحقق به التفريق لانه اذا أعتق يمكنه الاستئناس بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفريقا وكذلك الكتابة لان المكاتب حر يدا فلا تنقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفريقا والله عز وجل أعلم ولئن كان تفريقا فيقع الاعتاق فوق ضرر التفريق فلا

يكون ضررا معنى ولو باع أحدهما نسمة للعتق يكره عند أبى حنيفة وعند محمد لا يكره (وجه) قوله ان الوفاء بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حالة المشترى انجاز ما وعد فيخرج التفريق من أن يكون ضررا لانه يقابله نفع أعظم منه وهو العتق (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان العتق ليس بمشروط فى البيع ولو كان مشروطا لاوجب فساد البيع فبقى قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقى البيع تفريقا فيكره حتى لو كان قال المشترى ان اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشراء لا محالة فيخرج البيع من أن يكون ضررا

﴿ فصل ﴾ وأما صفة البيع الذى يحصل به التفريق انه جائز أم لا فقد اختلف العلماء فيه فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم وقال أبو يوسف رحمه الله البيع فاسد فى الوالدين والمولودين وفى سائر ذوى الارحام جائز وقال الشافعى رحمه الله البيع باطل فى الكل واحتج بما روينا من الاحاديث الواردة للنهى عن التفريق أو ما يجرى مجرى النهى والبيع تفريق فكان منهيا والنهى لا يصلح سببا لثبوت الملك كسائر البياعات التى ورد النهى عنها على أصله فابو يوسف انما خص البيع فى الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتغليظ الوعيد بالتفريق فيهم وهو ماروينا ولهما ان قوله تعالى وأحل الله البيع ونحوه من نصوص البيع يقتضى شرعية البيع على العموم والاطلاق فمن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل وأما الاحاديث فهى محمولة على النهى عن غير البيع وهو الاضرار فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعا كالنهى عن البيع وقت النداء وانما حملناه على غير البيع اما حملا لخبر الواحد على موافقة الكتاب الكريم واما لان النهى لا يرد عما عرف حسنه عقلا على ما عرف (ومنها) البيع وقت النداء وهو أذان الجمعة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع أمر بترك البيع عند النداء نهيا عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعى فكان البيع فى ذاته مشروعا جائزا لكنه يكره لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعى (ومنها) بيع الحاضر للبادى وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لاهل البادية بثمن غال لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع جاز البيع لان النهى لمعنى فى غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك يضر باهل البلد بان كان أهله فى قحط من الطعام والعلف فان كانوا فى خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر (ومنها) بيع متلقى السلع واختلف فى تفسيره قال بعضهم هو ان يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تتلقوا السلع حتى تسبط الاسواق وهذا اذا كان يضر بأهل البلد بان كان أهله فى جدب وقحط فان كان لا يضرهم لا بأس وقال بعضهم تفسيره هو ان يتلقاهم فيشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضا مكروه سواء تضرر به أهل البلد أم لا لانه غرهم والشراء جائز فى الصورتين جميعا لان البيع مشروع فى ذاته والنهى فى غيره وهو الاضرار بالعامة على التفسير الاول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثانى (ومنها) بيع المستام على سوم أخيه وهو أن يساوم الرجلان فطلب البائع بسلعته ثمنا ورضى المشترى بذلك الثمن فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وروى لا يسوم الرجل على سوم أخيه والنهى لمعنى فى غير البيع وهو الايذاء فكان نفس البيع مشروعا فيجوز شراؤه ولكنه يكره وهذا اذا جنح البائع للبيع بالثمن الذى طلبه المشترى الاول فان كان لم يجنح له فلا بأس للثانى أن يشتريه لان هذا ليس استياما على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهى ولانعدام معنى الايذاء أيضا بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكروه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا له ببيع من يزيد وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبيع بيعا مكروها وكذا فى النكاح اذا خطب رجل امرأة وركن قلبها

اليه يكره لغيره أن يخطبها لما روينا وان لم يركن فلا بأس به (ومنها) بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عساكرهم لان بيعه منهم من باب الاعانة على الاثم والعدوان وانه منهى ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره لانه ليس معدا للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة ونظيره بيع الخشب الذى يصلح لاتخاذ المزمار فانه لا يكره وان كره بيع المزامير (وأما) ما يكره مما يتصل بالبيوع (فمنها) الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه فى باب الكراهية والحاقه بهذا الموضع أولى (ومنها) النجش وهو ان يمدح السلعة و يطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد فى ثمنه وانه مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النجش ولانه احتيال للاضرار بأخيه المسلم وهذا اذا كان المشترى يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش رجل سلعة حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكروه وان كان الناجش لا يريد شراءها والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه الا بعد الوقوف على تسمية البياعات فى حق الحكم فنقول و بالله التوفيق البيع فى حق الحكم لا يخلو اما أن يكون صحيحا واما أن يكون فاسدا واما أن يكون باطلا واما أن يكون موقوفا والصحيح لا يخلو اما أن يكون فيه خيار أولا خيار فيه اما البيع الصحيح الذى لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل و بعضها من التوابع (اما) الحكم الاصلى فالكلام فيه فى موضعين فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفته (اما) الاول فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وللبائع فى الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والاحكام المتعلقة بهما فيقع الكلام فى موضعين أحدهما فى تفسير المبيع والثمن والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة بهما (اما) اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الاسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة فالمبيع فى الاصل اسم لما يتعين بالتعيين والثمن فى الاصل ما لا يتعين بالتعيين وان احتمل تغير هذا الاصل بعارض بان يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه وما يحتمله ثمنا كرأس مال السلم اذا كان عينا على ما نذكره ان شاء الله تعالى (وأما) على أصل زفر رحمه الله وهو قول الشافعى رحمه الله فالمبيع والثمن من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد وانما يتميز أحدهما عن الآخر فى الاحكام بحرف الباء واذا عرف هذا فالدراهم والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين فى عقود المعاوضات فى حق الاستحقاق وان عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم او بهذه الدنانير كان للمشترى أن يمسك المشار اليه و يرد مثله ولكنها تتعين فى حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنسا ونوعا وقدرا وصفة ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى أصلهما يتعين حتى يستحق البائع على المشترى الدراهم المشار اليها كما فى سائر الاعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما لو هلك سائر الاعيان (وجه) قولهما ان المبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدا قال الله تعالى ولا تشتروا بآياتى ثمنا قليلا سمى سبحانه وتعالى المشترى وهو المبيع ثمنا دل على ان الثمن مبيع والمبيع ثمن ولهذا جاز أن يذكر الشراء بمعنى البيع يقال شريت الشئ بمعنى بعته قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم أى وباعوه ولان ثمن الشئ قيمته وقيمة الشئ ما يقوم مقامه ولهذا سمى قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمنا ومبيعا دل انه لا فرق بين الثمن والمبيع فى اللغة والمبيع يحتمل التعين بالتعيين فكذا الثمن اذ هو مبيع على ما بينا (ولنا) ان الثمن فى اللغة اسم لما فى الذمة هكذا نقل عن الفراء وهو امام فى اللغة ولان أحدهما يسمى ثمنا والآخر مبيعا فى عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل الا انه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعا لان كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء (فاما) الحقيقة فما ذكرنا واذا كان الثمن اسما لما فى الذمة لم يكن محتملا للتعيين بالاشارة فلم يصح التعيين حقيقة فى حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين فى المعاوضات يمكن استيفاؤه من

مثله فلم يكن التعيين فى حق استحقاق العين مفيدا فيلغو فى حقه و يعتبر فى بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر لان
التعيين فى حقه مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال أى شئ كان فى مقابلتها وسواء دخله حرف الباء
فيهما أو فيما يقابلهما لانهما لا تتعين بالتعيين بحال فكانت أثمانا على كل حال (وأما) ماسواهما من الاموال فان كان مما
لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل حال لانها تتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عينا الا
الثياب الموصوفة المؤجلة سلما فانها تثبت دينا فى الذمة مبيعة بطريق السلم استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس الى
السلم فيها وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم يثبت دينا فى الذمة ثمنا استحسانا وان كان مما له مثل كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة فان كان فى مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع وان كان فى مقابلته
ما لا مثل له من الاعيان التى ذكرنا فانه ينظر ان كان المكيل أو الموزون معينا فهو مبيع وان لم يكن معينا يحكم فيه حرف
الباء فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع وان كان أحدهما معينا والآخر موصوفا أو كان كل واحد منهما موصوفا فانه يحكم
فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع (وأما) الفلوس الرائجة فان قوبلت بخلاف جنسها فهى أثمان وكذا
ان قوبلت بجنسها متساوية فى العدد وان قوبلت بجنسها متفاضلة فى العدد فهى مبيعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف
وعند محمد هى أثمان على كل حال والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يتعلق بهما من الاحكام (فمنها) انه لا يجوز التصرف
فى المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع وفى العقار اختلاف و يجوز التصرف فى الاثمان قبل القبض الا الصرف والسلم
وقال الشافعى رحمه الله ان كان الثمن عينا لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على أصله مستقيم لان الثمن والمبيع
عنده من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان
كان دينا فله فيه قولان فى قول لا يجوز أيضا لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع ما لم يقبض
فيتناول العين والدين (ولنا) ما روى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما انه قال يا رسول الله انا نبيع الابل بالبقيع
ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس اذا كان بسعر يومهما وافترقتما
وليس بينكما شئ وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض الدين بقبض العين لان قبض نفس
الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكمى فى الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة فكان
قبضه بقبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفى ذمة المقبوض منه مثلها فى المالية
فيلتقيان قصاصا هذا هو طريق قبض الديون وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه
أو من خلاف جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها فى معنى المالية جنس واحد و به تبين
ان المراد من الحديث العين لا الدين لان النهى عن بيع ما لم يقبض يقتضى أن يكون المبيع شيأ يحتمل القبض ونفس
الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناوله النهى بخلاف السلم والصرف (اما) الصرف فلان كل واحد من بدلى
الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه لان البيع لا بدله من مبيع اذ هو من الاسماء الاضافية وليس أحدهما بجعله مبيعا
أولى من الآخر فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض
كسائر الاثمان ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجحنا جانب الحرمة احتياطا (وأما) المسلم فيه فلانه مبيع بالنص
والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز و رأس المال الحق بالمبيع العين فى حق حرمة الاستبدال
شرعا فمن ادعى الالحاق فى سائر الاموال فعليه الدليل وكذا يجوز التصرف فى القرض قبل القبض وذكر الطحاوى
رحمه الله انه لا يجوز وفرق بين القرض وسائر الديون (ووجه) الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة ألا ترى انه لا يلزم
الاجل فيه كما فى العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا لا يملكه الاب والوصى والمكاتب والمأذون وهؤلاء
يملكون المبادلة ولانه لو جعل مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل انه اعارة والواجب
فى العارية رد العين وأنه لا يحصل بالاستبدال (وجه) ظاهر الرواية ان الاقراض فى الحقيقة مبادلة الشئ بمثله فان

الواجب

الواجب على المستقرض مثل ما استقرض دينا فى ذمته لا عينه فكان محتملا للاستبدال كسائر الديون ولهذا اختص جوازه بماله مثل من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة دل ان الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه الا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها اليه فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله عز وجل أعلم (ومنها) أنه لا يجوز بيع ماليس عند البائع الا السلم خاصة لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشترى لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما بثمن ليس عنده ورهنه درعه وعلى هذا يخرج ما اذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينار الى شهر أو قال اشتريت منك درهما أو دينارا الى شهر بهذه الحنطة أنه يجوز لما ذكرنا ان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بثمن ليس عنده وأنه جائز ولو قال بعت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدينار ووصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم أو قال بعت منك هذا الدرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة ووصفها ولم يذكر شرائط السلم لا يجوز لان الدراهم والدنانير أثمان بأى شىء قوبلت فكان مافى مقابلتها مبيعا فيكون بائعا ماليس عنده ولا يجوز بيع ماليس عند الانسان الا السلم خاصة ولم يذكر شرائط السلم فلو ذكر فى هذا البيع شرائط السلم جاز عند أصحابنا الثلاثة وان لم يذكر لفظ السلم وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا ان السلم نوع بيع الا أنه بيع اختص بشرائط فاذا أتى بها فقد أتى بالسلم وان لم يتلفظ به ولو تصارفا دينارا بدينار أو عشرة دراهم بعشرة دراهم أو دينارا بعشرة بغير أعيانها وليس عندهما شىء من ذلك فاستقرضا فى المجلس ثم تقابضا وافترقا جاز لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشتريا بثمن ليس عنده لا بائعا وانه جائز الا أنه لا بد من التقابض لانه صرف ولو تبايعا تبرا بتبر بغير أعيانهما وليس عندهما شىء من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق فتقابضا ثم افترقا ففيه روايتان ذكر فى الصرف أنه يجوز وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وذكر فى المضاربة وجعله بمنزلة العروض حيث قال لا تجوز المضاربة فعلى هذه الرواية لا يجوز البيع ويحتمل ان يوفق بين الروايتين بأن تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم والدنانير المضروبة ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها أنه يجوز لانه جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث أدخل فيها حرف الباء فيكون الآخر مبيعا فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة فى الذمة فيجوز ولو قال اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم لانه جعل العبد ثمنا بدلالة حرف الباء فكانت الحنطة مبيعة فكان بائعا ماليس عنده فلا يجوز الا بشرائط السلم من الاجل وبيان مكان الايفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك عندنا وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة ووصفها أو قال بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيزى شعير ووصفهما ان البيع جائز لانه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف فى الذمة ثمنا بادخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق بشرط لان من شرط جواز البيع أن يكون الافتراق فيه عن عين بعين وذلك بقبض الدين منهما لان الدين لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم افترقا عن المجلس قبل قبض العين جاز لانهما افترقا عن عين بعين ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة ووصفها بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزى شعير ووصفهما بهذه الحنطة على أنها قفيز لا يجوز وان أحضر الموصوف فى المجلس لانه جعل الموصوف منهما مبيعا والآخر ثمنا بقرينة حرف الباء فيكون بائعا ماليس عنده وبيع ماليس عند الانسان لا يكون الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجويزه سلما لان اسلام المكيل فى المكيل لا يجوز ولو تبايعا مكيلا موصوفا بمكيل موصوف أو موزونا موصوفا بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين بأن قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة ووصفها أو بقفيزى شعير ووصفهما أو قال بعت منك منا من سكر ووصفه بمن سكر ووصفه وليس

عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا لا يجوز البيع لان الذي صحبه منهما حرف الباء يكون ثمنا والآخر مبيعاً فيكون بائعا ما ليس عنده فلا يجوز الا سلما والسلم في مثله لا يجوز لانه اسلام المكيل في المكيل واسلام الموزون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل ذلك لا يجوز والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج الشراء بالدين ممن عليه الدين شيأ بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه وجملة الكلام فيه ان الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوساً أو مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك فان كان دراهم أو دنانير فاشترى به شيأ بعينه جاز الشراء وقبض المشتري ليس بشرط لانه يكون افتراقا عن عين بدين وانه جائز فيما لا يتضمن ربا النساء ولا يتضمن ههنا وكذلك ان كان الدين مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيأ بغير عينه بأن اشترى بها دينارا أو فلوسا أو هو فلوس فاشترى بها دراهم أو دنانير أو فلوسا جاز الشراء لكن يشترط قبض المشتري في المجلس حتى لا يحصل الافتراق عن دين بدين لان المشتري لا يتعين الا بالقبض ولو كان دينه دراهم أو دنانير أو فلوسا فاشترى بها مكيلا موصوفا أو موزونا موصوفا أو ثيابا موصوفة مؤجلة لم يجز الشراء لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الآخر مبيعا بائعا ما ليس عند الانسان ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجويزه بطريق السلم لان رأس المال دين بخلاف الفصل الاول لان كل واحد منهما ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وانه جائز لكن لا بد من التسليم كيلا يكون الافتراق عن دين بدين وان كان الدين مكيلا أو موزونا فباعه بدراهم أو بدنانير أو بفلوس أو اشترى هذه الاشياء بدينه جاز لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند مقابلتها بخلاف جنسها فكان من عليه الدين مشتريا بثمن ليس عنده وذلك جائز لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يؤدي الى الافتراق عن دين بدين ولو اشترى بالدين الذي هو مكيل أو موزون مكيلا أو موزونا من خلاف جنسه ينظر ان جعل الدين منهما مبيعاً والآخر ثمناً بأن أدخل فيه حرف الباء وان كان بغير عينه جاز لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا ان القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقا عن دين بدين وان جعل الدين منهما ثمناً بأن أدخل حرف الباء فيه والآخر مبيعاً لم يجز الشراء وان أحضر في المجلس لانه بائع ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم واذا كان رأس المال دينا لا يجوز السلم وان كان الدين قيمة المستهلك فان كان المستهلك مما له مثل فهذا والاول سواء لان الواجب باستهلاكه مثله فاذا اشترى به شيأ من خلاف جنسه فحكمه ما ذكرنا وان كان مما لا مثل له فاشترى به شيأ بعينه جاز وقبض المشتري ليس بشرط لان الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فصار مشتريا بدين الدراهم والدنانير شيأ بعينه فيجوز ولا يشترط قبض المشتري لانه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا بأس به فيما لا يتضمن ربا النساء ولو اشترى به شيأ بغير عينه من المكيل أو الموزون ينظر ان جعل ما عليه مبيعاً وهذا ثمناً بأن أدخل عليه حرف الباء يجوز الشراء لانه اشترى بثمن ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض في المجلس وان جعل ما عليه ثمنا بان صحبه حرف الباء لا يجوز وان أحضر في المجلس لانه باع ما ليس عند الانسان فلا يجوز الا بطريق السلم ولا سبيل اليه لان رأس ماله دين ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدراهم أو الدنانير وقضى به الحاكم جاز ولا يكون القبض شرطاً لان هذا ليس شراء بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمة المستهلك جاز الصلح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة والفضل على القيمة باطل وهي من مسائل الغصب نذكرها ان شاء الله تعالى ولو تبايعا عينا بفلوس باعيانها بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وان عينت بالاشارة اليها حتى كان للمشتري أن يمسكها ويرد مثلها ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع لانها وان لم تكن في الوضع ثمناً فقد صارت ثمنا باصطلاح الناس ومن شأن الثمن ان لا يتعين بالتعيين وكذا اذا تبايعا درهما بعينه أو دينارا بعينه بفلوس باعيانها فانها لا تتعين أيضاً كما لا تتعين الدراهم والدنانير لما قلنا الا ان القبض في المجلس ههنا شرط

بقاء العقد على الصحة حتى لو افترقا من غير تقابض أصلا يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض الا من أحد الجانبين دون الآخر فافترقا مضى العقد على الصحة لان المقبوض صار عيناً بالقبض فكان افتراقا عن عين بدين وانه جائز اذ لم يتضمن ربا النساء ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر المتفق والجنس وكذا اذا تبايعا فلساً بعينه بفلس بعينه فالفلسان لا يتعينان وان عينا الا أن القبض فى المجلس شرط حتى يبطل بترك التقابض فى المجلس لكونه افتراقاً عن دين بدين ولو قبض أحد البدلين فى المجلس فافترقا قبل قبض الآخر ذكر الكرخى أنه لا يبطل العقد لان اشتراط القبض من الجانبين من خصائص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفى فيه بالقبض من أحد الجانبين لان به يخرج عن كونه افتراقا عن دين بدين وذكر فى بعض شروح مختصر الطحاوى رحمه الله أنه يبطل لا لكونه صرفاً بل لتمكن ربا النساء فيه لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوساً بدراهم على أن كل واحد منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا عن قبض أصلا فيبطل البيع ولو كان الخيار لاحدهما فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن شرط الخيار يعمل فى الجانبين جميعاً عنده وينعدم القبض من الجانبين وعندهما لا يعمل الا من جانب واحد فينعدم القبض من أحد الجانبين وهذا لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ أن العقد فى حق القبض على مراتب منها ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلا كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النساء كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربا النساء كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما ثمناً وبيع الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب أو استحق ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز البيع وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما أو عين أحدهما ولم يعين الآخر لا يجوز فى الرواية المشهورة عنهم وعن أبى يوسف أنه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس فى هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين فى العروض شرط الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولان تجويز هذا البيع يؤدى الى ربح ما لم يضمن لان مشترى الفلسين يقبضهما وينقد أحدهما ويبقى الآخر عن غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وانه منهى ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطا الخيار ينبغى أن يجوز على قولهما لان الفلوس فى هذه الحالة كالعروض وعندهما لا يشترط فيها فلم يكن الخيار مانعاً والله عز وجل أعلم ولو اشترى شيأ بفلوس كاسدة فى موضع لا تنفق فان كانت بأعيانها جاز وان لم تكن معينة لم يجز لانها فى ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز فى بيع العروض ومنها أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالا وليس للمشترى أن يمتنع من تسليم الثمن الى البائع حتى يقبض المبيع اذا كان المبيع حاضراً لان البيع عقد معاوضة والمساواة فى المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشترى فى المبيع قد تعين بالتعيين فى العقد وحق البائع فى الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن فى الذمة فلا يتعين بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن أولا ليتعين فتتحقق المساواة وان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان تقديم تسليم الثمن لتتحقق المساواة واذا كان المبيع غائبا لا تتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البائع ويتأخر حق المشترى حيث يكون الثمن بالقبض عينا مشارا اليه والمبيع لا ولان من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشترى فلا يؤمر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سواء كان المبيع فى ذلك المصر أو فى موضع آخر بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا

متنع من قضاء الدين لا حضار الرهن ينظر فى ذلك ان كان الرهن فى ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مؤنة فى الاحضار يؤمر باحضاره أولا كما فى البيع لجواز أن الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان فى موضع يلحقه المؤنة فى الاحضار لا يؤمر المرتهن بالاحضار أولا بل يؤمر الراهن بقضاء الدين أولا ان كان مقرا ان الرهن قائم ليس بهالك وان ادعى أنه هالك وقال المرتهن هو قائم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف يؤمر بقضاء الدين (ووجه) الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالاحضار على ما مر بخلاف الرهن فانه عقد ليس بمعاوضة بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون أمانة فى يد المرتهن الا أنه اذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضمونا بل لمعنى آخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن اذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار ولو تبايعا عينا بعين سلما معا لما ذكرنا ان المساواة فى عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة وتحقيق المساواة ههنا فى التسليم معا ولان تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلمان معا وكذا لو تبايعا دينا بدين سلما معا تحقيقا للمساواة التى هى مقتضى المعاوضات المطلقة ولاستواء كل واحد منهما فى استحقاق التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا تتحقق المساواة الا بتسليمه أولا على ما بينا والله عز وجل أعلم (ومنها) ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلا واما أن يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلا فلا يخلو اما ان هلك كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بآفة سماوية واما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى فان هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لانه لو بقى أوجب مطالبة المشترى بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن فى بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشترى لان انفساخ البيع ارتفاعه من الاصل كأن لم يكن وكذا اذا هلك بفعل المبيع بان كان حيوانا فقتل نفسه لان فعله على نفسه هدر فكانه هلك بآفة سماوية وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشترى عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل (وجه) قوله انه أتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه بعد القبض ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض فى يده وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن اذا أتلف المرهون فى يده (ولنا) ان المبيع فى يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ألا ترى لو هلك فى يده سقط الثمن عن المشترى فلا يكون مضمونا بضمان آخر اذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا عينه بل عينه أمانة حتى كان كفنه ونفقته على الراهن والمضمون بالاتلاف عينه فايجاب ضمان القيمة لا يؤدى الى كون المحل الواحد مضمونا بضمانين لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لان المبيع فى يد البائع مضمون بالثمن فى الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر وان هلك بفعل المشترى لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشترى لان خيار المشترى لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مما له مثل وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل أو القيمة وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لا شك فيه لانه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير اذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع الجانى فيضمنه

مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وان شاء اختار البيع فاتبع الجانى بالضمان واتبعه البائع بالثمن لان المبيع قد تعين فى ضمان البائع لانه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع فى ضمان البائع يوجب الخيار ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجانى بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن لا يطيب له الفضل لان الفضل ربح مالم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع و ربح مالم يضمن لا يطيب لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن ربح مالم يضمن ولما فيه من شبهة الربا فربح مالم يضمن أولى وان كان الضمان من خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجانى بالضمان وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لانه ربح مالم يضمن فى حقه لا ربح مالم يملك لان المبيع ملكه وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا ولو كان المشترى عبدا فقتله أجنبى قبل القبض فان كان القتل خطأ لا ينفسخ البيع وللمشترى خيار الفسخ والبيع لما قلنا الا أن ههنا اذا اختار الفسخ وفسخ البيع اتبع البائع عاقلة القاتل فأخذ قيمته فى ثلاث سنين وان اختار المبيع اتبع العاقلة بقيمته فى ثلاث سنين ولو كان القتل عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة عليه الرحمة ان المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص القاتل بعبده وان شاء اختار البيع وله أن يقتص القاتل بعبده وعليه جميع الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع و يعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة فى ثلاث سنين وان شاء اختار البيع وللمشترى أن يقتص وعليه جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع والبائع يأخذ القيمة من القاتل فى ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة فى ثلاث سنين (وجه) قول محمد رحمه الله ان العبد لم يكن على ملك البائع وقت القتل بل كان على ملك المشترى فلم ينعقد السبب موجبا للقصاص للبائع وملك المشترى لم يكن مستقرا بل كان محتملا للعود الى ملك البائع بالفسخ فلا تثبت ولاية الاقتصاص لاحدهما (وجه) قول أبى يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله محمد وهو ان القتل صادف محلا ليس بمملوك للبائع عند القتل فاما الملك فثابت للمشترى وقت القتل وقد لزم وتقرر باختيار المشترى فتثبت له ولاية الاستيفاء ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أمكن القول بثبوت ولاية الاستيفاء لهما على اعتبار اختيار الفسخ وعلى اعتبار اختيار البيع أما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله أبو يوسف وأما على اعتبار اختيار الفسخ فلان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن فتبين ان الجناية وردت على ملك البائع فثبتت له ولاية الاقتصاص هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فأما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لا ينفسخ البيع والهلاك على المشترى وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن وكذلك ان هلك بفعل أجنبى لما قلنا و يرجع المشترى على الاجنبى بضمانه و يطيب له الفضل لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشترى قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الاجنبى سواء وان كان قبضه بغير اذن البائع صار مستردا للبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك فى ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلكه وهو فى يده والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فان كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بان كان مكيلا أو موزونا أو معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لان كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شئ من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع فى الكل وسقوط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة قد تفرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الارض وأطراف الحيوان والجودة فى المكيل والموزون لا ينفسخ البيع

أصلا ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن لان الاوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية لانها تصير مقصودة بالقبض والجناية فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض وان هلك بفعل المبيع بان جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن لان جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شئ من الثمن ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشترى حيوانين سوى بنى آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته من الثمن وان شاء ترك لان فعل العجماء جبار فكانه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه ولو كان المشترى عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كانت جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فى الباقى و بطلت الجناية لان الفسخ اعادة الى ملك البائع فتبين ان القتل حصل فى ملك البائع فبطل وان شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن لانه لو أخذه بحصته من الثمن لصار آخذا بجميع الثمن فى الانتهاء فيخير فى الابتداء قصرا للمسافة ان شاء أخذ الحى منهما بجميع الثمن وان شاء ترك بيان ذلك انه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن لا ينفسخ البيع فى المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فتبين ان عبد المشترى قتل عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالفداء وأيهما فعل قام مقام المقتول فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن فصار فى أخذ الباقى منهما بحصته من الثمن فى الحال آخذا بجميع الثمن فى المآل فخيرناه فى الابتداء للاخذ بجميع الثمن والفسخ هذا وان هلك بفعل البائع بطل البيع بقدره ويسقط عن المشترى حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتبارا للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف لان الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لانها تصير أصلا بالفعل فتقابل بالثمن والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولو اختار المشترى الاخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع ويسقط الثمن عن المشترى لان المبيع انما يدخل فى ضمان المشترى بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشترى فمات من جناية البائع أو غيرها سقطت عن المشترى حصة جناية البائع ولزمه ما بقى من الثمن أما اذا مات من الجناية فلان قبض الباقى وجد من المشترى فتقرر قبضه فتقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البائع لان المشترى قبض الباقى حقيقة وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن فى الاصل الا اذا وجد من البائع ما ينقضه فيصير مستردا والسراية ليست فعله حقيقة وانما هى صنع الله تعالى يعنى مصنوعه فبقى المقبوض على حكم قبض المشترى فتقرر عليه ثمنه ولان قبض المشترى بمنزلة انشاء العقد فيه لان للقبض شبها بالعقد وانشاء الشراء قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت الى النفس ومات فكذلك القبض والله عز وجل أعلم واذا هلك بفعل المشترى لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شئ من الثمن لانه صار قابضا للكل باتلاف البعض أو لا يتمكن من اتلاف البعض الا باثبات اليد على الكل وهو تفسير القبض أو صار قابضا قدر المتلف بالاتلاف والباقى بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن ولو مات فى يد البائع بعد جناية المشترى ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشترى وعليه الثمن لانه لما مات من جنايته تبين ان فعله السابق وقع اتلافا للكل فتقرر عليه كل الثمن سواء منعه البائع بعد جناية المشترى أو لم يمنعه لان منع البائع بعد وجود الاتلاف من المشترى هدر وان مات من غير الجناية فان كان البائع لم يمنعه مات من مال المشترى أيضا وعليه كل الثمن لما ذكرنا انه بالجناية صار قابضا للكل المبيع ولم يوجد ما ينقض قبضه فبقى حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشترى حصة ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقى لان البائع لما منع فقد نقض قبض المشترى فى قدر القائم فصار مستردا اياه فاذا هلك فقد هلك فى ضمانه فيهلك عليه ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشترى سقط عن المشترى حصة جناية

البائع لما قلنا ولزمه ثمن ما بقى لانه صار قابضا للباقى بجنايته فتقرر عليه ثمنه لان جنايته دليل الرضا بتعييب البائع فان ابتدأ المشترى بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برأ العبد من الجنايتين فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصة جناية البائع من الثمن وان شاء ترك لان المشترى صار قابضا بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البائع والثمن غير منقود فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييبا للمبيع وحدوث العيب فى المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شاء فسخ وان شاء ترك وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جناية البائع من الثمن وهو الربع لان النصف هلك بجناية المشترى فتقرر عليه الثمن وربع منه قائم فيأخذه بثمنه أيضا والربع هلك بجناية البائع قبل القبض فيسقط عنه ثمنه وان مات العبد فى يد البائع بعد الجنايتين بأن كان المشترى قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات فى يد البائع من الجنايتين فعلى المشترى خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن لان المشترى لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه صار قابضا بالقطع ولما قطع البائع رجله فقد استرد نصف القائم من العبد وهو الربع فبقى هناك ربع قائم من العبد فاذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فينقسم ذلك الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم أربعة فيصير ثمانية فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية المشترى النصف وهو أربعة وبسراية جنايته سهم فيتقرر عليهم ثمنه فذلك خمسة أثمان الثمن وهلك بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة أثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك هذا القدر يسقط عنه والله عز وجل أعلم هذا اذا جنى المشترى أولا ثم جنى البائع فبرأت الجراحة أو سرت (فأما) اذا جنى البائع أولا ثم المشترى فان برأ العبد فلا خيار للمشترى ههنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجناية بعد جناية البائع دليل الرضا بتعييبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقى لانه صار قابضا لما بقى وان مات العبد من الجنايتين فالجواب ههنا على القلب من الجواب فى المسئلة المتقدمة وهو ان على المشترى ثلاثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن فحكم جناية المشترى ههنا كحكم جناية البائع هناك لما ذكرنا فافهم ولو كان الثمن مقبوضا والعبد فى يد البائع فجنى عليه البائع يسقط عن المشترى حصته من الثمن أيضا لما ذكرنا فان كان المشترى جنى عليه أولا ثم جنى البائع يلزم البائع من القيمة ما يلزم الاجنبى لان المشترى صار قابضاً بالجناية ولا يملك البائع نقض القبض والاسترداد ههنا لان الثمن مقبوض فصارت جنايته وجناية الاجنبى سواء ولو كان البائع جنى أولا ثم جنى المشترى فما هلك بجناية البائع سقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته فعليه قيمته لان ما هلك بجنايته بعد جناية المشترى تجب قيمته على ما ذكرنا فكذا ما هلك بسراية جنايته والله عز وجل أعلم وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لا شك فيه والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع واتبع البائع الجانى بضمان ما جنى وان شاء اختار البيع واتبع الجانى بالضمان وعليه جميع الثمن وأيهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا فى اتلاف الاجنبى كل المبيع والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فأما اذا هلك بعض المبيع بعد القبض فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى فالهلاك على المشترى لان المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل أجنبى فالهلاك على المشترى لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبى لا شك فيه وان هلك بفعل البائع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشترى قبضه باذنه أو كان الثمن منقودا أو مؤجلا فهذا وما لو أتلفه أجنبى سواء وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير اذنه والثمن حال غير منقود ينفسخ البيع فى قدر المتلف ويسقط عن المشترى حصته من الثمن لانه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر فى ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مستردا الا انه لم يوجد منه اتلاف الباقى لانه لو هلك الباقى فى يد المشترى فعليه حصته من الثمن الا اذا هلك الباقى من سراية جناية البائع فيصير مستردا ويسقط عن المشترى جميع الثمن لان تلف الباقى حصل مضافا الى فعله فصار مستردا للكل فتلف الكل فى ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف

البائع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض ولي عليك الثمن وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي فالقول قول المشتري مع يمينه لان البائع يدعي عليه القبض والثمن وهو ينكر ولان الظاهر شاهد للمشتري لان المبيع كان في يد البائع والظاهر بقاء ما كان على ما كان والبائع يدعي أمرا عارضا وهو الزوال والانتقال فكان المشتري متمسكا بالاصل الظاهر فكان القول قوله وان قام أحدهما البينة قبلت بينته ولو أقاما جميعا البينة يقضي ببينة البائع لانها تثبت أمرا بخلاف الظاهر وما شرعت البينات الا لهذا ولانها أكثر اظهارا لانها تظهر القبض والثمن فكانت أولى بالقبول وكذلك لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري أنه استهلكه وادعى المشتري على البائع أنه استهلكه فالقول قول المشتري لما قلنا هذا اذا لم يكن للبينتين تاريخ فأما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعا هذا اذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهرا فاما اذا كان ظاهرا فادعيا الاستهلاك فان لم يكن لهما بينة فالقول قول البائع لان الظاهر شاهد له لان المبيع في يد المشتري وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري لانه هو المدعي ألا ترى أنه يدعي أمرا باطنا لا يزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك من البائع والمبيع في يده وكذا المشتري لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر عليها والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها وهذه عبارة مشايخنا في تحديد المدعي والمدعى عليه واذا قامت بينة المشتري ينظر ان كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بان كان المشتري قبضه بغير اذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لانه بالاستهلاك صار مستردا وانفسخ البيع وان كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس بأن كان المشتري قبض المبيع باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فللمشتري أن يضمن البائع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يكن بالاستهلاك مستردا ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع فتلزمه القيمة كما لو استهلكه أجنبي والله عز وجل أعلم ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع ان كان قائما وقيمته أو مثله ان كان هالكا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل البيع والبائع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ قيمة الفلوس (وجه) قولهما أن الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد هلاكا بل يكون عيبا فيها فيوجب الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ قيمة الفلوس كما اذا كان الثمن رطبا فانقطع قبل القبض ولابي حنيفة ان الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمنا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس فاذا ترك الناس التعامل بها عددا فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالاجماع وعلى المشتري أن ينقد مثلها عددا ولا يلتفت الى القيمة ههنا لان الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية ألا ترى ان الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر أبو يوسف وقت العقد لانه وقت وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها لانه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوسا نافقة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عددا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد عليه قيمتها (وجه) قولهما ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها عن رد الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيأ من ذوات الامثال وقبضه ثم انقطع عن أيدي الناس ولابي حنيفة رحمه الله ان أثر الكساد في بطلان الثمنية وانه لا يمنع جواز الرد بدليل انه لو استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا أن صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوسا وتقابضا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لان بالاستحقاق وان انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كأن الافتراق حصل عن قبض الدراهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى

بائع الفلوس أن ينقد مثلها وكذلك ان استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثل القدر المستحق وكذلك اذا وجد المشترى الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع لان قبض أحد البدلين فيما لا يتضمن يكفى لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم ولو كان المشترى قبض الفلوس ولم ينقد الدراهم وافترقا ثم استحقت الفلوس فالمستحق بالخيار ان شاء أجاز نقد البائع فيجوز العقد لان الاجازة استندت الى حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها وينقد المشترى الدراهم لبائع الفلوس وان شاء لم يجز وأخذ الفلوس وبطل العقد لانه لما لم يجز وأخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق بعض الفلوس فحكم البعض كحكم الكل وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل العقد لانه ظهر انهما افترقا من غير قبض وان وجدها تروج فى بعض التجارة ولا تروج فى البعض أو يأخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة ان تجوز بها المشترى جاز لانها من جنس حقه أصلا وان لم يتجوز بها فالقياس أن يبطل العقد فى المردود قل أو كثر وهو قول زفر وعند أبى يوسف ومحمد ان لم يستبدل فى مجلس الرد يبطل وان استبدل لا يبطل وعند أبى حنيفة ان كان قليلا فاستبدل لا يبطل وان كان كثيرا يبطل على ما ذكرنا فى السلم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة الحكم فله صفتان احداهما اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ سواء كان بعد الافتراق عن المجلس أو قبله عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يلزم الا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم والثانية الحلول وهو ثبوت الملك فى البدلين للحال لانه تمليك بتمليك وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضى ثبوت الملك فى البدلين فى الحال بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد فان ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكا عنده والله عز وجل أعلم (وأما) الاحكام التى هى من التوابع للحكم الاصلى للبيع (فمنها) وجوب تسليم المبيع والثمن والكلام فى هذا الحكم فى مواضع أحدها فى بيان وجوب تسليم البدلين وما هو من توابع تسليمهما والثانى فى بيان وقت وجوب تسليمهما والثالث فى تفسير التسليم والقبض والرابع فى بيان ما يصير به المشترى قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير (أما) الاول فتسليم البدلين واجب على العاقدين لان العقد أوجب الملك فى البدلين ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وانما ثبت وسيلة الى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيأ الانتفاع به الا بالتسليم فكان ايجاب الملك فى البدلين شرعا ايجابا لتسليمهما ضرورة ولان معنى البيع لا يحصل الا بالتسليم والقبض لانه عقد مبادلة وهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض لانها أخذ بدل واعطاء بدل وانما قول البيع والشراء وهو الايجاب والقبول جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطى بيعا عندنا على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وعلى هذا تخرج أجرة الكيال والوزان والعداد والذراع فى بيع المكيل والموزون والمعدود والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة انها على البائع أما أجرة الكيال والوزان فلانها من مؤنات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم على ما ذكر والتسليم على البائع فكانت مؤنة التسليم عليه والعدد فى المعدود الذى بيع عددا بمنزلة الكيل والوزن فى المكيل والموزون عند أبى حنيفة فكان من تمام التسليم فكانت على من عليه التسليم وعندهما هو من باب تأكيد التسليم فكان من توابعه كالذرع فيما بيع مذارعة فكانت مؤنته على من عليه التسليم وهو البائع وكذا أجرة وزان الثمن على المشترى لما قلنا (وأما) أجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان روى ابراهيم بن رستم عنه أنها على البائع لان حقه فى الجيد والنقد لتمييز حقه فكانت مؤنته عليه وروى ابن سماعة عنه ان البائع ان كان لم يقبض الدراهم فعلى المشترى لان عليه تسليم ثمن جيد فكانت مؤنة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها فعلى البائع لانه قبض حقه ظاهرا فانما يطلب بالنقد اذا أدى فكان الناقد عاملا له فكانت أجرة عمله عليه (وأما) بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقيب

العقد بلا فصل وأما على التضييق فان تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا اذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة فى عقد المعاوضة مطلوبة المتعاقدين عادة وتحقيق التساوى ههنا فى التسليم معا لما ذكرنا انه ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر وكذلك ان تبايعا دينا بدين لما قلنا وان تبايعا عينا بدين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشترى تسليم الثمن أولا اذا طالبه البائع ثم يجب على البائع تسليم المبيع اذا طالبه المشترى لان تحقيق التساوى فيه على ما بينا فيما تقدم (وأما) تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلى وهو أن يخلى البائع بين المبيع و بين المشترى برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشترى قابضا له وكذا تسليم الثمن من المشترى الى البائع وقال الشافعى رحمه الله القبض فى الدار والعقار والشجر بالتخلية وأما فى الدراهم والدنانير فتناولهما بالبراجم وفى الثياب بالنقل وكذا فى الطعام اذا اشتراه مجازفة فاذا اشتراه مكايلة فبالكيل وفى العبد والبهيمة بالسير من مكانه (وجه) قوله أن الاصل فى القبض هو الاخذ بالبراجم لانه القبض حقيقة الا أن فيما لا يحتمل الاخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله أقيم التخلية مقامه (ولنا) أن التسليم فى اللغة عبارة عن جعله سالما خالصا يقال سلم فلان لفلان أى خلص له وقال الله تعالى ورجلا سلما لرجل أى سالما خالصاً لا يشركه فيه أحد فتسليم المبيع الى المشترى هو جعل المبيع سالماً للمشترى أى خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع والتخلى قبضاً من المشترى وكذا هذا فى تسليم الثمن الى البائع لان التسليم واجب ومن عليه الواجب لابد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه والذى فى وسعه هو التخلية ورفع الموانع فأما الاقباض فليس فى وسعه لان القبض بالبراجم فعل اختيارى للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين أصحابنا فى أن أصل القبض يحصل بالتخلية فى سائر الاموال واختلفوا فى أنها هل هى قبض تام فيها أم لا وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو اما أن يكون مما له مثل واما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع و يجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لانه لا يعتبر معرفة القدر فى بيع المجازفة و إن باع مكايلة أو موازنة فى المكيل والموزون وخلى فلا خلاف فى أن المبيع يخرج عن ضمان البائع و يدخل فى ضمان المشترى حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشترى وكذا لا خلاف فى أنه لا يجوز للمشترى بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن وكذا لو اكتاله المشترى أو اتزنه من بائعه ثم باعه مكايلة أو موازنة من غيره لم يحل للمشترى منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه ولا يكتفى باكتيال البائع أو اتزانه من بائعه وان كان ذلك بحضرة هذا المشترى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا فى أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لانعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية قال بعض مشايخنا انها ثبتت شرعاً غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن وكما لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول بدون قبضه أصلا لا يجوز بدون قبضه بتمامه (وجه) قول الاولين ماذكرنا أن معنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية لان المشترى يصير سالماً خالصاً للمشترى على وجه يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وارادته ولهذا كانت التخلية تسليما وقبضاً فيما لا مثل له وفيما له مثل اذا بيع مجازفة ولهذا يدخل المبيع فى ضمان المشترى بالتخلية نفسها بلا خلاف دل أن التخلية قبض الا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبداً غير معقول المعنى والله عز وجل أعلم (وجه) قول الآخرين تعليل محمد رحمه الله فى هذه المسئلة فى كتاب البيوع فانه قال ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه قبل الكيل لانه باعه قبل أن

يقبضه ولم يرد به أصل القبض لانه موجود وانما أراد به تمام القبض والدليل على أن الكيل والوزن فى المكيل والموزون الذى بيع مكايلة وموازنة من تمام القبض أن القدر فى المكيل والموزون معقود عليه ألا ترى أنه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن ولو نقص يطرح بحصته شىء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما الا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه الا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه تمامه كما لا يجوز قبل قبضه أصلا ورأسا بخلاف المذروعات لان القدر فيها ليس معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف والاوصاف لا تكون معقوداً عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشترى بلا ثمن وفى النقصان لا يسقط عنه شىء من الثمن فكانت التخلية فيها قبضاً تاماً فيكتفى بها فى جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا الا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجود القبض بأصله والخروج عن ضمان البائع يتعلق بأصل القبض لا بوصف الكمال فأما جواز التصرف فيه فيستدعى قبضاً كاملا لورود النهى عن بيع مالم يقبض والقبض المطلق هو القبض الكامل والله عز وجل أعلم (وأما) المعدودات المتقاربة اذا بيعت عدداً لا جزافاً فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند أبى حنيفة حتى لا يجوز بيعها الا بعد العد وعند أبى يوسف ومحمد حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد (وجه) قولهما ان العددى ليس من أموال الربا كالذرع ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط فى المذروعات فكان حكمه حكم المذروع ولابى حنيفة رحمه الله ان القدر فى المعدود معقود عليه كالقدر فى المكيل والموزون ألا ترى انه لو عده فوجده زائداً لا تطيب الزيادة له بلا ثمن بل يردها أو يأخذها بثمنها ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كما فى المكيل والموزون دل أن القدر فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان فى عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره ولا يعرف قدره الا بالعد فأشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون فى ضمان العدوان الا أنه لم يجز فيه الربا لان المساواة بين واحد وواحد فى العد ثبتت باصطلاح الناس واهدارهم التفاوت بينهما فى الصغر والكبر لكن ماثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل باصطلاحهم ولما تبايعا واحداً باثنين فقد أهدرا الاصطلاح الاهدار واعتبرا الكبر لانهما قصدا البيع الصحيح ولا صحة الا باعتبار الكبر وسقوط العد فكان أحدهما من أحد الجانبين بمقابلة الكبير من الجانب الآخر فلا يتحقق الربا أما ههنا فلا بد من اعتبار العد اذا بيع عدداً واذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كما فى المكيل والموزون بخلاف المذروع فان القدر فيه ليس بمعقود عليه على ما بينا فكانت التخلية فيه قبضاً تاماً فكان تصرفاً فى المبيع المنقول بعد القبض وانه جائز والله عز وجل أعلم ولو كاله البائع أو وزنه بحضرة المشترى كان ذلك كافياً ولا يحتاج الى اعادة الكيل لان المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشترى وماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى محمول على موضع مخصوص وهو ما اذا اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يجز لهذا المشترى التصرف فيه حتى يكيله وان كان هو حاضراً عند اكتيال بائعه فلا يكتفى بذلك وكذلك اذا أسلم الى رجل فى حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه قدر المسلم فيه من رجل مكايلة وأمر رب السلم باقتضائه فانه لا يجوز له التصرف فيه مالم يكله مرتين مرة للمسلم اليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السلم قرض بأن استقرض المستقرض كراً من انسان وأمر المقرض بقبض الكر فانه يكتفى فيه بكيل واحد للمشترى والمستقرض (ووجه) الفرق ان الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن فى المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما بينا والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم اليه اشترى بشرط الكيل فلا بد من أن يكيل رب السلم أولا للمسلم اليه ليصير قابضاً له فيجعل كان المسلم اليه قبضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه ليصير قابضاً لنفسه من المسلم اليه فأما قبض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيه لان

القبض بالكيل في باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه بتميز حق المشتري عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولان الاقراض اعارة عندنا فالمقبول من بدل القرض كانه عين حقه فصار كما لو أعار عيناً ثم استردها فيصح قبضه بدون الكيل وانما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله عزوجل أعلم (وأما) بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات ومالا يصير به قابضاً فنقول و بالله التوفيق المبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع و إما أن يكون في يد المشتري فان كان في يد البائع فاتلفه المشتري صار قابضاً له لانه صار قابضاً بالتخلية فبالاتلاف أولى لان التخلية تمكين من التصرف في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف وكذلك لو قطع يده أو شج رأسه وكل تصرف نقص شيأ لان هذه الافعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً فبها أولى وكذلك لو فعل البائع شيأ من ذلك بأمر المشتري لان فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو أعتقه المشتري يصير قابضاً لان لاعتاق اتلاف حكماً فيلحق بالاتلاف حقيقة وكذا لو دبره أو استولد الجارية أي أقر انها أم ولده لان التدبير والاستيلاد تنقيص حكماً فكان ملحقاً بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً وهو رواية عن أبي يوسف وفي الاستحسان لا يصير قابضاً (وجه) القياس أن التزوج تعييب الا ترى أن الزوجية عيب يرد بها واذا كانت الزوجية عيباً كان التزوج تعييباً والتعييب قبض (وجه) الاستحسان أنه تعييب حكماً لا حقيقة لانه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضاً وكذا لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً لان الدين عيب حتى يرد به وفي الاستحسان لا يصير قابضاً لانه تعييب حكمي وانه لا يوجب النقصان فلا يكون قبضاً ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشتري قابضاً لان الوطء اثبات اليد على الموطوءة وانه حصل من الزوج بتسليط المشتري فكان من حيث انه اثبات اليد مضافاً الى المشتري فكان قابضاً من المشتري ولو أعار المشتري المبيع للبائع أو أودعه أو آجره لم يكن شيء من ذلك قبضاً لان هذه التصرفات لم تصح من المشتري لان يد الحبس بطريق الاصالة ثابتة للبائع فلا يتصور اثبات يد النيابة له بهذه التصرفات فلم تصح والتحقت بالعدم ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً لان الاعارة والايداع اياه صحيح فقد أثبت يد النيابة لغيره فصار قابضاً ولو أرسل المشتري العبد المبيع الى حاجة صار قابضاً لان ارساله في الحاجة استعمال له بدليل أنه صار راضياً به واستعماله اياه اثبات يده عليه وهو معنى القبض ولو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف وعند محمد لا يكون حتى لو توى الضمان على الجاني بان مات مفلساً كان التوى على المشتري ولا يبطل البيع عند أبي يوسف و يتقرر عليه الثمن وعند محمد يبطل البيع والتوى على البائع و يسقط الثمن عن المشتري وكذا لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ مكانه من الجاني شيأ آخر جاز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز لان هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لان القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز لا من البائع ولا من غيره وكذا المبيع اذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض فاختار المشتري أن يتبع الجاني بالضمان ونقد الدينار البائع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف لان اختياره تضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض (وجه) قول محمد ان الضمان حكم العين لان قيمة العين قائمة مقامها ولهذا بقي العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البائع ويبطل البيع و يسقط الثمن عن المشتري فكذا القيمة ولابي يوسف ان جناية الاجنبي حصلت باذن المشتري وأمره دلالة فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه و بيان ذلك أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من المضمون لان المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً الى وقت سبب الضمان فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري فيصير

قابضا

قابضاً لان فعل الاجنبي بأمر المشترى بمنزلة فعل المشترى بنفسه ولو أمر المشترى البائع أن يعمل فى المبيع عملا فان كان عملا لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجر أو بغير أجر لا يصير قابضاً لان التصرف الذى لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة كما اذا نقله من مكان الى مكان فكان الامر به استيفاء لملك اليد فلا يصير به قابضاً وتجب الاجرة على المشترى ان كان بأجر لان الاجارة قد صحت لان العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن تقابله الاجرة وان كان عملا ينقصه يصير قابضاً لان تنقيصه اتلاف جزء منه وقد حصل بأمره فكان مضافاً اليه كانه فعله بنفسه والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل أمر رب السلم المسلم اليه أن يكيله فى غرائر المسلم اليه أو دفع اليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل أنه ان كان رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالتخلية وان كان غائباً لا يصير قابضاً لان الحنطة التى يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم لان حقه فى الدين لا فى العين فلم يصح أمر المشترى إياه بكيلها فلم يصر وكيلا له فلا تصير يده يد رب السلم سواء كانت الغرائر للمسلم اليه أو لرب السلم لان يد رب السلم عن الغرائر قد زالت فاذا كال فيها الحنطة لم تصر فى يد رب السلم فلا يصير قابضاً وكذا لو استقرض من رجل كراً ودفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضاً لان القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المستقرض إياه بكيله فلا يصير وكيلا له فلا تصير يده يد المستقرض كما فى السلم ولو اشترى من انسان كراً بعينه ودفع غرائره وأمره بأن يكيل فيها ففعل صار قابضاً سواء كان المشترى حاضراً أو غائباً لان المعقود عليه معين وقد ملكه المشترى بنفس العقد فصح أمر المشترى لانه تناول عيناً هو ملكه فصح أمره وصار البائع وكيلا له وصارت يده يد المشترى وكذلك الطحن اذا طحنه المسلم اليه بأمر رب السلم لم يصر قابضاً ولو طحنه البائع بأمر المشترى صار قابضاً لان الطحن بمنزلة الكيل فى الغرائر ولو استعار المشترى من البائع غرائره وأمره بأن يكيله فيها ففعل فان كان المشترى حاضراً يصير قابضاً بالتخلى بالاجماع وان كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر اليه سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها وقال أبو يوسف ان كانت بعينها صار المشترى قابضاً بنفس الكيل فيها وان كانت بغير عينها بأن قال أعرنى غرارة وكل فيها لا يصير قابضاً (وجه) قول محمد ان الغرائر عارية فى الوجهين جميعاً ولم يقبضها والعارية لا حكم لها بدون القبض فبقيت فى يد البائع فبقى ما فيها فى يد البائع أيضاً فلا يصير فى يد المشترى قابضاً الا بتسليم الغرائر اليه ولابى يوسف الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين وهو أن الغرائر اذا كانت معينة مشاراً اليها فان لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث اقامتها مقام يده واذا لم تكن متعينة فلا وجه للاعارة بوجه وقول محمد أظهر والله عز وجل أعلم ولو اشترى كراً بعينه وله على البائع كر دين فأعطاه جوالقاً وقال له كلهما فيه ففعل صار قابضاً لهما سواء كان المبيع أولاً أو الدين وهذا قول أبى يوسف وقال محمد ان كان المبيع أولا يصير قابضاً لهما كما قال أبو يوسف وان كان الدين أولا لم يصر قابضاً للدين وكان قابضاً للعين وكانا شريكين فيه (وجه) قول محمد ان نفس الكيل فى الدين ليس بقبض لما ذكرنا فاذا بدأ بكيله لم يصر المشترى قابضاً له فاذا كاله بعده فقد خلط ملك المشترى بملك نفسه فيشتركان فى المخلوط ونفس الكيل فى العين قبض فاذا بدأ بكيله صار المشترى قابضاً له ثم اذا كال الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له (وجه) قول أبى يوسف ان البائع خلط ملك المشترى بملك نفسه فى الحال بأمر المشترى فكان مضافاً الى المشترى والخلط من أسباب التملك فى الجملة فيملك المشترى الدين بالخلط وقد جعله فى غرائره بأمره فصار قابضاً له والله عز وجل أعلم ولو باع قطناً فى فراش أو حنطة فى سنبل وسلم كذلك فان أمكن المشترى قبض القطن أو الحنطة من غير فتق الفراش أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض وهو التخلى والتمكن من التصرف وان لم يمكنه الا بالفتق والدق لم يصر قابضاً له لانه لا يملك الفتق أو الدق لانه تصرف فى ملك البائع وهو لا يملك التصرف فى ملكه فلم يحصل التمكن والتخلى فلا يصير قابضاً ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً لانه يمكنه الجذاذ من غير تصرف فى ملك

البائع فحصل التخلى بتسليم الشجر فكان قبضاً بخلاف بيع القطن فى الفراش والحنطة فى السنبل ولهذا قالوا ان أجرة الجذاذ على المشترى وأجرة الفتق والدق على البائع اذا كان المشترى لا يمكنه القبض الا به لانه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر فكان الجذاذ عملاً للمشترى فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبل فكان الفتق والدق على البائع مما يتحقق به التسليم فكانت أجرته عليه هذا اذا كان المبيع فى يد البائع وقت البيع فأما اذا كان فى يد المشترى فهل يصير قابضا للبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه الى تجديد القبض فالاصل فيه أن الموجود وقت العقد ان كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان أقوى من المستحق ناب عنه وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب لان المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وان كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك فى مسائل وجملة الكلام فيها أن يد المشترى قبل الشراء إما ان كانت يد ضمان وإما ان كانت يد أمانة فان كانت يد ضمان فاما ان كانت يد ضمان بنفسه وإما ان كانت يد ضمان بغيره فان كانت يد ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشترى قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر لان التجانس يقتضى التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان يد الغاصب فى الحالين يد ضمان وان كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فانه لا يصير قابضاً الا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب الى حيث الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولان الرهن أمانة فى الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة وانما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر لا لكونه مضموناً على ماعرف واذا كان أمانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة وان كانت يد المشترى يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً الا أن يكون بحضرته أو يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلى لان يد الامانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله عز وجل أعلم ولو اختلف البائع والمشترى فى قبض المبيع فقال البائع قبضته وقال المشترى لم أقبضه فالقول قول المشترى لان البائع يدعى عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر ولان عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشترى متمسكا بالاصل والبائع يدعى أمراً عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشترى فكان القول قوله مع يمينه وكذا اذا قبض بعضه واختلفا فى قدر المقبوض فالقول قول المشترى لما قلنا ولو اختلفا فى قبض الثمن فالقول قول البائع لما قلنا فى قبض المبيع والله عز وجل أعلم ولو اختلفا فقال البائع للمشترى قطعت يده فصرت قابضا وقال المشترى للبائع أنت قطعت يده وانفسخ البيع فيه لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ويجعل كان يده ذهبت بآفة سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صاحبه أولى من قول الآخر فلا يقبل ويجعل كأنها ذهبت بآفة سماوية ويخير المشترى لتغير المبيع قبل القبض فان شاء أخذ الباقى بجميع الثمن وان شاء رده على البائع فان اختار الاخذ يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ كذا ذكر القدورى رحمه الله فى شرحه أما تحليف البائع فلا اشكال فيه لان المشترى يدعى عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يسقط عن المشترى شئ من الثمن فكان تحليفه مفيداً (وأما) تحليف المشترى فمشكل لانه لا يفيد شيأً لانه يأخذه بعد الحلف بكل الثمن وهذا فيما اذا اختار المشترى الرد على البائع لانه لا يحلف البائع بل يحلف المشترى وحده لان تحليف البائع لا يفيده شيأ حيث يرده عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فذهب بعضه فاختلفا فقال البائع للمشترى أنت أكلت وقال المشترى للبائع مثل ذلك أنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كأنه ذهب بعضه بآفة سماوية لما قلنا ويخير المشترى لتفرق الصفقة الا أن هناك ان اختار

الاخذ أخذ الباقى بما بقى من الثمن لان القدر فى المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصة من الثمن والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما بينا فيما تقدم وذكر القدورى رحمه الله ههنا أيضا أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال ههنا فى تحليف المشترى لان التحليف مفيد فى حقه لان البائع يدعى عليه كل الثمن وهو ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً (وأما) تحليف البائع ففيه اشكال لان المشترى يدعى عليه سقوط بعض الثمن وذا حاصل له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيداً فى حقه فينبغى أن لا يحلف وان اختار الرد على البائع حلف المشترى وحده دون البائع لما قلنا فان أقام أحدهما البينة قبلت بينته لانها قامت على أمر جائز الوجود وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها مثبتة الا ترى أنها توجب دخول السلعة فى ضمان المشترى وتقرر الثمن عليه وبينة المشترى نافية فالمثبتة أولى والله عز وجل أعلم (ومنها) ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى قول يسلمان معا وفى قول يسلم المبيع أولا ثم يسلم الثمن أما قوله الاول فبناء على أصله الذى ذكرنا فيما تقدم وهو أن الثمن والمبيع من الاسماء المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعا وكل مبيع ثمنا (وأما) قوله الثانى وهو أن فى تقديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع وليس ذلك فى تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع أولى صيانة للعقد عن الانفساخ ما أمكن (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام الدين مقضى وصف عليه الصلاة والسلام الدين بكونه مقضيا عاما أو مطلقا فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا وهذا خلاف النص وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ثلاث لا يؤخرن الجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفأ والدين اذا وجدت ما يقضيه وتقديم تسليم المبيع تأخير الدين وانه منفى بظاهر النص ولان المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولا تحقيقا للمساواة وقوله فيما قلته صيانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة ثم الكلام فى هذا الحكم فى موضعين أحدهما فى بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثانى فى بيان ما يبطل به بعد ثبوته أما شرط ثبوته فشيئان أحدهما أن يكون أحد البدلين عينا والآخر دينا فان كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معا لما ذكرنا فيما تقدم والثانى أن يكون الثمن حالا فان كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقا للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان الثمن مؤجلا فى العقد فلم يقبض المشترى المبيع حتى حل الاجل فله أن يقبضه قبل نقد الثمن وليس للبائع حق الحبس لانه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشى فلا يحتمل العود وكذلك لو طرأ الاجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الاجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشترى حتى حل الاجل هل له أجل آخر فى المستقبل ينظر ان ذكرا أجلا مطلقا بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الثمن حال وليس له أجل آخر وان ذكرا أجلا بعينه بأن باعه الى رمضان فلم يقبضه المشترى حتى مضى رمضان صار الثمن حالا بالاجماع (وجه) قولهما ان السنة المطلقة تنصرف الى سنة تعقب العقد بلا فصل فاذا مضت انتهى الاجل كما لو عين الاجل نصا ولابى حنيفة رحمه الله ان الاصل فى الثمن شرع نظراً للمشترى لينتفع بالمبيع فى الحال مع تأخير المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا وان يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تأجيلا من هذا الوقت دلالة بخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص على تعينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها ولو كان فى البيع خيار الشرط لهما أو لاحدهما والاجل مطلق فابتداء الاجل من حين وجوب العقد

وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده لان تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه لا قبله إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا أخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس لانه أخر حق نفسه فى قبض الثمن فلا يتأخر حق المشترى فى قبض المبيع وكذا المشترى اذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس لان حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا ثمن محال ولو نقد الثمن كله الا درهما كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقى لان المبيع فى استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من أجزاء الثمن وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمنا فنقد المشترى حصة أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يقبض حق الآخر لما قلنا ولان قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة فى حق القبض والمشترى لا يملك تفريق الصفقة الواحدة فى حق القبول بأن يقبل الايجاب فى أحدهما دون الآخر فلا يملك التفريق فى حق القبض أيضا لان للقبض شبها بالعقد وكذلك لو أبرأه من حصة أحدهما فله حبس الكل لاستيفاء الباقى لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الآخر وروى عن أبى يوسف رحمه الله فى النوادر انه اذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع (ووجهه) ان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا معنى لتوقف حقه فى قبض المبيع على أداء صاحبه ولانه لو توقف وصاحبه مختار فى الاداء قد يؤدى وقد لا يؤدى فيفوت حقه أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلية والتخلى تسليما وقبضا فى الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم (وجه) ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا ان المبيع فى حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزى فكان استحقاق بعضه استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق فى البعض كما لا تحتمله فى القبول فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعا فيما تقدم ام لا اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يكون متبرعا فيما نقد وله أن يحبسه عن الشريك الغائب حتى يستوفى ما نقد عنه وقال أبو يوسف رحمه الله هو متبرع فى حصته (وجه) قوله ظاهر لانه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعا كما فى سائر الديون ولهما انه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بأمره نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كمن أعار ماله انسانا ليرهنه بدينه فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع على الراهن لان الراهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلوق الا بانفكاكه فكان اذنا له بالفكاك دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد الى أن يستوفى ما نقد عنه كما لو نقد بأمره نصا ولو أدى جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك فى يده قبل الحبس يرجع على شريكه بنصف الثمن لانه أدى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشترى ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى حق الحبس لاستيفائه (وأما) الحوالة بالثمن فهل تبطل حق الحبس قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشترى بأن أحال المشترى البائع بالثمن على انسان وقبل المحال عليه الحوالة أو من البائع بأن أحال البائع غريما له على المشترى وقال محمد ان كانت الحوالة من المشترى لا تبطل وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المحال عليه وان كانت من البائع فان كانت مطلقة لا تبطل أيضا وان كانت مقيدة بما عليه تبطل فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين فى ذمة المشترى وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بحوالة

المشترى

المشتری ألا تری ان له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس و بطلت حوالة البائع اذا كانت مقيدة بما على المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس فى الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن فى ذاته بدليل أن الثمن اذا كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس والثمن فى ذمة المشترى قائم وانما سقطت المطالبة دل ان حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن فى ذاته وحق المطالبة فى حوالة المشترى وحوالة البائع اذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتا وفى حوالة البائع اذا كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى هذا الخلاف اذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل أو أحال المرتهن غريماله بدينه على الراهن حوالة مطلقة أو مقيدة انه يبطل حق المرتهن فى حق حبس الرهن عند أبى يوسف وعند محمد لا يبطل فى حوالة الراهن وكذا فى حوالة المرتهن اذا كانت مطلقة وان كانت مقيدة تبطل ولو أعار البائع المبيع للمشترى أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يبطل وللبائع أن يسترده (وجه) هذه الرواية ان عقد الاعارة والايداع ليس بعقد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن اذا أعار الرهن من الراهن أو أودعه اياه له أن يسترده لما قلنا كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الاعارة والايداع أمانة فى يد المشترى وهو لا يصلح نائبا عن البائع فى اليد لانه اصل فى الملك فكان أصلا فى اليد فاذا وقعت العارية أو الوديعة فى يده وقعت بجهة الاصالة وهى يد الملك و يد الملك يد لازمة فلا يملك ابطالها بالاسترداد و بخلاف الرهن فان المرتهن فى اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة الملك فيمكن تحقيق معنى الانابة و يد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض المشترى المبيع باذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لانه أبطل حقه بالاذن بالقبض ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله أن يسترده لان حق الانسان لا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه ولو كان المشترى تصرف فيه نظر فى ذلك ان كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن والاجارة والامهار فسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد لان الاسترداد والاعادة الى الحبس اما ان كان مع نقض هذه التصرفات واما ان كان مع قيامها لا سبيل الى الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل الى الثانى لانها اذا بقيت كانت الاعادة الى الحبس حبس الجزء من كل وجه أو من وجه دون وجه وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس أصلا ولو نقد المشترى الثمن فوجده البائع زيوفا أو ستوقا أو مستحقا أو وجد بعضه كذلك فهذا لا يخلو اما أن يكون المشترى قبض المبيع واما أن يكون لم يقبض فان كان لم يقبضه كان له حق الحبس فى الفصول كلها لانه تبين انه ما استوفى حقه وان كان قبضه المشترى ينظر ان كان قبضه بغير اذن البائع فللبائع أن يسترده فى الفصول كلها لما قلنا وكذلك ان كان المشترى تصرف فى المبيع فللبائع أن يفسخ تصرفه و يسترد المبيع الا اذا كان تصرفا لا يحتمل الفسخ فلا يفسخ و يطالب المشترى بالثمن فلو نقد المشترى الثمن قبل أن يفسخ التصرف الذى يحتمل الفسخ لا يفسخ لانه لما نقد الثمن فقد بطل حقه فى الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد وان كان قبضه باذن البائع ينظر ان وجده زيوفا فرده لا يملك استرداد المبيع عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له أن يسترد وهو قول أبى يوسف (وجه) قول زفر أن البائع ما رضى بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه فى الثمن السليم لا فى المعيب فاذا وجده معيبا فلم يسلم له حقه فكان له أن يسترد المبيع حتى يستوفى حقه كالراهن اذا قضى دين المرتهن وقبض الرهن ثم ان المرتهن وجد المقبوض زيوفا كان له أن يرده و يسترد الرهن لما قلنا كذا هذا (ولنا) أن البائع يسلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه ودلالة ذلك أن الزيوف جنس حقه من حيث الاصل وانما الفائت صفة الجودة بدليل انه لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه يكون استبدالا ببدل الصرف والسلم وانه لا يجوز واذا كان المقبوض جنس حقه فتسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان الارتهان استيفاء لحقه من الرهن والافتكاك ايفاء من مال آخر فاذا وجد زيوفا تبين انه ما استوفى حقه

فكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع انه لو أعار المبيع المشترى بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو أعار المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده فان وجده ستوقا أو رصاصا أو مستحقا وأخذ منه له أن يرد بخلاف الزيوف لان البائع انما أذن للمشترى بالقبض على أنه استوفى حقه وتبين انه لم يستوف أصلا ورأسا لان الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه ألا ترى انه لو تجوز بها فى الصرف والسلم لا يجوز وان كان الاذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق وقد تبين انه لم يستوف فتبين انه لم يكن آذناله بالقبض ولا راضيا به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشترى تصرف فيه فلا سبيل للبائع عليه سواء كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والاجارة ونحوها أو لا يكون كالاعتاق ونحوه بخلاف ما اذا قبضه بغير اذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ انه يفسخ ويسترد لان هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف فى المبيع ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان محتملا للرد وههنا وجد الاذن بالقبض فكان تصرف المشترى حاصلا عن تسليط البائع فنفذ وبطل حقه فى الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اذا تصرف فيه المشترى انه يبطل حق البائع فى الفسخ الا أن فى البيع الفاسد اذا أجر المبيع تفسخ الاجارة وههنا لا نفسخ لان الاجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر فى البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حقا للشرع دفعا للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذرا فى فسخ الاجارة ولا فساد ههنا فلا عذر فى الفسخ فلا يفسخ ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكاتب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زيوفا أو مستحقا فالعتق ماض فان وجده ستوقا أو رصاصا لا يعتق لما ذكرنا أن الزيوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضا أصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحا ظاهرا واحتمال الاجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضا والعتق بعد ثبوته ظاهرا لا يحتمل الفسخ بخلاف ما اذا وجدها ستوقا أو رصاصا لان ذلك ليس من جنس حقه أصلا ورأسا فلم يوجد أداء بدل الكتابة فلا يعتق يحقق الفرق بينهما اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زيوفا أو مستحقا فرد الزيوف أو أخذ المالك المستحقة بر فى يمينه وان وجده ستوقا أو رصاصا حنث فى يمينه والله عز وجل أعلم ولو قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيأ وعليه ديون لاناس شتى هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء اختلف فيه قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص وقال الشافعى رحمه الله البائع أحق به وان لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فان كان الثمن مؤجلا فهو على هذا الاختلاف وان كان حالا فالبائع أحق به بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا أفلس المشترى فوجد البائع متاعه عنده فهو أحق به وهذا نص فى الباب ولان العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشترى بالاجماع فان من باع عبداً فأبق قبل القبض أو غصب أو كانت دابة فضلت للمشترى أن يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضا لان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة (ولنا) ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من باع بيعا فوجده وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه وهذا نص وهو عين مذهبنا ولان البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشترى حياً مليأ فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وافلاسه لان الثمن بدل المبيع قائم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد لان بينهما مفارقة فى الاحكام ألا ترى ان ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيأ بدراهم لا يملكها جاز ولو باع شيأ لا يملكه لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول قبل القبض والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز وغير ذلك من الاحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق فاسد والحديث محمول على ما اذا قبض المبيع بغير اذن البائع وعندنا البائع أحق به فى هذه الحالة الا أنه ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان الملىء يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر الافلاس مفيدا فحملناه على ما قلنا توفيقا بين الدلائل والله عز وجل الموفق (ومنها) وجوب

الاستبراء فى شراء الجارية وجملة الكلام فيه ان الاستبراء نوعان نوع هو مندوب ونوع هو واجب (أما) المندوب اليه فهو استبراء البائع اذا وطئ جارية وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله هو واجب (وجه) قوله أنه يحتمل شغل الرحم بماء البائع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما فى جانب المشترى (ولنا) أن سبب الوجوب لم يوجد فى حق البائع على ما نذكر والاعتبار بالمشترى غير سديد لان الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاختلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشترى لا بفعل البائع فتجب الصيانة عليه بالاستبراء لا على البائع الا انه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بمائه فيكون البيع قبل الاستبراء مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبراء مستحبا وكذا اذا وطئ أمته أو مدبرته أو أم ولده ثم أراد أن يزوجها من غيره يستحب أن لا يفعل حتى يستبرئها لما قلنا واذا زوجها قبل الاستبراء أو بعده فللزوج أن يطأها من غير استبراء وقال محمد رحمه الله أحب الى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبه عليه وكذلك الرجل اذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجها له أن يطأها من غير استبراء وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها ويعلم فراغ رحمها والله عز وجل أعلم (وأما) الاستبراء الواجب فهو استبراء المشترى وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحدوث ملك اليمين مطلقا والكلام فيه فى مواضع فى بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء وفى بيان سبب وجوبه وفى بيان ما يقع به الاستبراء (أما) الاول فالاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والنص الوارد فى السبى يكون واردا فى سائر أسباب الملك دلالة ولان الاستبراء طلب براءة الرحم وانه واجب على المشترى لان به يقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والصيانة عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة الا بالاستبراء فيكون واجبا ضرورة فلا يحل له وطؤها قبل الاستبراء ولا أن يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها عن شهوة لان كل ذلك داع الى الوطء والوطء اذا حرم حرم بدواعيه كما فى باب الظهار وغيره بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعى منها لان المحرم هناك ليس هو الوطء بل استعمال الاذى والوطء حرام لغيره وهو استعمال الاذى ولا يجوز ذلك فى الدواعى فلا يجوز والله عز وجل أعلم (وأما) سبب وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعنى به ملك الرقبة واليد بأى سبب حدث الملك من الشراء والسبى والصدقة والهبة والارث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على المشترى لوجود سببه سواء كان بائعه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمرأة والصبى الذى لا يعقل وسواء كانت الجارية بكرا أو ثيبا فى ظاهر الرواية لما قلنا وروى عن أبى يوسف انه اذا علم المشترى انها لم توطأ لا يجب الاستبراء لان الاستبراء طلب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر بريئة فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراءة والفراغ (والجواب) أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بعارض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها لان حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بان وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها لا بشهوة أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها أو نظر الى فرجها عن شهوة أو كانت مرتدة أو مجوسية ونحو ذلك من الفروج التى لا تحل بملك اليمين لان فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء فى هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع آخر وهو ان المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمدبر لانعدام

حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيأ الا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر ان لم يكن على العبد دين أصلا أو عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه ان يستبرئها اذا كانت حاضت عند العبد و يجتزى بتلك الحيضة لان كسب المأذون الذى لا دين عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى فقد حاضت فى ملك نفسه فيجتزى بها عن الاستبراء وان كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب عليه بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا عنده وعندهما يملكه ولو تبايعا بيعاً صحيحاً ثم تقايلا فان كانت الاقالة قبل القبض فالقياس ان يجب الاستبراء على البائع وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله وفى الاستحسان لا يجب وهو رواية محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وجه) القياس أنه وجد سبب الوجوب فى حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وانكار الحقائق مكابرة (وجه) الاستحسان ان الاقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما ان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكيد اثبات من وجه فلم يتكامل الملك للمشترى فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الاطلاق فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد القبض يجب (أما) عند أبى يوسف فلان الاقالة بيع جديد فكانت استحداثا للملك مطلقاً (وأما) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت فسخاً لكن فى حق العاقدين فاما فى حق ثالث فبيع جديد والاستبراء يجب حقاً للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً فى حق وجوب الاستبراء احتياطاً ولو رد الجارية بعيب أو خيار رؤية يجب الاستبراء على البائع لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لان خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت الملك للمشترى (وأما) الرد بخيار الشرط فينظر فيه ان كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالاجماع لان خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وان كان الخيار للمشترى لا يجب الاستبراء على البائع عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء على ان خيار المشترى يمنع دخول السلعة فى ملكه عند أبى حنيفة واذا لم تدخل فى ملك المشترى وان خرجت عن ملك البائع فلانها لم تخرج و بقيت على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب (وأما) عندهما فان كان الرد قبل القبض فالقياس أن يجب لانها زالت عن ملك البائع ودخلت فى ملك المشترى فاذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب فى حق البائع وفى الاستحسان لا يجب لان الرد قبل القبض فسخ محض و رفع للعقد من الاصل كانه لم يكن وان كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً واستحسانا لانها دخلت فى ملك المشترى وان كان المبيع فاسداً ففسخ وردت الجارية الى البائع فان كان قبل القبض فلا استبراء على البائع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه الاستبراء بالاجماع لوجود السبب ولو أسر العدو الجارية ثم عادت الى المالك فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبراء على المالك لانعدام السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز بدارهم وجب لوجود السبب ولو أبقت من دار الاسلام الى دار الحرب وأخذها الكفار ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه عند أبى حنيفة لانهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبراء لانهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية مع غيره فلا استبراء عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل اذ لا تحل لاحدهما ولو اشترى جارية ولها زوج فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبراء على المشترى لانه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت الشراء لقيام فراش الزوج و بعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين وذكر الكرخى رحمه الله ان على قول أبى يوسف يجب الاستبراء على المشترى ومن هذا استخرجوا الاسقاط الاستبراء حيلة وهى أن يزوج البائع الجارية ممن يجوز له نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من الشرائط ثم يبيعها و يسلمها الى

المشترى

المشترى ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشترى من غير استبراء وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشترى لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها وحيلة أخرى لاسقاط الاستبراء أن يزوجها البائع من المشترى قبل الشراء والمشترى ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن تحته حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء وهذا الوجه الثانى أولى لانه يسقط عنه جميع المهر وفى الوجه الاول على الزوج المطلق نصف المهر للبائع فيحتاج الى ابرائه عنه ولو كانت الجارية فى عدة من زوجها عدة طلاق أو عدة وفاة فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبراء عليه لان قيام العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت منكوحة فطلقها قبل الدخول بها لم يجب الاستبراء كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله على قول أبى يوسف يجب الاستبراء فان انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك ولا تحل له حتى يستبرئها بعد القبض بحيضة أخرى فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يعتد بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء فى النكاح حتى ان من تزوج جارية فللزوج أن يطأها من غير استبراء لان السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين وقال محمد أحب الى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبها عليه وذكر الكرخى رحمه الله وقال لا استبراء عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف استبرأ بها الزوج استحسانا (وجه) قول أبى يوسف ان المعنى الذى له وجب الاستبراء فى ملك اليمين موجود فى ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبراء فى الملكين ولابى حنيفة ان جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعا فلا حاجة الى التعرف بالاستبراء وما ذكره محمد نوع احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت فى يد البائع حيضة أنه لا يجتزى بها فى الاستبراء فى ظاهر الرواية حتى لو قبضها لا تحل له حتى يستبرئها بحيضة أخرى لانه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك اليمين على الاطلاق لانعدام اليد وهذا لان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكد اثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبراء وروى عن أبى يوسف أنه يجتزى بها ولا استبراء لان الحيضة قبل القبض تصلح دليلا على فراغ رحمها لحصل المقصود من الاستبراء فيكتفى بها (وأما) بيان ما يقع به الاستبراء فنقول وبالله التوفيق الجارية فى الاصل لا يخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبراؤها بحيضة واحدة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن معاوية رضى الله عنه ان استبراءها بحيضتين لان الاستبراء أخت العدة وعدتها حيضتان والصحيح قول العامة لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والفعلة للمرة والتقدير الشرعى يمنع من الزيادة عليه الا بدليل ولان ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغى أن لا يشترط العدد فى باب العدة أيضا الا أنا عرفناه ذلك نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما ان كانت لا تحيض لصغر أو لكبر واما ان كانت لا تحيض لعلة وهى الممتد طهرها (واما) ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا تحيض لصغر أو لكبر فاستبراؤها بشهر واحد لان الاشهر أقيمت مقام الاقراء فى حق الآيسة والصغيرة فى العدة فكذا فى باب الاستبراء وان كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يطؤها حتى يعلم انها غير حامل ولم يوقت فى ذلك وقتا وقال أبو يوسف يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد روايتان فى رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الاماء وفى رواية قال يستبرئها بأربعة أشهر وعشر مدة عدة الحرائر وقال زفر يستبرئها بسنتين لان الولد الموجود فى البطن لا يبقى أكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبى حنيفة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل وهو اختيار الطحاوى ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيرا لقوله لانها مدة يعلم فيها أنها ليست بحامل لان الحبل يظهر فى مثل هذه المدة لو كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيدل عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل بها فاستبراؤها بوضع الحمل بعد القبض

لان وضع الحمل فى الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع مادامت فى نفاسها كما فى الحائض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرئها ولا يجتزى بوضع الحمل قبل القبض كما يجتزى بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف يجتزى به كما يجتزى بالحيضة قبل القبض والله عز وجل أعلم ثم ماذكرنا من الحكم الاصلى للبيع وما يجرى مجرى التوابع للحكم الاصلى كما يثبت فى المبيع يثبت فى زوائد المبيع عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت شئ من ذلك فى الزوائد والكلام فيه مبنى على أصل وهو ان زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الاصل أو غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعنده ليست بمبيعة أصلا وانما تملك بملك الاصل لا بالبيع السابق (وجه) قول الشافعى رحمه الله فى اثبات هذا الاصل ان المبيع ما أضيف اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعا ولان المبيع ما يقابله ثمن اذ البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل بالاصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا لم تجز الزيادة عنده فى المبيع والثمن (ولنا) ان المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصلى للبيع والحكم الاصلى للبيع يثبت فى الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصلى للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلاف والدليل على انها مملوكة بالبيع السابق ان البيع السابق أوجب الملك فى الاصل ومتى ثبت الملك فى الاصل ثبت فى التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافا الى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعا لثبوت الحكم الاصلى فيها تبعا وعلى هذا الاصل مسائل بيننا وبين الشافعى رحمه الله (منها) ان للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الاصل عندنا وعنده ليس له أن يحبس الزوائد (ومنها) ان البائع اذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشترى عندنا كما لو أتلف جزأ من المبيع وعنده لا يسقط شئ من الثمن وعليه ضمانها كما لو أتلفها أجنبى ولا خيار للمشترى عند أبى حنيفة وعندهما يثبت على مامر وكذا اذا أتلف الارش أو العقر قبل القبض عندنا لانه بدل الجزء الفائت فكان حكمه حكم الجزء ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شئ من الثمن بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعا بمنزلة أطراف الام لا مقصودا والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا ان تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشترى لان الصفقة لم تتفرق عليه لان العقد ما أضيف اليها وانما يثبت حكم العقد فيها تبعا فلا يثبت الخيار الا فى ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بآفة سماوية فانه يثبت الخيار للمشترى لا لهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان فى الام بسبب الولادة وكذا الاخيار بحدوث زيادة ماقبل القبض الا فى ولد الجارية لاجل نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة (ومنها) ان المشترى اذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشترى على عيب بالاصل فانه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالاصل يرد بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة شئ وكذا اذا وجد بالزيادة عيبا يردها بحصتها من الثمن وعنده لا يردها بالعيب أصلا وكذا المشترى اذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لانه صار قابضا له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ماذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحال ولو هلك الاصل وبقيت الزيادة يبقى العقد فى قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فينقسم الثمن على الاصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الاصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما اذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ العقد أصلا ورأسا ويسقط كل الثمن لان هناك لا فائدة فى بقاء العقد اذ لو بقى لطلب البائع من المشترى الثمن فيطلب المشترى منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فائدة البقاء واذا بقيت الزيادة كان فى بقاء العقد فى الزيادة فائدة لامكان تسليمها فبقى العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ماذكرنا وعنده اذا هلك الاصل انفسخ العقد أصلا ورأسا (ومنها)

انه اذا أتلفها أجنبي وضمنها بلا خلاف فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ و يرجع البائع على الجاني بضمان الجناية وان شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن كما لو أتلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشتري (ومنها) اذا اشترى نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى أثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث لا يطيب الكر وعليه أن يتصدق به عندنا لان التمر الحادث عندنا زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض حصة من الثمن كما لغيره من الزوائد والتمر من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا فيفسد البيع في الكر الحادث ولا يفسد في النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكرا من تمر بكر من تمر ان العقد يفسد في التمر والنخل جميعا لان هناك الربا دخل في العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الربا وهو التمر والتمر مقسوم عليهما فيتحقق الربا وادخال الربا في العقد يفسد العقد كله وههنا البيع كان صحيحاً في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع وهو النخل وحده الا انه لما زاد بعد العقد صار مبيعاً في حال البقاء لا بصنعهما فيفسد في الكر الحادث و يقتصر الفساد عليه (ومنها) اذا اشترى عبداً بألف درهم يساوي ألفين فقتل قبل القبض فاختار البيع واتباع الجاني فأخذ قيمته ألفين يتصدق بالالف الزائد عندنا لانه ربح ما لم يضمن وعنده لا يتصدق بشيء والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا غصب كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كرا ونصف كر ضمن للمالك كرا مثله فانه يملك ذلك الكر ونصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزائد وطاب له ما بقي لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب بالضمان والزيادة بالانتفاخ حصلت بعد ذلك فتعتبر بالزيادة المتولدة وعند الشافعي رحمه الله في هذا الفصل يرد الكل لان المضمونات عنده لا تملك بالضمان (ومنها) ان الزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضاً عندنا حتى لو وجد المشتري بالاصل عيباً فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب و بسائر أسباب الفسخ على ما نذكره في خيار العيب في بيان الاسباب المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة في أي حال حدثت ولا تمنع رد الاصل بالعيب بكل الثمن ولو اشترى أرضا فيها أشجار مثمرة فان كان عليها ثمر وسماه حتى دخل في البيع فالثمر له حصة من الثمن بلا خلاف حتى لو كانت قيمة الارض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثمر كذلك فان الثمن يقسم على الكل اثلاثا بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصود الورود فعل العقد على الكل فان كان للثمر حصة من الثمن حتى لو هلك بآفة سماوية أو بفعل البائع بأن أكله يسقط عن المشتري ثلث الثمن وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلثي الثمن وان شاء ترك لان الثمر لما كان مبيعاً مقصوداً بهلاكه تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فيثبت الخيار وان لم يكن الثمر موجودا وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فأكله البائع فقد صار له حصة من الثمن عندنا لصيرورته مبيعا مقصودا بالاتلاف على ما بينا لكن الكلام في كيفية أخذ الحصة فاختلف أصحابنا فيها قال أبو حنيفة ومحمد يأخذ الحصة من الشجر والارض جميعاً فيقسم الثمن على الشجر والارض والثمر اثلاثا فيسقط ثلث الثمن باتلاف البائع وقال أبو يوسف يأخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الارض والشجر ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الاتلاف فيسقط بيانه اذا كانت قيمة الارض ألفاً وقيمة الاشجار ألفاً وقيمة الثمر كذلك فأكل البائع الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن عندهما ويأخذ الارض والاشجار بثلثي الثمن ولا خيار له عند أبي حنيفة خاصة وعند محمد له الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلثي القيمة وان شاء ترك وعند أبي يوسف يسقط عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن على الاشجار والارض نصفين ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكان حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك كله وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلاثة أرباع الثمن وان شاء ترك (وجه) قول أبي يوسف ان الثمر تابع للشجر لان الثمر متولد منها فيأخذ الحصة منها كما لو اشترى جارية مع ولدها فولدت مع ولدها ولداً آخر فالولد الثاني يكون له حصة من الولد الاول ولهما ان الشجر تابع للارض في البيع بدليل انه يدخل في الارض من غير تسمية ولو هلكت بعد ما دخلت قبل القبض

لا يسقط شيء من الثمن دل انها تابعة وما كان تابعاً لغيره في حكم لا يستتبع غيره في ذلك الحكم فكان نظير مسئلتنا مالو
شترى جارية فولدت ولداً قبل القبض ثم ولد ولدها ولداً لا يكون للولد الثاني حصة من الولد الاول لان الاول في
نفسه تابع فلا يستتبع غيره كذا ههنا والله عز وجل أعلم ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والحط عن الثمن
والكلام فيهما في ثلاثة مواضع أحدها في أصل الجواز انهما جائزان أم لا والثاني في شرائط الجواز والثالث في
كيفية الجواز (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة الزيادة في المبيع والثمن جائزة مبيعاً وثمناً كأن
العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعاً وثمناً ولكن تكون هبة مبتدأة فان
قبضها صارت ملكاله والا تبطل وأظهر أقوال الشافعي رحمه الله مثل قولنا ان كان في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق
فقوله مثل قول زفر وصورة المسئلة اذا اشترى رجل عبداً بألف درهم وقال المشترى زدتك خمسمائة أخرى ثمناً وقبل
البائع أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعاً وقبل المشتري جازت الزيادة كان الثمن في الاصل
ألف وخمسمائة والمبيع في الاصل عبدان أو عبد وثوب سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده وكذلك اذا اشترى عبدين
بألف درهم ثم زاد المشتري في الثمن مائة درهم جازت الزيادة كان الثمن في الاصل ألف ومائة تنقسم الزيادة على
قيمتهما وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمى وزاد المشتري في الثمن مائة مطلقاً انقسمت
الزيادة على قدر القيمتين وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث خلف
المورث في ملكه القائم بعد موته ألا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان الوارث حي قائم فزاد وعلى هذا الخلاف
الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بتولية مستفادة من قبل الموكل وأما الزيادة من الاجنبي فلا شك ان عندهما لا تجوز
وأما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير أمره وقفت الزيادة على اجازته ان أجاز جازت
وان رد بطلت الا أن يضمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبي بمقابلة الزيادة
شيء وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم على أن خمسمائة سوى الالف على رجل ضمنه وقبل فالعبد
للمشتري والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيأ بالخمسمائة وذكر في الجامع الصغير اذا قال الرجل بع هذه الدار
من فلان بألف درهم على اني ضامن لك من الثمن خمسمائة ان البيع على هذا الشرط صحيح والخمسمائة على الاجنبي
ولو قال على اني ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن كان باطلا لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر
المسمى في النكاح وأما الزيادة في المنكوحة بالمهر الاول فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في رأس
مال السلم وأما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن وأما الزيادة في الدين فلا
تجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا وعند أبي يوسف جائز قياسا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن
و بين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن انه جائز عندنا ويلتحق بأصل
العقد والثمن هذا القدر من الابتداء حتى ان المبيع اذا كان دارا فالشفيع يأخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط وعندهما
هو هبة مبتدأة الا أن قيام الدين عليه أو كونه قابلا لا ستئناف العقد ليس بشرط لصحة الحط بلا خلاف بين أصحابنا
وفي الزيادة خلاف نذكره ان شاء الله تعالى (وجه) قول زفر والشافعي رحمهما الله ان الثمن والمبيع من الاسماء
الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع فالقول بجواز المبيع والثمن مبيعاً وثمنا قول بوجود المبيع
ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان المبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك البائع وهو
المبيع فالزيادة من البائع لو صحت مبيعا لا تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو صحت من
المشتري ثمنا لا تقابل ملك البائع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة
المبيع والثمن فيجعل منه هبة مبتدأة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع فالزيادة
لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولنا)

فى الزيادة فى المهر قوله تعالى فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى من بعد تلك الفريضة لان النكرة اذا أعيدت معرفة يراد بالثانى غير الاول أمر الله سبحانه وتعالى بايتاء المهور المسماة فى النكاح وأزال الجناح فى الزيادة على المسمى لان ما يتراضاه الزوجان بعد التسمية هو الزيادة فى المهر فيدل على جواز الزيادة وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال للوازن زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن وهذا زيادة فى الثمن وقد ندب عليه الصلاة والسلام اليها بالقول والفعل وأقل أحوال المندوب اليه الجواز وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال المسلمون عند شروطهم فظاهره يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط الا ما خص بدليل لانه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفاء به وانما يلزمه اذا صحت الزيادة مبيعا وثمنا فاما اذا كانت هبة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء لان العاقدين أوقعا الزيادة مبيعا وثمنا كما لو تبايعا ابتداء وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذى أوقعه اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه وقد وجد وقولهما ان الثمن اسم لمال يقابل ملك البائع والمبيع اسم لمال يقابل ملك المشترى قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لما أزال المشترى ملكه و يده عنه بمقابلة مال أزال البائع ملكه و يده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذى كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف ثم نقول ما ذكراه حد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة فى المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لان الربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلة ما هو مال حقيقة بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحا حقيقة فكان من شرطها أن لا تكون مقابلة بملك البائع الا تسمية وشرط الشىء كيف يمنع صحته على انه أمكن تحقيق معنى المقابلة والزيادة لان الموجب الاصلى فى البيع هو قيمة المبيع وهو ماليته لان البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقابلة عند التساوى فى المالية ولهذا لو فسدت التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق العاقدين واذا زاد فى المبيع أو الثمن علم أنهما أخطأ فى التقدير وغلط فيه وما هو الموجب الاصلى قد ثبت بالبيع فاذا بينا التقدير كان ذلك بيانا للموجب الاصلى الا أنه ابتداء ايجاب فكان عوضا عن ملك العين لا عن ملك نفسه وهذا الكلام فى المهر أغلب لان الموجب الاصلى فيه هو مهر المثل على ما عرفت على أنه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقاء العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بأن يجعل الالف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فتجعل الالف الزيادة بمقابلة النصف الخالى وهذا وان كان تغييرا ولكنهما قصدا تصحيح التصرف ولا صحة الا بالتغيير ولهما ولاية التغيير ألا ترى ان لهما ولاية الفسخ وانه فوق التغيير لان الفسخ رفع الاصل والوصف والتغيير تبديل الوصف مع بقاء أصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى ولهما حاجة الى التغيير لدفع الغبن أو لمقصود آخر فمتى اتفقا على الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة الا بهذا الشرط يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة (ومنها) المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة لان الزيادة فى المبيع والثمن ايجاب البيع فيهما فلا بد من القبول فى المجلس كما فى أصل الثمن والمبيع وأما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لانه تصرف فى الثمن بالاسقاط والابراء عن بعضه فيصح من غير قبول الا أنه يرتد بالرد كالابراء عن الثمن كله وأما كون الزيادة والمزيد عليه من غير أموال الربا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الحط من غير أموال الربا هل هو شرط لصحته حطا وهل يؤثران فى فساد العقد على قول أبى حنيفة ليس بشرط و يؤثران فيه وعلى قول أبى يوسف شرط فيبطلان ولا يؤثران فى العقد وعلى قول محمد شرط فى الزيادة لا فى الحط على ما نذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده وكذلك الحط لان دليل جواز الزيادة والحط لا يوجب الفصل وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة الزيادة ذكر فى الجامع الكبير انه

شرط ولم يذكر الخلاف وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمهم الله في غير رواية الاصول انه ليس بشرط عنده حتى لو هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها أو كان عصيرا فتخمر أو أخرجه المشتري عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما لا تجوز (وجه) قولهما ان الزيادة تصرف في العقد بالتغيير والعقد منعدم حقيقة الا أنه يعطى له حكم القيام لقيام أثره وهو الملك ولم يبق بهلاك العين حقيقة أو حكما فلم يبق العقد حقيقة وحكما فلا يحتمل التغيير بالزيادة لان الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند فلا بد وأن يجعل شيأ من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يحتمل الاستناد ولان الزيادة لا بد وأن يكون لها حصة ولا يتحقق ذلك بعد الهلاك ولابي حنيفة ما ذكرنا ان الزيادة في الثمن والمبيع لا تستدعي المقابلة لانها ربح في الحقيقة وان كانت مبيعا وثمنا صورة وتسمية ومن شأن الربح أن لا يقابله شيء فلا يكون قيام المبيع شرطا لصحتها وقوله العقد منعدم عند الزيادة قلنا الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد عند وجوده يحتمل التغيير ان كانت الزيادة تغييرا على انا لا نسلم ان قيام المبيع شرط لبقاء البيع فان البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاض في الجملة بالرد بالعيب فان المشتري اذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالنقصان والرجوع بالنقصان فسخ للبيع في قدر الفائت بالعيب بعد هلاكه وهلاك جميع المعقود عليه دل ان العقد يجوز أن يبقى بعد هلاك المعقود عليه في الجملة اذا كان في بقائه فائدة وههنا في بقائه فائدة فيبقى في حقه كما في حق الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المرأة بعد موتها انها جائزة عندنا وعنده لا تجوز ولو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم مات أحدهما ثم زاد أحدهما صاحبه جازت الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لان هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة وأما عند أبي يوسف فلانهما تبايعا عينا بعين والعقد عنده اذا وقع على عين بعين فهلاك أحد العينين لا يمنع صحة الاقالة فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قائما لكن قطع رجل يده عند المشتري فاخذ ارشها ثم زاد المشتري في الثمن شيأ جازت الزيادة (أما) عند أبي حنيفة فظاهر لان هلاك جميع المعقود عليه لا يمنع الزيادة فهلاك البعض أولى (وأما) عندهما فلان المعقود عليه قائم فكان العقد قائما فكان محتملا للتغيير بالزيادة ولو رهن المبيع أو آجره ثم زاد المشتري في الثمن جازت الزيادة بلا خلاف بين أصحابنا على اختلاف الاصلين على ما ذكرنا وقال محمد لو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده وزاد البائع المشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة لان زيادة المبيع تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري البائع لم يجز لان زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمبيع وأنه هالك وهذا على قياس قولهما ان قيام المبيع شرط لجواز الزيادة فهلاكه يكون مانعا أما على أصل أبي حنيفة فالزيادة في الحالين جائزة لان قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعا والله عز وجل أعلم (وأما) قيام المعقود عليه فليس بشرط لصحة الحط بالاجماع (أما) عند أبي حنيفة فظاهر لانه ليس بشرط لصحة الزيادة فالحط أولى (وأما) عندهما فلانه ليس من شرط صحة الحط أن يلتحق باصل العقد لا محالة ألا ترى أنه يصح الحط عن جميع الثمن فلا يلتحق اذ لو التحق لعرى العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطا للحال ولان الحط ليس تصرف مقابلة ليشترط له قيام المحل القابل بل هو تصرف في الثمن باسقاط شطره فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة فلذلك اختلفا ثم الزيادة مع الحط يختلفان في حكم آخر وهو ان الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع والحط لا ينقسم كما لو اشترى عبدين من رجل بالف درهم وزاده المشتري مائة درهم فان الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما سواء اشترى ولم يسم لكل واحد منهما ثمنا أو سمى وان حط البائع عن المشتري مائة درهم كان الحط نصفين وانما كان كذلك لان الثمن يقابل المبيع فاذا زاد في ثمن المبيعين مطلقا فلا بد وان تقابلهما الزيادة كأصل الثمن والمقابلة في غير أموال الربا تقتضي الانفساخ من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمزاحمة كمقابلة أصل الثمن على ما بينا فيما تقدم بخلاف الحط فانه لا تعلق له بالمبيع لانه تصرف في المبيع خاصة باسقاط بعضه فاذا حط من ثمنهما مطلقا فقد سوى بينهما في الحط فكان الحط بينهما نصفين وان كان

ثمن أحدهما أكثر ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن لان الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله عز وجل أعلم (وأما) كيفية الجواز فالزيادة فى المبيع والثمن عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد من الابتداء ورد على الاصل والزيادة جميعاً اذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصحابنا وكذلك الحط فاما اذا تضمن ذلك بأن كانت الزيادة فى الاموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به وكذلك الحط اختلف أصحابنا فى ذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد ويفسدانه وقال أبو يوسف يبطلانه ولا يلتحقان بأصل وأصل العقد صحيح على حاله وقال محمد الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز هبة مبتدأة وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح اذا ألحق به هل يلتحق به ويؤثر فى فساده أم لا وهو على الاختلاف الذى ذكرنا ان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متأخر عن العقد الصحيح ألحق به فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط فى أموال الربا لان ذلك لو صح لا لتحق باصل العقد ولو التحق باصل العقد لاوجب فساد أصل العقد لتحقق الربا فلم يصح فبقى أصل العقد صحيحاً كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله أبو يوسف فلم تؤثر فى أصل العقد فبقى على حاله ويصح الحط لان الالتحاق من لوازم الزيادة فاما ليس من لوازم الزيادة فلا يصح الحط على ما ذكرنا فيما تقدم وأبو حنيفة يقول الزيادة والحط صحيحان زيادة وحطا لان العاقدين أوقعاهما زيادة وحطا ولهما ولاية ذلك فيقعان زيادة وحطا ومن شأن الزيادة والحط الالتحاق بأصل العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة والحط ههنا ابطالا للعقد السابق ولهما ولاية الابطال بالفسخ وكذا بالزيادة والحط والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الذى فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق الخيارات نوعان نوع يثبت شرطا ونوع يثبت شرعا لا شرطا والشرط لا يخلو اما أن يثبت نصا واما أن يثبت دلالة (اما) الخيار الثابت بالشرط فنوعان أحدهما يسمى خيار التعيين والثانى خيار الشرط (اما) خيار التعيين فالكلام فيه فى جواز البيع الذى فيه خيار التعيين قد ذكرناه فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان حكم هذا البيع والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم (اما) الاول فحكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين وخيار التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع بعت منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدين أو الدابتين أو غيرهما من الاشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشترى وهذا يوجب ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما وثبوت خيار التعيين له والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة وليس للمشترى أن يأخذهما جميعا لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل والبيع قد صح بيقين ووقع الشك فى بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار وكذلك لو كان اشترى أحد الاثواب الثلاثة فهلك واحد منها وبقى اثنان لا يبطل البيع لما قلنا وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء لان المالك اذا لم يعين المبيع كان المبيع أحد الباقين فكان له أن يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشترى أن يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك لما بينا فيما تقدم ولا تنعدم حاجتهم الا بعد اللزوم لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج الى ردهما (وأما) بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان أحدهما صريح الاختيار وما يجرى مجرى الصريح والثانى الاختيار من طريق الدلالة (اما) الصريح فهو ان يقول

اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو اخترته وما يجرى هـذا المجرى لانه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيـه فيسقط خيار التعيين ولزم البيع (وأما) الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجـد منه فعل فى أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليـل اختيار الملك فى الشراء بشرط الخيار وسنذكر ذلك فى البيع بشرط الخيار ان شاء الله تعالى ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ان تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين انه تصرف فى ملك غيره وان تعـين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه لانه ظهر انه تصرف فى ملك نفسه فينفذ (وأما) الضرورى فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لان الهالك منهما تعـين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة لان أحدهما مبيع والآخر أمانة والامانة منهما مستحق الرد على البائع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه فتعين الباقى للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا قبـل القبض فلا يخلو اما ان هلكا على التعاقب واما ان هلكا معا فان هلكا على التعاقب فالاول يهلك مبيعا والآخر أمانة لما ذكرنا وان هلكا معا لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهـما جميعا ولو هلكا على التعاقب لـكنهما اختلفا فى ترتيب الهـلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فائدة فى هـذا الاختلاف لان أيهما هلك أولا فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف وان كان متفاوتا بان كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمنا وادعى المشترى هلاك أقلهما ثمنا كان أبو يوسف أولا يقول يتحالفان وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبـه وان حلفا جميعا يجعـل كأنهما هلكا معا ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشترى مع يمينه وهو قول محمد لانهما اتفقا على أصل الدين واختلفا فى قدره والاصل ان الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون فى قدر الدين أو فى جنسه أو نوعه أو صفته كان القول قول المديون مع يمينه لان صاحب الدين يدعى عليـه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينـه لانه صاحب الدين وأيهـما أقام البينة قبلت بينته وسقطت اليمين وان أقاما البينـة فالبينة بينة البائع لانها تظهر زيادة ولو تعيب أحدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع لان التعيين لم يوجد لا نصا ولا دلالة ولا ضرورة الى التعيين أيضا لامكان الرد والمشترى على خياره وان شاء أخـذ المعيب منهما وان شاء أخـذ الآخر وان شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلا فان أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه لانه تبين انه هو المبيع من الاصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشترى على خياره لما قلنا وان كان بعـد القبض تعـين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة كما اذا هلك أحدهما بعد القبض لان تعيب المبيع هلاك بعضـه فلهذا امنع الرد ولزم البيع فى المبيع المعـين فكذا فى غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعـين الاول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيأ لما قلنا انه أمانة وان تعيبا معا لا يتعين أحـدهما للبيع لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنـه لانه اذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره الا انه ليس له أن يردهما جميعا لان البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشـترى وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ ان هـذا البيع فيه خياران خيار التعيين وخيار الشرط ولا بد له من رتبـة معلومة اذ لو لم يكن له ملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا لـكنه لم يملك لان ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعـد تعيبهما معا فلم يملك ردهما وبقى خيار التعيين فيملك رد أحـدهما ولو ازداد عيب أحدهما أو حدث معه غيره لزمه ذلك لان عدم التعيين للمزاحمـة وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدوث عيب آخر معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشترى بل يورث بخـلاف خيار الشرط لان خيار التعيين انما يثبت للمورث لثبوت الملك له فى أحـدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه فى ذلك الملك فله ان يختار أيهما شاء دون الآخر الا انه ليس له أن يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ انه لا بد من خيارين فى هـذا البيع وقد بطل أحـدهما وهو خيار الشرط بالموت لانه لا يورث على أصـل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا هـذا اذا اشترى أحدهما شراء صحيحاً

(فاما)

(فاما) اذا اشترى أحدهما شراء فاسدا بأن قال البائع بعت منك أحد هذين العبدين بكذا ولم يذكر الخيار أصلا فان المشترى لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك أحدهما ملكا فاسدا وأيهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلكا فان كان على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وانه بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر فشاع البيع فيهما ولو تعيب أحدهما فعليه أن يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه أمانة وأما المعيب فلانه تعين للبيع والمشترى شراء فاسدا واجب الرد فيردهما ويردمعهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل أن يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل أن يكون هو الامانة فلا يجب شئ ولا دلالة على التعيين فيتنصف الواجب ولو تعيب الآخر بعد ذلك وكذا الجواب فى نقصان الآخر لان أحدهما أمانة والآخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر فى التعيين للبيع ولو تصرف المشترى فى أحدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه فى الآخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ان رد ذلك عليه نفذ تصرفه فيه لانه تبين انه تصرف فى ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشترى نفذ تصرفه فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البائع فيه وكذلك اذا هلك فى يد المشترى والاصل ان فى كل موضع يلزم المشترى الثمن فى البيع الصحيح تلزمه القيمة فى البيع الفاسد والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الخيار للمشترى أما اذا كان الخيار للبائع فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع وله أن يلزم المشترى أى ثوب شاء قبضه للخيار وليس للمشترى خيار الترك لان البيع بات فى جانبه وللبائع أن يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبائع أن يلزمهما المشترى لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا فى خيار المشترى وخيار البائع على حاله ان شاء ألزم المشترى الباقى منهما لانه تعين للبيع وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير لازم وليس له أن يلزمه الهالك لانه هلك أمانة وان هلكا جميعا قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين وان هلك أحدهما بعد القبض كان الهالك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقى منهما ان شاء وان شاء فسخ البيع فيه لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البائع وله الخيار لما قلنا وان هلكا جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك أمانة وعليه قيمة آخرهما هلاكا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك فى يد المشترى وفيه خيار للبائع فتجب قيمته وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معا قبل القبض أو بعده فخيار البائع على حاله لان المعيب لم يتعين للعيب لانعدام المعين فكان البائع على خياره له أن يلزم المشترى أيهما شاء كما قبل التعيب ثم اذا ألزمه أحدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما لزمه ما لزمه ولا خيار للمشترى فى تركه لانعدام التعيين فيه وان كان ما لزمه هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشترى بالخيار لان المبيع قد تغير قبل القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشترى وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التعيين بعد القبض لا يثبت الخيار وان شاء البائع فسخ البيع واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ ثم ينظر ان كان تعيبهما فى يد البائع فلا شئ له لانهما تعيبا الا فى ضمان المشترى وان كان تعيبهما فى يد المشترى فللبائع أن يأخذ من المشترى نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيهما أو فى أحدهما لان أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الآخر للبيع وله خيار الالزام فيه والفسخ ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما دليل اقرار الملك فيهما فيضمن فسخ البيع كما فى المبيع المعين والله عز وجل أعلم (واما) خيار الشرط فالكلام فى جواز البيع بشرط الخيار

وشرائه قد مر فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان صفة هذا البيع والى بيان حكمه والى بيان ما يسقط به الخيار و يلزم البيع والى بيان ما ينفسخ به البيع (اما) صفته فهى انه بيع غير لازم لان الخيار يمنع لزوم الصفقة قال سيدنا عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار ولان الخيار هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الرؤية ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وانما التأكد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء انه ليس لمن له الخيار أن يجيز البيع فى البعض دون البعض من غير رضا الآخر سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض لان الاجازة فى البعض دون البعض تفريق الصفقة فى اللزوم وكما لا يجوز تفريق أصل الصفقة وهو الايجاب والقبول الا برضا العاقدين بان يقبل البيع فى بعض المبيع دون البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى الجملة و يوجب البيع بعد اضافة القبول الى جملته لا يجوز فى وصفها وهو ان يلزم البيع فى البعض دون البعض الا برضاهما ولو هلك أحد العبدين فى يد البائع والخيار له لم يكن له أن يجيز البيع فى الباقى الا برضا المشترى لان البيع انفسخ فى قدر الهالك فالاجازة فى الباقى تكون تفريق الصفقة على المشترى فلا يجوز من غير رضاه ولو هلك أحدهما فى يد المشترى فللبائع أن يجيز البيع فى الباقى فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ينتقض البيع وليس له أن يجيز البيع فى الباقى وان كان المبيع مما له مثل من المكيل والموزون والعددى المتقارب فهلك بعضه فللبائع أن يجيز البيع فى الباقى بلا خلاف (وجه) قول محمد ان الاجازة ههنا بمنزلة انشاء التمليك لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما خرج عن احتمال الانشاء والانشاء فى الباقى تمليك بحصته من الثمن وهى مجهولة فيما لا مثل له فلم يحتمل الانشاء وفيما له مثل معلومة فاحتمل الانشاء (وجه) قولهما ان هذه الاجازة تظهر ان العقد من حين وجوده انعقد فى حق الحكم فلم يكن الهلاك مانعا من الاجازة وقوله الاجازة ههنا انشاء قلنا ممنوع فان العقد ينعقد فى حق الحكم بدون الاجازة من انقضاء المدة و بموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد على وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولى اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم أجازه المالك لم يجز وههنا جاز فهلاك المبيع فى بيع الفضولى يمنع من الاجازة وههنا لا يمنع (ووجه) الفرق ان بيع الفضولى يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الاجازة اظهارا من وجه انشاء من وجه فمن حيث انها اظهار كان لا يقف صحته على قيام المحل ومن حيث انها انشاء يقف عليه (فاما) فى البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور المحض فكانت الاجازة اظهارا ان العقد من وقت وجوده انعقد فى حق الحكم والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة فى رجلين اشتريا شيأ على انهما بالخيار فيه ثلاثة أيام فاختار انه يلزم البيع حتى لا يملك الآخر الفسخ احترازاً عن تفريق الصفقة فى اللزوم وسنذكر المسئلة فى خيار العيب ان شاء الله تعالى (وأما) حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لا حكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد فى الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه للحال وانما يعرف عند سقوط الخيار لانه لا يدرى انه يتصل به الفسخ أو الاجازة فيتوقف فى الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى قول مثل قولنا وفى قول هو منعقد مفيد للتملك لكن ملكا مسلطاً على فسخه بالخيار (وجه) قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا فى الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار الرؤية على أصلكم (ولنا) ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع ثبوت الملك للحال لان من الجائز أن يكون المشترى قريب المشترى فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا تندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو اما ان كان للبائع والمشترى جميعاً واما ان كان للبائع وحده واما ان كان للمشترى وحده واما ان كان لغيرهما بان شرط أحدهما الخيار لثالث فان كان الخيار لهما فلا ينعقد العقد فى حق الحكم فى البدلين جميعا فلا يزول المبيع عن

ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشترى ولا يدخل فى ملك البائع لان المانع من الانعقاد فى حق الحكم موجود فى الجانبين جميعا وهو الخيار وان كان البائع وحده فلا ينعقد فى حق الحكم فى حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشترى لان البيع بات فى حقه وهل يدخل فى ملك البائع عند أبى حنيفة لا يدخل وعند أبى يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشترى وحده لا ينعقد فى حق الحكم فى حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه اذا كان عينا ولا يستحقه على المشترى اذا كان دينا ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات فى حقه وهل يدخل فى ملك المشترى عند أبى حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعى هو الاصل والامتناع بعارض والمانع ههنا هو الخيار وانه وجد فى أحد الجانبين لا غير فيعمل فى المنع فيه لا فى الجانب الآخر ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى والثمن عن ملك المشترى اذا كان الخيار للبائع فدل ان البيع بات فى حق من لا خيار له فيعمل فى بتات هذا الحكم الذى وضع له (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان الخيار اذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن فى ملك البائع فى الاول ودخول المبيع فى ملك المشترى فى الثانى لوجهين أحدهما انه جمع بين البدل والمبدل فى عقد المبادلة وهذا لا يجوز والثانى ان فى هذا ترك التسوية بين العاقدين فى حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات فى حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات فى حق الزوال لا فى حق الثبوت لان الخيار من أحد الجانبين له أثر فى المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر ان كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا الاصل بين أبى حنيفة وصاحبيه مسائل (منها) اذا اشترى ذا رحم محرم منه على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل فى ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه فان فسخ لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البائع وان أجازه عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل فى ملكه ولو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالاجماع (اما) عندهما فظاهر لانه ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق (واما) عند أبى حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولو نجز عتقه بعد شرائه بشرط الخيار عتق وسقط خياره لكون الاعتاق اجازة واختيارا للملك على ما نذكر كذا هذا والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلاثة أيام لا تصير أم ولد له عند أبى حنيفة لانها لم تدخل فى ملكه وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وعادت الى ملك البائع وان شاء أجازه وصارت أم ولد له ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده بنفس الشراء لانها دخلت فى ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن (ومنها) اذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبى حنيفة لانها لم تدخل فى ملكه عنده وعندهما فسد لدخولها فى ملكه وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصا منها يرفع النكاح فان وطئها فى مدة الخيار فان كانت بكرا كان اجازة بالاجماع (اما) عند أبى حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة وهى العذرة لا لاجل الوطء لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء قائما فلا حاجة الى ملك اليمين (واما) عندهما فلاجل النقصان والوطء جميعا فان كانت ثيبا لا يبطل خياره عند أبى حنيفة لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطء ولا ضرورة لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء ثابتا فلا ضرورة الى ملك اليمين بحل الوطء فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل الوطء بملك اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشراء بخلاف ما اذا لم تكن الجارية زوجة له ووطئها انه يكون اجازة سواء كانت بكرا أو ثيبا لان حل الوطء هناك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على الوطء اختيارا للملك فيبطل الخيار (ومنها) اذا اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده فى مدة الخيار حيضة

كاملة أو بعض حيضة فى مدة الخيار فاختار البيع لا تجزى تلك الحيضة فى الاستبراء عند أبى حنيفة وعليه ان يستبرئها بحيضة أخرى لانها لم تدخل فى ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء وعندهما يحتسب بها لانها دخلت فى ملكه فكانت الحيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء فكانت محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبى حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما قبل القبض القياس ان يجب وفى الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا على ماذكرنا فى مسائل الاستبراء وان كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى المشترى أن يستبرئها بعد الاجازة والقبض بحيضة أخرى بالاجماع لانه ملكها بعد الاجازة وبعد القبض ملكا مطلقا (ومنها) اذا اشترى شيأ بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه باذن البائع ثم أودعه البائع فى مدة الخيار فهلك فى مدة الخيار أو بعدها يهلك على البائع ويبطل البيع عند أبى حنيفة لانه لم يدخل فى ملك المشترى ولما دخل رده على البائع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبض القبض وعندهما يهلك على المشترى ويلزمه الثمن لانه دخل فى ملكه أعنى المشترى فقد أودع ملك نفسه ويد المودع يده فهلاكه فى يده كهلاكه فى يد نفسه ولو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشترى ثم ان المشترى أودعه البائع فى مدة الخيار فهلك فى يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع بالاجماع ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه والثمن منقود أو مؤجل وله خيار رؤية أو عيب فاودعه البائع فهلك عند البائع يهلك على المشترى ويلزمه الثمن بالاجماع لان خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فكان مودعا ملك نفسه والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم اسلم المشترى بطل العقد عند أبى حنيفة لانه لم يدخل فى ملك المشترى والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا يبطل لانه دخل فى ملك المشترى والاسلام يمنع من اخراجه عن ملكه ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان البيع بات فى جانبه والاسلام فى البيع البات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد القبض والمشترى على خياره فان أجاز البيع جاز ويلزمه الثمن وان فسخه انفسخ وصار الخمر للبائع حكما والمسلم من أهل ان يتملك الخمر حكما ألا ترى أنه يتملكها بالميراث ولو كان الخيار للبائع فاسلم البائع بطل الخيار لان خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام يمنع اخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد ولو أسلم المشترى لا يبطل البيع لان البيع بات فى جانبه والبائع على خياره فان فسخ البيع عادت الخمر اليه وان أجازه صار الخمر للمشترى حكما والمسلم من أهل أن يتملكها حكما كما فى الارث ولو كان البيع باتا فاسلما أو أسلم أحدهما لا يبطل البيع لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لانه لم يثبت بعد الاسلام ملك مبتدأ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان المسلم اذا تخمر عصيره فلا يؤمر بابطال حقه فيها هذا كله اذا أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فاما اذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لهما أو لاحدهما لان الاسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما فى القبض من معنى انشاء العقد من وجه فيلحق به فى باب الحرمات احتياطا على ماذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوائد هذا الاصل فى فروع أخر يطول ذكرها وان كان المبيع دارا فان كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج عن ملك البائع وان كان للمشترى يثبت للشفيع حق الشفعة بالاجماع (أما) على أصلهما فظاهر لان المبيع فى ملك المشترى (وأما) على أصل أبى حنيفة فالمبيع وان لم يدخل فى ملك المشترى لكنه قد زال عن ملك البائع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشترى والله عز وجل أعلم ولو تبايعا عبداً بجارية والخيار للبائع فاعتق البائع العبد نفذ اعتاقه وانفسخ البيع لان خيار البائع يمنع زوال العبد عن ملكه فقد أعتق ملك نفسه فنفذ وان أعتق الجارية نفذ أيضا ولزم البيع (أما) على أصلهما فظاهر لانه ملكها فاعتق ملك نفسه (وأما) على أصل أبى حنيفة وان لم يملكها بالعقد لكن الاقدام على الاعتاق دليل عقد الملك اذ لا وجود للعتق الا بالملك ولا

ملك

ملك الا بسقوط الخيار فتضمن اقدامه على الاعتاق اسقاط الخيار ولو أعتقهما معا نفذ اعتاقهما جميعا و بطل البيع وعليه قيمة الجارية وعندهما نفذ اعتاقهما ولا شيء عليه أما نفوذ اعتاقهما (أما) العبد فلا شك فيه لانه لم يخرج عن ملك البائع بلا خلاف (وأما) الجارية فكذلك على أصلهما لانها دخلت فى ملكه وعند أبى حنيفة وان لم تدخل فى ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضى الاقدام على اعتاقهما على ما بينا فاعتاقهما صادف محلا مملوكا للمعتق فنفذ (وأما) لزوم قيمة الجارية عند أبى حنيفة فلان العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالاعتاق وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيغرم قيمتها ولو اعتق المشترى العبد أو الجارية لم ينفذ اعتاقه (أما) العبد فلانه لم يدخل فى ملكه (وأما) الجارية فلانها خرجت عن ملكه والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار و يلزم البيع فنقول و بالله التوفيق أما خيار البائع فما يسقط به خياره و يلزم البيع نوعان فى الاصل أحدهما اختيارى والآخر ضرورى أما الاختيارى فالاجازة لان الاصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة نوعان صريح وما هو فى معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجرى هذا المجرى سواء علم المشترى الاجازة أو لم يعلم (وأما) الاجازة بطريق الدلالة فهى أن يوجد منه تصرف فى الثمن يدل على الاجازة وايجاب البيع فالاقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختارى وان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبى عليه الصلاة والسلام تمكينها من الوطء دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلا لان الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلى هذا يخرج ما اذا كان الثمن عينا فتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع (أما) على أصلهما فلان الثمن دخل فى ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل اجازة البيع (وأما) على أصل أبى حنيفة فالاقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الاجازة وكذا لو كان الثمن دينا فابرأ البائع المشترى من الثمن أو اشترى به شيأ منه أو وهبه من المشترى فهو اجازة للبيع لما قلنا و يصح شراؤه وهبته لان هبة الدين والشراء به ممن عليه الدين وأنه جائز وكذا لو ساومه البائع بالثمن الذى فى ذمته شيأ لانه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه التملك الا بثبوت ملكه فى الثمن أو تقرره فيه ولو اشترى بالثمن شيأ من غيره لم يصح الشراء وكان اجازة (أما) عدم صحة الشراء فلانه شراء بالدين من غير من عليه الدين (وأما) كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وان لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الاجازة كما اذا ساومه بل أولى لان الشراء به فى الدلالة على قصده التملك فوق المساومة فلما كانت المساومة اجازة فالشراء أولى بخلاف ما اذا كان البائع قبض الثمن الذى هو دين فاشترى به شيأ أنه لا يكون اجازة للبيع لان عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا فى الفسخ كما لا يتعينان فى العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشترى به قبل القبض لانه أضاف الشراء الى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد الى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا ولو كان الخيار للمشترى فابرأه البائع من الثمن قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح الابراء لان خيار المشترى يمنع وجوب الثمن والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بثابت لا يتصور وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا أجاز البيع نفذ الابراء لان الملك يثبت مستندا الى وقت البيع فتبين ان الثمن كان واجبا فكان ابراؤه بعد الوجوب فينفذ والله عز وجل أعلم (وأما) الضرورى فثلاثة أشياء (أحدهما) مضى مدة الخيار لان الخيار مؤقت به والمؤقت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية فى شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل أو الى الغد هل يدخل الليل أو الغد قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل وقال أبو يوسف ومحمد لا تدخل (وجه) قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما فى قوله تعالى عز

شأنه ثم أتموا الصيام الى الليل حتى لا يجب الصوم فى الليل وكما فى التأجيل الى غاية ان الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا هذا ولابى حنيفة ان الغايات منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما فى قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق والغاية ههنا فى معنى غاية الاخراج ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلا لاقتضى ثبوت الخيار فى الاوقات كلها حتى لم يصح لانه يكون فى معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التأجيل الى غاية فانه لولا ذكر الغاية لم يثبت الاجل أصلا فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية والثانى موت البائع فى مدة الخيار عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه فى الفسخ والاجازة والله عز وجل أعلم ولقب هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث أم لا عندنا لا يورث وعنده لا يورث وأجمعوا على ان خيار القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة فى بيع الفضولى لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق وأجمعوا على ان خيار العيب وخيار التعيين يورث (وأما) خيار الرؤية فلم يذكر فى الاصل وذكر فى الحيل أنه لا يورث وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث احتج الشافعى رحمه الله بظواهر آيات المواريث حيث أثبت الله عز وجل الارث فى المتروك مطلقا والخيار متروك فيجرى فيه الارث وبما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق تركه فيكون لورثته ولانه حق ثبت بالبيع فيجرى فيه الارث كالملك الثابت وهذا لان الارث كما يثبت فى الاملاك يثبت فى الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت فى خيار العيب وخيار التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثانى لان الوارث يعتمد الباقى بعد موت المورث وخياره لا يبقى بعد موته لان خياره تخييره بين الفسخ والاجازة ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين لان الموروث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة (وأما) الآية والحديث فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متروك وهذا لان المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكا فلا يورث والله عز وجل أعلم (والثالث) اجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة رحمه الله بان تبايعا على أنهما بالخيار فاجاز أحدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله وسنذكر المسئلة فى خيار العيب ولو بلغ الصبى فى مدة خيار الشرط للاب أو الوصى لنفسه فى بيع مال الصبى هل يبطل الخيار قال أبو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد تنتقل الاجازة الى الصبى فلا يملك الولى الاجازة لكنه يملك الفسخ (وجه) قول محمد ان الولى يتصرف فى مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعا لعجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا أنه يملك الفسخ لانه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولى فى البيع انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة (وجه) قول أبى يوسف ان الخيار يثبت للولى وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبى ولهذا لم ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار ولو عجز المكاتب فى مدة خيار شرطه لنفسه فى البيع بطل الخيار ولزم البيع فى قولهم جميعا لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذا العبد المأذون اذا حجر عليه المولى فى مدة الخيار بطل خياره عند أبى يوسف واحدى الروايتين عن محمد لما قلنا ولو اشترى الاب أو الوصى شيأ بدين فى الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبى جاز العقد عليهما والصبى بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ (أما) الجواز عليهما فلأن ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ فلا يملكان التصرف بالفسخ والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد فى حقهما (وأما) خيار الصبى فلأن الجواز واللزوم لم يثبت فى حقه وانما يثبت فى حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة (وأما) خيار المشترى فيسقط بما يسقط خيار البائع وبغيره أيضا فيسقط بمضى المدة وبموت من له الخيار عندنا واجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة والاجازة صريح وما هو فى معنى

الصريح ودلالة ولهو أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك كالبيع والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة والاجارة والهبة والرهن سلم أو لم يسلم لان جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالاقدام عليها يكون دليل قصد التملك أو تقرر الملك على اختلاف الاصلين وذا دليل الاجازة وكذا الوطء منه والتقبيل بشهوة والمباشرة لشهوة والنظر الى فرجها لشهوة يكون اجازة منه لانه تصرف لا يحل الا بملك اليمين وأما المس عن غير شهوة والنظر الى فرجها بغير شهوة فلا يكون اجازة لان ذلك مباح فى الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة وأما الاستخدام فالقياس أن يكون اجازة بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفى الاستحسان لا يكون اجازة لانه لا يختص بالملك ولانه يحتاج اليه للتجربة والامتحان لينظر انه يوافقه أم لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند اوادة الرد فيرده أو يستسرجه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة ولو قبلت الجارية المشترى بشهوة أو باشرته فان كان ذلك بتمكين بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا فى حق خيار الرؤية اذا قبلته بعد الرؤية وكذا فى خيار العيب اذا وجد بها عيبا ثم قبلته وكذا فى الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان اختلست اختلاسا من غير تمكين المشترى والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند أبى حنيفة وروى عن أبى يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان وأجمعوا على انها لو باضعته وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة (وجه) قول محمد ان الخيار حق شرط له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دلالة وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولابى حنيفة رحمه الله ان الاحتياط يوجب سقوط الخيار اذ لو لم يسقط ومن الجائز أن يفسخ البيع لتبيين ان المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل فى غير ملك وكل ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وانه واجب ولان المس عن شهوة يفضى الى الوطء والسبب المفضى الى الشىء يقوم مقامه خصوصا فى موضع الاحتياط فأقيم ذلك مقام الوطء من المشترى ولهذا يثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سببا مفضيا الى الوطء فأقيم مقامه كذا هذا ولو قبل المشترى الجارية ثم قال قبلتها لغير شهوة فالقول قوله كذا روى عن محمد لان الخيار كان ثابتا له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله وكذلك قال أبو حنيفة فى الجارية اذا قبلت المشترى بشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزمه العقد اذا أقر المشترى انها فعلت بشهوة (فأما) اذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة فلا يسقط لان حكم فعلها يلزم المشترى بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث فى المبيع فى يد المشترى ما يمنع الرد على البائع بطل خياره لان فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن فى بقاء الخيار فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك فى يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو يسيرا وسواء كان ذلك بفعل المشترى أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبى لان حدوث هذه المعانى فى يد المشترى يمنع الرد (أما) الهلاك فظاهر وكذا النقصان لفوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض كما قبض لانه اذا انتقص شىء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقرر على المشترى حصته من الثمن لان فواته حصل فى ضمان المشترى فلو رد الباقى كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف أيضا الا فى خصلة واحدة وهى ما اذا انتقص بفعل البائع فان المشترى فيهما على خياره عنده ان شاء رد عليه وان شاء أمسكه وأخذ الارش من البائع كذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الاختلاف وذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشترى على خياره ان شاء فسخ وان شاء أجاز لان كل عارض على أصل اذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كأنه لم يكن هذا هو الاصل وليس له أن يفسخ الا أن يرتفع العيب فى مدة الخيار فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد والله عزوجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد

المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كما اذا كان ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بسمن أو كان أرضا فبنى عليها أو غرس فيها انه يبطل خياره لان هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع فكانت مسقطة للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البياض من العين ونحو ذلك فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في النكاح وعنده لا تمنع والمسألة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء الفائت كالارش أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها مانعة من الرد عندنا وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي بدل الجزء الفائت أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لان هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فان اختار البيع فالزوائد له مع الاصل لانه تبين انها كسب ملكه فكانت ملكه وان اختار الفسخ رد الاصل مع الزوائد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا فاذا فسخ تبين انه لم يدخل في ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الاصل لا في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع دابة فركبها فان ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفا أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون اجازة لانه يمكنه أن يفعل ذلك قودا وفي الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لان ذلك مما لا بد منه خصوصا اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره لانه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها بعد ما علم بالعيب انه يبطل خياره لان له منه بدا ولا حاجة الى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوبا فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان أنه يوافقه أم لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها مرة ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانيا ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لان معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة اليها في بعض الدواب وان ركبها لمعرفة السير الاول قالوا يسقط خياره وكذا في استخدام الرقيق اذا استخدمه في نوع ثم استخدمه في ذلك النوع قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقا فيحتاج الى التكرار لمعرفة العادة وفي الثوب اذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانيا يسقط خياره لانه لا حاجة الى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة ولو حمل على الدابة علفا فهو اجازة لانه يمكنه حمل العلف على غيرها ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيأ فهو على خياره لانه تصرف لا يختص بالملك اذ هو من باب اصلاح الدابة فيملكه كل واحد ويكون مأذونا فيه دلالة كما اذا علفها أو سقاها ولو ودجها أو بزغها فهو اجازة لانه تصرف فيها بالتنقيص فان كان شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو اجازة لانه لا يحل الا بالملك أو الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلا على قصد التملك أو التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع دارا فسكنها المشتري أو أسكنها غيره باجر أو بغير أجر أو رم شيأ منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيأ أو هدم فيها شيأ فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان اجازة دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في سكنى المشتري روايتان ووفق بينهما فحمل احداهما على ابتداء السكنى والاخرى على الدوام عليه ولو كان فيها ساكن باجر فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو اجازة لان الاجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار أو تقرير ملكه فيها فكان اجازة ولو كان المبيع أرضا فيها حرث فسقاه أو حصده أو فصل منه شيأ فهو اجازة لان السقي تصرف في الحرث بالتزكية فكان في دليل اختيار البيع وايجابه

وكذلك القصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر ولو شرب من نهر تلك الارض أوسقى منه دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان المبيع رحى فطحن فيها فان هو طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لانه تحقق ما شرع له الخيار ولو دام على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة للاختيار فكان دليل الرضا بوجوب البيع (وأما) خيار البائع والمشترى جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد فأيهما أجاز صريحا أو ما يجرى مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره ان شاء أجاز وان شاء فسخ وأيهما فسخ صريحا أو ما يجرى مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا ولا تلحقه الاجازة من صاحبه بعد ذلك وانما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف فى العقد بالابطال والعقد بعد ما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشى (وأما) الاجازة فهى تصرف فى العقد بالتغيير وهو الالزام لا بالاعدام فلا يخرجه عن احتمال الفسخ والاجازة ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران لان الفسخ أقوى من الاجازة ألا ترى انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ فأما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ أقوى من الاجازة فكان أولى ولو اختلفا فى الفسخ والاجازة فقال أحدهما فسخنا البيع وقال الآخر لا بل أجزنا البيع جميعا فاختلافهما لا يخلو من أن يكون فى مدة الخيار أو بعد مضى المدة فان كان فى المدة فالقول قول من يدعى الفسخ لان أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعى الاجازة لانه المدعى وان كان بعد مضى المدة فقال أحدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الآخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعى الاجازة لان الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى الفسخ لانها تثبت أمرا بخلاف الظاهر والبينات شرعت له وان كان الخيار لاحدهما واختلفا فى الفسخ والاجازة فى مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الآخر لانه هو المدعى ولو كان اختلافهما بعد مضى مدة الخيار فالقول قول من يدعى الاجازة أيهما كان لان الحال حال الجواز وهى ما بعد مضى المدة ولو أرخت البينات فى هذا كله فاسبقهما تاريخا أولى سواء قامت على الفسخ أو على الاجازة والله عز وجل أعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط أحدهما الخيار لاجنبى فقد ذكرنا ان ذلك جائز وللشارط والمشروط له خيار الفسخ والاجازة وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ لانه صار شارطا لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط فى الفسخ والاجازة فان أجاز أحدهما وفسخ الآخر فان كانا على التعاقب فاولهما أولى فسخا كان أو اجازة لان الثابت بالشرط أحد الامرين فايهما سبق وجوده بطل الآخر وان كانا معا ذكر فى البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى نقضا كان أو اجازة وذكر فى المأذون أن النقض أولى من أيهما كان (وجه) رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة (وجه) رواية المأذون ان النقض أولى من الاجازة لان المجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان الرجحان فى المأذون للنقض من أيهما كان وقيل ما روى فى البيوع قول محمد لانه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر فى المأذون قول أبى يوسف لانه لا يرى تقديم ولاية الملك وأصله ما ذكر فى النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان معا أن بيع الموكل أولى عند محمد وعند أبى يوسف يجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما ينفسخ به والثانى فى بيان شرائطه فنقول وبالله التوفيق ما ينفسخ به فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان أيضا صريح وما هو فى معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول من له الخيار فسخت البيع أو نقضته أو أبطلته وما يجرى هذا المجرى فينفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو

للمشتري أولهما أولغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لان الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه (وأما) الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك ان كان الخيار للبائع وفي الثمن ان كان عينا اذا كان الخيار للمشتري لان الخيار اذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه واذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن اذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ فالاقدام عليه يكون فسخا للعقد دلالة والحاصل ان وجد من البائع في المبيع مالو وجد منه في الثمن لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الاول لان الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصود أوانما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له مايشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للارض والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أولهما جميعا لانه لو كان باتا لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط أولى لانه أضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة وأما لزوم القيمة فقول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى انه يهلك أمانة (وجه) قوله ان الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الامانات (ولنا) ان البيع وان لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه وههنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما على أصلهما فظاهر لان المشتري ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما كان في البيع البات (واما) على أصل أبي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لان الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لانه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة وانه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم البيع لماذكرنا فيما تقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو استهلك المبيع أجنبي والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره لانه يهلك الى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره ولان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك الى خلف قائم معنى فكان المبيع قائما فكان محتملا للاجازة سواء كان المبيع في يد المشتري أو في يد البائع لانه مضمون بالاتلاف في الحالين جميعا فان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلكه المشتري لانه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائما معنى فكان الخيار على حاله ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجازه واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البائع فان كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شئ من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان بابقاء الخيار لانه يؤدي الى تفريق الصفقة على المشتري فان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه فان أجازه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البائع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان بفعل أجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره لان قدر النقصان هلك الى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى ولم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شاء أجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع

على

على خياره لان المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على المشترى فكان هلاكا الى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشترى بالضمان وان شاء أجازه واتبع المشترى بالثمن وكذلك اذا تعيب فى يد المشترى بفعل أجنبي أو بفعل المشترى أو بآفة سماوية فالبائع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشترى جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشترى أو بفعل الاجنبي أو بآفة سماوية لان البيع جاز فى الكل ولا يكون للمشترى خيار الرد بحدوث التغير فى المبيع لانه حدث فى يده فى ضمانه غير أنه ان كان التعيب بفعل المشترى فلا سبيل له على أحد وان كان بفعل الاجنبي فللمشترى أن يتبع الجانى بالارش لانه ملك العبد باجازة البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه وان فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشترى فان البائع يأخذ الباقى و يأخذ ارش الجناية من المشترى لان العبد كان مضمونا على المشترى بالقيمة الا ترى أنه لو هلك فى يده لزمته قيمته و بالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفائت فيلزمه رد قيمته وكذا اذا تعيب بآفة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل أجنبي فالبائع بالخيار ان شاء اتبع الاجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شاء اتبع المشترى لان الجناية حصلت فى ضمان المشترى فان اختار اتباع الاجنبي فالاجنبي لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتباع المشترى فالمشترى يرجع بما ضمن من الارش على الاجنبي لان المشترى قام مقام البائع فى حق ملك بدل الفائت وان لم يقم مقامه فى حق ملك نفس الفائت كغاصب المدبر اذا قتل المدبر فى يده وضمنه للمالك ان له ان يرجع بما ضمن على القاتل وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله عز وجل أعلم

(وأما) شرائط جواز الفسخ فنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه فى مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد وكذا لو أجاز الفاسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صاحبه وجازت اجازته ولزم العقد و بطل فسخه وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أولا وروى عن أبى يوسف أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشترى فلم يشترط العلم فى خيار البائع وشرط فى خيار المشترى (وأما) خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخى ولا خلاف بين أصحابنا فى خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سواء كان بعد القضاء أو قبله وأجمعوا على أن عزل الموكل وكيله بغير علمه وان فسخ أحد الشريكين الشركة أو نهى رب المال المضارب عن التصرف بغير علمه لا يصح (وجه) قول أبى يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم الموكل (وجه) قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعاً للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه و بيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف فى المبيع بعد مضى مدة الخيار على ظن أنه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف فى ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة أنه يصح من غير علمه لانه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر فى بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها أن لا يكون فى الفسخ تفريق الصفقة حتى لا يملك الاجازة فى البعض دون البعض لانه تفريق الصفقة قبل تمامها وأنه باطل (وأما) الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام فى بيع المعيب فى مواضع فى بيان حكمه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر وفى بيان شرائط ثبوت الخيار وفى طريق اثبات العيب وفى بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته وفى بيان من تلزمه الخصومة فى العيب ومن لا تلزمه وفى بيان ما يمنع الرد بالعيب وفى بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته و يلزم البيع وفى بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفى بيان طريق الرجوع (أما) حكمه فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع للحال لان ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة

النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم وأثره فى منع اللزوم لا فى منع أصل الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك دخل على السبب فيمنع انعقاده فى حق الحكم فى مدة الخيار (وأما) صفته فهى أنه ملك غير لازم لان السلامة شرط فى العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه والدليل على أن السلامة مشروطة فى العقد دلالة ان السلامة فى البيع مطلوبة المشترى عادة الى آخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة فى العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً فاذا فاتت المساواة كان له الخيار كما اذا اشترى جارية على انها بكر أو على انها طباخة فلم يجدها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لانه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان اطلاق العقد مقتضيا للسلامة فاذا لم يسلم المبيع للمشترى يثبت له الخيار لان المشترى يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار ولان السلامة لما كانت مرغوبة المشترى ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لان الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتا للحكم على قدر الدليل والاصل فى شرعية هذا الخيار ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام وفى رواية فهو بأحد النظرين الى ثلاثة ان شاء أمسك وان شاء ردور دمعها صاعا من تمر والنظران المذكوران هما نظر الامساك والرد وذكر الثلاث فى الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الامر على الغالب المعتاد لان المشترى ان كان به عيب يقف عليه المشترى فى هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه أو لا يرضى به فيرده والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذى حلبه المشترى علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله عز وجل أعلم (وأما) تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا نحو العمى والعور والحول والقبل وهو نوع من الحول مصدر الاقبل وهو الذى كانه ينظر الى طرف أنفه والسبل وهو زيادة فى الاجفان والعشا مصدر الاعشى وهو الذى لا يبصر بالليل والخوص مصدر الاخوص وهو غائر العين والجوص مصدر الاحوص وهو الضيق مؤخر العين والغرب وهو ورم فى الاماق وهى اطراف العين التى تلى الانف وقيل هو درور الدمع دائما والظفرة وهى التى يقال لها بالفارسية ناخنه والشتر وهو انقلاب جفن العين والبرص والقرع والسلع والشلل والزمانة والفدع وهو اعوجاج فى الرسغ من اليد أو الرجل والفحج مصدر الافحج وهو الذى يتدانى عقباه ويتباعد صدور قدميه والصكك مصدر الاصك وهو الذى يصكك ركبتاه والحنف مصدر الاحنف وهو الذى أقبلت احدى ابهام رجليه على الاخرى والبزى مصدر الابزى وهو خروج الصدر والعسر مصدر الاعسر وهو الذى يعمل بشماله والاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والسوداء والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو نتن الفم فى الجوارى لا فى العبيد الا أن يكون فاحشا لانه حينئذ يكون عن داء والزفر وهو نتن الابط فى الجارية لا فى الغلام الا أن يفحش فيكون عيبا فيهما جميعا والادر مصدر الادرة وهو الذى به أدرة يقال لها بالفارسية فتح والرتق وهو انسداد فرج الجارية والفتق وهو انفتاح فرجها والقرن وهو فى النساء كالادرة فى الرجال والشمط والشيب فى الجوارى والعبيد والسلول والقروح والشجاج والامراض كلها والحبل فى الجوارى لا فى البهائم لانه زيادة فى البهيمة وحذف الحروف فى المصحف الكريم أو فى بعضه والزنا فى الجارية لا فى الغلام لانه يفسد الفراش وقد يقصد الفراش فى الاماء بخلاف الغلام الا اذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيبا فيه أيضا لانه يوجب تعطيل منافعه على المولى وكذا اذا ظهر وجوب الحد عليه فهو عيب وقال بعض مشايخنا يبلغ الزنا يكون عيبا فى الغلام أيضا لانه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم

وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشترى للاستخدام في البيت بل للاعمال الخارجة وكون المشترى ولد الزنا في الجارية لا في العبيد لما ذكرنا أنه قد يقصد الفراش من الجواري فاذا جاءت بولد يعير ولده بأمه بخلاف الغلام لانه يشترى للخدمة عادة والكفر في الجارية والغلام عيب لان الطبع السليم ينفر عن صحبة الكافر (وأما) الاسلام فليس بعيب بأن اشترى نصرانى عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح في الجارية والغلام لان منافع البضع مملوكة للزوج والعبد يباع في المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصانا في ثمنهما والعدة من طلاق رجعى لا من طلاق بائن او ثلاث لان الرجعى لا يوجب زوال الملك بخلاف البائن والثلاث واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة شهران فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض في أوانه لا يكون الا لداء عادة وكذا استمرار الدم في أيام الطهر والاحرام في الجارية ليس بعيب لان المشترى يملك ازالته فان له ان يحللها والحرمة بالرضاع أو الصهرية ليس بعيب فيها لان الجوارى لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام في البيت وهذه الحرمة لا تقدح في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا وان لم يثبت به الا حرمة الاستمتاع لانه يخل بالاستخدام والثيابة في الجارية ليس بعيب الا أن يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعد الشرط والدين والجناية لانه يدفع بالجناية ويباع بالدين والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا أن يكون ذلك مشروطا في العقد فيردها لفوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا في العقد لانها اذا كانت تحسن ذلك في يد البائع وهى صفة مرغوبة تشترى لها الجارية عادة فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصا وانعدام الختان في الغلام والجارية اذا كانا مولودين كبيرين فان كانا مولودين صغيرين فليس بعيب لان الختان في حالة الكبر فيه زيادة ألم وهذا الذى ذكر في الجارية في عرف بلادهم لانهم يختنون الجوارى فاما في عرف ديارنا فالجارية لا تختن فعدم الختان فيها لا يكون عيبا أصلا وان كان الغلام كبيرا حربيا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق الامر على الناس ولان الختان اذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعادتهم ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون لان كل واحد منها يوجب النقصان في الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا فكان عيبا الا أنه هل يشترط في هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها عند المشترى بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والحنف مصدر الاحنف من الخيل وهو الذى احدى عينيه زرقاء والاخرى كحلاء والصدف مصدر الاصدف وهو الدابة التى يتدانى فخذاها ويتباعد حافراها ويلتوى رسغاها والعزل مصدر الاعزل وهو من الدواب الذى يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقة والمشش وهو ارتفاع العظم لآفة اصابته والجرد مصدر الاجرد وهو من الابل الذى أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو ينفضها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذى يقف ولا ينقاد للسائق ولا للقائد والجماح والجموح مصدر الجموح وهو أن يشتد الفرس فيغلب راكبه وخلع الرسن ظاهر وبل المخلاة كذلك والهشم في الاوانى والصدع في الحوائط والجذوع ونحوها من العيوب فأنواع العيوب فيها كثيرة لا وجه لذكرها ههنا كلها والتعويل في الباب على عرف التجار فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا والله عز وجل أعلم وأما شرائط ثبوت الخيار (فمنها) ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لان ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشترى (ومنها) ثبوته عند المشترى بعد ما قبض المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى العيوب الاربعة من الاباق والسرقة والبول في

الفراش والجنون فكذلك فأما في العيوب الاربعة فثبوتها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البائع كاف و بعضهم فصل في العيوب الاربعة فقال لا يشترط في الجنون و يشترط في غيره من العيوب الثلاثة (وجه) قول من فصل هذه العيوب الاربعة من سائرها في اعتبار هذا الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال لها اذا ثبتت في شخص الى أن يموت فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري فكان له حق الرد من غير أن يظهر عنده بخلاف سائر العيوب فانها ليست بلازمة (وجه) قول من فرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة ان الجنون لفساد في محل العقد وهو الدماغ وهذا مما لا زوال له عادة اذا ثبت ولهذا قال محمد ان الجنون عيب لازم بخلاف الاباق والبول في الفراش انها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لزوال أسبابها (وجه) قول العامة قول محمد نصا في الجامع الصغير فانه ذكر فيه أنه لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الاربعة الا بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه ان الثابت عند البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع فاما ماسوى العيوب الاربعة لا شك فيه وكذلك العيوب الاربعة لان حدوثها في الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال أسبابها فان بقيت يثبت حق الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم انها قائمة وقول القائل الجنون اذا ثبت لا يزول عادة ممنوع فان المجنون قد يفيق و يزول جنونه بحيث لا يعود اليه فلم يوجد عند المشتري لا يعلم بقاؤه كما في الانواع الاخر الا أن الفرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة من وجه آخر وهو ان هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر أو في حال الكبر حتى لو أبق أو سرق أو بال في الفراش عند البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يثبت له حق الرد وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال في العيوب الثلاث يوجب اختلاف السبب لان السبب البول على الفراش في حال الصغر هو ضعف في المثانة وفي الكبر هو داء في الباطن والسبب في الاباق والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التميز وفي الكبر الشرارة وخبث الطبيعة واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البائع فكان عيبا حادثا وانه يمنع الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود في حالة الكبر عين الموجود في حالة الصغر وهذا والله عز وجل أعلم معنى قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم أبدا لا ما قاله أولئك والله عز وجل الموفق (ومنها) عقل الصبي في الاباق والسرقة والبول على الفراش حتى لو أبق أو سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشتري وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا اذا فعل ذلك في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري بعد ما عقل لان الموجود في يد البائع ليس بعيب ولا بد من وجود العيب في يده (ومنها) اتحاد الحال في العيوب الثلاثة فان اختلف لم يثبت حق الرد بان أبق أو سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيبا حادثا عند الرد والله عز وجل أعلم (ومنها) جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما به عند أحدهما فلا خيار له لان الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لان تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد (ومنها) عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع عندنا حتى لو شرط فلا خيار للمشتري لان شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح فاذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط ضرورة ثم الكلام في البيع بشرط البراءة في الاصل في موضعين أحدهما في جوازه والثاني في بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب أما الكلام في جوازه فقد مر في موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب فنقول و بالله التوفيق البراءة لا تخلو اما ان كانت عامة بان قال بعت على اني بريء من

العيوب أو قال من كل عيب واما ان كانت خاصة بان قال من عيب كذا او سماه وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إما ان قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد واما ان أطلقها اطلاقا واما ان أضافها الى عيب يحدث فى المستقبل فان قيدها بعيب قائم حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سواء كانت البراءة عامة بان قال أبرأتك من كل عيب به أو خاصة بان قال أبرأتك مما به من عيب كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة وان أطلقها اطلاقا دخل فيه القائم والحادث عند أبى يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله أن يرده وهو قول زفر (وجه) قول محمد ان الابراء عن العيب يقتضى وجود العيب لان الابراء عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن موجودا عند البيع فلا يدخل تحت الابراء فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والابراء لا يحتمل الاضافة لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل الحادث عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق أولى (وجه) قول أبى يوسف ان لفظ الابراء يتناول الحادث نصا ودلالة (أما) النص فانه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها بجنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل (وأما) الدلالة فهى ان غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه دلالة (وأما) قول محمد ان هذا ابراء عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين أحدهما أن يقال هذا ممنوع بل هو ابراء عن الثابت لكن تقديرا وبيانه من وجهين أحدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان القبض حكم العقد فكان هذا ابراء عن حق ثابت تقديرا والثانى ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان البيع يقتضى تسليم المعقود عليه سليما عن العيب فاذا عجز عن تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن فكان وجود تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد والبيع سبب لوجود تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا ابراء عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشىء اذا وجد يجعل هو ثبوتا تقديرا لاستحالة خلو الحكم عن السبب فكان ابراء عن الثابت تقديرا ولهذا اصح الابراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان ابراء عما يحدث من الجرح تقديرا وكذا الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هذا والثانى ان هذا ابراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالابراء عن الجرح والابراء عن الاجرة على ما بينا بخلاف الابراء عن كل حق له أنه لا يتناول الحادث لان الحادث معدوم للحال بنفسه و بسببه فلو انصرف اليه الابراء لكان ذلك ابراء عما ليس بثابت أصلا لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابراء عن حق ثابت وقت الابراء تقديرا لما بينا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا اضافة فيصح والله عز وجل أعلم وان أضافها الى عيب حادث بان قال على أنى برىء من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابراء لا يحتمل الاضافة لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الاضافة الى زمان فى المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيعا أدخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد البيع ولو اختلفا فى عيب فقال البائع هو كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراءة وقال المشترى بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة فان كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول أبى يوسف لان العيب الحادث داخل تحت البراءة المطلقة عنده فأما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه وقال زفر والحسن بن زياد القول قول المشترى (وجه) قولهما ان المشترى هو المبرى لان البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيما أبرأ قوله (وجه) قول محمد ان البراءة عامة والمشترى يدعى حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع ينكر فكان القول قوله كما لو أبرأه عن الدعاوى كلها ثم ادعى شيأ مما فى يده وهو ينكر كان القول قوله دون المشترى لما قلنا كذا هذا ولو كانت مقيدة بعيب يكون

عند العقد فاختلف البائع والمشترى على نحو ماذكرنا فالقول قول المشترى لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود حالة العقد والمشترى يدعى العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهدا للمشترى وهذا لان عدم العيب أصل والوجود عارض فكان احالة الموجود الى أقرب الوقتين أقرب الى الاصل والمشترى يدعى ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فساومه رجل فقال المشترى اشتره فانه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد المشترى به عيبا وأقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع انك أقررت أنه لا عيب به فقد أكذبت شهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه فى الرد بالعيب وله أن يرده لان مثل هذا الكلام فى المتعارف لا يراد به حقيقته وانما يذكر لترويج السلعة ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والآدمى لا يخلو عن عيب فالتحق بالعدم وصار كانه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب بان قال اشتره فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا وأراد الرد فان كان ذلك نوعا آخر سوى النوع الذى عينه له أن يرده لانه لا اقرار منه بهذا النوع وان كان من النوع الذى عين ينظر ان كان مما يحدث مثله فى مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق فى المتعارف لا ترويج السلعة فصار مناقضا ولان الآدمى يخلو عن عيب معين فلم يتعين بكذبه وان كان مما لا يحدث مثله فى مثل تلك المدة له حق الرد لانا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق كلامه بالعدم ولو أبرأه عن عيب واحد شجة أو جرح فوجد شجتين أو جرحين فعلى قول أبى يوسف الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء وعلى قول محمد الخيار للمشترى يرد أيهما شاء وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض أسباب الامتناع من هلاك المبيع أو حدوث عيب آخر فى يد المشترى أو غير ذلك من الاسباب المانعة من الرد وأراد الرجوع بنقصان العيب فأما عند امكان الرد فلا تظهر فائدة فى هذا الاختلاف (وجه) قول محمد ان الابراء يستفاد من قبل المشترى والاحتمال جاء من قبله حيث أطلق البراءة الى شجة واحدة غير عين واذا كان الاجمال منه كان البيان اليه (وجه) قول أبى يوسف ان الابراء وان كان من المشترى لكن منفعة الابراء عائدة الى البائع فصار كان المشترى فوض التعيين اليه فكان الخيار له ولو أبرأه من كل داء روى الحسن عن أبى حنيفة انه يقع عن الباطن لان الظاهر يسمى مرضا لا داء وروى عن أبى يوسف انه يقع عن الظاهر والباطن جميعا لان الكل داء ولو أبرأه من كل غائلة فهى على السرقة والاباق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما يعده التجار عيبا كذا روى عن أبى يوسف لان الغائلة هى الجناية وهى التى تكتب فى عهدة المماليك لا داء ولا غائلة على ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم حينما اشترى عبدا أو أمة وهذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بن هوذة عبدا أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم من المسلم والله عز وجل أعلم (وأما) طريق اثبات العيب فلا يمكن الوصول الى معرفة أقسام العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق العيب لا يخلو (اما) أن يكون ظاهرا شاهدا يقف عليه كل أحد كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها (واما) أن يكون باطنا خفيا لا يقف عليه الا الخواص من الناس وهم الاطباء والبياطرة (واما) أن يكون مما لا يقف عليه الا النساء بان كان على فرج الجارية أو مواضع العورة منها واما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بان كان داخل الفرج واما أن يكون مما لا يقف عليه الا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة واما أن يكون مما لا يوقف عليه الا بالتجربة والامتحان عند الخصومة كالاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون والمشترى لا يخلو اما أن يريد اثبات كون العيب فى يده للحال واما أن يريد اثبات كونه فى يد البائع عند البيع والقبض فان أراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضى أو أمينه لان العيان لا يحتاج الى البيان وان كان لا يقف عليه الا الاطباء والبياطرة فيثبت لقوله عز وجل فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم فى هذا الباب من أهل الذكر فيسئلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخى فى مختصره انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من أهل

الشهادة وهكذا ذكر القاضي الاسبيجابى فى شرحه مختصر الطحاوى وذكر شيخى الامام الزاهد علاء الدين محمد ابن أحمد السمرقندى رحمه الله فى بعض مصنفاته انه ليس بشرط و يثبت بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ الامام الزاهد أبو المعين فى الجامع الكبير من تصانيفه (وجه) هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وانما تصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد فى الشهادة ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فى خبر المسلم لا يقف على عدد بل يثبت بنفس العدالة الا أن الشرع ورد به تعبدا فيراعى فيه مورد التعبد وهو شهادة يتصل بها القضاء وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء فبقيت على أصل القياس وحجة القول الاول النصوص المقتضية لاعتبار العدد فى عموم الشهادة والمعقول الذى ذكرناه فى كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضاء لكنها من ضرورات القضاء لا وجود للقضاء بدونها ألا ترى انه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشترى فالقاضى لا يقضى بالرد فكان من ضرورات القضاء فيشترط فيها العدد كما يشترط فى الشهادة على اثبات العيب عند البائع وان كان مما لا يطلع عليه الا النساء فالقاضى يريهن ذلك لقوله عز وجل فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنساء فيما لا يطلع عليه الرجال أهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة فى الشرع كشهادة القابلة فى النسب لكن لا بد من العدالة لان هذا يرجح جانب الصدق على جانب الكذب فى الخبر ولا يثبت بقول المشترى وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه متهم فى هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا فى كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه الا النساء لما قلنا وان كان لا يطلع عليه الا الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها لكونها متهمة وان كان فى داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق فى هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل ليس به للحال هذا العيب (وأما) الاباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما فى سائر الشهادات فان لم يقم للمشترى حجة على اثبات العيب للحال فى هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البائع لم يذكر فى الاصل وذكر فى الجامع انه يستحلف فى قول أبى يوسف ومحمد وسكت عن قول أبى حنيفة عن المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على ان أبا حنيفة مخالفهما ومنهم من قال المسئلة على الاختلاف ذكرت فى النوادر وذكر الطحاوى أيضا ان عند أبى حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف (وجه) قولهما ان المشترى يدعى حق الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة أو نكول البائع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البائع فيثبت العيب عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند البائع كذا هذا ولابى حنيفة ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ولا دعوى له على البائع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم تثبت دعواه على البائع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو النكول قلنا النكول بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى يمنع الاستحلاف لان استحلاف البائع فى هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم ان هذا العبد أبق عند المشترى ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات أصله خبر المثنوى فان حلف لم يثبت العيب عند المشترى وان نكل يثبت عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا أراد اثبات العيب عند البائع فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث أصلا كالاصبع الزائدة ونحوها أولا يحتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه عند المشترى لانه اذا لم يحتمل الحدوث أولا يحتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البائع وان كان مما يحتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة لا يكتفى بثبوت كونه عند

المشترى بل يحتاج المشترى الى اثبات كونه عند البائع لانه اذا احتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة احتمل أنه لم يكن عند البائع وحدث عند المشترى فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلابد من اثباته عند البائع بالبينة وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبيبتين كانا أو غير طبيبتين وانما شرط العدد فى هذه الشهادة لانها شهادة يقضى بها على الخصم فكان العدد فيها شرطا كسائر الشهادات التى يقضى بها على الخصوم وروى عن أبى يوسف ان فيما لا يطلع عليه الا النساء يرد بثبوته عند المشترى ولا يحتاج الى الاثبات عند البائع والمشهور من مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يكتفى بالثبوت عند المشترى بل لابد من اثباته عند البائع وهو الصحيح لان قول النساء فى هذا الباب حجة ضرورة والضرورة فى القبول فى حق ثبوته عند المشترى لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند البائع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما فى حق توجه الخصومة لان حق الرد على البائع واذا كان الثبوت عند البائع فيما يحدث مثله شرط الثبوت حق الرد فيقول القاضى هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم رد عليه الا أن يدعى الرضا أو الابراء وان قال لا كان القول قوله الا أن يقيم المشترى البينة لان المشترى يدعى عليه حق الرد وهو ينكر فان أقام المشترى البينة على ذلك رده على البائع الا أن يدعى البائع الدفع أو الابراء ويقيم البينة على ذلك فتندفع دعوى المشترى وان لم يكن له بينة فطلب يمين المشترى حلفه القاضى بالله سبحانه وتعالى مارضى بهذا العيب والا ابرأه عنه ولا عرضه على البيع منذ رآه وان لم يدع الدفع بالرضا والابراء فان القاضى يقضى بفسخ العقد ولا يستحلف المشترى على الرضا والابراء والعرض على البيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يفسخ مالم يستحلفه بالله تعالى مارضى بهذا العيب ولا أبرأه عنه ولا عرضه على البيع بعد ما علم به من العيب (وجه) قول أبى يوسف ان القاضى لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف فمن الجائز أن يدعى البائع على المشترى بالدفع بدعوى الرضا والابراء بعد القضاء بالفسخ ويقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض وانه واجب (وجه) قولهما ان البائع اذا لم يطلب يمين المشترى فتحليف القاضى من غير طلب الخصم انشاء الخصومة والقاضى نصب لقطع الخصومة لا لانشائها وقول أبى يوسف ان فى هذا صيانة قضاء القاضى عن الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه لان الظاهر ان البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشترى اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى ولما سكت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضا من المشترى فلا يدعى الدفع بعد ذلك وان لم يقم المشترى بينة على اثبات العيب عند البائع وطلب المشترى يمينه ففيما سوى العيوب الاربعة يستحلف على البتات بالله تعالى لقد بعته وسلمته ومابه هذا العيب وانما يجمع بين البيع والتسليم فى الاستحلاف لان الاقتصار على البيع يوجب بطلان حق المشترى فى بعض الاحوال لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا احتياط فى هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقا فى يمينه لان شرط حنثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحنث بوجوده فى أحدهما فيبطل حق المشترى فكان الاحتياط فى هذا الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله عز وجل ماله حق الرد بهذا العيب الذى ذكره ومنهم من قال يستحلف بالله تعالى لقد سلمته ومابه هذا العيب الذى يدعى وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وانما لم يستحلف على البتات لانه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان حلف برئ ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه ويفسخ العقد الا اذا ادعى البائع على المشترى الرضا بالعيب أو الابراء عنه أو العرض على البيع بعد العلم به ويقيم البينة فيبرأ ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب تحليف المشترى يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف على ما تقدم (وأما) فى العيوب الاربعة ففى الثلاثة منها وهى الاباق والسرقة والبول فى الفراش يستحلف بالله تعالى ما أبق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفى الجنون بالله عز وجل ما جن عندك قط وانما اختلفت هذه العيوب فى كيفية

الاستحلاف

الاستحلاف لماذكرنا فيما تقدم ان اتحاد الحالة فى العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط فى الجنون بل هو عيب لازم أبدا وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو اما أن يكون فى يد البائع أو فى يد المشترى فان كان فى يد البائع ينفسخ البيع بقول المشترى رددت ولا يحتاج الى قضاء القاضى ولا الى التراضى بالاجماع وان كان فى يد المشترى لا ينفسخ الا بقضاء القاضى أو بالتراضى عندنا وعند الشافعى رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة الى القضاء ولا الى رضا البائع وأجمعوا على ان الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضاء وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلا بلا خلاف بين أصحابنا (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته الى القضاء ولا الى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ولهذا لم يفتقر اليه قبل القبض وكذا بعده (ولنا) ان الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالاقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لانه يرفع العقد ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضى بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كانه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط لان الصفقة غير منعقدة فى حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد فى معنى الدفع والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الرؤية لان عدم الرؤية منع تمام الصفقة لانه أوجب خللا فى الرضا فكان الرد كالدفع أما ههنا اذا الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم وأما بيان من تلزمه الخصومة فى العيب فنقول وبالله التوفيق الخصومة فى البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره بعد ان كان من أهل ان تلزمه الخصومة الا القاضى أو أمينه كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والمأذون والاب والوصى لان الخصومة فى العيب من حقوق العقد وحقوق العقد فى هذا الباب راجعة الى العاقد اذا كان أهلا فان لم يكن بان كان صبيا أو محجورا أو عبدا محجورا فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ماذكرنا فى كتاب الوكالة وأما القاضى أو أمينه فالخصومة لا تلزمه لان الولاية للقاضى انما ثبتت شرعا نظرا لمن وقع له العقد فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة فكان القاضى فى هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل فى باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه وأما المكاتب والمأذون فانما يتصرفان بطريق الاصالة لانفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة المانع فاذا زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقدا لنفسه لا لمولاه والذى يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقدا لنفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) أن يرده عليه ببينة قامت على العيب واما أن يرده عليه بنكوله واما أن يرده عليه باقراره بالعيب فان رده عليه ببينة قامت على العيب يرده على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهو نائب عنه فيلزم الموكل وان رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطرا ملجأ اليه ألا ترى انه لا يملكه فى الخصومة وانما جاء هذا الاضطرار من ناحية الموكل لانه هو الذى أوقعه فيه فكان مضافا اليه وان رده عليه باقراره بالعيب ينظر ان كان عيبا لا يحدث مثله يرد على الموكل لانه علم بثبوته عند البيع بيقين وأما ان كان عيبا يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فان كان رد عليه بقضاء القاضى باقراره ولا يرد لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة فى حقه خاصة لا فى حق موكله وان رد عليه بغير قضاء لزم الوكيل خاصة سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان الرد بغير قضاء وان كان فسخا فى حق العاقدين فهو بيع جديد فى حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كالو اشتراه فأما المضارب والشريك فيقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر لان حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق الرد يمتنع بأسباب (منها)

الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق الرد لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة ولما رضى بالعيب بعد العلم به دل انه ماشرط السلامة ولانه ثبت نظر اللمشترى دفعا للضرر عنه فاذا رضى بالعيب فلم ينظر لنفسه و رضى بالضرر ثم الرضا نوعان صريح وماهو فى معنى الصريح ودلالة أما الاول فنحو قوله رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما يجرى هذا المجرى وأما الثانى فهو أن يوجد من المشترى بعد العلم بالعيب تصرف فى المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما اذا كان ثوبا فصبغه أو قطعه أو سويقا فلته بسمن أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه ونحو ذلك أو تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشترى أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولده لان الاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب و يكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل حق الرد ولو باعه المشترى ثم رد عليه بعيب فان كان قبل القبض له أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضى أو بالتراضى بالاجماع وان كان بعد القبض فان كان بقضاء القاضى له أن يرده على بائعه بلا خلاف وان كان قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا عند الشافعى رحمه الله له أن يرده (وجه) قوله ان المانع من الرد خروج السلعة عن ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار كانه لم يخرج ولهذا اذا رد عليه بقضاء له أن يرده على بائعه وكذا اذا رد عليه بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم (ولنا) ان القبول بغير قضاء فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق غيرهما فصار كما لو عاد اليه بشراء ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه كذا هذا والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد فى حق غير العاقدين ان معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة فكان الرد عند التراضى بيعا لوجود معنى البيع فيه الا أنه أعطى له حكم الفسخ فى حق العاقدين فبقى بيعا جديدا فى حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضى لانه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا لانعدام التراضى فكان فسخا والفسخ رفع العقد من الاصل وجعله كان لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة و بخلاف ماقبل القبض لان الصفقة لاتمام لها قبل القبض ألا ترى ان حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض فى معنى الامتناع عن القبول كان المشترى رد ايجاب البائع ولم يقبله ولهذا لم يفتقر الرد قبل القبض الى القاضى . و بخلاف ما اذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية انه يرده على بائعه لان معنى البيع لم يوجد فى هذا الرد ألا ترى انه يرد على بائعه من غير رضاه فكان فسخا و رفعا للعقد من الاصل كأنه لم يكن وكذا لو وطىء الجارية المشتراة أو لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب وقال الشافعى رحمه الله ان كانت الجارية بكرا فوطئها المشترى فكذلك وأما اذا كانت ثيبا فوطئها بدون العلم بالعيب لاتمنع الرد بالعيب وستأتى المسئلة ان شاء الله تعالى ولو قبلت الجارية المشترى لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه فى شرط الخيار ولو استخدم المشترى بعد ما علم بالعيب فالقياس أن يسقط خياره وفى الاستحسان لا يسقط وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فى خيار الشرط ولو كان المشترى دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع أو ليشترى لها علفا ففيه قياس واستحسان كما فى الاستخدام وقد ذكرنا ذلك فى خيار الشرط ولو ركبها لينظر الى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفى شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم فى خيار الشرط وكذا لو اشترى ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفى خيار الشرط لا يبطل (ووجه) الفرق بينهما قد ذكرناه فى شرط الخيار وان كان المشترى دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب أو رم منها شيأ أو هدم يسقط خياره وذكر فى بعض شروح مختصر الطحاوى فى السكنى روايتان والحاصل أن كل تصرف يوجد من المشترى فى المشترى بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار و يلزم البيع والله عز وجل أعلم (ومنها) اسقاط الخيار صريحا أو ماهو فى معنى الصريح نحو أن يقول المشترى أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجرى هذا المجرى لان خيار العيب حقه والانسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء واسقاطا (ومنها) ابراء المشترى عن

العيب

العيب لان الابراء اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والمحل قابل للسقوط ألا ترى كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحاً فاذا أسقطه يسقط (ومنها) هلاك المبيع لفوات محل الرد (ومنها) نقصانه وجملة الكلام فيه ان نقصان المبيع لا يخلو اما أن يكون قبل القبض واما أن يكون بعده وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فان كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع فهذا وما اذا لم يكن به عيب سواء وقد ذكرنا حكمه في بيع البات فيما تقدم ان المشترى بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك وان كان نقصان وصف فان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا هنالك وان كان بفعل البائع فكذلك الجواب فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سواء وهو ان المشترى بالخيار ان شاء أخذه وطرح عنه قدر النقصان الذى حصل بفعل البائع من الثمن وان شاء ترك كما اذا لم يجد به عيبا وان كان بفعل المشترى لا خيار له ويصير قابضاً بالجناية ويتقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيباً كان عند البائع على ماذكرنا فيما تقدم وان وجد عيباً كان عند البائع فان شاء رجع بنقصان العيب وان شاء رضى به وان قال البائع انا آخذه مع النقصان ليس للمشترى أن يحبسه ويرجع عليه بالنقصان بل يرده عليه ويسقط جميع الثمن وسنذكر الاصل في جنس هذه المسائل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب ومالا يمنع هذا اذا لم يوجد من البائع منع المبيع لاستيفا الثمن بعد ما صار المشترى قابضا بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم وجد المشترى به عيبا له أن يرده على البائع ويسقط عن المشترى جميع الثمن لانه بالمنع صار مستردا للمبيع ناقضا لذلك القبض فانتقض وجعل كان لم يكن له فكان حق الرد على البائع ويسقط عنه جميع الثمن الا قدر ما نقص بفعله وان كان بفعل اجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء رضى به بجميع الثمن واتبع الجانى بالارش وان شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجانى بالارش كما اذا لم يجد المشترى بها عيباً هذا اذا احدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيباً فاما اذا احدث بعد القبض ثم وجد به عيباً فان حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لم يكن له أن يرده بالعيب عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله له أن يرده ويرد معه ارش العيب الحادث (وجه) قوله ان حق الرد بالعيب ثبت نظرا للمشترى فلو امتنع انما يمتنع نظرا للبائع والمشترى باستحقاق النظر أولى من البائع لانه لم يدلس العيب والبائع قد دلس (ولنا) ان شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التى كان عليها عند القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ويعود على ملكه معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد فلا يرد ولو كان المبيع جارية فوطئها المشترى ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكرا لم يردها بالاجماع وان كانت ثيبا فكذلك عندنا وقال الشافعي رحمه ترد (وجه) قوله انه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا الحكم (أما) السبب فهو العيب وقد وجد (وأما) الشرط فهو أن يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض وقد وجد لان الوطء لا يوجب نقصان العين اذ هو استيفاء منافع البضع فاشبه الاستخدام بخلاف وطء البكر لان العذرة عضو منها وقد أزالها بالوطء ولنا ان منافع البضع لها حكم الاجزاء والاعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضمن بالعين هو الاصل واذ قام الدليل على ان المنافع لا تضمن بالاتلاف عندنا أصلا فكان استيفاؤها في حكم اتلاف الاجزاء والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع طرفا منها وكما في وطء البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفاء منفعة محضة ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الاصل من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء صادف ملك البائع من كل وجه أو من وجه وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وانه واجب وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا اشترى رجلان شيأ ثم اطلعا على عيب به كان عند البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه وعند أبى يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالفسخ وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيأ على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشتريا شيأ لم يرياه (وجه) قولهما انه رد المشترى كما اشترى فيصح كما اذا اشترى عبدا على أنه بالخيار في نصفه ثلاثة أيام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانهما لما اشتريا العبد جملة

واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه وقد رد النصف فقد رد ما اشترى كما اشترى ولابى حنيفة رحمه الله انه لم يوجد
شرط الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على
الوصف الذى كان مقبوضاً ولم يوجد لانه قبضه غير معيب بعيب زائد فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو عيب
الشركة لان الشركة فى الاعيان عيب لان نصف العين لا يشترى بالثمن الذى يشترى به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد
ما اشترى كما اشترى فلا يصح الرد دفعاً للضرر عن البائع ولهذا لو أوجب البائع البيع فى عبد لاثنين فقبل أحدهما دون
الآخر لم يصح لان البائع لم يرض بزوال ملكه الا عن الجملة فاذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع
فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل أجنبى أو بفعل البائع بان قطع يده ووجب الارش او
كانت جارية فوطئها ووجب العقر لم يكن له ان يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به وهو ان النقصان بفعل الاجنبى
أو بفعل البائع يؤخذ الارش والعقر للمشترى وأنه زيادة ولهذا يمنع الرد بالعيب على ماسنذكره ان شاء الله تعالى ولو
اشترى مأكولا فى جوفه كالبطيخ والجوز والقثاء والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسداً فهذا فى
الاصل لا يخلو عن أحد وجهين اما ان وجده كله فاسدا واما ان وجد البعض فاسدا والبعض صحيحا فان وجده كله
فاسداً فان كان مما لا ينتفع به أصلا فالمشترى يرجع على البائع بجميع الثمن لانه تبين ان البيع وقع باطلا لانه بيع ما ليس
بمال و بيع ما ليس بمال لا ينعقد كما اذا اشترى عبداً ثم تبين أنه حر وان كان مما يمكن الانتفاع به فى الجملة ليس له ان يرده
بالعيب عندنا وعند الشافعى رحمه الله له أن يرده (وجه) قوله انه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلا
بتسليط البائع فلا يمنع الرد ولنا ماذكرنا فيما تقدم ان شرط الرد أن يكون المردود وقت الرد على الوصف الذى كان عليه
وقت القبض ولم يوجد لانه تعيب بعيب زائد بالكسر فلو رد عليه لرد معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد وأما قوله البائع سلطه
على الكسر فنعم لكن بمعنى انه مكنه من الكسر باثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفا فى ملك نفسه لا فى ملك البائع
بامره ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر وان وجد بعضه فاسدا دون البعض ينظر ان كان الفاسد كثيرا يرجع على
البائع بجميع الثمن لانه ظهر ان البيع وقع فى القدر الفاسد باطلا لانه تبين انه ليس بمال واذا بطل فى ذلك القدر يفسد فى
الباقى كما اذا جمع بين حر وعبد و باعهما صفقة واحدة وان كان قليلا فكذلك فى القياس وفى الاستحسان صح البيع
فى الكل وليس له أن يرد ولا ان يرجع فيه بشىء لان قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرز عنه اذ هذه الاشياء فى العادات
لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلتحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل تفصيلا آخر فقال اذا وجد
كله فاسداً فان لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لانه تبين انه باع ما ليس بمال وان كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع
لا يبطل لانه اذا كان لقشره قيمة كان القشر مالا ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى به ناقصا وقبل قشره ورد جميع الثمن
وان شاء لم يقبل لانه تعيب بعيب زائد ورد على المشترى حصة المعيب جبرا لحقه وان وجد بعضه فاسدا فعلى هذا
التفصيل أيضاً لانه ان لم يكن لقشره قيمة رجع على البائع بحصته من الثمن وان كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون
القشر اعتبارا للبعض بالكل الا اذا كان الفاسد منه قليلا قدر ما لا يخلو مثله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشىء والله عز
وجل أعلم (ومنها) الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة الكلام فى الزيادة أنها لا تخلو اما ان حدثت قبل
القبض واما ان حدثت بعده وكل واحدة من الزيادتين لا تخلو من أن تكون متصلة أو منفصلة والمتصلة لا تخلو من أن
تكون متولدة من الاصل كالحسن والجمال والكبر والسمن والسمع والانجلاء بياض احدى العينين ونحو ذلك أو غير
متولدة منه كالصبغ فى الثوب والسمن أو العسل الملتوت بالسويق والبناء فى الارض ونحوها وكذلك المنفصلة لا تخلو
من أن تكون متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن ونحوها أو غير متولدة من الاصل كالكسب والصدقة والغلة
والبيع لا يخلو اما ان يكون صحيحاً أو فاسدا (أما) الزيادة فى البيع الفاسد فحكمها نذكره فى بيان حكم البيع الفاسد
ان شاء الله تعالى (وأما) فى البيع الصحيح فان حدثت الزيادة قبل القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل

فانها

فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعاً والاصل ان ما كان تابعاً فى العقد يكون تابعاً فى الفسخ لان الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد فى الاصل بالفسخ فيه مقصوداً وينفسخ فى الزيادة تبعاً للانفساخ فى الاصل وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بتابعة بل هى أصل بنفسها ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأساً فلو رد المبيع لكان لا يخلو اما ان يرده وحده بدون الزيادة واما أن يرده مع الزيادة لا سبيل الى الاول لانه متعذر لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثانى لان الزيادة ليست بتابعة فى العقد فلا تكون تابعة فى الفسخ ولان المشترى صار قابضاً للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار كانها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله عز وجل أعلم وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد فان شاء المشترى ردهما جميعاً وان شاء رضى بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق ان شاء الله تعالى ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لان هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعاً والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصانا فى المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو قبض الاصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالاصل عيبا له ان يرده خاصة بحصته من الثمن بعد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض لان الزيادة انما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض كذلك يعتبر قبضها وقت القبض ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكنه وجد بالزيادة عيبا فله أن يردها خاصة بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيردها بحصتها من الثمن فان كانت الزيادة منفصلة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها وانما هى مملوكة بسبب على حدة أو بملك الاصل فبالرد ينفسخ العقد فى الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك الاصل لا بالبيع فكانت ربحاً لا ربا لاختصاص الربا بالبيع لانه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع فى عرف الشرع ولم يوجد ثم اذا رد الاصل فالزيادة تكون للمشترى بغير ثمن عند أبى حنيفة لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما لم يضمن فلا تطيب وعند أبى يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له وهذا اذا اختار المشترى الرد بالعيب فان رضى بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لانها ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولانها زيادة لا يقابلها عوض فى عقد البيع وأنه تفسير الربا ولو قبض المشترى المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً فان كانت الزيادة هالكة له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بلا خلاف وان كانت قائمة فكذا عند أبى حنيفه وعند أبى يوسف ومحمد يرد معه الزيادة (وجه) قولهما ان هذه زيادة حدثت قبل القبض فيردها مع الاصل ولابى حنيفة ان هذه الزيادة لا تتبع الاصل فى حكم العقد فلا تتبعه فى حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لانه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فلا تحتمل الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شىء هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما اذا حدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد ان رضى المشترى بردها مع الاصل بلا خلاف لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد فى الاصل مقصودا وينفسخ فى الزيادة تبعاً وان أبى أن يرده وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع وأبى البائع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف للمشترى ان يأخذ نقصان العيب من البائع وليس للبائع ان يأبى ذلك ويطلب الرد ويقول لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع معيباً لادفع اليك جميع الثمن وقال محمد رحمه الله ليس للمشترى أن يرجع بالنقصان على البائع اذا أبى ذلك وللبائع أن يقول له رد على المبيع حتى أرد اليك الثمن كله ولقب المسئلة ان الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشترى برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب عندهما تمنع وعنده لا تمنع وأصل المسئلة فى النكاح اذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل

الدخول انها هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع ونذكر المسئلة فى النكاح وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع و يرجع بنقصان العيب لما ذكرنا انه لو رد الاصل فاما أن يرده وحده واما ان يرده مع الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة فى العقد فلا يمكن ان يجعلها تابعة فى الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تمنع و يرد الاصل بدون الزيادة وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية والكلام فيه مبنى على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عند نا مبيعة تبعاً لثبوت حكم الاصل فيه تبعاً و بالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد فى الاصل مقصودا وتبقى الزيادة فى يد المشترى مبيعاً مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع وهذا تفسير الربا فى عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لانها لا ترد بدون الاصل أيضا احترازا عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربا ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ههنا وردهناك اما امتناع رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يؤدى الى الربا (وأما) رده مع الزيادة فلانه يؤدى الى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لانه ينفسخ العقد فى الزيادة و يعود الى البائع ولم يصل الى المشترى بمقابلته شئ من الثمن فى الفسخ لانه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن لانه حصل فى ضمان المشترى فاما الولد قبل القبض فقد حصل فى ضمان البائع فلوا نفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل لا يمتنع الرد بالعيب و يرد الاصل على البائع والزيادة للمشترى طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فأمكن اثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل و ينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشترى بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له هذا اذا كانت الزيادة قائمة فى يد المشترى فاما اذا كانت هالكة فهلا كها لا يخلو من أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى فان كان بآفة سماوية له أن يرد الاصل بالعيب وتجعل الزيادة كانها لم تكن وان كان بفعل المشترى فالبائع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل و يرد نقصان العيب سواء كان حدوث ذلك أوجب نقصانا فى الاصل أو لم يوجب نقصانا فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل وذا يوجب الخيار للبائع وان كان بفعل أجنبى ليس له أن يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الاجنبى فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قائمة فيمتنع الرد و يرجع بنقصان العيب والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام ههنا يقع فى موضعين أحدهما فى بيان ما ينفسخ به والثانى فى بيان شرائط جواز الفسخ أما الاول فنوعان اختيارى وضرورى فالاختيارى نحو قوله فسختته أو نقضته أو رددته وما هو فى معناه والضرورى هلاك المعقود عليه قبل القبض (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية وهل يشترط له القضاء أو الرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضى ولا رضا البائع وان كان بعد القبض يشترط له القضاء أو الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فان تضمن لا يجوز الا أن يرضى به البائع لان تفريق الصفقة على البائع قبل التمام اضرار به على ما نذكر والضرر واجب الدفع ما أمكن الا أن يرضى به البائع لان الضرر المرضى به من جهة المتضرر لا يجب دفعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشترى المبيع معيبا فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيأ واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب فى وعاء واحد أو صبرة واحدة واما أن يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود فى وعاءين أو صبرتين وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر (واما) أن يكون شيئين حقيقة وشيأ واحدا تقديرا كالخفين والنعلين والمكعبين

ومصراعي

ومصراعى الباب وكل شيء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فلا يخلو اما أن يكون المشترى قبض كل المبيع واما ان لم يقبض شيأ منه واما ان قبض البعض دون البعض والحادث فى المبيع لا يخلو اما أن يكون عيبا أو استحقاقا اما العيب فان وجده ببعض المبيع قبل القبض لشيء منه فالمشترى بالخيار ان شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن وان شاء رد الكل وليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد ألا ترى انه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو انه عدم التأكيد واذا قبض وقع الامن عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض والتأكيد اثبات من وجه أوله شبهة الاثبات وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا المشترى اذا وجد بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الى قضاء القاضى ولا الى التراضى ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلائل ان الصفقة ليست بتامة قبل القبض والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها ان التفريق اضرار بالبائع والضرر واجب الدفع ما أمكن وبيان الضرر ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء حقيقة شيأ واحدا تقديرا والتفريق تضمن الشركة والشركة فى الاعيان عيب فكان التفريق عيبا وانه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به البائع وان كان المبيع أشياء فالتفريق يتضمن ضررا آخر وهو لزوم البيع فى الجيد بثمن الردىء لان ضم الردىء الى الجيد والجمع بينهما فى الصفقة من عادة التجار ترويجا للردىء بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشترى العيب بالردىء فيرده فيلزم البيع فى الجيد بثمن الردىء فيتضرر به البائع فدل ان فى التفريق ضررا فيجب دفعه ما أمكن ولهذا لم يجز التفريق فى القبول بأن أضاب الايجاب الى جملة فقبل المشترى فى البعض دون البعض دفعا للضرر عن البائع بلزوم حكم البيع فى البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما أوجب البيع الا فى الجملة فلا يصح القبول الا فى الجملة لئلا يزول ملكه من غير ازالته فيتضرر به على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض فى معنى القبول من وجه فكان رد البعض وقبض البعض تفريقا فى القبول من وجه فلا يملك الا أن يرضى البائع برد المعيب عليه فيأخذه و يدفع حصته من الثمن فيجوز و يأخذ المشترى الباقى بحصته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظر اله فاذا رضى به فلم ينظر لنفسه وان كان المشترى قبض بعض المبيع دون البعض فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض فى ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وانه باطل وروى عن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله أن يرده خاصة بحصته من الثمن فهو نظر الى المعيب منهما أيهما كان واعتبر الآخر به فان كان المعيب غير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض فكأنهما لم يقبضا جميعا وان كان المعيب مقبوضا اعتبر الآخر مقبوضا فكأنه قبضهما جميعا لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لانه فى حد التعارض إذ ليس اعتبار غير المعيب بالمعيب فى القبض وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب فى القبض بل هذا أولى لان الاصل عدم القبض والعمل بالاصل عند التعارض أولى هذا اذا كان المشترى لم يقبض شيأ من المبيع أو قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فان كان المبيع شيأ واحدا حقيقة وتقديرا فكذلك الجواب ان المشترى ان شاء رضى بالكل بكل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن لما ذكرنا ان فيه الزام عيب الشركة وانها عيب حادث مانع من الرد وان كان أشياء حقيقة شيأ واحدا تقديرا فكذلك لان افراد أحدهما بالرد اضرار بالبائع إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشيء واحد فكان المبيع شيأ

واحدا من حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة فى الاعيان عيب واذا كان لا يمكن الانتفاع بأحدهما بدون صاحبه فيما وضع له كان التفريق تعييبا فيعود المبيع الى البائع بعيب زائد حادث لم يكن عنده وان كان أشياء حقيقة وتقديرا فليس له أن يرد الكل الا عند التراضى وله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعى رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسكهما (وجه) قولهما ان فى التفريق بينهما فى الرد اضرارا بالبائع لما ذكرنا أن ضم الردىء الى الجيد فى البيع من عادة التجار ليروج الردىء بواسطة الجيد وقد يكون العيب بالردىء فيرده على البائع ويلزمه البيع فى الجيد بثمن الردىء وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا (ولنا) ان ما ثبت له حق الرد وجد فى أحدهما فكان له أن يرد أحدهما وهذا لان حق الرد انما يثبت لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فاتت فى أحدهما فكان له رده خاصة فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع (وأما) قولهما يتضرر البائع برد الردىء خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضى به من جهته لان اقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه ان الظاهر من حال المشترى أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه لا تمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضررا غير مرضى به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية ان المشترى لا يملك رد البعض دون البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيأ أو قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيأ واحدا أو أشياء لان خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل أنه يرده بغير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد الا بقضاء القاضى أو التراضى دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقه ولا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه ولو قال المشترى انا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله أمسك المعيب دلالة الرضا بالمعيب وانه يمنع الرجوع بالنقصان وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيبا فأراد رد البعض دون البعض ان المردود ان كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك لانه اذا أمسك البعض فقد رضى بعيبه فبطل حق الرد فيه لانه تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحا فى الاصل ووجد بالآخر عيبا فيرده وان كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعييب ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد ولو رضى به عند العقد يسقط خياره فلزماه جميعا كذا هذا ولو قبض الصحيح منهما ولو كانا معيبين فقبض أحدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه وانما تتم بقبض الكل فلو لزمه العقد فى المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فبقى له الخيار على ما كان والله عز وجل أعلم (وأما) الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد فى القدر المستحق لانه تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الاجازة من المالك فبطل وللمشترى الخيار فى الباقى ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب فى الباقى أو لا يوجب لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض فان كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع فى القدر المستحق لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب فى الباقى بأن كان المعقود عليه شيأ واحدا حقيقة وتقديرا

كالدار والكرم والارض والعبد ونحوها فالمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رد لان الشركة فى الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيأ واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار فى الباقى وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب فى الباقى بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزنى فاستحق بعضه فانه يلزم المشترى الباقى بحصته من الثمن لانه لا ضرر فى تبعيضه فلم يكن له خيار الرد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام فى حق الرجوع بالنقصان فى موضعين أحدهما فى بيان شرائط ثبوت حق الرجوع والثانى فى بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل (أما) الشرائط (فمنها) امتناع الرد وتعذره فلا يثبت مع امكان الرد حتى لو وجد به عيبا ثم أراد المشترى أن يمسك المبيع مع امكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لان حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ولان امساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد (ومنها) أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشترى فان كان من قبله لا يرجع بالنقصان لانه يصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن الرد وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما اذا هلك المبيع أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل المشترى ثم علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد فى الهلاك لضرورة فوات المحل وفى النقصان لأمر يرجع الى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد ألا ترى ان للبائع أن يقول أنا أقبله مع النقصان فأدفع اليك جميع الثمن واذا كان امتناع الرد لامر يرجع اليه وهو لزوم الضرر إياه بالرد فاذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشترى بالرجوع بالنقصان وسواء كان النقصان يرجع الى الذات بفوات جزء من العين أو لا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية ثيبا فوطئها المشترى أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لا من قبل المشترى بل من قبل البائع ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها فى يد المشترى فان كان زوجها قد وطئها فى يد البائع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطء لا يمنع الرد وامكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند المشترى فان كانت بكرا يرجع بالنقصان لان وطء البكر يمنع الرد بالعيب لانه يوجب نقصان العين بازالة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشترى بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كانت ثيبا لم يذكر فى الاصل انه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد وكذا لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا بأن أعطى له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه أو حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد فى هذه المواضع من قبل البائع ولو حدث فى المبيع أو بسببه زيادة مانعة من الرد كالولد والثمرة واللبن والارش والعقر يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا لا من قبل المشترى بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم انه لو رد الاصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهذا تفسير الربا فى متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقا للشرع ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضى بالرد لان الحرمة الثابتة حقا للشرع لا تسقط برضا العبد واذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الى الشرع لا الى المشترى بقى حق المشترى فى وصف السلامة واجب الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كانت الزيادة المانعة سمنا أو عسلا لته بسويق أو عصفرا أو زعفرانا صبغ به الثوب أو بناء على الارض يرجع بالنقصان لان التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل البائع بل من قبل الشرع ألا ترى انه ليس للبائع أن يقول أنا آخذه كذلك وتعذر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه المشترى أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا من قبل المشترى لانه بالبيع صار ممسكا عن الرد لان المشترى قام مقامه فصار مبطلا للرد الذى هو الحق فلا يرجع بشئ وكذلك لو كاتبه لانها توجب صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة ممسكا عن الرد فأشبه البيع وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان

الاعتاق على مال فى حق المعتق فى معنى البيع لانه أخذ العوض بمقابلته والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يمنع ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس أن لا يرجع وهو قول الشافعى رحمه الله وفى الاستحسان يرجع (وجه) القياس أن الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فأشبه البيع أو الكتابة (وجه) الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشترى لان الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك ينتهى بالاعتاق وهذا لان الاصل فى الآدمى عدم الملك والمالية اذ الاصل فيه أن يكون حرا لان الناس كلهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام والمتولد من الحرين يكون حرا الا أن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر مؤقتا الى غاية الاعتاق والمؤقت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية فينتهى الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما لو انتهى بالموت و به تبين ان الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما أخذ العوض فقد أقام المشترى مقام نفسه فكأنه استبقاه على ملكه فصار حابسا اياه بفعله ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره أو استولده ثم وجد به عيبا يرجع بالنقصان لان الرد يمتنع من قبل المشترى بل من قبل الشرع ولو قتله المشترى لم يرجع بالنقصان فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يرجع لان المقتول ميت بأجله فتنتهى حياته عند القتل كما تنتهى عند الموت فصار كالموت حتف أنفه وهناك يرجع بالنقصان كذا ههنا (وجه) ظاهر الرواية ان فوات الحياة ان لم يكن أثر فعل القاتل حقيقة فهو أثر فعله عادة فجعل فى حق القاتل كأنه تفويت الحياة حقيقة وازالتها وان كان انتهاء حقيقة كالاعتاق على مال انه ألحق بالبيع فى حق المعتق وان لم يكن كذلك فى حق العبد فصار حابسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان المبيع طعاما فأكله المشترى أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يرجع (وجه) قولهما ان أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشئ فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف بخلاف القتل فانه ازالة الحياة فى حق القاتل فكان حبسا وامساكا (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان المشترى بأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة اذ الملك فيهما ثبت مطلقا لا مؤقتا بخلاف العبد فاشبه القتل ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الاكل واللبس ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان استهلاكهما فى غير ذلك الوجه ابطال محض فيشبه القتل ولو أكل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له أن يرد الباقى ولا أن يرجع بالنقصان عند أبى حنيفة لان الطعام كله شئ واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشترى فيبطل حقه أصلا فى الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام دون بعض وروى عن أبى يوسف انه قال يرد الباقى ويرجع بأرش الكل المأكول والباقى الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن وروى عن محمد انه قال يرد الباقى ويرجع بنقصان العيب فيما أكل لانه ليس فى تبعيض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس للبائع أن يمتنع عن ذلك وبه كان يفتى الفقيه أبو جعفر وهو اختيار الفقيه أبى الليث ولو باع بعض الطعام دون البعض لم يرد الباقى ولا يرجع بالنقصان عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يرد الباقى ويرجع بنقصان العيب الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن (وجه) قول زفر أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع وانه وجد فى البعض دون البعض فيمتنع فى البعض دون البعض لان الاصل أن يكون الامتناع بقدر المانع (ولنا) ما ذكرنا أن الطعام كله شئ واحد كالعبد فالامتناع فى البعض لمعنى من قبل المشترى يوجب الامتناع فى الكل ولو كان المبيع دارا فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها ولو اشترى ثوبا وكفن به ميتا ثم اطلع على عيب به فان كان المشترى وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع بالنقصان لان الملك فى الكفن لم يثبت للمشترى وانما يثبت للميت لان الكفن من الحوائج الاصلية للميت وقد امتنع رده بالعيب لا من قبل المشترى فكان له أن يرجع بالنقصان وان كان المشترى أجنبيا فتبرع بالكفن لم يرجع بالنقصان لان الملك فى المشترى وقع له فاذا كفن به فقد أخرجه عن ملكه بالتكفين فاشبه البيع والله عز وجل أعلم (ومنها)

عدم وصول عوض المبيع الى المشترى مع تعذر الرد فى ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بأن قتله أجنبى فى يده خطأ لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده على البائع وروى عن أبى يوسف ومحمد انه يرجع بالنقصان لانه لم يصل اليه حقيقة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان له أن يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما وصل اليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكأنها قائمة فى يده لما وصل اليه عوضه فصار كأنه باعه ولو باعه المشترى ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ومنها عدم الرضا بالعيب صريحا ودلالة وهى أن يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا وقد ذكرنا التصرفات التى هى دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة لانعدام دلالة الرضا وفى الكتابة يرجع لانها فى معنى البيع على ما مر وان كان التصرف مما يخرج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا على مال استحسانا على ما ذكرنا فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل لحق الرجوع يبطل بصريح الابطال وما يجرى مجرى الصريح نحو قوله أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه وما يجرى هذا المجرى لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهى السلامة المشروطة فى العقد دلالة بخلاف خيار الرؤية والانسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء واسقاطا و يسقط أيضا بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو أن يقول رضيت بالعيب الذى به أو اخترت أو أجزت البيع وما يجرى مجراه والدلالة هى أن يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع فى يد المشترى وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف فيه تصرفا أخرجه عن ملكه بأن باعه أو وهب وسلم أو أعتق أو دبر أو استولد مع العلم بالعيب لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالولد وغيره أو الحاصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالارش والعقر والزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالارش بل يبقى الارش على حاله لان التصرف فى هذه الصورة لم يقع دلالة على الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتا قبله ألا ترى انه ليس للبائع خيار الاسترداد بأن يقول أنا أقبله كذلك مع العيب وأرد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعا قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون دليل الرضا فبقى الارش واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعا حتما ألا ترى ان للبائع أن يقبله ناقصا مع العيب فكان المشترى بتصرفه مفوتا على نفسه حق الرد فكان حابسا للمبيع بفعله ممسكا اياه عن الرد وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل فى هذا الباب أن وجوب الارش اذا لم يكن ثابتا على سبيل الحتم والالزام بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب فتصرف المشترى بعد ذلك تصرفا مخرجا عن الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بأن لم يكن للبائع خيار الاسترداد فتصرف المشترى لا يبطل الارش (وجه) الفرق بين الفصلين على ما نحو ما بينا والله عز وجل أعلم وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب فطريقه أن تقوم السلعة وليس بها ذلك العيب وتقوم و بها ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بائعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بائعه بعشر الثمن وان كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثاله اذا اشترى ثوبا قيمته عشرة بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوبا قيمته عشرون بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على البائع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله عز وجل أعلم (وأما) الخيار

الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع الذي فيه خيار الرؤية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته و يلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم (أما) الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه (وأما) صفته فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولان جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولان من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم نظرا له كما ثبت خيار الرجعة شرعا نظرا للزوج تمكينا له من التدارك عند الندم كما قال تبارك وتعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا (وأما) بيع ما لم يره البائع فهل يلزم روي عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان يقول أولا لا يلزم و يثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار (وجه) قوله الاول ان ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودا ههنا دلالة (وجه) قوله الآخر ما روي ان سيدنا عثمان بن سيدنا عفان رضي الله عنهما باع أرضا له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولم يكونا رأياها فقيل لسيدنا عثمان رضي الله عنه غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم أره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد لان مشتري ما لم يره مشتري على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على انه جيد فاذا هو رديء ومن اشترى شيأ على انه جيد فاذا هو رديء فله الخيار و بائع شيء لم يره يبيع على انه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على انه رديء فاذا هو جيد ومن باع شيأ على انه رديء فاذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افترقا (وأما) حكمه فحكم البيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقا عن شرط كان ينبغي أن يلزم الا أنه ثبت الخيار شرعا لا شرطا بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط ثبوت الخيار (فمنها) أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو تبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عينا بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده لانه اذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله فاذا قبض يرده هكذا الى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيدا بخلاف ما اذا كان عينا لان العقد ينفسخ برده لانه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضا فكان الرد مفيدا ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا يثبت خيار الرؤية في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لان هذه العقود تنفسخ برد هذه الاشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر و بدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (ومنها) عدم الرؤية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبرامه لان ركن العقد وجد مطلقا عن شرط الا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعا بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه فبقي الخيار عند الرؤية مبقيا على الاصل وان كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك نظر في ذلك ان كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير فلا خيار له لان الخيار ثبت معدولا به عن الاصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره

وهذا قد اشترى شيأ قد رآه فلا يثبت له الخيار وان كان قد تغير عن حاله فله الخيار لانه اذا تغير عن حاله فقد صار شيأ آخر فكان مشتريا شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولو اختلفا فى التغير وعدمه فقال البائع لم يتغير وقال المشترى قد تغير فالقول قول البائع لان الاصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكا بالاصل والمشترى مدعيا أمرا عارضا فكان القول قول البائع لكن مع يمينه لان حق الرد أمر يجرى فيه البدل والاقرار فيجرى فيه الاستحلاف ولان المشترى بدعوى التغير يدعى حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المنكر ولو اختلفا فقال البائع للمشترى رأيته وقت الشراء وقال المشترى لم أره فالقول قول المشترى لان عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهدا للمشترى فكان القول قوله مع يمينه ولان البائع بدعوى الرؤية يدعى عليه الزام العقد والمشترى ينكر فكان القول قوله ولو أراد المشترى الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذى بعتك وقال المشترى هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه وكذلك هذا فى خيار الشرط بخلاف خيار العيب فان القول قول البائع (ووجه) الفرق ان المشترى فى خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك لا يدعى ثبوت حق الرد عليه لان حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعى ان هذا الذى قبضه منه فكان اختلافهما فى الحقيقة راجعا الى المقبوض والاختلاف متى وقع فى تعيين نفس المقبوض فان القول فيه قول القابض وان كان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففى القبض الحق أولى بخلاف العيب لان المشترى لا ينفرد بالرد فى خيار العيب ألا ترى انه لا يملك الرد الا بقضاء القاضى أو التراضى فكان هو بقوله هذا مالك بعينه مدعيا حق الرد فى هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله هذا اذا كان المشترى بصيرا فاما اذا كان أعمى فشرط ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لان هذه الاشياء فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير فكان انعدامها شرطا لثبوت الخيار له فان وجد شئ منه وقت الشراء فاشتراه فلا خيار له وكذا اذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لان وجود شئ من ذلك عند القبض فى حقه بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية فى حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لان كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا اذا رأى المشترى كل المبيع وقت الشراء (فاما) اذا رأى بعضه دون البعض فجملة الكلام فى جنس هذه المسائل ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحدا فرأى بعضه لا يخلو (اما) ان كان ما رآه منه مقصودا بنفسه وما لم يره منه تبعا (واما) ان كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه فان كان ما لم يره تبعا لما رآه فلا خيار له سواء كان رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد لان حكم التبع حكم الاصل فكان رؤية الاصل رؤية التبع وان كان مقصودا بنفسه ينظر فى ذلك ان كان رؤية ما رأى تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لان المقصود العلم بحال الباقى فكأنه رأى الكل وان كان لا يفيد له العلم بحال الباقى فله الخيار لان المقصود لم يحصل برؤية ما رأى فكأنه لم ير شيأ منه أصلا فعلى هذا الاصل تخرج المسائل اذا اشترى عبدا أو جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له وان كانت رؤية الوجه لا تفيد له العلم بما وراءه لان الوجه أصل فى الرؤية فى بنى آدم وسائر الاعضاء تبع له فيها ولو رأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لان رؤية التبع لا تكون رؤية الاصل فكأنه لم ير شيأ منه ولو اشترى فرسا أو بغلا أو حمارا أو نحو ذلك فرأى وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد انه يسقط خياره وسوى بينه وبين الرقيق وروى عن أبى يوسف ان له الخيار ما لم ير وجهه ومؤخره وهو الصحيح لان الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود فى الرؤية فى هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره وان اشترى شاة فان كانت نعجة حلوبا اشتراها للقنية أو اشترى بقرة حلوبا أو ناقة حلوبا اشتراها للقنية لا بد من النظر الى ضرعها وان اشترى شاة لحم لا بد من الجس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره لان اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم (وأما) البسط فان كان مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها لا خيار له وان رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا

روى الحسن عن أبي حنيفة ولو اشترى ثوباً واحداً فرأى ظاهره مطوياً ولم ينشره فان كان ساذجاً ليس بمنقش ولا بذي علم فلا خيار له لان رؤية ظاهره مطوياً تفيد العلم بالباقي وان كان منقشاً فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لان النقش في الثوب المنقش مقصود وان لم يكن منقشاً ولكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له وان لم ير كله ولو رأى كله الا علمه فله الخيار لان العلم في الثوب المعلم مقصود كالنقش في المنقش ولو اشترى داراً فرأى خارجها أو بستاناً فرأى خارجه ورؤس الاشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الدار شئ واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض رؤية الكل الا ان مشايخنا قالوا ان هذا مؤول وتأويله ان لا يكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤية الخارج فاما اذا كان داخلها أبنية فله الخيار ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم اذا رأى كله الا علمه كان له الخيار لان العلم هو المقصود منه وذكر الكرخي ان أبا حنيفة عليه الرحمة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمنه فان دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة وانما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو الصحيح لاختلاف الابنية في داخل الدور في زماننا اختلافاً فاحشاً فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل والله عز وجل أعلم. هذا اذا كان المشترى شيأ واحداً فرأى بعضه فاما ان كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض فلا يخلو اما ان كان من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء فان كان في وعاء واحد فلا خيار له لان رؤية البعض فيها تفيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض كرؤية الكل الا اذا وجد الباقي بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار لكن خيار العيب لا خيار الرؤية وان كان في وعاءين فان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ له الخيار لان اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق لا خيار له وهو الصحيح لان رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين بعد ان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة فان كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف لان رؤية البعض من جنس وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر وان كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب بان اشترى جماعة عبيد أو جوارى أو ابل أو بقر أو قطيع غنم أو جراب هروى فرأى بعضها أو كلها الا واحداً فله الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل لان رؤية البعض من هذا الجنس لا تفيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيأ منه بخلاف المكيل والموزون لان رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي ولو اشترى جماعة ثياب في جراب ورأى أطراف الكل أو طي الكل لا خيار له الا اذا كانت معلمة أو منقشة لانها اذا لم تكن معلمة ولا منقشة لم يكن البعض من كل واحد منها مقصوداً والبعض تبعاً ورؤية البعض تفيد العلم بحال الباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل كما اذا اشترى البطيخ في السريجة والرمان في القفة فرأى البعض فله الخيار لان البعض منها ليس تبعاً للبعض بل كل واحد منها مقصود بنفسه فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً فكان له الخيار وان كان من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض منها ذكر الكرخي ان له الخيار وألحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلافها في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوى انه لا خيار له وهو الصحيح لان التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحق بالعدم عرفاً وعادة وشرعاً ولهذا الحق بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها عدداً عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر فكان رؤية بعضه معرفاً حال الباقي ويحتمل أن يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين السلم وهو ان البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة والاصل في الحقائق اعتبارها الا ان الشرع أهدر هذا التفاوت وألحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة الى الاهدار في اسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبراً فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار والله عز وجل أعلم ولو اشترى دهناً في قارورة فرأى خارج القارورة فعن محمد روايتان روى ابن سماعة عنه انه

لا خيار له لان الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما فى داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة لان ما فى الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية وقالوا فى المشترى اذا رأى المبيع فى المرآة ان له الخيار وكذا فى الماء وقالوا لانه لم يرعينه وانما رأى مثاله والصحيح انه رأى عين المبيع لا ان غير المبيع فى المرآة والماء بل يراه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليست من شرط الرؤية فانا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرآة فيعلم بأصله لا بهيئته فلذلك يثبت له الخيار لا لما قالوا والله عز وجل أعلم على ان فى العرف لا يشترى الانسان شيأ لم يره ليراه فى المرأة أو فى الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته فى المرآة وان رأى عينه مسقطة للخيار وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته فى الماء أو فى المرآة فنظر اليه بشهوة لا تثبت له حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مراجعاً للمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً لما قلنا ولو اشترى سمكا فى دائرة يمكن أخذه من غير اصطياد وحيلة حتى جاز البيع فرآه فى الماء ثم أخذه قال بعضهم لا خيار له لانه رأى عين السمك فى الماء وقال بعضهم له الخيار لان ما رآه كما هو لان الشئ لا يرى فى الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار (وأما) بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى به صريحاً بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى ثم رآه له أن يرده لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه أثبت الخيار للمشترى بعد الرؤية فلو ثبت له خيار الاجازة قبل الرؤية وأجاز لم يثبت له الخيار بعد الرؤية وهذا خلاف النص ولان المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف والرضا بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقاً بالعدم (وأما) الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الاعارة والايداع وقد خرج الجواب عن قولهم انه لا خيار قبل الرؤية لان ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار وانما يثبت حكما لعدم لزوم العقد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقا فى جميع العمر الى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ والا فيبقى على حاله ولا يتوقف بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخى لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقى سببه وقال بعضهم انه يثبت موقتاً الى غاية امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب المسقطة للخيار على ما نذكرها ان شاء الله تعالى لان من الاسباب المسقطة للخيار الرضا والاجازة والامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (أما) الصريح وما فى معناه فنحو ان يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجرى هذا المجرى سواء علم البائع بالاجازة أو لم يعلم لان الاصل فى البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل فى الرضا فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم (وأما) الدلالة فهو أن يوجد من المشترى تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع لان للقبض شبها بالعقد فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذاك دليل الرضا كذا هذا وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض بأن قبضه الوكيل وهو ينظر اليه وكانت رؤيته كرؤية الموكل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته ولقب المسألة ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الرؤية عنده وعندهما لا يملك وأجمعوا على أن الرسول بالقبض لا يملك وأجمعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤيته رؤية الموكل وأجمعوا على أن الرسول بالشراء

لا يملك ولا تكون رؤيته رؤية المرسل و يثبت الخيار للمرسل اذا رآه (وجه) قولهما ان الوكيل متصرف بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يتعدى الى مورد الامر وهو وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه ولهذا لا يملك اسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولابى حنيفة أنه وكيل بالقبض لكن بقبض تام لان الوكيل بالشئ وكيل باتمام ذلك الشئ ولهذا كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض وتمام القبض باسقاط الخيار لان خيار الرؤية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال الخيار مقصودا لان الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وانما يبطل فى ضمن القبض بأن قبضه وهو ينظر اليه حتى لو قبضه مستورا ثم أراد بطلان الخيار لا يملكه والشئ قد يثبت ضمنا لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كعزل الوكيل وغيره بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض الا ترى أنه يملك التفريق بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعا للعقد من الاصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لانه يثبت للاختبار والقبض وسيلة الى الاختبار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية انما يثبت بخلل فى الرضا والقبض مع الرؤية دليل الرضا على الكمال فاوجب بطلان الخيار و بخلاف الرسول بالقبض لانه نائب فى القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان اتمام القبض الى المرسل (وأما) الوكيل فأصل فى نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم فعله فكان الاتمام الى الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف الملاك بأن كان ثوبا فقطعه أوصبغه أحمر أو أصفر أو سويقا فلته بسمن أوعسل أو أرضا فبنى عليها أوغرس أوزرع أوجارية فوطئها أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة أودابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لان الاقدام على هذه التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والملك به إذ لو لم يكن به وفسخ البيع لتبين أنه تصرف فى ملك الغير من كل وجه أو من وجه وانه حرام فجعل ذلك اجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه على البيع باع أو لم يبع لانه لما عرضه على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشترى ومن ضرورته لزوم الملك له ليمكنه اثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبى يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح قول أبى يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة الاجازة والرضا ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ثم لو صرح بالاجازة فى البعض لم يجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فلأن لا يسقط بدلالة الاجازة أولى وكذلو وهبه سلم أو لم يسلم لان الثابت بالهبة لا يعود اليه الا بقرينة القضاء أو الرضا فكان الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم فيقتضى لزوم الملك للواهب وكذا اذا رهنه وسلم أو آجره لان كل واحد منهما عقد لازم فى نفسه والثابت بهما حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة عقد لازم فى جانب المكاتب والثابت بها حق لازم فى حقه وكذا اذا باعه أو وهبه وسلم وكذا اذا أعتقه أو دبره أو استولده لان هذه تصرفات لازمة والثابت بها ملك لازم أو حق لازم فالاقدام عليها يكون اجازة والتزاما للعقد دلالة ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره فى رواية وفى رواية يسقط وهى الصحيحة لان البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البيع بل فوقه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقى ولزم البيع فيه لان رد الباقى تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه يمنع تمام الرضا وكذا اذا انتقص المعقود عليه بفعله والله عز وجل أعلم (وأما) الضرورى فهو كل ما يسقط به الخيار و يلزم البيع من غير صنعه نحو موت المشترى عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والمسألة قدمرت فى خيار الشرط وكذا اجازة أحد الشركين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند أبى حنيفة وقد ذكرنا المسألة فى خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبى أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أو ازداد فى يد المشترى زيادة منفصلة أو متصلة متولدة

او

أوغيرمتولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى خيار الشرط والعيب والاصل ان كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية الا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها أما قبلها فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لان أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار واسقاط الشئ قبل ثبوته وثبوت سببه محال وأما بعد الرؤية فلان الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لان ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة وانما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى (وأما) خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين أما خيار الشرط فظاهر لانه منصوص عليه فى العقد (وأما) خيار العيب فلان السلامة مشروطة فى العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصوداً لان الانسان يملك التصرف فى حق نفسه مقصوداً استيفاء واسقاطاً فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطاً مقصوداً لانه لا يملك التصرف فى حق غيره مقصوداً لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف فى حق نفسه كما اذا أجاز المشترى البيع ورضى به بعد الرؤية نصا أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة لانه وان ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبته نظرا للعبد حتى اذا رآه وصلح له أجازه وان لم يصلح له رده إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة فكان المشترى بالاجازة والرضا متصرفا فى حق نفسه مقصودا ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصودا ويجوز ان يثبت الشئ بطريق الضرورة وان كان لا يثبت مقصودا كالوكيل بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل كذا ههنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أو عرضه على البيع أو وهبه ولم يسلم أو كان للمشترى دار فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فهو على خياره لان هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى أن لا يسقط وانما يسقط بتعذر الفسخ بأن أعتق أو دبر أو باع أو آجر أو رهن وسلم أما الاعتاق والتدبير فلان كل واحد منهما وقع صحيحا لمصادفته محلا مملوكا وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسخ فتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما (وأما) البيع والاجارة والرهن فلانها تصرفات لازمة أوجب بها ملكا لازما أو حقا لازما للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن فى بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع أو رهن أو آجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضى أو افتك الرهن أو انقضت مدة الاجارة لا يعود الخيار كذا روى عن أبى يوسف لان خيار الرؤية بعد ما سقط لا يعود الا بسبب جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشترى قبل الرؤية يلزم البيع لان هذه عقود لازمة أوجبت حقوقا لازمة (أما) الكتابة فلانها عقد لازم فى حق المكاتب حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب وكذا البيع بشرط الخيار للمشترى لانه لازم فى جانب البائع (وأما) الهبة فلان الملك الثابت بها ملك لا يحتمل العود اليه الا بقضاء أو رضا فكان فى معنى اللازم واذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار لنفسه لانه ليس بتصرف لازم فى حقه وكذا الهبة من غير تسليم والعرض على البيع والله عز وجل أعلم ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع برضا المشترى اذا رأى كل المبيع فرضى به فأما اذا رأى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على النحو الذى ذكرنا فيما اذا رأى بعض المبيع دون بعض وقت الشراء فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ههنا وما لا فلا وفيما وراء ذلك لا يختلفان والله عز وجل أعلم وعلى ذلك يخرج ما اذا اشترى مغيبا فى الارض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات فى الارض فقلع بعضه ورضى بالمقلوع انه لا يسقط خياره عند

أبي حنيفة حتى إنه اذا قلع الباقي كان على خياره ان شاء رد الكل وان شاء أمسك الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا قلع شيأ مما يستدل به على الباقي في عظمه ورضي به المشتري فهو لازم (وجه) قولهما انه اذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كرؤية كله فكأنه قلع الكل ورضي به كما اذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة ولو قطع المشتري الكل بغير اذن البائع سقط خياره لانه نقص المعقود عليه بالقلع لانه كان ينمو في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المعقود عليه في يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى وكذا اذا قلع بعضه بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبصنعه أولى وان قلع كله باذن البائع أو بعضه أو قلع الباقي بنفسه لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع بفعل البائع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر لا يسقط وروى بشر عن أبي يوسف ان المشتري اذا قلع البعض باذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر ان كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضي به يلزم البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لان رؤية بعضه تعرف حال الباقي الا اذا كان المقلوع قليلا لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لان قلعه والترك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيأ وان كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضها منه فهو على خياره لان رؤية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقى على خياره وقال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اني أخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع اني أخاف ان قلعته لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضي العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ والله عز وجل أعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير فأما الاعمى اذا اشترى شيأ وثبت له الخيار فان خياره يسقط بما ذكرنا من الاسباب المسقطة لكن بعد ما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير وروى عن الحسن بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته وروى هشام عن محمد أنه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيرا لرآه ثم يوصف له لان هذا أقصى ما يمكن ولو وصف له فرضي به ثم أبصر لا يعود الخيار لان الوصف في حقه كالخلف عن الرؤية لعجزه عن الاصل والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك ولو اشترى البصير شيأ لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمي فهذا والاعمى عند الشراء سواء لانه ثبت له خيار الرؤية وهو أعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا والله عز وجل أعلم

(وأما) بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به العقد والثاني في بيان شرائط صحة الفسخ أما الاول فما ينفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختياري هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجرى هذا المجرى والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض (وأما) شرائط صحته فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ ومنها أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع وان تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة

على البائع قبل تمامها وانه باطل ومنها علم البائع بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة فى خيار الشرط وأما قضاء القاضى أو التراضى فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض و بعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وقد ذكرنا شرائط الصحة فى مواضعها (وأما) حكمه فالكلام فى حكمه يقع فى ثلاث مواضع أحدها فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان صفته والثالث فى بيان شرائطه أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك فى الجملة عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز و باطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل وهذا على مثال ما يقول فى أقسام المشروعات ان الفرض والواجب سواء وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف فى أصول الفقه (وجه) قوله ان هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين وروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة انههم عن أربع عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا وعن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء ونحو ذلك والمنهى عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك لان الملك نعمة والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا (ولنا) ان هذا بيع مشروع فيفيد الملك فى الجملة استدلالا بسائر البياعات المشروعة والدليل على انه بيع ان البيع فى اللغة مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب مالا كان أو غير مال قال الله سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى سمى مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة فقال سبحانه وتعالى فما ربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله عز شأنه ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمى سبحانه وتعالى مبادلة الانفس والاموال بالجنة اشتراء و بيعاً حيث قال تعالى فى آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وفى عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعاً والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة فى باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من النصوص فى هذا الباب عاماً مطلقاً فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل (ولنا) الاستدلال بدلالة الاجماع أيضاً وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالى عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الاصلى سواء واذا ألحق بالعدم فى نفس البيع خالياً عن المفسد والبيع الخالى عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالاجماع وهذا الاستدلال قوى (وأما) النهى فالجواب عن التعلق به ان هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وانه سبب بقاء العالم الى حين إذ لا قوام للبشر الا بالاكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل الى استبقاء النفس بذلك الا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لانه يؤدى الى التناقض ولهذا لم يجز النهى عن الايمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهى المضاف الى البيع على غيره ضرورة والثانى ان سلم جواز ورود النهى عن البيع فى الجملة لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الامكان والثانى ان فى الحمل على البيع نسخ المشروعية وفى الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ لان الحمل على المجاز من باب نسخ

الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من يملك الفسخ وفي بيان ما يكون فسخاً وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته اما بيان ان الثابت بهذا البيع أوجب الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعاً في ذاته فالفساد مقترن به ذكراً ودفع الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الأجل فأسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعاً كما كان ولان اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وادخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية لانه اذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة (وأما) بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق الفساد لا يخلو اما ان يكون راجعاً الى البدل بان باع بالخمر والخنزير واما ان لم يكن راجعاً اليه كالبيع بشرط منفعة زائدة لاحد العاقدين أو الى أجل مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض واما ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ من غير رضا الآخر كيف ما كان الفساد لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين وان كان بعد القبض فان كان الفساد راجعاً الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء لان الفساد الراجع الى البدل فساد في صلب العقد ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قوياً فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعاً ولو لم يكن راجعاً الى البدل فقد ذكر الإمام الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافاً لان الفساد الذي لا يرجع الى البدل لا يكون قوياً لكونه محتملاً للحذف والاسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ ان شرط له المنفعة لا غير (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد واسقاطه فلو فسخه الآخر لا بطل حقه عليه وهذا لا يجوز (وجه) قولهما ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعاً للفساد وقوله المفسد ممكن الحذف فنعم لكنه الى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه تبين ان الفسخ من صاحبه ليس بابطال لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق قبل ثبوته محال (وأما) بيان ما يكون فسخاً لهذا العقد ففسخه بطريقين قول وفعل فالقول هو أن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع سواء كان قبل القبض أو بعده لان هذا البيع انما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخاً في حق الناس كافة فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا والفعل هو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما رده ببيع أو هبة أو صدقة أو اعارة أو ايداع بان باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه اياه يبرأ المشتري عن الضمان لانه يستحق الرد على البائع فعلى أي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة أنه يكون فسخاً والوديعة بأي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسلمه اليه لان حكم البيع يقع لموكله وهو البائع فكانه باعه للبائع ولو باعه المشتري من عبد بائعه وهو مأذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل الى البائع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع للمولى فكان بيعاً من المولى وان كان عليه دين لا يكون فسخاً للبيع ويتقرر الضمان على المشتري لانه اذا كان عليه دين فحكم تصرفه

لا

لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعاً من المولى فصار كما اذا باعه من أجنبي ولو اشترى من عبد مأذون لانسان شيئاً منه شراء فاسداً أو قبضه ثم انه باعه من مولاه فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع لانه يكون مشترياً من المولى كانه اشتراه من مولاه ثم باعه منه فان كان عليه دين لم يكن فسخاً لانه يكون مشترياً منه لا من مولاه فكانه اشترى من أجنبي و باعه من مولاه ولو باعه المشترى من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع وتقرر الضمان على المشترى بخلاف ما اذا باعه من وكيل بائعه بالشراء أنه يكون فسخاً (ووجه) الفرق ان الوكيل بالشراء يتصرف لموكله لا لنفسه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع لموكله لا له فنزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما المضارب فيتصرف لنفسه ألا ترى ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان البائع وكيلا لغيره بالشراء فاشترى المشترى شراء فاسداً لموكله لم يكن فسخاً للبيع لان حكم الشراء يقع لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشترى وتقرر على المشترى ضمان القيمة و يلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة فى الاستيفاء و يترادان الفضل ان كان فى أحدهما فضل والله عز وجل أعلم (وأما) شرط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بمحضر من صاحبه ذكره الكرخى ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضى الامام الاسبيجابى رحمه الله فى شرحه مختصر الطحاوى ان هذا شرط عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف فى خيار الشرط والرؤية وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الفسخ و يلزم البيع و يتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر فنقول و بالله التوفيق الفسخ فى البيع الفاسد يبطل بصريح الابطال والاسقاط بان يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على اسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية لكن قد يسقط بطريق الضرورة بان يتصرف العبد فى حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك و بيان ذلك فى مسائل المشترى شراء فاسداً اذا باع المشترى أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشترى القيمة أو المثل لانه تصرف فى محل مملوك له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه لانه حصل عن تسليط منه و يطيب للمشترى الثانى لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشترى الاول لانه لا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا و بين ما اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فاخذ شيأ من أموالهم بغير اذنهم وأخرجه الى دار الاسلام ثم باعه انه يصح بيعه لكن لا يطيب للمشترى كما لا يطيب للآخذ (ووجه) الفرق ان عدم الطيب فى المأخوذ من الحربى بغير اذنه لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة والمأخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه رداً للخيانة و بالبيع لم يخرج عن استحقاق الرد على مالكه لحصوله لا بتسليط من جهته فبقى واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب للمشترى ههنا لقران الفساد به ذكراً لا حقيقة ولم يوجد ذلك فى البيع الثانى وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشترى بتسليطه والله عز وجل أعلم ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الملك الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان دفعاً للعقد من الاصل وجعلا له كان لم يكن ولو اشتراه ثانياً أو عاد اليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لان الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين ولو اعتقه المشترى أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا ولان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية أم ولد المشترى لان الاستيلاد قد صح لحصوله فى ملكه وعلى المشترى قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار كما لو هلكت فى يده وهل يغرم العقر ذكر فى البيوع أنه لا يغرم وفى الشرب روايتان والصحيح أنه لا يضمن العقر لانه وطئ ملك نفسه وقد تقرر ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد ولو وطئها المشترى ولم يعلقها لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق بين هذا و بين الجارية الموهوبة اذا وطئها الموهوب له وأعلقها ثم رجع الواهب فى هبته وأخذ الجارية ان الموهوب له لا

يضمن العقر (ووجـه) الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطء و بالرجوع لم يتبين ان حـل الوطء لم يكن فكان مستمتعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسـد لان الملك الثابت به لا يظهر فى حق حل الوطء فكان الوطء حراما الا أنه سقط عنه الحد للشبهة فوجب العقد وكذلك لو كاتبه لان الـكتابة قد صحت لوجودها فى الملك ولا سبيل للبائع الى نقضها لحصولها من المشترى بتسـليط البائع فـلا يكون له حق النقض عليـه وعلى المشترى قيمة العبد فان أدى بدل الـكتابة وعتق تقرر على المشترى ضمان القيمة وان عجز و ردفى الرق ينظر ان كان ذلك قبل القضاء بالقيمة على المشترى فللبائع أن يسترده لانه كان مستحق الرد قبل الـكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد لعارض الـكتابة فان عجز و رد فى الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشترى كما كان وان كان بعد ماقضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لانه بالقضاء بالقيمة تقرر ملك المشترى فى العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما والملك اللازم لا يحتمل الفسخ والله عز وجل أعلم وكذلك لو رهنـه المشترى بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشترى فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الـكتابة ولو أجره صحت الاجارة لما قلنا ولـكن لا يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقدا لازما الا انها تفسخ بالعذر ولا عـذر أقوى من رفع الفساد فتنفسخ به وسلمت الاجرة للمشترى لان المنافع على أصل أصحابنا لا تتقوم الا بالعقد والعقد وجد من المشترى فكانت الاجرة له وهـل تطيب له ينظر ان كان قـد أدى ضمان القيمـة ثم آجر طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قائم مقامـه فكانت الاجرة ربح ماقد ضمن وان آجر ثم أدى الضمان لا تطيب له لانها ربح مالم يضمن ولو أوصى به صحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصى حيا بعد فللبائع حق الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصى بل محتمـل وان مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك جـديد بخـلاف الثابت للوارث بأن مات المشترى شراء فاسـدا لانه لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسـترد من و رثته وكذا اذا مات البائع فلو رثته ولاية الاسـترداد لان الثابت للوارث عـين ماكان للمورث وانما هو خلفـه قائم مقامه ولهـذا يرد الوارث بالعيب و يرد عليـه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخـلاف الموصى له فان الثابت ملك جـديد حصـل بسبب جـديد ولهـذا لم يرد بالعيب ولا يرد عليـه وأنه لم يكن مستحق الفسخ ولو ازداد المبيع فى يد المشـترى فان كانت الزيادة متصـلة متولدة من الاصـل كالسمن والجمال فانها لا تمنع الفسخ لان هـذه الزيادة تابعة للاصـل حقيقة والاصـل مضمون الرد فـكذلك التبع كما فى الغصب وان كانت غـير متولدة من الاصـل كما اذا كان المبيع سويقا فلته المشترى بعسـل أوسمن فانها تمنع الفسخ لانه لو فسخ اما ان يفسخ على الاصـل وحـده واما ان يفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثانى لان الزيادة لم تدخـل تحت البيع لا أصلا ولا تبعا فلا تدخل تحت الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصـل كالولد واللبن والثمرة لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الاصـل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل لـكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فـكذا الزيادة كما فى باب الغصب وكذا لو كانت الزيادة أرشا أو عقرا لان الارش بدل جزء فائت من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل ماله حكم الجزء والعين فـكأنه متولد من العين ثم فى فصل الولد اذا كانت الجارية فى يد المشترى فان نقصتها الولادة و بالولد وفاء بالنقصان ينجبر النقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر كما فى الغصب وسنذكر المسئلة فى كتاب الغصب ان شاء الله تعالى وان لم تنقصها الولادة استردها البائع ولا شئ على البائع وان نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان ردها مع ضمان النقصان كما فى الغصب وان هلك الولد قبـل الرد لا ضمان على المشـترى بالزيادة كما فى الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما فى الغصب ولو استهلك المشـترى الزيادة ضمن كما فى الغصب ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع أن يسترد الزيادة و يضمـن قيمـة المبيع وقت القبض لانهما كانا مضمونى الرد الا انه تعذر اسـترداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة فبقى الولد على حاله مضمون

الرد كما كان وان كانت الزيادة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لا تمنع الرد وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها لا تطيب له لانها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا ضمان عليه لان المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلا ولا تبعاً اما أصلا فلا نعدامها عند القبض واما تبعاً فلانها ليست بتابعة حقيقة بل هي أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الاصل وان استهلكها المشتري فكذلك عند أبي حنيفة لا ضمان عليه وعندهما يضمن وأصل المسئلة في الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ونذكر المسئلة في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري تقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما في الغصب والفرق بين الزيادتين يذكر في الغصب ان شاء الله تعالى هذا اذا زاد المبيع في يد المشتري شراء فاسداً (فاما) اذا انتقص في يده فان كان النقصان بآفة سماوية فانه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان لان المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع اجزائه فصار مضموناً بجميع اجزائه والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت لا تضمن بالعقد كما في قبض المغصوب وكذلك اذا كان النقصان بفعل المبيع لان هذا والنقصان بآفة سماوية سواء وان كان النقصان بفعل المشتري فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضموناً عليه فبصنعه أولى وان كان بفعل أجنبي فالبائع بالخيار ان شاء أخذ الارش من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني وان شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كما في الغصب لانه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والاجنبي لم يملك فلا يرجع ولو قتله أجنبي فللبائع أن يضمن المشتري قيمته حالة القبض ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين فرق ههنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب في يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب والغاصب يرجع على عاقلة القاتل في ثلاث سنين وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب (ووجه) الفرق ان الاجنبي جنى على ملك المشتري لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع فلا يملك البائع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقبله لا ملك له فيه فكان القتل جناية على ملك المالك والقبض جناية على ملكه أيضاً فكان له خيار التضمين وان كان النقصان بفعل البائع لا شئ على المشتري لانه صار مسترداً بفعله حتى انه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على البائع يهلك على البائع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سراية جناية البائع لا ضمان على المشتري أيضاً لانه صار مسترداً بفعله وان هلك لا من سراية جناية البائع فعلى المشتري ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لانه استرد ذلك القدر بجنايته ولو قتله البائع لا ضمان على المشتري لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البائع بئراً فوقع فيه ومات لان ذلك في معنى القتل فيصير مسترداً والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل في هذا ان المشتري اذا أحدث في المبيع صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل كما اذا كان المبيع قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسماً أو عنباً فعصره أو ساحة فبنى عليها أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك لان القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ألا ترى ان كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا ولو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الاحمر والاصفر ونحوهما ذكر

الكرخي انه ينقطع حق البائع عنه الى القيمة وروى عن محمد ان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطاه مازاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب فى الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطى الغاصب مازاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته فكذا هذا والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع أرضا فبنى عليها بطل حق الفسخ عند أبى حنيفة وعلى المشترى ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل و ينقض البناء (وجه) قولهما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا ههنا ولان البناء ينقض بحق الشفيع بالاجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل ان الشفيع لا يأخذ الا بقضاء والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى (وجه) قول أبى حنيفة انه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو اما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء لا سبيل الى الثانى لانه لا يمكن ولا سبيل الى الاول لان البناء من المشترى تصرف حصل بتسليط البائع وانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة (ومنها) ان الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لان القيمة هى الموجب الاصلى فى البياعات لانها مثل المبيع فى المالية الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب المصير الى الموجب الاصلى خصوصاً اذا كان الفساد من قبل المسمى لان التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعا بقيمة المبيع لان البيع مبادلة بالمال فاذا لم يذكر البدل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله ان كان من قبيل الامثال (ومنها) ان هذا الملك يفيد المشترى انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع (وأما) التصرف الذى فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفى الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشترى داراً لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشترى لان حق البائع لم ينقطع والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشترى ألا ترى ان من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشترى لانقطاع حق البائع باقراره وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسدا تثبت الشفعة لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة والله عز وجل أعلم ولو وطئ الجارية المشتراة شراء فاسداً فان لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد فعليه العقر وان أعلقها وضمن قيمة الجارية ففى وجوب العقر روايتان على ماذكرنا (وأما) شرائطه فاثنان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعا للفساد وفى وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه الى المشترى وفى التسليم تقرير الفساد وايجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثانى أن يكون القبض باذن البائع فان قبض بغير اذنه أصلا لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينهه ولا اذن له فى القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر فى الزيادات انه يثبت الملك وذكر الكرخى فى الرواية المشهورة انه لا يثبت (وجه) رواية الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك اذنا منه بالقبض دلالة مع ما ان العقد الثابت دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على القبض فكأنه دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة كما فى باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه كذا ههنا

(وجه)

(وجه) الرواية المشهورة ان الاذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا ان في القبض تقرير الفساد فكان الاذن بالقبض اذنا بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن اثباته بطريق الدلالة وبه تبين ان العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المانع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة لان هناك لا مانع من القبض فامكن اثباته بطريق الدلالة مادام المجلس قائما وانما شرط المجلس لان القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الاهلية والمحلية وغيرهما وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع أصلا لان الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة لان التصرف الشرعي لا وجود له بدون الاهلية والمحلية شرعا كما لا وجود للتصرف الحقيقي الا من الاهل في المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول و بيع الملاقيح والمضامين وكل ماليس بمال وكذا بيع صيد الحرم والاحرام لانه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى لان أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالا مطلقاً والمكاتب حر يداً فلم يكن مالا على الاطلاق والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلم وكذا بيع الخمر لانها ليست بمتقومة في حق المسلم لان الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد لانه لو انعقد اما أن ينعقد بالمسمى واما أن ينعقد بالقيمة لا سبيل الى الاول لان التسمية لم تصح ولا سبيل الى الثاني لانه لا قيمة له اذ التقويم ينبئ عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له واذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل في بيع الخمر تفصيلا فقال ان كان الثمن ديناً بأن باعها بدراهم فالبيع باطل وان كان عيناً بأن باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب لان مقصود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لانها لا تصلح للتملك والتمليك في حق المسلم مقصود بل تمليك الثوب وتملكه لان الثوب يصلح مقصوداً بالتملك والتمليك فالتسمية ان لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب ولا مقابل له فيصير كان المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن ديناً لان الثمن يكون في الذمة وما في الذمة لا يكون مقصوداً بنفسه بل يكون وسيلة الى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل أصلا (وأما) بيع الخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لان العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير في حق أهل الذمة والخمر مال في حقنا الا انه لا قيمة لها شرعا فاذا جعل الخمر والخنزير ثمناً فقد ذكر ما هو مال وكون الثمن مالا في الجملة أو مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجانا بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لان البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب الا ان كون المعقود عليه متقوما شرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد والمدبر وأم الولد والمكاتب والمستسعى لان هذه الاموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما يرعى ابله من أرضه من الكلا أو بما يشرب من ماء بئره لان المذكور ثمنا مال متقوم الا انه مباح غير مملوك وكذا هو مجهول أيضاً فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم قال عامتهم يبطل وقال بعضهم يفسد والصحيح انه يبطل لان المسمى ثمنا ليس بمال أصلا وكون الثمن مالا في الجملة شرط الانعقاد وكذا اختلفوا فيما اذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخي من أصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما اذا باع وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم اذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع فقبض المشتري المال باذن البائع هل يكون مضمونا عليه أو يكون أمانة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون أمانة لانه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى فالتحق العقد بالعدم وبقي اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون مضمونا عليه لان المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى (وأما) البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير اذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال

الاجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا ان يكون التوقف حكما شرعياً وقد ذكرنا حكم تصرفات الفضولي ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول و بالله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار والكلام في الاقالة في مواضع في بيان ركن الاقالة وفي بيان ماهية الاقالة وفي بيان شرائط صحة الاقالة وفي بيان حكم الاقالة (أما) ركنها فهو الايجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر فاذا وجد الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول أحدهما أقلت والآخر قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل بان قال أحدهما لصاحبه أقلني فيقول أقلتك أو قال له جئتك لتقيلني فقال أقلت فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ينعقد كما في النكاح وقال محمد رحمه الله لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع (وجه) قوله ان ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذا ركن الاقالة ولهما الفرق بين الاقالة و بين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجابا بخلاف الاقالة لان هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها لان المساومة فيها ليست بمعتادة فيحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا (وأما) بيان ماهية الاقالة وعملها فقد اختلف أصحابنا في ماهيتها قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده و روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض بيع بعده وقال أبو يوسف انها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما الا أن لا يمكن أن تجعل بيعا فتجعل فسخاً وقال محمد انها فسخ الا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة وقال زفر انها فسخ في حق الناس كافة (وجه) قول زفر ان الاقالة في اللغة عبارة عن الرفع يقال في الدعاء اللهم أقلني عثراتي أي ارفعها وفي الحديث من اقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة وعن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا في حد والاصل أن معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة ورفع العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسما فيختلفان حكما هذا هو الاصل فاذا كانت رفعا لا تكون بيعا لان البيع اثبات والرفع نفي و بينهما تناف فكانت الاقالة على هذا التقدير فسخا محضا فتظهر في حق كافة الناس (وجه) قول محمد ان الاصل فيها الفسخ كما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا ضرورة (وجه) قول أبي يوسف ان معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بدل واعطاء بدل وقد وجد فكانت الاقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة ولهذا اعطى حكم البيع في كثير من الاحكام على ما نذكر وكذا اعتبر بيعا في حق الثالث عند أبي حنيفة (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله في تقرير معنى الفسخ ما ذكرناه لزفر انه رفع لغة وشرعا ورفع الشيء فسخه وأما تقرير معنى البيع فيه فما ذكرنا لابي يوسف ان كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي فاظهرناه في حق الثالث فجعل فسخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث وهذا ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه فمن شخصين أولى والدليل عليه أنها لا تصح من غير تسمية ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف اذا تقايلا ولم يسميا الثمن الاول أو سميا زيادة على الثمن الاول أو أنقص من الثمن الاول أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الاول قل أو كثر أو أجلا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول في قول أبي حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة والنقصان والاجل والجنس الآخر باطلة سواء كانت الاقالة قبل القبض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول

لانها

لانها فسخ فى حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الاول فيكون فسخه بالثمن الاول ضرورة لانه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لا يختلف بين ماقبل القبض وبين ما بعده وبين المنقول وغير المنقول وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والاجل وتبقى الاقالة صحيحة لان اطلاق تسمية هذه الاشياء لا يؤثر فى الاقالة لان الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة وبخلاف البيع لان الشرط الفاسد انما يؤثر فى البيع لانه يمكن الربا فيه والاقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه فهو الفرق بينهما وفى قول أبى يوسف ان كان بعد القبض فالاقالة على ماسميا لانها بيع جديد كانه باعه فيه ابتداء وان كان قبل القبض والمبيع عقارا فكذلك لانه يمكن جعله بيعا لان بيع العقار قبل القبض جائز عنده وان كان منقولا فالاقالة فسخ لانه لا يمكن جعلها بيعا لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وروى عن أبى يوسف ان الاقالة بيع على كل حال فكل مالا يجوز بيعه لا تجوز اقالته فعلى هذه الرواية لا تجوز الاقالة عنده فى المنقول قبل القبض لانه لا يجوز بيعه وعند محمد ان كان قبل القبض فالاقالة تكون على الثمن الاول وتبطل تسمية الزيادة على الثمن الاول والجنس الآخر والنقصان والاجل يكون فسخا كما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعا لكن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولا كان أو عقارا وان كان بعد القبض فان تقايلا من غير تسمية الثمن أصلا أو سميا الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان أو نقصا عن الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخا أيضا كما قال أبو حنيفة رحمه الله أنها فسخ فى الاصل ولا مانع من جعلها فسخا فتجعل فسخا وان تقايلا عن الزيادة أو على الثمن الاول أو على جنس آخر سوى جنس الثمن الاول قل او كثر فالاقالة على ماسميا ويكون بيعا عنده لانه لا يمكن جعلها فسخا ههنا لان من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الاول واذا لم يمكن جعلها فسخا تجعل بيعا بما سميا بخلاف ما اذا تقايلا على أنقص من الثمن الاول أن الاقالة تكون بالثمن الاول عنده وتجعل فسخا ولا تجعل بيعا عنده لان هذا سكوت عن نقص الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الاول وهناك يجعل فسخا لا بيعا فههنا أولى والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان المشترى دارا ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم طلب منه المشترى أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الاول أو بجنس آخر أن الزيادة باطلة وكذا تسمية الجنس الآخر عند أبى حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله لانه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة اليه بالثمن الاول فالتسليم بالزيادة على الثمن الاول أو بجنس آخر يكون اقالة على الزيادة على الثمن الاول أو على جنس آخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالثمن الاول عندهما وانما اتفق جوابهما ههنا على أصل محمد لانه لا يرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخا على الاصل وعند أبى يوسف الزيادة صحيحة وكذا تسمية جنس آخر لان الاقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعا فتبقى بيعا على الاصل ولو تقايلا البيع فى المنقول ثم ان البائع باعه من المشترى ثانيا قبل أن يسترده من يده يجوز البيع وهذا يطرد على أصل أبى حنيفة ومحمد وزفر أما على أصل زفر فلان الاقالة فسخ مطلق فى حق الكل وعلى أصل أبى حنيفة فسخ فى حق العاقدين والمشترى أحد المتعاقدين وعلى أصل محمد فسخ عند عدم المانع من جعله فسخا ولا مانع ههنا من جعله فسخا بل وجد المانع من جعله بيعا لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكانت الاقالة فسخا عندهم فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فجاز وأما على أصل أبى يوسف فلا يطرد لان الاقالة عنده بعد القبض بيع مطلق وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا فكان هذا الفعل حجة عليه الا أن يثبت عنه الخلاف فيه ولو باعه من غير المشترى لا يجوز وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف يطرد أما على أصل أبى يوسف فلان الاقالة بعد القبض بيع جديد فى حق العاقدين وغيرهما الا لمانع ولا مانع من جعلها بيعا ههنا لانا لو جعلناها بيعا لا تفسد الاقالة لانها حصلت بعد القبض فتجعل بيعا فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فلم يجز وأما على أصل أبى حنيفة فهى وان كانت فسخا لكن فى حق العاقدين وأما فى حق غيرهما فهى بيع والمشترى غيرهما فكان بيعا فى بيعه فيكون بيع

المبيع المنقول قبل القبض وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لانها عند زفر فسخ فى حق العاقدين وغيرهما وعند محمد الاصل فيها الفسخ الا لمانع ولم يوجد المانع فبقى فسخاً فى حق الكل ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغى أن يجوز وان كان المبيع غير منقول والمسئلة بحالها جاز بيعه من غير المشترى أيضاً على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا على قياس اصل محمد لان على أصله الاقالة بيع فى حق الكل الا أن لا يمكن وههنا يمكن لما قلنا وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق غير العاقدين فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض وأنه جائز عندهما وعلى أصل محمد فسخ الا عند التعذر ولا تعذر ههنا لانها حصلت بعد القبض على الثمن الاول فبقيت فسخاً فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض وهذا جائز عنده منقولا كان أو غير منقول وعند زفر هو فسخ على الاطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع فان الشفيع يأخذها بالشفعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان الاقالة بيع جديد فى حق الكل على أصل أبى يوسف ولا مانع من جعلها بيعاً وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق غير العاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعاً فى حقه فيستحق وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة لانها فسخ مطلق على اصل زفر وعلى أصل محمد فسخ ما امكن وههنا ممكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشترى قبل الاسترداد وقبل المشترى جازت الهبة وملكه المشترى ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا فى البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشترى المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع وهذا يشكل على أصل أبى يوسف لانه أجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخاً للاقالة كما كانت فسخاً للبيع ثم الفرق على أصل من يجعلها فسخاً ظاهر لان الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن اقالة البيع ولو كان المبيع مكيلا أو موزونا بيع مكايلة أو موازنة فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أو وزن صح قبضه وهذا لا يطرد على أصل أبى يوسف لان الاقالة لو كانت بيعاً لما صح قبضه من غير كيل أو وزن كما فى البيع ولو تقايلا قبل قبض المبيع أو بعده ثم وجد البائع به عيباً كان عند بائعه ليس له أن يرده عليه وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف يطرد لان الاقالة على أصل أبى يوسف بيع فى حق الكل وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق ثالث فكان بيعاً فى حقه فيصير كانه اشتراه ثانيا أو ورثه من المشترى وعلى أصل محمد وزفر يشكل لان الاقالة فسخ على أصلهما فينبغى ان لا يمنع الرد ولو اشترى شيأ وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من أجنبى ثم تقايلا وعاد المبيع الى المشترى ثم ان بائعه اشتراه باقل مما باعه بالثمن الاول قبل النقد يجوز وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف صحيح لان الاقالة على أصل أبى يوسف بيع فى حق العاقدين وغيرهما وعلى أصل أبى حنيفة بيع فى حق ثالث والبائع الاول ههنا ثالث فكانت الاقالة بيعا فى حقه كان المشترى الاول اشتراه ثانياً ثم باعه من بائعه باقل من الثمن الاول قبل النقد وذلك جائز كذا هذا وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخاً فكانت اعادة الى قديم الملك فينبغى أن لا يجوز وأما شرائط صحة الاقالة (فمنها) رضا المتقايلين أما على أصل أبى يوسف فظاهر لانه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات وأما على أصل أبى حنيفة ومحمد وزفر فلانها فسخ العقد والعقد لم ينعقد على الصحة الا بتراضيهما أيضا (ومنها) المجلس لما ذكرنا ان معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع (ومنها) تقابض بدلى الصرف فى اقالة الصرف وهذا على أصل أبى يوسف ظاهر وكذلك على اصل أبى حنيفة لان قبض البدلين انما وجب حقاً لله تعالى الا ترى أنه لا يسقط باسقاط العبد والاقالة على أصله وان كانت فسخاً فى حق العاقدين فهى بيع جديد فى حق ثالث فكان حق الشرع فى حكم ثالث فيجعل بيعا فى حقه (ومنها) أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب

الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر فان لم يكن بان ازدادز يادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط أما على أصل أبي حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ للعقد فلا بد وان يكون المحل محتملا للفسخ فاذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة (وأما) على أصل أبي يوسف فلانها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد الزيادة محتمل للبيع فبقي محتملا للاقالة (وأما) على أصل محمد وان كانت فسخا لكن عند الامكان ولا امكان ههنا لانا لو جعلناها فسخا لم يصح ولو جعلناها بيعا لصحت فجعل بيعا لضرورة الصحة فلهذا اتفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا الفصل (ومنها) قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط (ووجه) الفرق ان اقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لانه هو المعقود عليه على معنى ان العقد ورد عليه لا على الثمن لانه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين لانه اسم لما في الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع لا بالثمن فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة واذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة وعلى هذا يخرج ما اذا تبايعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا او لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة الموصوفة في الذمة ثم تقايلا أنهما ان تقايلا والعين قائمة في يد المشتري صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما في يده أو هالكا لقيام حكم البيع بقيام المعقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قائمة وقت الاقالة ثم هلكت قبل الرد على البائع بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى أن بعد الاقالة وجب على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الاقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب بطلان البيع كذا هذا سواء بقي الثمن أو هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة وكذا اذا كان المبيع عبدين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا أنه لا تصح الاقالة لما ذكرنا أن المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ثم هلكت احداهما في يد مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد في كل واحد منهما ثم خرج الهالك من أن يكون قيام العقد به فيقوم بالآخر واذا بقي المبيع بقي محل الفسخ فيصح أو نقول المبيع أحدهما والآخر ثمن اذ المبيع لا بد له من الثمن فاذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده فكان التصحيح أولى فبقي البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلك أحدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان هلاك احداهما قبل الاقالة لما لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الاولى لان البقاء أسهل من الابتداء وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض انه لا ينعقد باحد العرضين ابتداء واذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القبض يبطل البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل بهلاك أحد العرضين قبل القبض لان كل واحد من العرضين مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (فأما) الاقالة فرفع البيع فتستدعي بقاء حكم البيع وقد بقي ببقاء أحدهما وعلى هذا تخرج إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه انها جائزة سواء كان رأس المال دينا أو عينا وسواء كان قائما في يد المسلم اليه أو هالكا لان المبيع هو المسلم فيه وانه قائم وهذا لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض فكان كالمعقود عليه وانه قائم فوجد شرط صحة الاقالة واذا صحت فان كان رأس المال عين مال قائمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكة فان كان مما له مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان دينا رد مثله قائما كان أو هالكا لانه لا يتعين بالتعيين

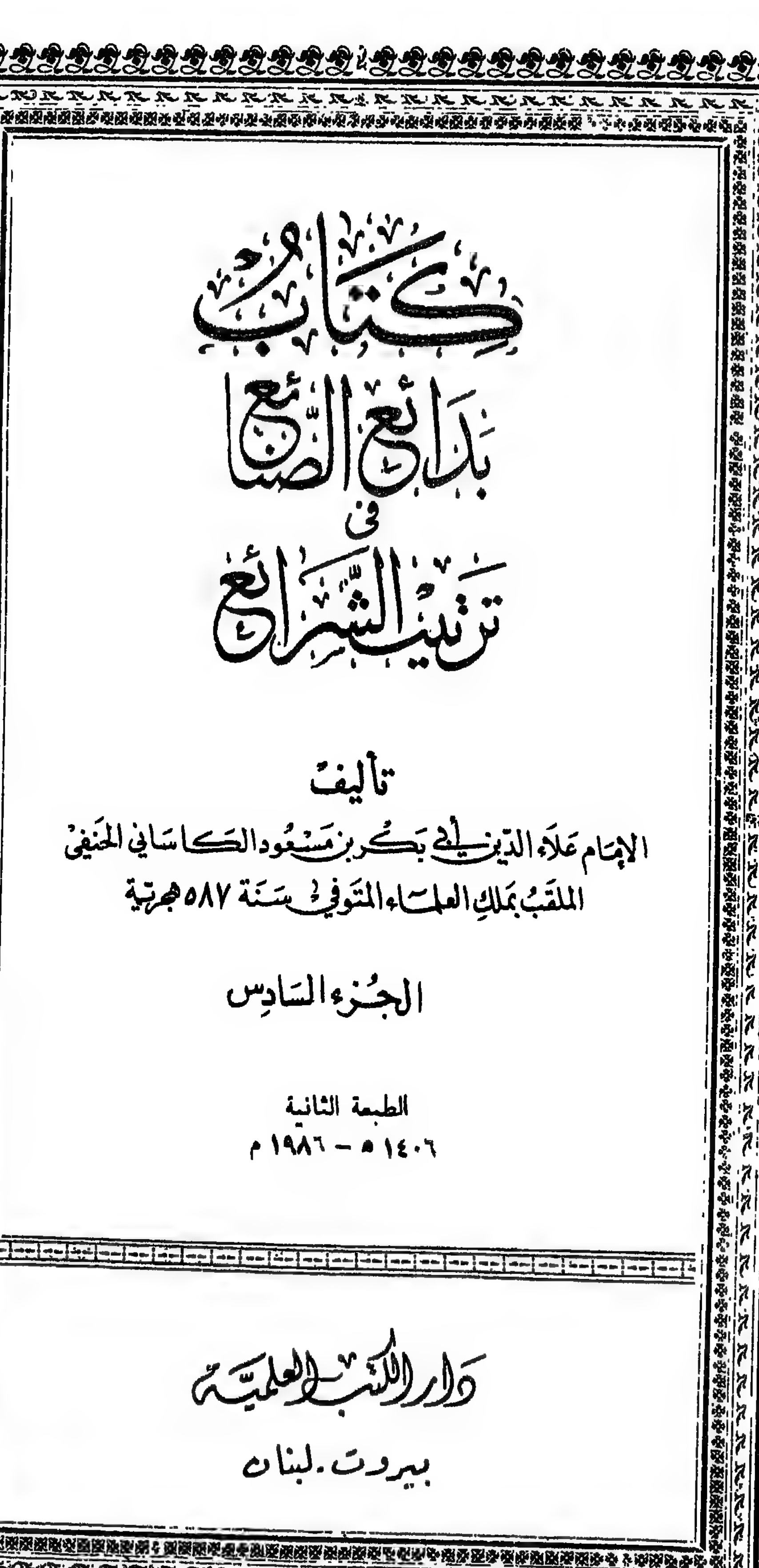
فهلاكه وقيامه سواء وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قائم في يد رب السلم أنه تصح الاقالة ثمة لأنها
صحت حال كونه دينا حقيقة فحال صيرورته عينا بالقبض أولى واذا صحت فعلى رب السلم رد عين
المقبوض لان المقبوض بعقد السلم كأنه عين ما ورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه مرابحة على رأس
المال والمرابحة بيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض عين ما ورد
عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في الاقالة ولو اشترى عبدا بنقرة أو بمصوغ
وتقابضا ثم هلك العبد في يد المشترى ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت الاقالة
لان كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين فكان معقودا عليه فيبقى البيع
ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة ويسترد من المشترى قيمة العبد
لكن ذهبا لا فضة لان الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته
فضة والقيمة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدى الى الربا ولو
كان العبد قائما وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع
فعلى البائع أن يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شاء
ذهبا وان شاء فضة لان الاقالة ههنا وردت
على عين العبد ثم وجبت القيمة على
المشترى بدلا للعبد ولا
ربا بين العبد وقيمته
والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الكفالة ﴾



(الجزء الخامس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿ تمت ﴾



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

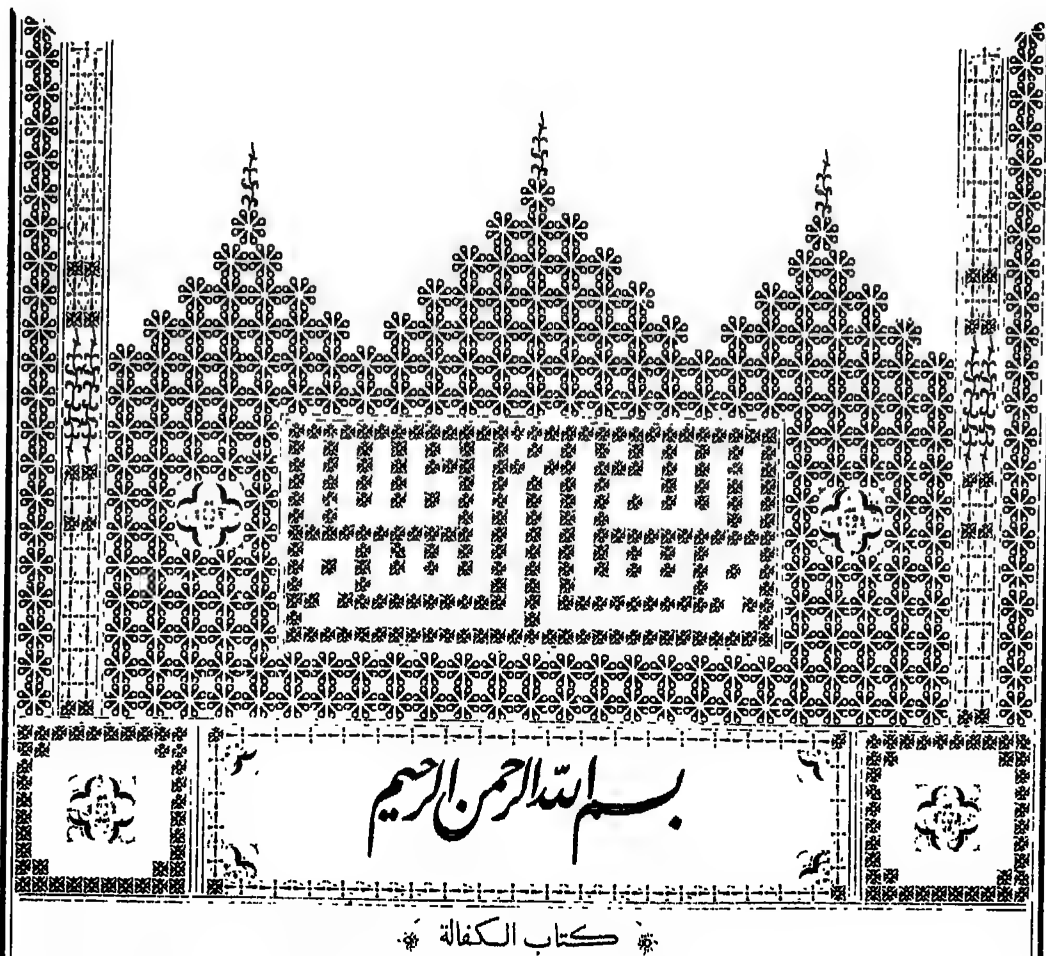
تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت . لبنان



كتاب الكفالة

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الكفالة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الكفالة وفى بيان مايخرج به الكفيل عن الكفالة وفى بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان اودينار ان فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا على أو أبو قتادة رضى الله عنهما هما على يارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولان الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لاتمليك ألا يرى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عنى ماعلى من الدين لغرمائى وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأى فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسئلة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالايجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك على أو لك قبلى أو لك عندى (أما) لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبى عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أى الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أى كفلت قال الله تعالى أو يأتى بالله والملائكة قبيلا أى كفيلا يكفلونى بما يقول والحميل بمعنى

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبئ عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فالى وعلى وقوله قبلى ينبئ عن القبالة وهى الكفالة على ماذكرنا وقوله عندى وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندى يحتمل اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعا فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى فى ذمتى لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو مايدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة فى الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوصف أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت فان كان مطلقا فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى ماذكران شاء الله تعالى غيرانه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيدا بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلا الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضا وان سمى الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا فى حقهما جميعا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا فى حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالا أو مطلقا ثم أخرعنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ماذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلا الى سنة فكفل به مؤجلا الى سنة أو مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لومات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد فى حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم والتأخير لا تفضى الى المنازعة فى باب الكفالة لانه يسامح فى أخذ العقد مالا يسامح فى غيره لامكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضا لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجىء المطر وهبوب الريح فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفالة وذا لا يؤثر فى البيع فكذا هذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فأما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالا فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيرا فى حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطا سببا لظهور

الحق أولوجوبه أو وسيلة الى الاداء فى الجملة جاز بان قال ان استحق المبيع فأنا كفيل لان استحقاق المبيع سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأنا كفيل لان قدومه وسيلة الى الاداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الاداء فى الجملة لا يجوز بأن قال اذا جاء المطر أوهبت الريح أوان دخل زيد الدار فأنا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا الحق به تعلق بالظهور أو التوسل اليه فى الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولان الكفالة جوازها بالعرف والعرف فى مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أوان شجك فلان أوان غصبك فلان أوان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبى حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أومن غصبك من الناس أومن شجك من الناس أومن بايعك من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال ضمنت لك ماعلى فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكد لمعنى التوسل الى ماهو المقصود وكذا لو قال ان خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه جاز لان هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات فى التعليق بالشرط والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل فى معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على أنك متى طلبته فلى اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله أجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احداهما حالة مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله فى الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ماعليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس و بالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه ماعليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة و يلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة الى ماعليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التى عليه أو الالف التى ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى الالف المعهودة وهى الالف المضمونة مع ما ان فى الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفى الصرف الى ماعليه صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التى عليه

جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملائم للعقد لما ذكرنا فاذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برئ لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتنى به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد فان لم يأت به فى الوقت الذى طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو برئ من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد و برئ من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ فوافاه من الغد يبرأ من المال فى رواية وفى رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برئ تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط فى الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه فى مجلس القاضى جاز لان هذا شرط مفيد و يكون التسليم فى المصر أو فى مكان يقدر على احضاره مجلس القاضى تسليما الى القاضى لما ذكر ان شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه فى مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح التعيين عند أبى حنيفة وعندهما يصح على ما نذكر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه اليه عند القاضى أو عزل الامير و ولى غيره فدفعه اليه عند الثانى جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى شئ فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل و يضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة السبب صحيح ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى وقت بان ضمن ما ادان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما داين فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا فى الحال والكفالة ان كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فثمنه على أو ما بايعت أو الذى بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايعة فيقتضى تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة فى قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل و بعضها يرجع الى الاصيل و بعضها يرجع الى المكفول له و بعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذى يرجع الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصى لو استدان دينا فى نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز (ومنها) الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له فى التجارة لانها تبرع والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبى لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو أذن له المولى بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته فى الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبى لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى لم يصح فى حقه وصح فى حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذى يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبى حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبى يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافى بقاء الدين لانه مال حكمى فلا يفتقر بقاؤه الى القدرة ولهذا بقى اذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الابراء عنه والتبرع (وجه) قول أبى حنيفة ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان بدين ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه فى قضاء دينه (وأما) الابراء والتبرع فهما فى الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة فى قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة فلا على ما عرف فى الخلافيات والثانى أن يكون معلوما بان كفل ما على فلان فاما اذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به فى الجملة فاشبه الكفالة بالدين المؤجل وأما الصبى والمجنون فلان الدين فى ذمتهما والولى مطالب به فى الحال ويطالبان أيضا فى الجملة وهو ما بعد البلوغ والافاقة فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبى والمجنون الا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة فى الغالب فى مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذى يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق (ومنها) أن يكون فى مجلس العقد وانه شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد فى الاصل انها جائزة على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدا ربما يطلق الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ فى اللغة يقال جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبى يوسف الآخر ما ذكرنا فى صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسئلة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان فيه معنى التمليك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة و يكون قوله اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيأ لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم و بعضهم أجازه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة فى الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله و يصير بمنزلة الاجنبى عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبى للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذى يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط فى الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها و جملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هى أمانة وعين هى مضمونة أما العين التى هى أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر فى يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه و رد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثانى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك فى يد البائع لا يجب عليه شئ ولكن يسقط الثمن عن المشترى وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا يرى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شئ ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم فى الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شئ على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان فى الوجه الاول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفى الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كما فى باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس فى حق وجوب التسليم لا

تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعا ذكر لكله كما فى الطلاق والعتاق واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لا تجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهى فى حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما فى الطلاق والعتاق ولو قال فى الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح فى التزام تسليم النفس وكذا اذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لان المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلا ثم ماذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وماذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله انها غير صحيحة (وجه) قوله ان الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الامم السالفة ولم يغير والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين الى زمن الشافعى رحمه الله فكان الانكار خروجاً عن الاجماع فكان باطلا ولما ذكرنا ان هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل هى التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم فى حق الاصيل كالدين عبد مقر بالرق فى يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس بمضمون وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم انه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شئ على الاصيل لما ذكرنا ولو كان المدعى فى يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقيته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفل بمضمون صبى فى يد رجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبى فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين انه كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذى يدعى فهو ضامن حتى يأتى بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضى فان هلك واستحقه ببينة فهو ضامن لقيمته لانه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه الف درهم واستهلكها أو عبداً أو مات فى يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته ولا يقف على اقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ماعرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف عليها والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص فى النفس ومادونها وبحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين أصحابنا وهو الصحيح لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وانما الخلاف انه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضى عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف ومحمد يجبره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولابى حنيفة ان الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس توثيق لان الحبس للتهمة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث تهمة فكان الحبس لاجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل في التعزير لانه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (اما) ان يملك الكفيل اسقاطه عن نفسه كما يملك الاصيل (واما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ولانا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لان المكاتب اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف في الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالاصل فلان لا تجوز بالفرع أولى وأحرى ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بدفع واحد منهما الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولابي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين ان تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع واذا استحق المبيع يخاصم المشتري البائع أولا فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكفيل يكون خصما هذا اذا كان المبيع ما سوى العبد فان كان عبداً فظهر انه حر بالبينة فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء فللمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف ولو سلم النقض

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع بقيمة البناء فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوى قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشترى فى متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشترى أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يقر به أما القول قوله فى المقر به لانه مال لزم بالتزامه فيصدق فى القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فى الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره لانه مقر فى حق نفسه مدع فى حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الاصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم فى سائر أنواع الكفالات لان الكل فى احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة اذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا فى الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما فى حق المطالبة كما فى الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائبا يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر فى المدة ولم يظهر عجزه للقاضى حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضى ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه و بين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره و يطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة و يطالب الكفيل بتسليم العين و بالفعل بهما . وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة و به أخذ شيخه الامام الشافعى رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق فى الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها فى معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبى ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة فى حق المطالبة بما على الاصيل أو فى حق أصل الدين والبراءة تنافى الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامى دليل تغاير المعانى فى الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا و بين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هـذا و بين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبـد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لانه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا الى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وانما يعتق كله باداء السعاية و بينهما تناف ولا تناف ههنا لان الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثانى ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره فى الانواع كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه الى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة و تسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طولب به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طولب فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنـه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنـه لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتمليك على ما نذكره وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبـة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدى هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك فى المبيع كما وقع وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالبه به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجـد هنا واذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر فى حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل باداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الاداء الى الطالب وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشترى يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

﴿ فصـل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول و بالله التوفيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحـد أمرين أحـدهما أداء المال الى الطالب أو ما هو فى معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل الى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثانى الابراء وما هو فى معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليـه حق المطالبة فكان ابراء الاصـيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبـة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقط تنتهى الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليـه وابراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منـه والتصدق عليـه والفرق بين هـذه الجملة يعرف فى موضعـه ان شاء الله تعالى واذا ارتدت هـذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين الى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فردو رثته يرتد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان أبراءه بعد موته ابراء الورثة لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وابراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجـه فاقتصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال لان هـذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعـل نفسه غاية لبراءته والبراءة التى هى غايتها

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً لان استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو قوله الى لان ذلك ينبئ عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على الابراء لان البراءة حكم الابراء في الاصل (وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفا وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (اما) الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والاصيل جميعاً احداهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على انى والمكفول منه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلا لما ذكرنا قبل هذا ان الابراء المضاف الى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد فاذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على انى برئ من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضي لان التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو امكان استيفاء الحق بالمرافعة الى القاضي فاذا حصل المقصود ينتهى حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضي بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة ولو شرط أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر المشروط (وجه) قولهما ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيدا فيتقيد به (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ماذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق بالمرافعة الى القاضي وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاضي فيه لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولي ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيدا فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئوا جميعاً وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون (ووجه) الفرق ان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الابراء به فيبرأ هو دون الباقين وليس هذا كما اذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برئ الباقون لان الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافاة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوب من جهة المتبرع لان نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني الابراء اذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالابراء فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا الابراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برئا جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالابراء فينتهي حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة وبحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني الابراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكارى لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (اما) الشرط فأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عني ولو قال اضمن كذا ولم يضفه الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضف اليه فالكفالة لم تقع اقراضاً اياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برئ الكفيل لان هذا وأداء المال سواء لانه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا أدى ومتى برئ الاصيل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو مات الطالب فورثه الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لاغير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الاجرة قبل مضى مدة الاجارة ولم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لما كفل عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها تثبت بعد الاداء فأشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبرئ الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح وان كان الدين مكيلا أو موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضا عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الربح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدى الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما انه لا يطيب له الربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتى في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شيأ من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا لا يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء انى أؤدى عن كفالة صاحبي وكذا اذا قال أديته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد أداء المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء انى أؤدى عن شريكى لا عن نفسى لا يقبل منه ويكون عن نفسه الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فأدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان اذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيأ لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا اذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما اذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى أحدهما شيأ يرجع بكل المؤدى على الاصيل ان شاء وان شاء يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى واذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤديا عن نفسه الى النصف وههنا بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفا وتجوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد لانه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له ان يرجع بالمؤدى لا بالدين لانه بالاداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الآمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيأ من المكيل أو الموزون فانه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما اذا صالح من الالف على خمسمائة انه يرجع بالخمسمائة لا بالالف لانه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لانه يؤدى الى الربا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعا وبرئا جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لان في الفصل الاول ايقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عنهما جميعا فيبرآن جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لانه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (واما) في الفصل الثاني فاضافة الصلح الى ثلاثة مقرونا بشرط الابراء المضاف الى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الايجاب والقبول الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعا فالايجاب ان يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله أن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما اذا كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال (وجه) قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة الى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله و رضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله و رضاه ولان الناس فى اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل و بعضها يرجع الى المحال و بعضها يرجع الى المحال عليه و بعضها يرجع الى المحال به (أما) الذى يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغا وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفا نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بمالها خصوصا اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان فى التجارة أو محجورا لانها ليست بتبرع بالتزام شئ كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذونا فى التجارة رجع عليه المحال عليه للحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله و يتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذى يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثانى أملأ من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهى عن قربان ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبى يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما فى البيع (وأما) الذى يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذى لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا وان كان عاقلا سواء كان محجورا عليه أو مأذونا فى التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه وكذلك اذا كانت بامره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجورا كان أو مأذونا فى التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولى (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا فى جانب المحيل (وأما) الذى يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون دينا فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما فى الذمة ولم يوجد والثانى أن يكون لازما فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة وما يجرى مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذى عليه والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملئ فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة فى أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

المحال بدين الحوالة و يطالبه المحيل بالدين الذى له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تتقيد بالدين الذى للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بذمته ودين المحيل بقى على حاله واذا قيدها بالدين الذى عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به و يكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامره ولو ظهر ذلك فى الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد فى الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه اذا مات المحيل فى الحوالة المقيدة قبل أن يؤدى المحال عليه الدين الى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو ان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فأما المحال فى الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة فى ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لان المال الذى قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذى عليه و يقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال فى ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال فى ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (اما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضى نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاط فى ذلك بأخذ الكفيل

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم الحوالة فنقول و بالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول من غير تغيير كما فى الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشئ اذا انتقل الى موضع لا يبقى فى المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلانا أجمعنا على انه لو ابرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثانى لان الابراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالابراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه الا أنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدى المحال عليه لا يكون متطوعا و يجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة ولا ارتدا جميعا بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدين في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يحبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذى أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أوكانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لوزم ولا أن يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على ملىء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا (ولنا) ماروى عن سيدنا عثمان رضى الله أنه قال في المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الابراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم تبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلي ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبى حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثاني أن يجحد الحوالة و يحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما و بثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته و يقضى القاضي بافلاسه بناء على أن القاضي يقضى بالافلاس حال

حياته

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى الابراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عزوجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فانواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا الدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الابراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيأ فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضا فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصارفا جاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطا فيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضا يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زيوفا مكان الجياد وتجوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضا على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شئ وانما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عزوجل أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عزوجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أي الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذه وكيلا قال الفراء أي حفيظا وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عزوجل خبرا عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربى وربكم أي اعتمدت على الله وفوضت أمرى اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوى وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لآخر وكلتك في كذا أنه يكون وكيلا في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجرى مجراه فما لم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيلى فى بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك فى بيع هذا العبد غدا او يصير وكيلا فى الغد فما بعده ولا يكون وكيلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعتاق واذن العبد فى التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعى لا يحتمل ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل و بعضها يرجع الى الوكيل و بعضها يرجع الى الموكل به أما الذى يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبى الذى لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبى العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له فى التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان فى انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولى ولا يصح من العبد المحجور و يصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فموقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت أملاكه ويجوز التوكيل من المرتدة بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بلا خلاف وأما الذى يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبى الذى لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبى العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله وكالة الصبى غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائى غيب يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهنى ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغا واذا كان صبيا ترجع الى الموكل لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ردة الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف فى ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر فى موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الآمر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدى هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشترى بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير مايدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدى فانى قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أى جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم ان الوصى باع شيأ من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحسانا ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصى خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصى بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على مامر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم مافيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلا بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلا أيضا وان لم يصدقه ينبغى أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبى حنيفة لا يكون وكيلا وعند أبى يوسف ومحمد يكون وكيلا كما في العزل على مانذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذى يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان مايجوز التوكيل به ومالا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهى الحدود واما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثانى بالاستيفاء أما التوكيل باثبات الحدود فان كان حدا لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه يثبت عند القاضى بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل باثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبى يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهى منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقذوف والمسروق منه حاضرا وقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملهما وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ماذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامى فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفى سواء كان الموكل غائبا أو حاضرا لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضرا جاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائبا لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا

لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وان كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ماذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل باثباته وباستيفائه ونوع يجوز استيفاؤه وأخذه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما ان سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها الي وكان علي يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الاحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الجصاص انه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة اذا كانت مخدرة غير برزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما نذكر (وجه) قولهم ان التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعي والانكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولابي حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الاصل أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد واحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه واذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل الى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك اذا كانت المرأة مخدرة مستورة لانها تستحيي عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرا كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا فلا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلا بالانكار وسواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار في عقد التوكيل انما جاز لحاجة الموكل اليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما يحتاج الى التوكيل بالخصومة هذا اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار في العقد فاما اذا وكل مطلقاً ثم استثنى الاقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر في الاصل انه يجوز وذكر الطحاوي انه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لانهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم وبدل الصرف انما يجوز فى المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا فى غيره واذا قبض الدين من الغريم برئ الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره سواء كان الموكل حرا أو عبدا مأذونا أو مكاتبا لانهما يملكان القضاء بأنفسها فيملكان التفويض الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقراض والاستقراض الا أن فى التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلنى فلان اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح وبالابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا أن قبض البدل فى المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لما نذكر فاذا تقابض الوكيلان فى المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا فى المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افترقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على مامر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو أجنبي عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض الى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة فى أحد نوعى الوكالة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشترلى ما شئت أو ما رأيت أو أى ثوب شئت أو أى دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة والخاص أن يقول اشترلى ثوبا أو حيوانا أو دابة أو جوهرا أو عبدا أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضا (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشترى له به أضحية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الاضحية وبقدر الثمن ولان الجهالة القليلة فى باب الوكالة لا تفضى الى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة فالظاهر انه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت تفضى الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففى كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشترلى ثوبا لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابريسم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمى الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشترلى ثوبا هرويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال اشترلى حيوانا أو قال اشترلى دابة أو أرضا أو مملوكا أو جوهرا أو حبوبا لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوبا هرويا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترلى دارالا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشا فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا و يقع على دور المصر الذى وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن و روى عن أبى يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يعين مصرا من الامصار ولوقال اشترلى دارا فى موضع كذا أوحبة لؤلؤ أوفص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترلى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترلى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الآمر فيما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشترى عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبى يوسف فيمن قال اشترلى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الآمر وكذا البدوى اذا قال اشترلى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولوقال اشترلى حمارا أو بغلا أوفرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترا حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار مما يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل و يلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولوقال اشترلى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولوقال اشترلى حنطة لا يصح التوكيل مالم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التوكيل فنقول و بالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته ومالا يملكه فنقول و بالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله فى الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يملك والاب والوصى وأمين القاضى لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذى هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره فى مجلس القاضى لا فى غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفى غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضى فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن فى مجلس القاضى لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضى ألا ترى ان الجواب لا يلزم فى غير مجلس القاضى وكذا الخصومة لا تندفع باليمين فى غير مجلس القاضى فتتقيد بمجلس القاضى الا أنه اذا أقر فى غير مجلس القاضى يخرج عن الوكالة و ينعزل لانه لو بقى وكيلا لبقى وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة فى مال اذا قضى القاضى به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة فى مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهى الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض فى ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك فى عرف ديارنا لان الناس فى زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة فى أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فى اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبى حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا فى الوكيل بقبض العين اذا أنكر من فى يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذى وكله بالقبض لا تسمع منه بينته فى اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل فى الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا فى الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولابى حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق فى مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما فى البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما فى ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة فى حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع فى دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة فى اندفاع حق الوكيل فى النقل ولا تسمع فى اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة فكانت الخصومة فيهما من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثانى لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبى سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برئ الغريم لانه وصل الى يد من هو نائب الموكل فى القبض وان هلك فى يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذه منه رجع الغريم على الوكيل الثانى لما قلنا ويرجع الوكيل الثانى على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو فى بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدى عن موضع الامر وليس للوكيل بقبض
الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل
بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل
بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق
الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو
كان لرجل على رجل دين فجاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرنى أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد
أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبى أن يدفع اليه يجبر على الدفع فى الدين وفى العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق فى
الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفى العين اقرار على غيره فلا يصح الا بتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه
لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على
وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه
فى الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه فى الوكالة فقد
أقر بوكالته واقراره صحيح فى حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محقا فى القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض منى
وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض
لان الغريم وان أقر ان القابض محق فى القبض بتصديقه اياه فى الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه
فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واضافة الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا
قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه فى الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل فى القبض
وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقا فى القبض
فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فما كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام
الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا بقبض دين له على رجل وغاب الطالب
فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم
ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والا رجعت عليه لانه مقر بالدين والدين
مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم
الى الوكيل وكذلك الوكيل بطلب الشفعة اذا ادعى المشترى أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل
ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشترى مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون
فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشترى الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد
بالعيب اذا ادعى البائع أن المشترى قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى
ما رضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشترى بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا
للرد ألا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد
الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبى حنيفة وأبى يوسف
وقال زفر يحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجته (وجه) قول
زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط
حقه (ولنا) قول النبى عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيأ وانما ادعى
على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف
ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه فى الاستيفاء الذى هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أولم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبى حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة بناء على ان الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدراهم الدنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف فى الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف الى خير فانما نفذ لانه ان كان خلافا صورة فهو وفاق معنى لانه آمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بألف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان فى معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشرط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبى حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فى مثله وروى الحسن عن أبى حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولابى حنيفة أن الاصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا أو هو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف فى مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه جوز باعتبار الحاجة اذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشترى بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثانى المشترى متهم بهذا الاحتمال انه يشترى لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة فى البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعى رحمه الله ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا فى البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر فى تبعيضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبدين فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان فى تبعيضه ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الآمر اجماعا الا أنه يشتري الباقي و يجيزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ولابي حنيفة الفرق بين البيع والشراء على مامر ألا يرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لانه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه و بهذا فارق الشراء لان الوكيل بالشراء اذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذ به عوضا وله أن يصالح على شئ و يحتال به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيأ من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخواته تصرف في ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لانه لو بقي لبقي دينا لا يحتمل القبض أصلا وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولان دينا لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة و يضمن الثمن للموكل لانه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن عوضا عن المشتري لانه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض و يضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شئ لان الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لانه بقبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل فيه لما ذكرنا و يضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه و بين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجيزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل فاجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن بحضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على اجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولانه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لان كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولابي حنيفة أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده بيع من نفسه لانه لا ملك له وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققه أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين بحال الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شيء مرغوب

يشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقا أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك و به أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلا بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفا (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتيا بما وكل به فلا يكون مخالفا (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقا أو كان مقيداً فان كان مقيداً يراعى فيه القيد اجماعا لما ذكرنا سواء كان القيد راجعا الى المشترى أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافا الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشتر لي جارية اطؤها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسية أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل و ينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيدا لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل و يلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني اذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الالف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشتريا لنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعا لان الجنس مختلف فيكون مخالفا ولو قال اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنسا واحداً في الوكالة كما اعتبرا جنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفيع اذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بالف درهم فان كان مثلها يشترى بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشترى بألف لزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافا معنى وكذا اذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشترى بألف حالة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشترى و يشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشتريا لنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لانفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلا بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما اذا كان مطلقا فانه يراعى فيه الاطلاق ما أمكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلا بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشترى للاستخدام عرفا وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشترى له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنا فاشترى الوكيل جارية ان شترى بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولامتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه والفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادته متحققة وقدر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ماذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها الا ان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل بالده نيم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امتثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشترى الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولا والفرق له على نحو ماذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشترى الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشتريا للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ اعتاقه ولابي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقداً موقوفا نفاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقداً موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين وكذا لو وكله بشراء عبدين بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الآمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوى مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة اذا وكل رجلا بشراء عبدين باعيانهما بالف درهم وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشترى الثانى ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس فى مثلها يلزمه وهذا الا يتحقق خلافا والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل فالمشترى له واذا قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى يحكم فيه الثمن فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له وان أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله لان الظاهر نقد الثمن من مال من يشترى له فكان الظاهر شاهداً للثمن فكان صادقا فى حكمه (وأما) اذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبى يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد ان الاصل أن يكون الانسان متصرفا لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشترى له (وجه) قول أبى يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك فى تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لان الحقوق فى باب الشراء ترجع الى الوكيل فيؤدى الى الاحالة وهو أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالبا ومطالباً ولانه متهم فى الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذى لا دين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبى حنيفة وعندهما يجوز اذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن فى مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذى لا دين عليه ومكاتبه وقد مرت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولو دفع اليه دراهم ووكله أن يشترى له بها طعاما فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز لان الطعام فى الحقيقة وان كان اسما لما يطعم لكنه ينصرف الى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء فى العرف ولهذا اسمى السوق الذى تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره الا اذا كان المدفوع اليه قليلا كالدراهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف الى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلا ينصرف الى الخبز وان كان كثيرا ينصرف اليهما ولو قال اشترلى بدرهم لحماً ينصرف الى اللحم الذى يباع فى السوق ويشترى الناس منه فى الاغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والابل ان جرت العادة بشرائه ولا ينصرى الى المشوى والمطبوخ الا اذا كان مسافراً أو نزل خانا ودفع الى انسان درهما ليشترى به لحماً ولا الى لحم الطير والوحش والسمك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة لانعدام جريان العادة باشترائه وان اشترى مسلوخا جاز على الموكل لان المسلوخ يباع فى الاسواق فى العادة ولا الى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لانها ليست بلحم ولا يشترى مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل اليه بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحماً فأكل هذه الاشياء انه يحنث لان مبنى الايمان على العرف ذكرا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلا ألا ترى ان حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد فى الاسواق فى الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانهما ليسا بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك أن يشترى لحماً لانهما مختلفان اسما ومقصوداً ولو وكله أن يشترى سمكا بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا فى موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف فى الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشترى أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشترى أى فاكهة تباع فى السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لماذكرنا ولو وكله أن يشترى لبنا فهو على ما يباع فى عادة البلد فى السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لماذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة فى رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدورى رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لماذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجيبة ضرب معروف بسرعة السير وهى كالحمارة فى عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته أو باجازة الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على مامر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لماذكرنا فى البيع الا ان فى الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ولا يقف على الاجازة وفى البيع يقف على الاجازة وقدمر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما بانفراده وكذا ما خرج مخرج التمليك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تمليكا ألا ترى انه يقف على المجلس والتمليكات هى التى تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع فى أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعتق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به لان هذه التصرفات مما لا تحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما توكيلا للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان تمثيلا الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعا وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (اما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع و يقبضه و يقبض الثمن و يطالب به و يخاصم في العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل و يكتفي فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه و يكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غير ان المشتري اذا نقد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن اليه وان كان نقده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه و رده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن وان كان نقده الى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً ان كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة و يستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعا الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الآمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الآمر والانابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

باثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو اثبات أصل الحكم للوكيل واثبات التوابع للموكل لان الاصل فى نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لانها علة نفاذه اذ لا ملك له والموكل أصل فى الولاية والوكيل تابع له لانه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان اثبات أصل الحكم للموكل واثبات التوابع للوكيل وضع الشئ فى موضعه وهو حد الحكمة وعكسه وضع الشئ فى غير موضعه وهو حد السفه بخلاف النكاح وأخواته لان الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول ألا ترى انه لا يضيف العقد الى نفسه بل الى موكله فانعدمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق اليه ثم نقول انما تلزمه العهدة وترجع الحقوق اليه اذا كان من أهل العهدة (فاما) اذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لان ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضا لحصول التجربة والممارسة له فى التصرفات ولا خيار للمشترى من الوكيل المحجور سواء علم انه محجور أو لم يعلم فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه ان كان عالما فلا خيار له فاما اذا كان جاهلا فله الخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء أمضاه (وجه) قوله ان الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لانه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فاذا تبين انها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما اذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية ان الجهل بالحجر ليس بعذر لانه يمكنه الوصول اليه خصوصاً فى حق الصبي لان الاصل فيه هو الحجر والاذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول الى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالما ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والقرض اذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لان الحكم فى هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل فى القبض بل هو صنع القابض فى محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة اليه وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لان الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة اليه وكذا فى التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع الى الموكل وكذا فى التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره فى الحقوق لانه أصل فى الحقوق والمالك أجنبى عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) ان المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن فى الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله فى دفع الضمان عن نفسه ولو دفع اليه مالا وقال اقضه فلانا عن دينى فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه الى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل فى براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب فى انه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لان الوكيل أمين فيصدق فى دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم فى ابطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لانه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فان صدق الوكيل فى الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ماقبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وان صدق الطالب انه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه اليه فان حلف برئ وان نكل لزمه مادفع اليه وكذلك لو أودع ماله رجلا وأمره أن يدفع الوديعة الى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة الى رجل وادعى انه قد دفعها اليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يأمره بذلك لان المودع يدعى عليه الامر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب فى يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه الى فلان فقال المأمور قد دفعت اليه وقال فلان ماقبضت فالقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا ببينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض و يكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجة فى حق أنفسهما الا فى ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل فى الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان عنه ولوان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه لو لم يدفع اليه الدراهم أصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين فى الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيأ ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته و برئ الموكل من الدين و يرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل بدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشترى الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين و يحلف الموكل على العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل فى القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى و يغرم ألفاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه فى دعوى القضاء عنه بأمره وهو مصدق على نفسه فى تصديقه فثبت القضاء فى حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدورى رحمه الله وذكر فى الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء فى حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده فى حق الموكل لانه مقر واقرار كل مقر حجة فى حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان مالا ليقضى دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل و يرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعديا فى الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان عليه وليس هذا كالوكيل بدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبى حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعديا محضاً فكان مضمونا عليه فاما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض و يقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشترى بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعديا فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل فى انه لم يعلم بدفع الموكل لان القول قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالما بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعت

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (اما) ان كان الموكل سلم العبد الى الوكيل أو كان لم يسلم اليه فان لم يكن سلم العبد اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدى أو قال دفعته الى الموكل فهذا لا يخلو اما ان صدقه فى ذلك أو كذبه فان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه فى قبض الثمن أو صدقه فيهما وكذبه فى الهلاك فان صدقه فى ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شئ على الوكيل لانه يهلك أمانة فى يده وان كذبه فى ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه فى قبض الثمن فان الوكيل يصدق فى البيع ولا يصدق فى قبض الثمن فى حق الموكل لان اقرار الوكيل فى حق نفسه جائز عليه والمشترى بالخيار ان شاء نقد الثمن ثانياً الى الموكل وأخذ منه المبيع وان شاء فسخ البيع وله أن يرجع فى الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع و زعم ان الموكل قبض من المشترى الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق فى البيع ولا يصدق فى اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا و يجبر المشترى على ماذكرنا الا ان هناك لا يرجع على الوكيل بشئ لانه لم يوجد منه الاقرار بقبض الثمن وان صدقه الموكل فى البيع وقبض الثمن وكذبه فى الهلاك اوالدفع اليه فالقول قول الوكيل فى دعوى الهلاك أو الدفع اليه مع يمينه لانه أمين و يجبر الموكل على تسليم العبد الى المشترى لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه اياه ولا يؤمر المشترى بنقد الثمن ثانياً الى الموكل لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصديقه و وصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى يده هذا اذا لم يكن العبد مسلما الى الوكيل فأما اذا كان مسلماً اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندى أو قال دفعته الى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشترى فان الوكيل يصدق فى ذلك كله و يسلم العبد الى المشترى و يبرأ المشترى من الثمن ولا يمين عليه (اما) اذا صدقه الموكل فى ذلك كله فلا يشكل وكذا اذا كذبه فى البيع أو صدقه فيه وكذبه فى قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشترى عن الثمن فلا يحلف و يحلف الوكيل فان حلف على ما يدعيه برئ من الثمن وان نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فان استحق العبد بعد ذلك من يد المشترى فانه يرجع بالثمن على الوكيل اذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشترى لان الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فاقرار الوكيل فى حقه جائز ولا يجوز فى حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه فى الهلاك أو الدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر ان الموكل قبضه من المشترى لا يرجع المشترى على الوكيل لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن ان أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن اذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن و يكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفى ما ضمن من ثمن العبد فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشترى بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه اليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لانهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشئ ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوى فى الفصل الاول ان الوكيل يبيعه فى قولهما وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفى المشترى الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وان أقر بقبض الثمن وضمن المشترى يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين اذا لم يدفع الموكل اليه مالا ليقضى دينه منه فقضاه من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن الى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين اذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله ان المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للامين حبس الامانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري واذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة في يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالاقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع اذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه ان كان قائما ومثله أو قيمته ان كان هالكا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائباً فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلني اليك ويقول اني عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائناً ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعاً سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات فان لم يكن عدلا فخبر العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الاخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبه الشهادة لان فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار احد شرطيها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع اذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفعته عند ابي حنيفه وعندهما بطلت شفعته وعلى هذا الاختلاف اذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للفداء عند ابي حنيفة وعندهما يصير مختارا للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل احد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الاحكام التي بيناها وعن ابي يوسف في الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدى عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلا بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلي دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو أمر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتي ان شئت أو اعتق عبدي ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحة وللمبيح حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي وكالة مستقبلة فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبلة كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلي فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة والاول أصح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق مبطل لاهلية الآمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعا لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لانها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلا فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انسانا فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية آمره بالتصرف في المال فيبطل الامر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفا فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كانه لم يرتد أصلا وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلا ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود وجهه ان بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حر الاصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (ووجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض ان له ان يبيعه ثانيا لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كان لم يكن فلم يكن هذا تكرارا حتى لو رده عليه بغير قضاء قاض لم يجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرناها أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الصلح ﴾

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الصلح وفى بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفى بيان حكمه اذا بطل أو لم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول و بالله التوفيق الصلح فى الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه وصلح عن انكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه و إما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبى ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعى رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً ولم يوجد فى موضع الانكار والسكوت اما فى الانكار فلأن الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما فى السكوت فلان الساكت ينزل منكراً حكما حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارضا لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان فى معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضى الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها فى التحقيق عند الانكار اذ الاقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء فى بنى آدم ما صنع الشافعى رحمه الله فى انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت فى زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعا فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعا

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فالايجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا و يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله و رضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح و بعضها يرجع الى المصالح عليه و بعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذى يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام فى جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبى الذى لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبى فى الجملة وهو الصبى المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبى المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقا بينه و بين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبى المأذون فى التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل فى نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخرا عن العقد أيضا بخلاف الحط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبى المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن انفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبى فيصح ولو ادعى انسان

عليه دينا فاقر به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة و يملك التأجيل كيف ما كان و يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان دينا وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعا على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه دينا فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذا لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا اعتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى لانه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه و يحتمل أن يكون كاذبا فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقى عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على أن يأخذ بعضه و يؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها الحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي دينا فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لامكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان دينا للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيأ يسيرا جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولى ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أيا كان المصالح أو غيره وان خرج حيا بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه موليا عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت و يملك الاب استيفاء القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي الا أنه يملك القصاص فيما دون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجرى بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الانفس ويستوفى القصاص فيما دون النفس في الحركما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويقضى بالنكول في الاطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في الانفس وله ولاية التصرف في الحال والمال فيلي التصرف فيما دون النفس ويملك الاب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لانه لما ملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لانه يملك الاستيفاء فيما دون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الحط نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضا في البياعات لا يصلح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعواض في بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز وسواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا الثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا فى معنى البيع فكان بدل الصلح فى معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنا فى البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه يثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا فى الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان فى الذمة مطلقا فى المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه فى المجلس لانه ليس بصرف ولا فى ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها فى معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواه لا يجوز لانه بائع ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح فى هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وانه منهى عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا بان صالح من ألف جياد على ألف جياد فلا شك فى جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا بان صالح من الالف الجياد على خمسمائة نبهرجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والابراء عن الباقى أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدى الى الربا لانه يصير بائعا ألفا بخمسمائة وانه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والابراء عن الباقى ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح عن ألف جياد على ألف نبهرجة أو صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ألف جياد على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والحط والابراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بأن صالح من الف نبهرجة على الف وخمسمائة جياد أو صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من الف جياد على الف وخمسمائة نبهرجة لا يجوز لأنه ربا لانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقى وان صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف جياد جاز ويشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض فى المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه وصفا وأقل منه قدرا بأن صالح من الف نبهرجة على خمسمائة جياد لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وكان يقول أولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نبهرجة فيبقى عليه خمسمائة نبهرجة الا أنه أحسن فى القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نبهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الالف النبهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة فى الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلى سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه فى الردىء لا فى الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا الف نبهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم فى جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض فى المجلس لانه صرف ولو ادعى الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطا لا معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حطا للدنانير أصلا وبعض الدراهم

وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة الى شهر وكذلك لوكان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطا واسقاطا للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المال ان عليه لرجلين لاحدهما دراهم والآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة فى حق أحدهما وحطا واسقاطا فى حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذى أصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض فى المجلس والقدر الذى أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضا لانه يؤدى الى الربا فيجعل الصلح فى حقه استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والابراء عن الباقى لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطا للحلول وتأجيلا للدين وتجوزا بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة فقد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وابراء عن الباقى وأما اذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتا (واما) ان لم يؤقت فان لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطا للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيأ لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا بان قال للغريم حططت عنك خمسمائة على أن تعطينى خمسمائة لما بينا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطنيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطنى اليوم أو ان لم تعجل اليوم او على أن تعجلها اليوم فالالف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت فى اليوم فالصلح ماض وبرئ عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالالف عليه بلا خلاف وكذلك الحط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان اعطاه فى اليوم برئ عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والالف عليه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيأ لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قولهما أن شرط التعجيل فى هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما اذا باع بألف على أن ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فان لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة الى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة الى رأس الشهر شرطا للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفينى رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالالف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لانفساخ الحط وفى الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثانى

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نجوما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال
عليه فهو جائز على ماشرط لانه جعل الاخلال بنجم شرطا لحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال
أد الى من الالف خمسمائة غدا على أنك برىء من الباقى فان ادى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقى اجماعا وان لم يؤد فعليه
الالف عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسئلة ولو قال ان أديت الى
خمسمائة فانت برىء من الباقى أو قال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرىء عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا
قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقى حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا
كان بلفظ الصلح أو الحط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على مامر ولو قال لمكاتبه ان اديت الى
خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك فى حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان
ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو
من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على اقل من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا ووصفا ولم يشترط التعجيل لما وقع
عليه الصلح جاز ويكون حطا وتجوزا بدون حقه وله ان يأخذ الباقى بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل
وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالحط وهذا لا يجوز
لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على
ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه
قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح
لان الواجب فى ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للمماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا
صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عينا
جاز ولا يشترط القبض وان كان دينا موصوفا يجوز أيضا لكن القبض فى المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل
المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس فى تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح
فى كر الحنطة فنقول وبالله التوفيق اذا كان المدعى دينا سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلا بان كان كر حنطة مثلا
فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من
ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه
قدرا أو وصفا جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدرا أو وصفا جاز ويكون
حطا لا معاوضة لما ذكرنا فى الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلا وان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا
جاز أيضا ويكون استيفاء لعين حقه أصلا وابراء له عن الصفة فلا يشترط للقبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو
تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا لا وصفا لا يجوز لانه ربا وان صالح
على أكثر منه وصفا لا قدرا بان صالح من كر ردىء على كر جيد جاز ويعتبر معاوضة احترازا عن الافتراق عن دين
بدين ولو صالح منه على كر مؤجل جاز لانه حط حقه فى الحلول ورضى بدون حقه كما فى الدراهم والدنانير هذا اذا كان
أكثر الدين حالا فان كان مؤجلا فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الصلح من
الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكر
الذى عليه سلما لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل
قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخا
له وذلك جائز وان لم يكن سلما فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض
وان كان معينا مشارا اليه لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا فى الذمة جاز أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا كان عليه دراهم أودنانير فصالح منها على مكيل أوموزون موصوف فى الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعاً الا انه لابد من القبض فى المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز فى الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض فى المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز فى الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزونا ديناً موصوفا فى الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا فى المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلا أوموزونا ديناً موصوفا فى الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هروى جيد على ثوب هروى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وحطاً للباقى وابراء عنه أصلا ووصفا والابراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردىء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد أو صالح من كر ردىء على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردىء على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة فى غير الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل أن تكون الجودة متقومة فى الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبذل العوض فى مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها فى الاموال الربوية تعبدا بقوله جيدها ورديئها سواء فبقيت متقومة فى غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بان صالح من ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدى الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح عن ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين رديئين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ثوب ردىء على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدى الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان أو عينا لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالا وان كان المدعى حيوانا موصوفا فى الذمة فى قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا فى الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مفروض فى باب الدية فى الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفروض فى الباب أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضى نوعا من الانواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على المفروض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفى شاة أو على مائتى حلة جاز الصلح وهو فى الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وابراء عن الباقى وان صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعا منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المفروض فى الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف جنس المفروض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو كثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الاترى ان من عليه اذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضي عليه بالابل فان قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشياء دراهم أو دنانير وانها أثمان فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذي ليس بعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا اذا صالح على المفروض في باب الدية فاما اذا صالح على ما ليس بمفروض أصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي جاز وان كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذي ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه او ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكما سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤاجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو آجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجرة كذا هذا وله أن يسافر به وذكر في الاجارة ان من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالآجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وربما يلزمه برده مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا في يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم فى حقه وكذا اذا صالح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما الا ان جهالة البدل تؤدى الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيأ لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص فى النفس ومادونه تتحمل الجهالة القليلة فى البدل كما تتحمل فى المهر فى باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له فى رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذعا على هذا الحائط وعلى أن يسيل ميزابه فى داره أياما معلومة لا يجوز لان ماوقع عليه الصلح فى هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف فى حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقى أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز فى غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان فى حكم الحقوق المتمحضة حقا لله تعالى عز وجل وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صالح شاهدا يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد فى اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل و يجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضى به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص فى النفس ومادونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البدل عينا أو دينا الا اذا كان دينا يشترط القبض فى المجلس احترازا عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما فى النكاح فاما اذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الاماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما فى باب النكاح والاصل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية فى باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لان ماوقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل فى باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لافضائها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المماكسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص وتجب الدية وفى النكاح

يجب مهر المثل الا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفى الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البدل قدر الدية أو اقل أو اكثر لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فمن عفى له أى أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أى فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولى بالاتباع بالمعروف اذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد انه اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح فى باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا فى عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصحح بطريق الاسقاط فلا يؤدى الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثانى ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقا ثابتا له فى المحل فما لا يكون حقا له أو لا يكون حقا ثابتا له فى المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا فى يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق الصبى لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما ولو صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشترى فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع فى المحل انما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى فى المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا فى حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا فى المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه روايتان فى رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفى رواية يسقط لان الابراء لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كنيف شارع أو ميزاب فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لاحد من المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت فى رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة فى هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثانى مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقبة الطريق هنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكا فجاز الصلح عنه وكذا اسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين ولا يحتمل ذلك
فى الوجه الاول لانهم لا يحصون وكذا لو صالح الثانى مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لان رقبة
الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فاما فى
طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت فى المحل فلم يكن الصلح اعتياضا عن ملك ولا حق ثابت فى المحل
فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح فى طريق غير نافذ محمول على ما اذا بنى على الطريق فاما اذا شرع الى الهواء
فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين
فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرئ من اليمين وكذا اذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التى
وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين
حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام فى قصة الحضرمى والكندى ألك بينة قال لا قال اذا لك يمينه
جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعى وكذا الملك فى المدعى ثابت فى زعمه فكان
الصلح عن حق ثابت فى حقه وفى حق المدعى عليه وهو بدل المال لاسقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال
المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث
جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز
لان هذا صلح عن حق ثابت فى حق المدعى لان الرق ثابت فى حقه فكان الصلح فى حقه اعتاقا على مال فيصح الا أن
الولاء لا يكون له لانكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا فى حق اثبات الولاء وكذلك لو
صالحه على حيوان فى الذمة الى أجل كان جائزا لان الرق ثابت فى حق المدعى فكان بدل الصلح بدلا عن العتق فى
حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان فى الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا فجحدته فصالحته على مال
بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت فى حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان فى معنى
الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا وفى حقها بدل مال لاسقاط الخصومة وانه جائز أيضا للنص
ولو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لانه لا يخلو اما أن يكون النكاح
ثابتا أو لم يكن ثابتا فان لم يكن ثابتا كان دفع المال اليها من الرجل فى معنى الرشوة وان كان ثابتا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح
لان العوض فى الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذى تأخذه المرأة عوضا عن شئ فلا يجوز ولو ادعى على
انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ فالصلح باطل والمدعى على دعواه
حتى لو أقام بينة أخذه بها لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان فى
الابراء معنى التمليك والاصل فى التمليك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على
وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضى فله أن يستحلفه عند القاضى مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لانها
غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتدا بها وان كان عند القاضى لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضى
معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانيا ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فالمال
واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قمارا ولو أودع انسانا وديعة
ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شئ فالصلح باطل عند
أبى يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما فى
سائر المواضع (وجه) قول أبى يوسف ان المدعى مناقض فى هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين
قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقرارا من المودع فكان مناقضا فى دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة
الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى لانها مندفعة لبطلانها بل للتهمة واذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح

الصلح ولوادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فصالحا على شيء جاز لان دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولوطلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعني شيأ ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لان كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبدا فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شيء أوحط من ثمنه شيأ فان كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانها من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولوصالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا في عين العبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ لان المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح ولوطعن المشترى بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لان الابراء عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والابراء عن كل عيب وان كان ابراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الابراء والفقه الذي مر قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذي وقع الصلح والابراء عنه لا يفتقر الى التسليم والقبض فلا تضره الجهالة وكذلك لولم يطعن المشترى بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز لانه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لابطال هذا الحق ولوخاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيأ من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيأ بارش عيب كان اقرارا بالعيب لان الشراء معاوضة فالاقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقرارا بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلتحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في معنى القمار فكذا الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجائز ولوادعى على امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولوادعى على انسان ألفا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صادقا في دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف واجبة على المدعى عليه و يكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فاقرار المدعى عليه بالالف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولوقال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتي ففعلت ذلك فهو جائز اذا كان بمحضر من الشهود و يجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لوقال تزوجتك أمس على ألف درهم فجحدت فقال أزيدك مائة على أن تقرى لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة و يحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذى ذكرنا اذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) اذا كان بين المدعى والاجنبى المتوسط أو المتبرع فلا يخلو اما ان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فان كان بأمره يصح لانه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وان كان بغير أمره فهو صلح الفضولى وانه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على الفى هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وان كان لا ينسبه الى نفسه بان يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه ففى الوجوه الاربعة يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لاستغراق الجنس ولانه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ و يجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلا من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا التحق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح الفضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبى لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبى على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلا و يجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان بغير اذنهما فهو على الفصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبى على هذا التفصيل ان كان باذن المشترى يكون وكيلا و يجب على المشترى و إن كان بغير اذنه فعلى ماذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبى على هذه الفصول ثم لا يخلو اما ان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبى ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح الفضولى على خمسة عشر آلفا أو على ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشرة آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان الفضولى بالصلح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين فقضى عنه الفين بغير أمره فله أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الربا ولا يجرى فى مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا الفضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا بالبعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقض ولو صالح على مائة على

اسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على اسنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضى عين الواجب فقضى عليه بالدراهم فصالح المتوسط على الفى دينار جاز ولا بد من القبض فى المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ (وأما) بيان حكم الصلح فنقول و بالله التوفيق ان للصلح أحكاما بعضها أصلى لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع و بعضها دخيل يدخل فى بعض أنواع الصلح دون البعض أما الاصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعا حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان دارا او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه فى معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس فى معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان فى معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح دارا والصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة فى الدارين جميعا لما مر أن الصلح هنا فى معنى البيع من الجانبين فصار كانهما تبايعا دارا بدار فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه دارا أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح فى معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعا ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلا عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح ولا يثبت فى الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعى كون المأخوذ مبيعا فى حق من يأخذه منه لان الصلح عن انكار فى جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع فى حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفى جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع فى حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعا ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت فى جانب المدعى ولا يثبت فى جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع فى حقه لا فى حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه فى دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع فى شئ وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغرورا ولا يرجع بقيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس ببدل المدعى فى حقه الا أنه اذا استحقت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة فى حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان فى يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب فى المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه فى دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شئ عليه ومنها الرد بخيار الرؤية فى نوعى الصلح وفرق الطحاوى بينهما والحق الرد فى الصلح عن انكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر و بدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت فى تلك العقود فكذا ههنا وفى كتاب الصلح أثبت حق الرد فى النوعين جميعا من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعى كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ماذكر ومنها أنه لايجوز التصرف فى بدل الصلح قبل القبض اذا كان منقولا فى نوعى الصلح فلايجوز للمدعى بيعه وهبتـه ونحوذلك وان كان عقارا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسـف وعند محمد لايجوز ويجوز ذلك فى الصـلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه و يبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق ان المانع من الجواز فى سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لان الصلح عن القصاص ممالا يحتمل الانفساخ فلا حاجة الى الصيانة بالمنع كالموروث وبذا تبين ان الحاق العقد بالعقود التى هى مبادلة مال بغير مال على ماذكره الطحاوى غير سديد ولوصالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لان الصلح لم ينفسخ فبقى وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصالح فيجب تسليم القيمة (ومنها) ان الوكيل بالصلح اذا صالح ببـدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا فى الاصـل لايخلو من وجهين إما أن يكون الصلح فى معنى المعاوضـة وإما أن يكون فى معنى استيفاء عـين الحق فان كان فى معنى المعاوضـة يلزمه دون المدعى عليـه لانه يكون جار يامجرى البيع وحقوق البيع راجعة الى الوكيل وان كان فى معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً اما ان ضمن بدل الصلح واما ان لم يضمن فان لم يضمن لا يلزمه لانه يكون سـفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع اليه الحقوق وان ضمن لزمه بحكم الـكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولى فان نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لانه متبرع وان وقف صلحه فان رده المدعى عليه بطل ولاشىء على واحد منهما وان أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولى.

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مايبطل به الصلح بعد وجوده فنقول و بالله التوفيق مايبطل به الصلح أشياء (منها) الاقالة فيما سوى القصـاص لان ماسوى القصاص لايخلو عن معنى معاوضـة المال بالمال فكان محتملا للفسخ كالبيع ونحوه (فاما) فى القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لانه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بدار الحرب أوموته على الردة عند أبى حنيفة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده على الاسلام أو اللحوق بدار الحرب والموت فان أسلم نفذ وان لحق بدار الحرب وقضى القاضى به أوقتل أومات على الردة تبطل وعنـدهما نافذة والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها مايبطل من صـلح الحربية لان حكمها حكم الحربية والمسئلة تعرف فى موضعها ان شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لانه يفسخ العقد لما علم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس ابطالا حقيقـة بل هو بيان ان الصلح لم يصح أصـلا لا أنه بطل بعد الصحة الا أنه ابطال من حيث الظاهر لنفاذ الصـلح ظاهراً فيجوز الحاقه بهذا القسم لـكنه ليس بابطال حقيقة فـكان الحاقه باقسام الشرائط على ماذكرنا أولى وأقرب الى الصناعة والفقه فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين فى الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لانه بمعنى الاجارة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ماوقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح فلايخلو اما ان كان حيوانا كالعبد والدابة أوغير حيوان كالدار والبيت فان كان حيوانا لايخلو اما ان هلك بنفسه أو باستهلاك فان هلك بنفسه يبطل الصلح اجماعا وان هلك باستهلاك فلايخلو من ثلاثة أوجه اما ان استهلكه أجنبى واما ان استهلكه المدعى عليه واما ان استهلكه المدعى فان استهلكه أجنبى بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعى الخيار ان شاء نقض الصلح وان شاء اشترى له بقيمته عبداً يخدمه الى المدة المضروبة (وجه) قول محمد ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد وهذا املاك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر فى باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان هذا صلح فيـه معنى الاجارة وكان معنى المعاوضـة لازم فى الاجارة فمعنى استيفاء عين الحق أصـل فى الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن ومعلوم انه لايمكن استيفاء الحق من المنفعة لانها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محـل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كانها ملكه فى حق استيفاء حقه منها و بعد القتل ان تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفى من البدل بان يشترى له عبداً فيخدمه الى

المدة المشروطة وله حق النقض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فاعتقه يبطل الصلح أيضا وقيل هذا قول محمد فاما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه الى المدة المشروطة كما اذا قتله أجنبي وكالراهن اذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق و يضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلكه المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد ويشتري عبدا آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما اذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم أو باستهلاك بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه الى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لان إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع واجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنيها مرة أخرى في بعض اشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقرا للصلح لا مبطلا له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلا فهو أن يرجع المدعى الى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره الا ان في الصلح عن قصاص اذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغرورا من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة انهما اذا تقايلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البدل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان الاقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الامر على ما كان من قبل وكذا اذا استحق لان بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلا فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لان صورة الصلح أورثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن الى بدل وهو الدية فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر الا اذا صار مغرورا من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه بالمدعى و بما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغرورا من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى و بقيمة الولد لانه تبين أنه كان مغرورا فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعى الصلح لان العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ما دونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحقت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية و بما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير فان أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية و بما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحقت أو وجدها زيوفا فله ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) فى موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض فى حقهما جميعاً (وأما) فى موضع الانكار فلان المأخوذ عوض فى حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك فى أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى فى قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذى عرف فى باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذلك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وههنا يجب شئ لان هناك صار مغرورا من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره فى شئ يكون ملتزما ما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقرر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلا فهو الفرق بين الامرين والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الشركة ﴾

الشركة فى الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذى يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيأ أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) الذى يثبت بغير فعلهما فالميراث بان ورثا شيأ فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفى بيان شرائط ركنه وفى بيان حكم الشركة وفى بيان صفة عقد الشركة وفى بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصنائع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان فى رأس مال فيقولا اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أرادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شئ فبيني وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أرادا بذلك أن يكونا بمعنى شريكى التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشترى ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا على الشراء والبيع وان أرادا به أن يكون المشترى بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكى التجارة بل يكون المشترى بينهما بعينه كما اذا ورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترى وبيان نوعه أو مقدار الثمن فى الوكالة الخاصة وهى أن لا يفوض الموكل الرأى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لى من عبد تركى أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لى من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشترى فى الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لى من شئ اليوم

او

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لى من شئ بألف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لى من البز والخز فهو جائز وإنما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة و يحتمل الوكالة فلا بد من النية فان نوى به الشركة كان شركة فى عموم التجارات لان الاصل فى الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شئ مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نوى به الوكالة كان وكالة و يقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لان مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها تملك العين لا لتحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا أنه يكتفى فى الوكالة العامة ببيان أحد الاشياء التى وصفنا لانه لما عممها بتفويض الرأى فيها الى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان فى احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل فى الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشئ مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شئ فبينى و بينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يؤقت يوما وكذا ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشتريت من شئ فهو بينى و بينك ولم يسم شيأ مما ذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا انه لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد فى الاصل فى رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف أو عما أو لم يخصا فهو جائز وكذلك ان لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائز الا انهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما دل على انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكلما اشترى شيأ فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد انه يشترى لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالاعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولا اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة فهى بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة و يحتمل انه سمى بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة و يدخل فى كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة و يفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعى رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الاموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل فى اشتقاق العنان انه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال عن لى أى اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار فى ملاء مذيل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لانه يقع على حسب ما يعن لهما فى كل التجارات أو فى بعضها دون بعض وعند تساوى المالين أو تفاضلهما وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون باحدى يديه و يده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لانه لا يكون الا فى بعض الاموال و يتصرف كل واحد منهما فى الباقى كيف يشاء أو لان كل واحد منهما جعل عنان التصرف فى المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشافى بقاها * وفى احسابهاشرك العنان

(وأما) المفاوضة فقدقيل انها المساواة فى اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأى ماصلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولاسراة اذاجهالهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه فى رأس المال والربح والتصرف وغيرذلك على ماذكر وقيل هى من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام فى شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعى رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا فى الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق فى هذين النوعين لانها وضعت لاستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس فى الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بدمن أصل يستنمى ولم يوجد فى هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين فى سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتى على ضلالة ولأنهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعى أصلا يستنمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فماشرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام فى الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك فى كل عصر من غير نكير ومارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفنى فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لاأعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لاتدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعا (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لاأعرف ما المفاوضة فان عنى به لاأعرف معناها فى اللغة فقد بينا معناها فى اللغة انها عبارة عن المساواة وان عنى به لاأعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما جائز حالة الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التى تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التى تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ماذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة فى عقد الشركة عفو وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كما فى شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا او كان المعنى فى ذلك الوكالة لا تثبت فى هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشئ ضمنا وان كان لا يثبت قصدا او يشترط للثابت مقصودا مالا يشترط للثابت ضمنا وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها و بعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة فى الكل وهى أن يصير كل واحد

منهما

منهما وكيل صاحبه فى التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيهما أهلية الوكالة لما علم فى كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا تفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما فى البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزأ شائعا فى الجملة لا معينا فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضى تحقق الشركة فى الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة فى الربح (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهى التى لا تتعين بالتعيين فى المفاوضات على كل حال وهى الدراهم والدنانير عنانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة فى العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة فى العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التى يتضمنها الشركة لا تصح فى العروض وتصح فى الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التى هى من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة فى العروض تؤدى الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيؤدى الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد فى الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدى الى جهالة الربح ولان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة فى العروض تؤدى الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيأ بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيأ آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدى الى ربح ما لم يضمن وانه منهى بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدى الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة فى جواز الشركة فى العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة فى جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعا حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة ذكر فى كتاب الشركة وجعله كالعروض وفى كتاب الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد والامر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك فى الرواية المشهورة عن أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبنى على أصل وهو ان الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل حال عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانها تتعين بالتعيين فى الجملة وتصير مبيعا باصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عندهما فاما اذا لم تكن أثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين فى الجملة فى عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبى يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

فى الشركة لانهما عند الكساد يأخذ ان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التى ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التى لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط فى قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التى تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال لآخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة فى جنسين مختلفين لا تجوز فى قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبى يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثا فخلطاه واشتريا به فعلى قول أبى يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين وعلى قول محمد على ماشرطا فقول أبى يوسف مطرد على الاصل الذى ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين فى الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخريج لمحمد ان معنى الوكالة التى تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ماقبل الخلط لان الوكالة التى من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة فى جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبى يوسف أن يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن فى الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتربهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعى رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك فى شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط فى المفاوضة لا فى العنان ولكن الطحاوى ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز فى المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فمسلم لكن على اختلاط رأس المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهى الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط فى العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما نذكره فى كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر و يكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلابد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة فى رأس المال قدراوهى شرط صحة المفاوضة بلاخلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرالم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلابد من اعتبار المساواة فيما أمكن وكذا قيمة فى الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحاوالآخر مكسرة أو كان أحدهما ألفا بيضاء والآخر ألفا سوداء و بينهما فضل قيمة فى الصرف لم تجز المفاوضة فى الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التى هى من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبى يوسف ان احدى الالفين اذا كانت أفضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة فى أموال الربا لاقيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة فى رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لاتشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة فى الرواية المشهورة بعد ان استويا فى القيمة ولا خلاف فى انهما اذا لم يستويا فى القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا فى القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لاتعرف المساواة بينهما فى القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة فى الثمنية (ومنها) أن لا يكون لاحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل فى الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا فى الاموال التى لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان مالا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل فى الازواج والاولاد (ومنها) المساواة فى الربح فى المفاوضة فان شرطا التفاضل فى الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم فى المفاوضة وهو أن يكون فى جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما فى الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لاتجوز المفاوضة بين المسلم و بين الذمى لان الذمى يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهى التجارة فى الخمر والخنزير فلم يستويا فى التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبى يوسف يجوز لاستوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما فى التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخى انها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبى حنيفة رحمهم الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوى المسلم فى التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمى وذكر محمد فى الاصل وقال قياس قول أبى يوسف انه يجوز يعنى قياس قوله فى الذمى ولابى يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألاترى ان قاضيا لوقضى ببطلان تصرفه و زوال ملكه ينفذ قضاؤه واذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمى ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخى انها لاتجوز وقال القدورى رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبى حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد فى المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبى حنيفة على ما أصله فى عقود المرتد انها موقوفة فان أسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما أو ماتا أولحقا بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن لا يجوز أما عند أبى يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضى جواز الكفالة على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أومات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبى حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمى لانه يباشر عقودا لا تجوز فى الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمى ولو شاركه شركة عنان جاز كالو وكله (ومنها) لفظ المفاوضة فى شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبى حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبى يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود فى الاعم الاغلب تجرى بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة فى العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفى كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط فى عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأسى المال فيجوز مع تفاضل الشريكين فى رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذى شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون فى عموم التجارات بل يجوز عاما وهو أن يشتركا فى عموم التجارات وخاصا وهو أن يشتركا فى شىء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط فى المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد فى العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها فى المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط فى العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدى معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة فى الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح فى المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك وأما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبى عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شىء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف فى ملكك على ان لى بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيأ من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرطا لاحدهما فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعى رحمه الله ولا خلاف فى شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريكان فى ملك ماشية لاحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالاولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح فى الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذى شرطا له الزيادة ليس له فى الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوى فى الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الربح لاحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح فى حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعى رحمه الله شرط (وجه) قوله أن جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضى الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا لان الدراهم والدنانير توزن وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدى الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها (فمن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوى فى الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا فى الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شئ من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال فى المباحات من الصيد والحطب والحشيش فى البرارى وما يكون فى الجبال من الثمار وما يكون فى الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء ويبيعانه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيأ من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيأ من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك فى المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذى له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشئ فى أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوى فى دليل الملك يوجب التساوى فى الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شئ للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزاد على المسمى هناك كذا ههنا والجامع بينهما انه رضى بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وفرق محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمى الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شئ له وعند محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ ربح أو لم يربح وستأتي المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلا أجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعاً كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان في يده فارسلاه جميعاً فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيداً واحداً كان بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيداً على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولاحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شئ فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤاجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فيتساويان في الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين في شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة ايفاء العمل ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا آجر البغل بعينه كانت الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقل لان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي آجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ على ما ذكرنا في شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معيناً للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللآخر اكاف وجوالقان على ان يؤاجرا الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشترى حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرطا على التساوى والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكهما في المشترى والربح بينهما على قدر الضمان فان شرطا لاحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشترى لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شئ من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه اما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيأ قيمته ألف درهم أو ورثادينا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فللآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيأ منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التمليك لان ما من جزأين الا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدى الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ اما اذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان
من عليه الردیء اذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض
الردیء عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وماقبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم
ويكون ماعلى الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء
الشريك فأخذ نصفها كان للقابض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما
كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ماقبض وبقى الباقى من دينه على حاله فان
أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمنه نصف
ماقبض لانه أتلف عليه ماقبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه فان لم يقبض أحد الشريكين شيأ ولكن أبرأ الغريم
من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيأ لانه لم يقبض شيأ من الدين بل أتلف حصته لا غير فلا يضمن
فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون
المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقى له من الدين أربعمائة ولشريكه
خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة
تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراؤه
بعد القسمة شيأ مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض
أحدهما شيأ ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك أن يضمنه نصف ثمن الثواب ولا سبيل له على الثوب
لانه انما اشترى الثوب بثمن في ذمة الغريم لا بماله في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة
الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا
جميعا على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك و رضى شريكه به صار كانه
باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيأ ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان
القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض
لان الصلح لم يوجب شيأ على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوبا عن الدين
المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد
على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ماقبضه و يرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني
قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيرى لا يسقط مالى في ذمتك فان سلم للشريك ماقبض ثم توى
الذى على الغريم فله أن يرجع على الشريك و يكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا
وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ماقبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها و يعطيه
مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما في ذمة الغريم
فاذا لم يسلم بقى حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن
عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك في ذمة
القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبى حنيفة رحمه الله و يجوز عند أبى يوسف
ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه
فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء
فالتأخير أولى لانه دونه . ولابى حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على
أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه

حق

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز إذ هو اسم للفعل أو لما ل حكمي في الذمة بخلاف الابراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الآخر شيأ حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فما قبض أحدهما من شيء يشركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمنه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيأ بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه اذ الاصل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرئ من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان العقد ههنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبي سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه أن يضمنه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بآفة سماوية فى ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيأ بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بآفة سماوية وكذا الواشترى احد الشريكين من الغريم عبداً بيعا فاسدا وقبضه فمات فى يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن فى الغصب ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيأ ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة * فأما الشركة بالاموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكى العنان والمفاوضة ان يعمله فى مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلاحد شريكى العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدا ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس فى مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف فى الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله فى نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز فى نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف فى أنه يجوز تأجيله فى نصيب نفسه لانه مالك وعاقد وأما فى نصيب شريكه فيجوز تأجيله فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسئلة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والابراء عنه عندهما وعنده لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد فى نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هنالك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنا لا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقايل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا فى البيع وهذا اذا كان فى يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيأ نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيأ نسيئة فاما اذا لم يكن فى يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيأ كان المشترى له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفى يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه اذا كان فى يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر المجانسة فى رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة فى الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما فى يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا فى الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما فى يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عاداتهم ولان له أن يستأجر من يعمل فى البضاعة بعوض فالابضاع أولى لان استعمال البضع فى البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لابد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذى لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقى ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه فى كل المال وذلك لا يصح فى حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق فى المال فلا يجوز الا فى القدر الذى رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد فى الاصل عن أبى حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان فى الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل فى مال الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل فى الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيأ بعمله الا اذا كان فى المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة فى الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة فى الفرع لا فى الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل فى مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله فى مال المضاربة وسنذكره فى كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو آجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين فى خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز فى حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين فى شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف فى نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلا ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان فى بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيلا فى تقاضى ما داينه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيرا لشئ من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون فى التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بدا منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجرى مجرى الاعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد و يرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله فى العقد وله أن يرهن متاعا من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرتهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد فى كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفى دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب و يرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك فى يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته و يرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه ليملك ما فى ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه فى ذلك أيضا هكذا يستوفى هو و يشاركه الآخر الى أن يستوفيا الدين طعن عيسى بن أبان فى هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطنى رهنا بدين فلان الذى عليك فان أجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن فى يده لم يضمن وهذا الطعن فى غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن فى يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلا وهلاك الرهن فى يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس فى الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملأ من بعض وفى العادة يختار الاملأ فالاملأ فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت فى معنى الرهن فى التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك ما فى الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيأ من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه اليه كالمشترى من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الداين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبى عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة فى نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة فى الحال وهذا على القياس والاستحسان فى الوكيل بالبيع اذا دفع المشترى الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لاحدهما

لاحدهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ليس على الذى لم يل من ذلك شىء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبى فى هـذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى أحدهما شيأ لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى و باع لما ذكرنا فيما تقدم ولاحـدهما ان يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وماباعه أحـدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقـد فان أقر أحدهما بعيبه فى متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخى وهذا قياس قول أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف رحمهم الله وفرق بين هـذا و بين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضى المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحـد الشريكين أن يقايل فيما باعـه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسـترد المبيع و يقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعا من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضاء القاضى جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضى من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطى وكل واحـد منهما يملك أن يشترى ماباعـه على الشركة وكذا القبول من غـير قضاء القاضى بمنزلة الاقالة واقالة أحـدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنـه أو أخر ثمنه لاجـل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والحط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز فى حصته ولم يجز فى حصة صاحبه لان الحط من غـير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غـيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحـد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترياه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخى أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبى يوسف ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبى حنيفة رحمـه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبى يوسف وروى عن أبى يوسف ان له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبى يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز فى ملك الغير الا باذنه (وجـه) الرواية التى فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان فى حكم المصر (وجه) الرواية التى فرق فيها بين ماله حمـل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجـه) قول أبى حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صـدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الا لدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه فى معنى المودع لانه مؤتمن فى مال الشركة كالمودع فى مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمرا زائدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلأن يملكه الشريك أولى وقول أبى يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفا (فاما) اذا كان أمناً فلا خطر فيـه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء فى الارض من فضـل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقاً من غـير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامـة فى عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فى ذلك برأيك فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الرأى اليه فى التصرف الذى اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبى حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه فى

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبى حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضى بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضى بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما فى مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته فى جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فان ربحت حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لان النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لاحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلانه لا عوض له فى الحال فكان تبرعا فى الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك تفويض الرأى اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعاً لانه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت فى حقه وحق شريكه ولانه ان كان الاستقراض استعارة فى الحال فهو يملك الاستعارة وان كان تملكا يملكه أيضاً وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون فى التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما فى قولهم جميعاً لانه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا باذن نصا وكذلك تزويج الامة فى قول أبى حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة ويجوز عند أبى يوسف والمسئلة تقدمت فى كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق فى ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز فى المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية فى يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره فى نصيب شريكه وجاز فى نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه فى حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لان هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك فى يد أحدهما فلا ضمان عليه فى نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه فى ضياع المال مع يمينه لانه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكى العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه اذا فعله فيجوز لاحد شريكى المفاوضة أن يفعله واذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضى شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط فى العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التى تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكى المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطالب المقر له ايهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشترى فى البيع الصحيح وقيمته فى البيع الفاسد وأجرة المستأجر وما هو فى معنى التجارة كالمغصوب والخلاف فى الودائع والعوارى والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلانه

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التعدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جناية فأشبه ضمان الجناية على بني آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بني آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بني آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملا بالابتداء ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا حتى لو باع أحدهما شيأ من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيأ يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كالمشتري ولو وجد المشتري منهما عيبا بالمبيع فلصاحبه أن يرده بالعيب كالمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيبا فله أن يردها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا في خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمرا ومعناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه رأسا فلأن يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيأ من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامة لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أولا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتتبعها ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة عنان فأما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولابي يوسف أن المفاوضة مثل المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما اداناه أو ادانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشترى لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع المشترى للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها ولا للشريك لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان اشترى أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشيء أو لا يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء مستحققة فتلتحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشترى مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد له منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشترى على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشترى على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت ما لي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا هذا واذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فان اشترى جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب العقر فلا شك فيه لان وطء ملك الغير فى دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة وهى صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر فى النكاح الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل فى الشركة ولو أقال أحدهما فى بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة فى معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذى لم يل المداينة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذى تولى العقد ويجوز قبضه فى نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما) الذى ولى المداينة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو آجر أحدهما نفسه فى الخياطة أو عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان وان آجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان فى الفصل الاول آجر نفسه فى عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفى الثانى لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار المقضى دينا على القاضى أولا ثم يصير قصاصا بماله على القاضى فكان هذا تمليكا بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذى قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض ما للشريك أن يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت دينا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها الف فماتت فى يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقى لان الزيادة أمانة فى يد المرتهن فكان مودعا فى قدر الامانة من الرهن وللمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها الف فماتت فى يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون دينا للورثة على الوصى وهو أمين فى الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصى يملكان الايداع والزيادة على قدر الدين من الرهن امانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين مالا فأعطاه رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفى قياس قول أبى يوسف ان الذى أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم فى الكفالة ان الكفيل فى حكم المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبى حنيفة جاز القرض وعند أبى يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقالوا فى أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله فى الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل فى الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشترى يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو آجر أحدهما عبدا له ورثه لم يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانها بدل مال لم يدخل فى الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذى وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالاعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لانه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى أيهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع الى من أمر بالدفع اليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضى الله عنهم انه قال اذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع فى شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان فى حق وجوب العمل لان العمل الذى يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت فى معنى المفاوضة فى حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا فى الدين اذا أقر أحدهما بثمن صابون أو اشنان أو غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره أو بالبينة كذا اذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضى هذه الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وان جحده شريكه كما فى شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذى بينا خاصة وقال أبو يوسف اذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما فى يد صاحبه كشريكى العنان فى المال اذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه فى نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن محمد انه أخذ بالقياس فى هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره فى النصف الذى فى يده ولا ينفذ فى النصف الذى فى يد الشريك (ووجهه) ماذكرنا أن الشئ فى أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكى العنان اذا أقر بثوب فى أيديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة فى حق وجوب ضمان العمل فبقى الامر فيما وراءذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لابى يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة فى هذه الشركة فى حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل ووجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر فى محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر فى هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعان برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العمل عليهما فاذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه فى النصف ولشريكه فى النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل فى الكسب اذا شرط التفاضل فى الضمان بان شرطا لاحدهما ثلثى الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك سواء عمل الذى شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطا العمل عليهما لان استحقاق الاجرة فى هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر واذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخى انه علل فى هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير الى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لاقلهما عملا بان شرطا ثلثا الاجرة له جاز فدل

ان

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطا التفاضل فى الاجرة فجعلاها أثلاثا ولم ينسبا العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل فى الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل فى العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل فى العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب أثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحد هذه الاشياء (وأما) الوضيعة فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرطا أن ما يتقبلا نه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ماشرطا على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان فى الوضيعة فى موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة فيها الا بقدر المال ففى موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلأن لا يجوز أن تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فالزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه و يطالب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت و يجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على أحدهما بثوب فى أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه و ينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة فى جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة فى الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيأ مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعى له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة عقد الشركة فهى انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أى بعلمه حتى لو فسخ بحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا وعلم بالفسخ وان كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا فى الوكالة التى تضمنته الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته و يملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهى أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوى انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا فى الشركة وفى المضاربة رواية وهى ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو دنانير صح النهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما فى الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتر بها شيأ وليس له أن يشترى بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهى عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فجعل الطحاوى الشركة بمنزلة المضاربة و بعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة فى يد الشريكين جميعا ولهما جميعا ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففى يد المضارب و ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا

﴿ فصل ﴾ وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثانى) يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكمى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الولاية وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا فى كتاب الوكالة (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فى الشركة بالاموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان فى الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيأ بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات ويتعينان فى الشركات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير فى المعاوضات وتتعين فى الشركات لانهما جعلا ثمنين شرعا فلو تعينا فى المعاوضات لا نقلبا مثمنين اذ المثمن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير فى المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثمنا فلا يكون ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس فى تعينها فى باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان فى الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان فى هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض لهما يقابلهما لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشئ حكمه حكم ذلك الشئ فجعل حكمهما فى حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما فى الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لابد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال فى يده ليمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا تعينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) فى الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك فى المضاربة لأوجب فسادها فأمكن جعل القبض سببا للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعين الحاقا له بالشراء ثم اذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وانه أمانة فى يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لانا لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال فى شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها فى ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالين فى ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لانها مفاوضة فى الحالين فلا بد من معناها فى الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك فى يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التى هى معنى العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بأن كان

أحدهما دراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشترى فى قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكهما لانها ربح فى المال المشترى فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التى لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الآخر فصار ماله أكثر فينبغى أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذى اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب المضاربة ﴾

يحتاج فى هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب فى الارض يبتغى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فاروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابنى سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعرى أمير بها فقال لهما لو كان عندى فضل لأكرمتكما ولكن عندى مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضى الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين فى المال لهما النصف ولبيت المال النصف فرضى به سيدنا عمر رضى الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فى سائر الاعصار من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن العقد فالايجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معانى هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان ما رزق الله عز وجل

أوأطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أومعاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب فى الارض وهو السير فيها سمى هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير فى الارض ويسعى فيها لابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح فى عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله فى يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدى معنى هذا العقد والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر فى الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل فى المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف أو رقيقا بالنصف ولم يزد على هذا شيأ فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الآمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشترى له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيأ لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفا مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدرى حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشاء العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فالاجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشترى بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة على وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن على بن الجعد عن أبى يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكرا للشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة قياساً واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقى فلرب المال والاصل فى جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول فى هذه المسئلة اذا سمى للمضارب جزأ معلوما من الربح فقد وجد فى حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقى يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لى نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعى رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا و يكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيأ معلوما من الربح وانما سمى لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية فى حق المضارب ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضى الشركة فى الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقى للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما فى ميراث الابوين فى قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد و ورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقى للاب كذا هذا ولو قال على ان لى نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقى لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فاذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقى لرب المال لكونه من نماء ماله ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضى المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوى فى الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح فى عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبياً أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق فى المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالاجنبى وان لم يشترط عمله فما شرط فهو لرب المال لما ذكرنا فى الاجنبى وعند أبى يوسف ومحمد المشروط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل أيضاً انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبى عند أبى حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين ففى عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفى عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطاً لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب و بعضها يرجع الى رأس المال و بعضها يرجع الى الربح (اما) الذى يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة فى كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة و بين المسلم والذمى والحربى المستأمن حتى لو دخل حربى دار الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن فى دارنا بمنزلة الذمى والمضاربة مع الذمى مضاربة جائزة فكذلك مع الحربى المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما فى دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربى فرجع الى داره الحربى فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز و يكون على المضاربة و يكون الربح بينهما على ماشرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما أو معاهداً أو بأمان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا فى المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفع اليه حربى مالا مضاربة بمائة درهم انه على قياس قول أبى حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا و ربح أو وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط و يستوفى المضارب مائة درهم والباقى لرب المال وان لم يكن فى المال ربح الا مائة فهى كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شئ للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبى يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم فى جواز الربا فى دار الحرب لما علم (وأما) الذى يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا فى كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لاشئ على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشترى به ضمانه فكان الربح على ما فى الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدى الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضى الى المنازعة والمنازعة تفضى الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن والثمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبى حنيفة بناء على أصله فى الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والفضة فقد جعله فى هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله فى كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجياد (وأما) الستوقة فان كانت لا تروج فهى كالعروض وان كانت تروج فهى كالفلوس وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف فى الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها فى كتاب الشركة فالحاصل أن فى جواز المضاربة بها روايتين عن أبى حنيفة ذكر محمد فى المضاربة الكبيرة فى الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبى حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبى يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت أثمانا كالدراهم والدنانير وعند أبى حنيفة وأبى يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوما فان كان مجهولا لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدى الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة (ومنها)

ان

أن يكون رأس المال عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشراء بما في الذمة لم تصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير في التقدير كانه وكله بشراء العروض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا ولو أضاف المضاربة الى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها الى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مضمون في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولابي يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع مالا الى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشياع يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا الا انه لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فانما يكون ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة (وأما) كون الوضيعة عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميا من المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه على ماشرطا لان الاشاعة لاتمنع من العمل فى المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة على رب المال لانه لاضمان على المبضع والمضارب فى البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ماشرطا لانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها وديعة فى يد المضارب ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال فى يد المضارب على ماسميا لان كل واحد منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا يتنافيان فكان نصف المال فى يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لايجوز الا بعد القسمة لان كل جزء من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف فى الوديعة لايجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصفين على المضاربة فربح أووضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على ماشرطا لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف فى مال الوديعة ومال المضاربة فما كان فى حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان فى حصة المضاربة فهو على الشرط ومن هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمسمائة ثم أمره أن يبيع النصف الباقى ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن مارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة ثم عمل بها وبالخمسمائة التى عليه فربح فى ذلك أووضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشترى له بذلك الدين شيأ لا يصح والمشترى يكون للمأمور لاللآمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فههنا أمران يعمل بالدين وبنصف ثمن المباع فماربح فى حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف فى ملك نفسه فيكون ربحه له وماربح فى نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) فى قياس قول أبى يوسف ومحمد فمقدار ماربح فى الخمسمائة التى أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ماشرطا وما ربح فى النصف الذى عليه من الدين يكون لرب المال لان من أصلهما أن الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى صار عروضا والمضاربة بالعروض لاتصح فصارت المضاربة ههنا جائزة فى النصف فاسدة فى النصف فالربح فى الصحيحة يكون بينهما على الشرط وفى الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها فان فى قول أبى حنيفة ثلثا الربح للمضارب على مااشترطا نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع كانه قال له اعمل فى نصيبك على ان الربح لك واعمل فى نصيبى على ان لك ثلث الربح من نصيبى (واما) على قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فماربح فى النصف الذى كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة فاسدة وماربح فى النصف الذى هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ماشرطا فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثى الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة لان رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال باطل فيكون الربح على قدر المال وفى قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً موافقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا لو شرط فى المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصى اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكى المفاوضة أو العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف فى المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب وصارا كالاجنبى وان كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال فى يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالاجنبى (وأما) المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالاجنبى ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا فى المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال و بين المضارب على ما شرطا فى المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك و يد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية و بقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى خلافا وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل فى ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذى يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان فى الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء فى الثلث ولو قال على أن للمضارب شركا فى الربح جاز فى قول أبى يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هى النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك فى السموات أى نصيب وقال تعالى وما لهم فيهما من شرك أى نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا (وجه) قول أبى يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته فى هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل

وشاركنا قريشاً فى بقاها * وفى أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن فى الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزأ شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرطا عددا مقدرا بان

شرطا أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا أن يكون لاحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا الا مائة درهم فانه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرطا لاحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرطا في العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولانها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة باطلة من أصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تفتقر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دارا ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المعلى عن أبي يوسف في رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزا ولو شرطا أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فانما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجرة له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط أو لا تجوز المضاربة وذكر القدوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجرة مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضا لانه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب ما لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

المال

المال بالمال (أما) الذى يرجع الى حال المضارب فى عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشترى المضارب به شيأ أمانة فى يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيأ صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف فى مال الغير بامره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فى مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف فى الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسدا يملك اذا قبض لا يكون مخالفا ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيأ من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر فى المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزأ من المال المشروط بعمله والباقى لرب المال لانه نماء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضمونا عليه له لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم فى الغاصب والمودع اذا تصرفا فى المغصوب والوديعة وربحا ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة فى ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به فى العمل حتى لو هلك فى يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان فى ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعاً وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة فى المال فان هلك المال فى يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذى يرجع الى عمل المضارب مما له أن يعمله بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيأ من ذلك وتصرف المضارب فى كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمله من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ما له أن يعمله اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمله رأسا وان نص عليه (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد وهى ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشترى به ويبيع لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس فى مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم فى التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدا ونسيئة وبغبن فاحش فى قول أبى حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس فى مثله وهى من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشترى ما بدا له من سائر أنواع التجارات فى سائر الامكنة مع سائر الناس لاطلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاع أولى لان الاستئجار استعمال فى المال بعوض والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل فى المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ماهو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع فى ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل ماللمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه فى المضاربة من مال المضاربة وأن يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهى والموت الا فى تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيأ وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبى حنيفة عليه الرحمه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبى يوسف فانما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشترى السلعة أو يستقيل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصى اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصى فى مال اليتيم مبنى على النظر وتصرف المضارب مبنى على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضاء ويشترى ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على ماشرطا لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب وللمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أوفر ولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجرى على اطلاقه ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف فى رواية محمد عنه وفى رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه أنه فرق بين الذى يثبت فى وطنه و بين الذى لا يثبت و بين ماله حمل ومؤنة و بين مالا حمل له ولا مؤنة فى الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك فى كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله انه اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع فى مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة فى كتاب الشركة (واما) وجه رواية أبى يوسف عنه فهو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه فى بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه فى غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة و يترك بلده فكان دفع المال فى غير بلدهما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة فى ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا الحقهم دين سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لان البيع فى الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضاربة بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبداً قيمته الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء لان الدفع أو الفداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب فى رقبته لانعدام الفعل والتدبير فى جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون فى التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهدة عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى فى كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال فى التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لانه بالفداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة فى الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفداء دليل رغبته فى عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء اذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالفداء فاذا حضرا دفعا أو فديا فان دفعا فليس لهما شئ وان فديا كان الفداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين فى الربح لعدم تعين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقى المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان فى المضاربة فضل كان للمضارب ملك فى العبد ولهذا لو أعتقه نفذ اعتاقه فى نصيبه واذا كان له نصيب فى العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين فى الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع بل تعين ضرورة لزوم الفداء فى نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غيران فى العبد المشترك اذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف أحدهما يتضمن قسمه لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما فى حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية فى حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذى ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية فى حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا لان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير فى الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد فى الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذى يطالب بتسليم المبيع و يطالب بتسليم الثمن و يقبض المبيع والثمن و يرد بالعيب و يرد عليه و يخاصم و يخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب و لم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضا منه بذلك العيب فكأنه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشترى العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة فى دار اشتراها أجنبى الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار النفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع و يشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيأ مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأى أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك فى شئ من ذلك جاز فى قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعا (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه فى المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال و يكون دينا على المضارب فى ماله لان الاستدانة اثبات زيادة فى رأس المال من غير رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشترى برأس المال فى باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هى أن يشترى المضارب شيأ بثمن دين ليس فى يده من جنسه حتى انه لو لم يكن فى يده شىء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيأ بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترى له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس فى يده من جنسه فكان مستدينا على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذا عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس فى يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما فى يد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيأ للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض و يؤدى ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ما فى يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك فى يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف فى حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال الذى فى يده لان الزيادة تكون دينا وليس فى يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بألفى درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه فى ماله لانه يملك الشراء بالالف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة و يملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم فى يده فليس له أن يشترى للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن فى يده شىء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان فى يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوبا أو عبدا بمكيل أو

موزون

موزون موصوف فى الذمة كان المشترى للمضارب لان فى يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان فى يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لان فى يده من جنسه ولو كان فى يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان فى يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس فى يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعروض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شىء واحد فكان مشتريا بثمن فى يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه فى الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شىء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته انقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه اذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان فى يده ذلك القدر الذى اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفته أكمل لم يكن فى يده القدر الذى اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشترى بعد ذلك على الف المضاربة شيأ بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقا بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولا عبدا بخمسمائة لا يملك بعد ذلك أن يشترى الا بقدر خمسمائة لان الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقى صار مستدينا على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف فى مال المضاربة فحصل فى يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن فى يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشترى متاعا بثمن ليس فى يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفى يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفى يده جاز وان كان فى يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن فى يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة فى الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم فى جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل فى عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعا فى ذلك كله لانه اذا لم يبق فى يده شىء من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا فى مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب فى العين زيادة بل أوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه مأذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان فى يده فضل فصبغ الثياب به سودا

فنقصها ذلك لم يضمن وكذلك اذا اصبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس فى يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار باثمنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان فى المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا فى مال عين فتجعل شركة وجوه و يكون المشترى بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضى التساوى وسواء كان الربح بينهما فى المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا فى كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل فى الربح فى شركة الوجوه الا بشرط التفاضل فى الضمان فان شرطا التفاضل فى الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل فى الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان أذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع فى الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة فى الثانى ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبى حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل فى ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبى يوسف وقولنا لما ذكرنا ان قوله اعمل فى ذلك برأيك تفويض الرأى اليه فى المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هى عند الاذن شركة وجوه وهى عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأى فى المفاوضة خاصة لا فى عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل فى ذلك وليس أن يشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشترى يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فى مثله ولان الشراء بما لا يتغابن فى مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل فى عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدين فى ذمة المفلس فكان فى معنى التبرع ولأنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملكه المأذون له فى التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن فى نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيده ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب فى العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان فى يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان فى نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه فى قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب
عبدا من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما
على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء
لانه لا يتضرر به فى الحال وفى الثانى أما فى الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شئ منه فكذا هذا (وأما) الثانى
فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقى على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة
للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه
نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين
قسمة البيت مع المشترى وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا
هذا بخلاف ما اذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن
وهنالك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ
عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف
فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه فى نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا
الالف فما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه فى نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب
ملك فى أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحا فليس أحدهما بأن يجعل رأس
المال والآخر ربحا أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين فى
الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب فى الربح وكذلك لو كان فى يد المضارب
عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه فى واحد منهم لانه لا يتعين
للمضارب فى واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه
من مشايخنا من قال هذا على أصل أبى حنيفة ان العبيد والجوارى لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم
على حدة لان العبيد والجوارى بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك فى الاجناس المختلفة
من العروض ونحوها فأما على أصل أبى يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
اعتاقه فى قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا
رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن
بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم فى عامة
الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض
ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال
لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب فى أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا فى
هذه المسئلة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ اعتاقه فى جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك نفذ على
رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما) الضمان
فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى
فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه فى الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبى يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار
والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزأ منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملكه فانه تنفذ دعوته بخلاف ما اذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيأ ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علقت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فاذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقى من الام فظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل الى رب المال شئ من المال فلا يملك شيأ منها ولا صحة للاستيلاد بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيأ ما لم يأخذ رب المال شيأ من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفا ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقى من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقى الولد ربحا بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة الزيادة يجب أن يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرم المضارب الفا ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقى تسعمائة بينهما فمن أصحابنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقى من الام لان نصف ما بقى من الام ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذي أجاب به في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال انما افترقت المسئلتان لوصفهما لان سبب العتق فى مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفى المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب فى سبب عتقه أن يجتمع ربحه فى الجارية (وأما) فى المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان فى تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفى المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يثبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولده وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد فى ذلك الوقت ولا فضل فى المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة فى موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشترى شيأ من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن فى المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن فى المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضى العرض على البيع وابرازها للمشترى وكان اتفاقهما على التزويج اخراجا اياها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن يكون هذا قولهم لان عند أبى يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط فى اجارة الخياط والصبغ فى الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأى اليه فى المضاربة والمضاربة تصرف فى المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض فى مال رب المال فيصير كانه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته وانما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة فى مال رب المال انما آجر أرضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره فى مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيأ من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشیء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما) الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لانها أعم من المضاربة والشیء لا يستتبع مثله فما فوقه أولى (وأما) الخلط فلانه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الى غيره فنقول لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتين واما ان كانتا فاسدتين واما ان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك امانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني أو لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضا (وجه) قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة الى غيره فاذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار ضامنا كالمودع اذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني و يربح فاذا عمل به و ربح كان ضامنا حين ربح وان عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فاذا عمل ضمن ربح الثاني أو لم يربح وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولابي حنيفة لا سبيل الى التضمين بالدفع لانه ايداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبتت له شركة في المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف ومحمد في المودع اذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسئلة الوديعة فيحتاج الى الفرق لان الضمان عنده على المودع الاول لا على الثاني وفي مسئلة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثاني لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملا لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الاول والثاني والربح على ما شرطا لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون وصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني فكان الربح على ما شرطا لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصار حاصل الضمان على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل شيأ فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن (ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح اذ لا صحة له بدون القبض فاما في المضاربة فيضمن الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء كانه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة ألا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلى على قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الاعلى

فانما

فانما يستحق الربح برأس المال والملك فى رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجير فى مال المضاربة والثانى أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل فى ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثانى فى المال لان المضارب الثانى أجير الاول والاجير لا يستحق شيأ من الربح فلم يثبت له شركة فى رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثانى لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ماشرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثانى صحيحة فكذلك لان الاول أجير فى مال المضاربة فلا حق له فى الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل فى مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثانى على الاول مثل ماشرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمى له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأى اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثانى وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح فى عقد المضاربة ولم يضفه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ما ربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثانى فثلث جميع الربح للثانى لان شرط الاول للثانى قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثانى فكان ثلث جميع الربح للثانى ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيأ فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثانى فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجيره وقع له فكانه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثانى مضاربة بالنصف فنصف الربح للثانى ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثانى وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثانى ويرجع الثانى على الاول بمثل سدس الربح الذى شرطه له لان شرط الزيادة ان لم ينفذ فى حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثانى لان الاول غر الثانى بتسمية الزيادة والغرر فى العقود من أسباب وجوب الضمان وهو فى الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثانى ولم يسلم له فيغرم للثانى مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم ينفذ فى حق رب المال فالتحق بالعدم فى حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ماشرط للثانى من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثانى مضاربة بالثلث كان الذى رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثانى والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضاربة بالنصف كان مارزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثانى والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذى رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثانى والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفى الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض الرأى اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله أصلا ورأسا فشراء مالا يملك بالقبض ومالا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (اما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تتضمن الاذن بالتصرف الذى يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضا فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيأ من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيأ من مال المضاربة يضمن وان اشترى ثوبا أو عبدا أو عرضا من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة لان المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسدا والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دما فما اشترى به لا يكون على المضاربة لان الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلا (وأما) الثانى فنحو أن يشترى ذا رحم محرم من رب المال فلا يكون المشترى للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن فى المال ربح فالشراء على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان فى المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان فى المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقى لانه معتق البعض ومالا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا (وأما) المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة فى جميع ما وصفنا لا تفارقها الا فى قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيدا يثبت لان الاصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبى عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا فيما وراءه على الاصل المعهود فى المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقا فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لان مالا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به فى الكوفة فليس له أن يعمل فى غير الكوفة لان قوله على ان من ألفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا فى السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه فى ذلك ان الاذن كان عدما وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلأن لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفا فيضمن وكان المشترى لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يطيب وان لم يشتر بها شيأ حتى ردها الى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لانه تقرر الخلاف فى القدر المشترى وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل فى الكوفة فى غير

سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل فى مكان معين فلا يجوز فى غيره كما لو شرط ذلك فى بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة فى التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به فى سوق الكوفة أو لا تعمل به الا فى سوق الكوفة فعمل فى غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا فى سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفى الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله فى السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لم يجز له العمل فى غيرها لان فى كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذى أذن له فيه فلو جاز فى غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له فاعمل به فى الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف فى غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضى التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف فى غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به فى الكوفة فله أن يعمله بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اذن له فى التصرف مطلقا وقوله واعمل به فى الكوفة اذن له بالعمل فى الكوفة فكان له أن يعمل فى أى موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدى ثم قال له اعتق عبدى سالما ان له أن يعتق أى عبد شاء ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة (وجه) قوله أنه اذا وقت للمضاربة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها فى الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوى وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم فى الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا فى الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على أن تبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشترى به الطعام أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف فى الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشترى سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن للشرط والاصل فى الشرط المذكور فى الكلام اعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشترى به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله فى الطعام ففى كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضى التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون أقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون فى ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به ولا يملك أن يشترى غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام فى عرفهم لا ينطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له أن يشترى ذلك الجنس فى المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب فى المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سماعة سمعت محمدا قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشترى أى ذلك شاء على ما سمى له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل فى المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطا ان عمل فى المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى فى المصر و باع فى السفر أو اشترى فى السفر و باع فى المصر فقد روى عن محمد انه قال المضاربة فى هذا على الشراء فان اشترى فى المصر فاربح فى ذلك المتاع فهو على ما شرط فى المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فاذا اشترى في المصر تعين أحد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر و بالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالين على ماشرط ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري و يبيع من غيره وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لان في تعيين الشخص تضييق طريق الوصول الى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير مقتضى العقد لان مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والامانة لان الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيداً كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيد أمن الابتداء وانه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على ان تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى و باع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كأنه قال على ان تشتري ممن بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في الصرف على أن يشتري من الصيارفة و يبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد أو النوع فاذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء ولو دفع اليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز و بع فله أن يشتري البز وغيره لانه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشتري ماشاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة الا ان هناك القيد مقارن وههنا متراخي وقد ذكرناه وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد الطارئ على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل الى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري الا ما قال ولو دفع اليه مالا مضاربة على أن يبيع و يشتري بالنقد فليس له أن يشتري و يبيع الا بالنقد لان هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذي يرجع الى عمل رب المال مما له أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه واذا باع بأقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه الا بمثل القيمة أو أكثر الا أن يجيزه المضارب الآخر لان أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه اذا كان فيه غبن فلا يملك الامر به واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أولا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد امساكه حتى يجد ربحاً فان المضارب يجبر على بيعه الا أن يشاء أن يدفعه الى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان أردت الامساك فرد عليه ماله وان كان فيه ربح يقال له ادفع اليه رأس المال وحصته من الربح و يسلم المتاع اليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لاجل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شئ للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له ان عمل فان عمل الاب بأمر الابن فهو متطوع وان عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له أن يعمل فيه بغير اذنه فصار كالاجنبي وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان للمضارب فيه ملكا ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن فى المضاربة ربح فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما فى مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المال ان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال فى مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه فى حق التصرف كملك الاجنبى وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان فى حق ملك الرقبة كملك الاجنبى حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة فى حق كل واحد منهما كمال الاجنبى لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشترى وان كان له فى الحقيقة لكنه فى الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء كان فى الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها وأما حصة المضارب فلانا لو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشترى ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة فى المتبوع لا تجب فى التابع ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فان كان فى يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن فى يده وفاء فان لم يكن فى الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها رب المال وان كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً فى ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولوان أجنبيا اشترى دارا الى جانب دار المضاربة فان كان فى يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف فى المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن فى يده وفاء فان كان فى الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن فى الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب المضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شئ للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شئ للاجير فى الوقت الذى يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة ولابى يوسف انه لما استأجره فقد ملك عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكأنه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين أما رب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله فى العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما فى العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل فى ماله فى ثلاث سنين لان القصاص سقط فى القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية فى ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشترى به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر محمد فى النوادر اذا كان فى يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين فى العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته فى ماله ويكون فى المضاربة لما قلنا والاصل ان فى كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفى كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أما رب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر به مستوفياً رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحاً فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا فى القتل العمد اذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور الولى لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد فى باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز اقراره وان كذبه الولى فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو أقر العبد بقتل عمدا فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شئ للآخر لان موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول فى حق المال فصار كانه أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه فى اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشريكين اذا أقر فى العبد بجناية وكذبه الآخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولى القتيل وانه متعين وتجوز المرابحة بين رب المال والمضارب وهو أن يشترى رب المال من مضاربه فيبيعه مرابحة أو يشترى المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذ المال ماله والقياس يأبى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعاً فى حقهما لا فى حق غيرهما بل جعل فى حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة بيع يجريه البائع من غير بينة واستحلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبهة الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة فى البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مرابحة الا على أقل الثمنين بيان ذلك فى مسائل اذا دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة فى حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة فى حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الفاو خمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعة فى نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول فى مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف فى يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة فى الاقل وانما التهمة فى الزيادة فيثبت مالا تهمة فيه ويسقط مافيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذى اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة لانه لا فضل فى ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيأ من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من الف فيجب من حصته نصف مازاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله فى المال ربح لم يتعين له فى المشترى حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح فى يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالاجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبى يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشرآلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذى اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبى يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبى يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبى يوسف الاول الذى أشار اليه ابن سماعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفا فربح فيه الفا ثم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مرابحة على الف وسبعمائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط فى حق نصيبه ولا يملك ذلك فى مال المضاربة فى قول أبى يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين فينبغى على هذا القول اذا باع مرابحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ماوقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط فى مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لاجنبي

وذكر محمد في كتاب المضاربة لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بألفين ألف رأس المال وألف ربح
فان المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب
لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والعبد يساوي ألفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
مرابحة على ألف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين ألف مضاربة وألف
ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الالف لانه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مرابحة
على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف ولا يبيعه على أكثر من
ذلك لان قيمته ألف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بألفين ما يساوي ألفا وهما متهمان
في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ الفا الا على طريق البيع وباعه العبد بألف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
يساوي ألفا وخمسمائة والمسئلة بحالها وقد اشتراه بألف وأراد المضارب ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على ألف ومائتين
وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالاجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة
المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم مضاربة فباعه من رب المال بألفين
ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بألفي درهم فاراد أن يبيعه
مرابحة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
مرابحة على ألفين وهذه فريعة مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيأ فربح فيه ثم ملكه بشراء
آخر فاراد أن يبيعه مرابحة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قد ربح فيه رب المال
ألفي درهم لان المضارب لما اشتراه بألف وباعه من رب المال بألفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه ألفاً وخمسمائة لانه قام عليه بألف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح ألفين فاذا اشتراه المضارب بألفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال
فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبداً بألف فباعه من رب المال
بألف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بألف وستمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بألفي درهم فاراد أن يبيعه
مرابحة باعه على ألف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة ألا ترى ان المضارب لما
اشتراه بألف باعه من رب المال بألف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
بألف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بألف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى ألف وأربعمائة ولو اشترى المضارب
عبداً بألف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بألف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي
مرابحة بألفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال
لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح
حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة
فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على ألف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربعمائة فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقي وتجوز المرابحة بين المضارب بين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مرابحة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربة بين رجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لان المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة شيئان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذناً من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة فكان مأذوناً في الانفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة وان أنفق شيأ منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما اقام فيه وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعداً ما لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار اقامة لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلي فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالاقامة في مصره أو في مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذى أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له فى المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتى البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لأجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتى الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهيأ له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم فى مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه فى العمل لم تكن نفقته فى مال المضاربة كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه فى المال انفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة فى مال المضاربة وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً فى المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة كالوصى اذا انفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا له ان يرجع بما أنفق فى مال المضاربة لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشئ كذا ذكر محمد فى المضاربة لان نفقة المضارب من مال المضاربة فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجانى (وأما) تفسير النفقة التى فى مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التى يركبها فى سفره ويتصرف عليها فى حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا فى هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع الى التداوى وصلاح البدن ففى ماله خاصة لا فى مال المضاربة وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره فى الدهن خلاف محمد انه فى مال المضاربة عنده وذكر فى الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبى حنيفة يكون فى مال المضاربة والصحيح أنه يكون فى ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب فى المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضى بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجرى مجرى الطعام والادام وقال بشر فى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة لان سفره فى الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً فى مال المضاربة لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء فى وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما وان كان أخذ المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته فى مال المضاربة لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بذل العمل فى المضاربة وليس على رب البضاعة شئ الا أن يكون أذن له فى النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له فى ذلك فالنفقة

بالحصص

بالحصص لان سفره لاجل المالين (وأما) مايحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولا ان كان فى المال ربح فان لم يكن فهى من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لوجعلناها من رأس المال خاصة أوفى نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب فى الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فمافضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد مابقى الى المضاربة وروى المعلى عن أبى يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبدا بألفين فأنفق عليه فهو متطوع فى النفقة لانه لم يبق فى يده شئ من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبى اذا أنفق على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب و بين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بأمر القاضى لان له ولاية على الغائب فى حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولودفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدورى رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه و يحتسب بها فى رأس ماله فى رواية عنه وفى رواية أخرى عنه يقال لرب المال انفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح و رأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الآبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس فى يده من المضاربة غير العبد أن الجعل عليهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب فى رأس ماله اذ هو زيادة فى رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل ومابقى يكون بينهما على ما اشترطا من الربح قال بشر عن أبى يوسف ان الجعل لا يحتسب به فى مال المضاربة و يحتسب به فيما بين المضارب و رب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال فى باب المرابحة لان الذى يلحق رأس المال فى المرابحة ماجرت عادة التجار بالحاقه به وماجرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ماليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال و يجوز أن يحتسب بالشئ فيما بين المضارب و رب المال ولا يلحق برأس المال فى المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثانى مايستحقه المضارب بعمله فى المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان فى المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لودفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح و رأس المال فى يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التى فى يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وماقبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وماقبضه المضارب دين عليه يرده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل فى اعتبار هذا الشرط ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقى فى يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذا هلك ما فى يد المضارب صار الذى اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التى قبضها بعينها الى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت فى يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة فى غيره ولو كان الربح فى المضاربة الاولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفا والمضارب ألفا ثم هلك ما فى يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذى قبض لانه لما هلك ما فى يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شئ لان ما هلك بعد القبض يهلك فى ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرده المضارب فان بقى شئ بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انهار رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أمينا لكن القول قول الامين فى اسقاط الضمان عن نفسه لا فى التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقى من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب فى الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال فى يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويتربح فيما يشترى ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبا رأس المال ألفا من جميع المال وما بقى من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقى لئلا يبطل هذا اذا كان فى المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شئ للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذى يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان فى المال ربح وان لم يكن فلا شئ له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيأ مما ذكرنا ان له أن يعمل فى المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شئ مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان فى المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة فى معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى فى الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك والضياع والهلاك فى المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وجعل المال فى يده أمانة كما فى المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوى فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن كما فى الاجير المشترك اذا هلك المال فى يده

فصل

﴿ فصل ﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا فى كتاب الشركة و يشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف و رأس المال عروض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فلا يملك ذلك وان كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما فى الثمنية

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب و رب المال فان اختلفا فى العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة فى عموم التجارات أو فى عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لان قول من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد اذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود فى العموم أوفر وكذلك لو اختلفا فى الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر فى الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لى تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال فى الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (و وجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول فى ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم فى دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفى دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه و بينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا فى ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضاربة فى البز وقال المضارب فى الطعام فالقول قول رب المال فى قولهم جميعاً لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما فى ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة و بينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا فى البينتين اذا تعارضتا فى صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثانى ينقض الاول فكان الرجوع اليه أولى وان اختلفا فى قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالى ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح فان كان فى يد المضارب ألف درهم يقر انها مال المضاربة فالقول قول المضارب فى ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال فى الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقاً فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها أو بضاعة فى يدى لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان فى يده شئ فالقول قوله (وجه) قوله الآخر ان القول فى مقدار رأس المال قول المضارب لانهما اختلفا فى مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلا وقال لم أقبض منك شيأ كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال فى مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول فى مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر بالبعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب فى قدر رأس المال فى قوله الاخير فالقول قول رب المال فى مقدار الربح فى قولهم يجعل رأس المال ألف درهم و يجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال فى زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب فى زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الالفين جميعاً وان كان فى يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقتسما ما بقى من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ رب المال ألفى درهم و يأخذ ثلثى الالف الاخرى لما بينا وان كان فى يد المضارب قدر ماذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن فى يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لانه لا سبيل الى قبول قول رب المال فى ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول فى الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب فى الاقاويل كلها لان من فى يده شئ فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله فى هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على مايدعى من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة فى رأس المال و بينة المضارب تثبت زيادة فى الربح وقال محمد رحمه الله اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول رب المال لانه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله فى زيادة شرط الربح وفى هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساده فينبغى أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد فى الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لى مائة درهم أو لم تشترط لى شيأ ولى أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى أجرا واجبا فى ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيأ فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط و بينة المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا فى اثبات الشرط و بينة المضارب أوجبت حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخى رحمه الله انهم جعلوا حكم المزارعة فى هذا الباب حكم المضاربة الا فى هذا الفصل خاصة وهو انه اذا أقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لى مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفى المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم فى جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقاقا فى مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتنى المال والربح لى وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التمليك وهو منكر فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الى مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعة فى نوادره سمعت أبا يوسف قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الى شيأ ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت الى ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخاله أو رفعاله واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود كان مشتريا بالنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضاربة أن يكون المال أمانة في يده فاذا صار ضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيأ فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب واذا بقي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه اذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه الى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبدا فجحده الالف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر وبرئ الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع اليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالالف فان العبد للآمر لان الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لانه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال الا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد اذا جحده اياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك لو دفع اليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك ان أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فاذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة ينبغي في قياس ما اذا دفع اليه ألفا وأمره أن يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم الآمر لانه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الالف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد اذا أقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة آلاف وعلى فيها دين الف أو الفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمى صاحبه أو لم يسمه وان سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) انه اذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فاذا قال على دين الف فقد رجع عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجه) قول محمد ان أقر بالدين في حال يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله ان قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين ألا ترى ان الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال الف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح أمانة في يده فاذا جحده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت اليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا فى الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا فى الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى النصف ثم هلك المال فى يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لانا قد بينا أن القول فى شرط الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة فى يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ و بالنهى عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهى وهو علم صاحبه بالفسخ والنهى وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهى فان كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما فى معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لانه عزل حكمى فلا يتقف على العلم كما فى الوكالة الا أن رأس المال اذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضا لما بينا وتبطل بجنون أحدهما اذا كان مطبقا لانه يبطل أهلية الامر للآمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم فى كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ كله والتحقت ردته بالعدم فى جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التى يشترط حكم الحاكم بلحاقه لحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف ان مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كأنه مات فى ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره لبطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف فى ملك الورثة فان كان رأس المال يومئذ قائما فى يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا فى ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا فى هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهى ولا بموت رب المال فكذلك ردته فان حصل فى يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل فى يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذى حصل فى يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما فى الثمنية فيصير كأن عين المال قائم فى يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما فى يده كالعروض وأما على أصل أبى يوسف ومحمد فالردة لا تقدح فى ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم فى بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فيبطل أمره فى المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيا محجورا أو عبدا محجورا فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته فى الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحوقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته فى بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار

بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع فى دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه فى شئ من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار كالحربى اذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء فى قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لان ردتها لا تؤثر فى ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة فى يد المضارب قبل ان يشترى به شيئاً فى قول أصحابنا لانه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه الى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشترى به شيئاً للمضاربة فان أخذ مثله من الذى استهلكه كان له ان يشترى به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لانه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد انه لو أقرضها المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه وان تعدى يضمن لكن زال التعدى فيزول الضمان المتعلق به وان أخذ مثلها لم يرجع فى المضاربة لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان وهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة فى الاستهلاك هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشترى المضارب شيئاً فان هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة الفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الالف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التى قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم الى البائع ويكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن فى يده فرجع بمثله الى الموكل ثم هلك الثانى لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع فى كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فاذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك فى يده قبل ان ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شئ آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهى بالشراء لان المقصود منها الربح ولا يحصل الا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فاذا بقى العقد فكان له ان يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الاول يصير كله رأس المال لانه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجاناً يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الالفان قبل ان ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهى حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال فى هذه الثلاثة الارباع ألفان وخمسمائة وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها ارباعاً ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لانه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب فى الربح لانه اشتراها بالفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من المضاربة لان القاضى لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقى الباقى على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة فى رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية باربعة آلاف منها للمضارب ألف لان ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقى ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربح خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولوكانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهى مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح فى الثانى فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هنالك الشراء وقع بالفين فظهر ربح المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن وروى عن محمد فى المضارب اذا اشترى جارية بالفى درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعت الالفان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامة تساوى ألفاً وقبض التى اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا جميعاً فى يده فانه يغرم قيمة التى اشترى وهى ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التى اشتراها ولا فضل فى ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهوان يشترى المضارب جارية قيمتها ألف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح فى قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد فى موضع آخر فى نوادره فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك فى واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه فى شىء من العبيد وهذا يخالف ماذكره الكرخى فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذى يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالالفين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق فى الجارية المشتراة بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده فى جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهى مال المضاربة ففقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل فى كل من يشترى شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد فى المضاربة الكبيرة اذا اختلفوا وقال رب المال ضاع قبل ان تشترى الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة أنه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفى الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو الهلاك شهد لرب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضى والقبض فان كان فى المال ربح أجبر على التقاضى والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذى عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر الا بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولوضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذى عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولومات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال فى يده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً فى تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال فى حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة فى يد وصيه أوفى يد وارثه كما كان فى يده و يصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت فى حال حياته والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الهبة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الهبة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفى قول مالم يقبل و يقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشئ منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعت هذا الشئ منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده فى حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعا كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها فى نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتقف على القبول ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة أهدى الى النبى عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفى رواية بودان فرده النبى عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والا لقبلنا فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضى الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضى الله عنها فى مرض موته فقال لها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضى الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من ألفاظ الهبة فثبت ان الهبة فى اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو مادل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد الا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعى ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أوأبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا فالايجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشئ لك أو ملكته منك أو جعلته لك أوهولك أوأعطيته أونحلته أوأهديته اليك أوأطعمتك هذا الطعام أوحملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصريح فى الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضا لان تمليك العين للحال من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشئ لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو أهل للملك للتمليك فكان تمليك العين فى الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين فى عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هى العطية يقال فلان نحل ولده نحلى أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك هذا الطعام فى معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع فى السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع فى صدقتك فاحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلا بد من النية للتعيين ولو قال منحتك هذا الشئ أو قال هذا الشئ لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشئ مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية لان المنحة فى الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعارة ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفى الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وسنذكر وجههما فى كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عناقا كان له عارية لان الجدى بعرض أن يصير فحلا والعناق حلوبا وان عنى بالمنحة الهبة فى هذه المواضع على فهو ما عنى لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهى تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هى لك عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهى رد على أو قال جعلتها لك عمرى أو حياتى فاذا مت أنا فهى رد على ورثتى فهذا كله هبة وهى للمعمر له فى حياته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمر شيأ فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا يرجع الى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هى لك تمليك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التمليك وانه تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها اليه فهى عارية فى يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى ولان قوله دارى لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمرى انه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتجا بما روى الشعبى عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب ولان قوله دارى لك رقبى تعليق التمليك بالخطر لان معنى الرقبى انه يقول ان مت أنا قبلك فهى لك وان مت أنت قبلى فهى لى سمى الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لان هناك وقع التصرف تمليكا للحال فهو بقوله عمرى وقت التمليك انه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقى العقد على الصحة ولا حجة له فى الحديث لان الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهى الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة فان لم يدبها الاول كان حجة له وان أريد بها الثانى لا يكون حجة لان ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثانى توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم فى الحقيقة ان كان الرقبى والارقاب مستعملان فى اللغة فى هبة الرقبة وينبغى أن ينوى فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لاطولكما حياة فهو باطل لانه لا يدرى أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تمليك وقوله حبيس نفى الملك فلم يصح النفى وبقى التمليك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسيرا لقوله لك فصار كأنه ابتدأ بالحبيس فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية اجماعا ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لان هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال وهى شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع فانه تبطله هذه الشروط لان القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسراله لان ذكره فى العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا الا أن الفساد فى البيع للنهى الوارد فيه ولا نهى فى الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولان دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجرى مجرى الترغيب فى أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهدية هبة وروينا عن الصديق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما فى بطنه أن الهبة جائزة فى الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام فى العقود التى فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما) الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان الاستثناء لما فى البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثانى فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد و يبطل الاستثناء و يدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح الوصية و يبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الموصي ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصي و بمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تمليك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره وان كان لتمليك العين لكنه يحتمل تمليك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسيرا للمحتمل و بيانا انه أراد به تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل هبة العين و يحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا للمراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤاجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن و بعضها يرجع الى الواهب و بعضها يرجع الى الموهوب و بعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبى ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوي وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررا محضا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فاذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا فى الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ماليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة أو ما فى ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء فى البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا فى البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة هى الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب فى صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما فى الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين فى ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما فى الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما فى الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره فى موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع فى الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد فى الغلول فى الغنيمة فى بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابى بكبة من شعر فقال أخذتها لاصلح بها بردعة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهولك وسأسلمك الباقى وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبيا ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبى عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبى عليه الصلاة والسلام الهبة فى نصيب أسعد وقبل فى نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان أدنى حال فعل النبى عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه قال فى مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقراً أنت وانى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا جذيتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق رضى الله عنه القبض والقيمة فى الهبة لثبوت الملك لان الحيازة فى اللغة جمع الشىء المفرق فى حيز وهذا معنى القسمة لان الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب فى حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وايم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى الى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف فى المقبوض والتصرف فى النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا تمكن من التصرف فيه بالتصرف فى الكل لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول فى المشاع الذى لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال فى القبض ولا يوجد فى المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك فى الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدى الى ايجاب الضمان فى عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب فى المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز فى المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفى الحديث مايدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقى وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف فى وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان فى معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا و يحتمل ان الانصباء كانت مقسومة مفرزة و يجوز أن يقال فى مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ماوهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضى الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من الفاظ الهبة ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضى الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضى الله عنه على انعقاد العقد فى نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتخلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب فى هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (وجه) قوله ان الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق فى الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا فى الهبة ولان التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه فى المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا فى الهبة ولو وهب شيأ ينقسم من رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبى حنيفة وجاز عند أبى يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيأ ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض وهما جوزاها لانه لم يوجد الشياع فى الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع فى وقت القبض (وأما) هما فلانعدامه فى الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار جملة أو تمليك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبى حنيفة تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هى تمليك الكل منهما لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشائع فيجوز (وجه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفى العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك

منهما ثبوت الملك لهما فى الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما فى النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما فى الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما فى العقد على السواء كالاخوين فى الميراث عند الاستواء فى الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق فى حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة فى الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث فى النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء فى الاستحقاق وان كان السبب فى حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشفعة فى الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل لهذا اجاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تمليك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثانى وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف فى كل الدار بل فى نصفها ولو كان كل الدار مملوكا لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايؤ أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له فى النصف واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد فى النصف والشيوع يؤثر فى القبض الممكن من التصرف على مامر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك فى كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمرا محالا أيضاً فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه فى الملك فهو الفرق وعند أبى حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيأ مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد لان العقد وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرا الحكمه فلا يوجب ذلك اشاعة فى العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز عند أبى يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبى يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا فى العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين فى معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر فى الهبة ولا يؤثر فى البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أبهم بان قال وهبت منكما أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيأ ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فصل وسلم جاز كما فى هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما لان التصدق على الغنى مبتة فى الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز فى الهبة من رجلين وعن أبى حنيفة رحمه الله فيه روايتان فى كتاب الهبة لا يجوز وفى الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ماذكرنا فيما تقدم وههنا يتحقق الشيوع فى القبض (وجه) رواية الجامع وهى الصحيحة ان معنى الشيوع فى القبض لا يتحقق فى الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع فى يد الرحمن قبل أن تقع فى يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغنى يبتغى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى والدار الآخرة والهدية يبتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع فى القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى القبض فيصح رده الى كل واحد منهما فى صناعة الترتيب فتأمل والكلام فى هذا الشرط فى موضعين فى بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفى بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم وهو ماروينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس فى ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا أعلمت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلى الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما قالا اذا اعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبراً عن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالى مالى وليس لك من مالك الا ما أكلت فافنيت اولبست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء فى الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وماروى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لا حاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثانى) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض فى باب البيع حتى لو قبض المشترى من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون فى الهبة أولى لان البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولان القبض فى باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركنا على الحقيقة فيشبه القبول فى باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضا والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانا والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول فى باب البيع (وجه) الاستحسان ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولان الاذن بقبض الواهب صريحا بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهى ان يقبض الموهوب له العين فى المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان فى الزيادات ولو قبض المشترى المبيع بيعا جائزا بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياسا واستحسانا حتى كان له أن يسترد وفى البيع الفاسد اختلاف روايتى الكرخى والطحاوى رحمهما الله ذكرناهما فى البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن فى الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض فى المجلس لا بعد الافتراق ولان للقبض فى باب الهبة شبها بالركن فيشبه القبول فى باب البيع وايجاب البيع يكون اذنا بالقبول فى المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيأ متصلا بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولان الجواز فى المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لان الايجاب لم يقع صحيحا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصورا على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما فى كتاب البيع وكذلك اذا وهب دينا له على انسان لآخر ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحا جاز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين (ووجه) الفرق ان الجواز فى هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة فى الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لان دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لانه اذا أذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضا للواهب أولا ويصير المقبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذى

ذكرنا

ذكرنا واهبا ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولا ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة روايتان (وجه) رواية عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير (ووجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجر عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الارض أو الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الارض ثم الزرع أو الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازلزوال المانع والله عزوجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لاتجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جاز لما قلنا بخلاف هبة ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو هبة سمن فى لبن أو دهن فى سمسم أو زيت فى زيتون أو دقيق فى حنطة أنه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما ولهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهى العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبى العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبى وان كان عاقلا (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه فى الهبة كما لا يجوز فى البيع (وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبى العاقل كما يملك وليه ومن هو فى عياله وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أولا فالقبض الى العبد والملك للمولى فى المقبوض لان القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه ولان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق لعارض فكان الاصل فيهم اطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا فى القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لان الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية فى أحد نوعى القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصالة وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة فى القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الاول الذى يرجع الى القابض فهو القبض للصبى وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبى وليه أو من كان الصبى فى حجره وعياله عند عدم الولى فيقبض له أبوه ثم وصى أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبى فى عيال هؤلاء أو لم يكن . فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما فى ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم أو أجنبيا لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف فى مال الصبى فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن فى عياله أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه قياساً واستحسانا وانما كان كذلك لان الذى فى عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه و يسلمه فى الصنائع التى للصبى فيها منفعة وللصبى فى قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفى لتصرف فيه منفعة محضة للصبى (وأما) من ليس فى عياله فلا ولاية له عليه أصلا فلا يجوز قبضه له كالاجنبى والقبض للصبية اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحسانا لانها فى عياله لكن هذا اذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل فى مختصره (وأما) الثانى الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود فى الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المتماثلان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه و يسد مسده فتثبت المناوبة بمقتضى المماثلة واذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق و زيادة و بيان هذا فى مسائل اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معاولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضا مالم يجدد القبض وهوان يخلى بين نفسه و بين الموهوب بعد العقد (وجه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهى يد المودع معنى فكان المال فى يده فصار كانه وهب له مافى يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولوكان الموهوب فى يده مغصوبا أومقبوضا ببيع فاسد أومقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولوكان الموهوب مرهونافى يده ذكر فى الجامع انه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن فى حق العين قبض أمانة أيضا فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة والاقوى ينوب عن الادنى لوجود الادنى فيه وزيادة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخى انه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا ورأسا والفرق بينهما ماذكرنا فى كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيأ جاز ويصير قابضا له مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغى للرجل أن يعدل بين أولاده فى النحلى لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل فى ذلك أن يسوى بينهم فى العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب فى المواريث للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما فى شرح مختصر الطحاوى وذكر محمد فى الموطأ ينبغى للرجل أن يسوى بين ولده فى النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضى أن يكون قوله مع قول أبى يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاماً كان لى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبى عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا اشارة الى العدل بين الاولاد فى النحلة وهو التسوية بينهم ولان فى التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لانه تصرف فى خالص ملكه لا حق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه فى ثلاث مواضع فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفته وفى بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له فى الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هى ثبوت ملك غير لازم فى الاصل وللواهب ان يرجع فى هبته وانما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع باسباب عارضة وقال الشافعى رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم فى الاصل ولا يثبت الرجوع الا فى هبة الولد خاصة وهى هبة الوالد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسئلة هبة الاجنبي والوالد وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قيئه والعود في القيء حرام كذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) * تحيتهم بيض الولائد بينهم * لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشيء وذا لا يتصور في الاعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فانه روي عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا ولان العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفا فكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلق لا من حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلق ان تتزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعا حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدده حقيقة جعل متجددا تقديراً في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عيناً لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكأنه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك أكسابه بحكم الملك الاول أو يملكها ملكا مبتدأ فعند أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق بأكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية بأداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أو دارا فبنى فيها أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو نصب دولاباً أو غير ذلك مما يستقى به وهو مثبت في الارض مبني عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعه قميصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الربا لانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور في الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

مالم يثب منها أي مالم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط فى العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع فى موضعين أحدهما فى بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثانى عوضاً والثانى فى بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أثبتك وما يجرى هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلابد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لانسان شيأ وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيأ للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقى مقابلا بالاول لانعدام مايدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثانى أن لا يكون العوض فى العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التى وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لامسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض مادخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقى لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيأ واحداً أو شيئين فى عقد واحد فاما اذا وهب شيئين فى عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضا وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبى يوسف ان حق الرجوع ثابت فى غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع فى الهبة ثابت شرعا فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقى انه يجوز وكان مكانا عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيأ ثم يبدو له الرجوع فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقى وهو على حاله التى وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيأ ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعا نعم لكن الرجوع فى الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيأ وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (واما) على أصل أبى يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع فى الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلا فله أن يرجع ان كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقى البعض فالباقى عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقى من العوض ويرجع فى كل الموهوب ان كان قائما فى يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع فى الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكما ان الثانى عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثانى ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع فى بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع فى بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقى يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به فى الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا فى الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان للواهب أن يرده و يرجع فى الهبة لان الموهوب له غره حيث عوضه لاسقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع فى الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع فى نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع فى جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع فى العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص فى السعر أو زاد فى البدن أو نقص فى البدن كان له أن يأخذ نصفه و نصف النقصان كذا روى عن محمد فى الاملاء وانما لم تمنع الزيادة عن الرجوع فى العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ فى الزوائد وان قال الموهوب له اردما بقى من الهبة وأرجع فى العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطا فى العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقى من الهبة فلم يكن له أن يرجع فى العوض فان كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله و روى بشر رواية أخرى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه لا يضمن شيأ وهو قول أبى يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض فى العوض ما وقع مجانا وانما وقع مبطلا حق الرجوع فى الاول فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائما يرجع بقيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد فى حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيأ لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هى المستحقة فاذا بطل العوض رجع فى الهبة واذا بطلت الهبة يرجع فى العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع فى مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثانى بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة و يبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا فى اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع فى الاولى ولا يثبت فى الثانية (فاما) فيما وراء ذلك فهو فى حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه فى الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع فى الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرده و يرجع فى العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض و يرجع فى الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطا فى العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا فى اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ماهو فى معنى العوض فى حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته مالم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبى بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع فى هبته ولا للمعوض أن يرجع فى العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع فى هبته لان الاجنبى انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) اذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) اذا عوض بأمره فلا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عنى على انى ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يمينى أو أد زكاتى ففعل لا يرجع بذلك على الآمر الا ان يقول له على انى ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه انه يرجع على الآمر وان لم يقل على انى ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الآمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشروط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشئ على أن تعوضنى هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا انه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذى ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملكان الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج بما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب (ولنا) ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهى عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضى الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحى فيسامحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد فى هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحى عن المضايقة فى الثمن لاستيفاء الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذى رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة فى هذه القرابة فلا يكون فى معنى العوض وكذا اذا وهب لذى محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة أصلا ولو وهب لعبد ذى رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما) ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلا وان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها فى معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة فى الهبة فصارت كالهبة لذى رحم محرم فان كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخى عن محمد ان قياس قول أبى حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر فى اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل فى الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى انه ليس له أن يرجع فى هذه المسئلة فى قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيأ وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد فى الرق فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فللواهب أن يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجود، وان عجز ورد فى الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع فى الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحى فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثانى الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث فى جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها الثالث التوارث فلا رجوع فى الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع فى الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذى هو فى معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا فى الحقيقة اذ العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة فى الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما فى

يده ففى الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوبا من ذلك فى الجملة فاذا أتى بلفظة الصدقة دل انه أراد به الثواب وانه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع فى الهبة فللواهب أن يرجع فى نصف الهبة مشاعا وان كان يحتملا للقسمة بان وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للواهب أن يرجع فى الباقى وكذا لو لم يبع نصفها وهى قائمة فى يد الموهوب له فله أن يرجع فى بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة انها لا تجوز فى المشاع الذى يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والشياع يخل فى القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول و بالله التوفيق لا خلاف فى أن الرجوع فى الهبة بقضاء القاضى فسخ واختلف فى الرجوع فيها بالتراضى فمسائل أصحابنا تدل على انه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع فى المشاع الذى يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لانسان شيأ ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على ان الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفر انه هبة مبتدأة (وجه) قوله ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا فى حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة مبتدأة ماذكر محمد فى كتاب الهبة ان الموهوب له اذا رد الهبة فى مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفى حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضى والدليل على انه مستوف حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتاله فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضى انه يعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث لانه لا حق للمشترى فى الفسخ وانما حقه فى صفة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ فى حق ثالث على قضاء القاضى (وأما) ماذكر محمد فمن أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وماذكرنا من المسائل يدل على انها فسخ فكان فى المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما فى الرد فى حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة فى حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق غيرهما واذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب و يملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود قديم الملك كالفسخ فى باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة فى يد الموهوب له حتى لو هلك فى يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون فاذا انفسخ عندها بقى القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه الا بالتعدى كسائر الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضى به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى أو بقضاء القاضى وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذى يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضى أو التراضى على ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

﴿كتاب

﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهونا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشئ بمالك على من الدين أو يقول هذا الشئ رهن بدينك وما يجرى هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجرى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيأ بدراهم ودفع الى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لانه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الرهن وبعضها يرجع الى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع الى المرهون وبعضها يرجع الى المرهون به (أما) الذى يرجع الى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا الى وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت كذا هذا (وأما) الذى يرجع الى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذى لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لان ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودى طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ماشرع له الرهن وهو الحاجة الى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذى يرجع الى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما اذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاؤه الا أن الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذمى مضمون على المسلم بالغصب واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالاب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (اما) ان يجرى مجرى الايداع (واما) ان يجرى مجرى المبادلة والاب يلى كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى فى جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفترقان فى فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدقه الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خير له فى الرهن لانه يهلك أبدا بالاقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيأ ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفى أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمى قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا يتقيد به حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له فى ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون فى المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف فى شئ مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصح فبقى المرهون فى يده بمنزلة المغصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الانفكاك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برئ من الضمان حين رهن ذكره فى الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف فى الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك فى يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك فى قبض العارية لا فى قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك فى يده بعد ما افتكه من يد المرتهن لانه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك فى قبض العارية ولو وكل الراهن يعنى المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك فى يد القابض فان كان القابض فى عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك

والمالك رضي بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فما قضى يكون مضمونا عليه ومالم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا ويرجع بجميع ماقضى على المستعير وذكر الكرخي أنه يرجع بقدر ما كان عليك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ماذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعا فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتكيته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلانا شيأ فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد أدخلاه في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لماذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأنواع (منها) أن يكون باذن الراهن لماذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيماله صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لاصحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في الهبة فيشبه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجرى مجرى النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو اقبض وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيأ متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ماذكر والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ماذكرنا في كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ماذكر ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا رهن شيأ وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والاباق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لماذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنا بكل الدين ولا استحالة فى ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقى شئ من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أولا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيأ من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تمليك وتمليك شئ واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة فى كون الشئ الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مالية الرهن وانه لا يفى لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيأ فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيأ من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الاخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام فى الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهى نماؤه كالولد واللبن والثمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو فى حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو فى حكم الجزء كالارش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدا أو غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (اما) زيادة الرهن فمرهونة عندنا على معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعى رحمه الله ليست بمرهونة أصلا والمسئلة تأتى فى بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فجائزة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة فى الثمن والمثمن وقد مرت المسئلة فى كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهى موقوفة ان بقى الولد الى وقت الفكاك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهى على الاختلاف الذى ذكرنا انه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة فى الثمن والمثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة فى الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان هذه الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع فى الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد مقابلتها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (واما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشئ لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثانى لانه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدى الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع فى الدين لا يمنع صحة الرهن وفى الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد فى الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز و ينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما فى رهن المشاع ولو رهن المتاع الذى فيها دون الدار وخلى بينه و بين الدار جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذى فيها صفقة واحدة وخلى بينه و بينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فان جمع بينهما فى التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) فى المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) فى الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن فى الدار وجاز فى المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة فى الدار وجازت فى المتاع كما فى الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (اما) فى المتاع فلانه غير مشغول بالدار (واما) فى الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن فى جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه فى الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما فى الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما فى رهن الدار التى فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذى فى الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها أو رسنا فى رأسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا فى الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبعا للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك فى الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما فى بطنها أو بهيمة واستثنى ما فى بطنها انه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء ما فى البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما فى بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما فى بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام فى الهبة وقد مر الكلام فى الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما فى عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما فى التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع فى الفصلين مختلف

فالمانع

فالمانع من صحة القبض فى هـذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من صحة القبض فى الفصل الاول هو الشغل وانه يختلف مثال هـذا اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل و لم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقى وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقى وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هـذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هـذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغه جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو رهن سمنا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو زيتا فى زيتون أو دقيقا فى حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لان العقد هناك لم ينعقد أصلا لعدم المحل لكونه مضافا الى المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتميز فاذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمواضعه من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا وفيه ثمر لم يسمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر فى بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فانه يصح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هـذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيأ دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والغرس لان ذلك يدخل فى البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل فى رهن الدار ويدخل الثمر فى رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقى ان كان الباقى بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء فسد الرهن فى الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح فى القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقى فكانه رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلا لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقى الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقى يهلك بحصته من الدين وان كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقى ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيما فافهم ومنها أهلية القبض وهى العقل لانه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلى وهو التمكن من اثبات اليد. وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقى ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلى فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هـذه الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه الا التخلى وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلى فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الذى يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبى وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لو هلك الرهن فى يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ماذكرنا فى كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عددت الحيازة والفراغ والتميز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا وبنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه المشاع (ولنا) فى اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثانى ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا فى متعارف اللغة والشرع والرهن حبس فى اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوع يمنع ادامة القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا فى ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبى أو من شريكه لانه لو جاز لامسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ويوما لا وذا لا يجوز وعلى هذا أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا عما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التى ذكرنا فافهم (وأما) الذى يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام فى هذا الشرط يقع فى موضعين احدهما فى أصل اشتراط الضمان والثانى فى صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولسنا نعنى بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به بأى سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفى الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر فى حكم الرهن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعى المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما فى اتلاف مالا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة فى باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فامكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن فى المجلس تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه فى المجلس لا مستبدلا وان لم يهلك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض فى المجلس وأما العين فنقول لا خلاف فى انه لا يجوز الرهن بالعين التى هى أمانة فى يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذى يجب مثله عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب فى يد الغاصب والمهر فى يد الزوج و بدل الخلع فى يد المرأة و بدل الصلح عن دم العمد فى يد العاقلة ولا خلاف فى انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون فى يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك فاذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن فان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها و بدل الشئ قائم مقامه كانه هو وأما الذى هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع فى يد البائع ليس هو مضمونا بنفسه الاترى انه لو هلك فى يده لا يضمن شيأ بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشترى اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر فى كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك فى يده قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع اذا أو فى ثمنه وعليه أيضا ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشترى أن يرد الرهن على البائع ولو هلك فى يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع و بطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يصح الرهن و به اخذ الكرخى وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء فى المضمون بغيره لان المشترى لا يصير مستوفياً شيأ بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألاترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشترى فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان فى معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيأ بدراهم بعينها فاعطى بها رهناً لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على ان الدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات وان عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألاترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شىء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشترى بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شىء ولا يسقط عن المرتهن بشىء بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الجانى والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شىء ولا يسقط عن المرتهن شىء بمقابلته فلم يكن مضمونا أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النائحة والمغنية بان استأجر مغنية أو نائحة وأعطاهما بالاجرة رهنا لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه فى حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شىء كالمقبوض على حقيقته فى الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثانى) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا فى الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا فى الثانى كالرهن بالدرك بان باع شيأ وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشترى فخاف المشترى الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا ارتهن بما يثبت له على الراهن فى المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا فى

الثانى جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شىء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضموناً الا أن الجواز فى الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل فى الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس و بخلاف ما اذا دفع الى انسان رهناً ليقرضه ان الرهن يكون مضموناً وان كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون فى الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شىء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لآخر ضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان فى المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون فى الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل فى تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدوم فلان فكان عدماً قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضموناً فى الحال بل فى الجملة على مامر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضموناً ظاهراً أو باطناً أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفى لجواز الرهن ذكر محمد فى الجامع مايدل على ان كونه مضموناً فى الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضموناً حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل الفاً وهى قرض عليه فجحدها المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهناً يساوى خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلاً وانه لم يكن للمدعى عليه شىء ثم هلك الرهن فى يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهما لو اختصما الى القاضى قبل أن يتصادقا ان القاضى يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهراً فيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلأن يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبى يوسف انه لا يضمن شيأ لانهما لما تصادقا على أنه لم يكن عليه شىء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلاً فلم يصح وكذا ذكر فى الجامع اذا اشترى من رجل عبداً بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهناً يساوى الفاً فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضموناً لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهراً فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دناً من خل وأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضموناً بالاقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف ينبغى أن لا يضمن فى هذه المسائل أيضاً لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال وأخذ رب المال بالمال رهناً من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما فى صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبى يوسف لما لم يصح الصلح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص فى النفس ومادونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن

﴿فصل﴾ وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذى يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكاك أو ملك العين فى حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكاك وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك والعبارات متفقة المعانى فى متعارف الفقهاء (والثانى) اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعى رحمه الله الحكم الاصلى للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيأ يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيأ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يغلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحبا له على الاطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبة وانتفاعا وحبسا ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لانه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا) قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهونا ولان الرهن فى اللغة عبارة عن الحبس قال الله عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبيس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين التى ورد العقد عليها رهناً وأنه ينبئ عن الحبس لغة كان مادل عليه اللفظ لغة حكما له شرعا لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين. فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين فى أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالجحود والانكار على ماعرف ولا حجة له فى الحديث لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين وهذا كان حكما جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذى رهنه تفسير لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكفنه وقوله ان ماشرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسييب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً دينه فى حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً فى حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن فى حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفيته أما الذى يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أو لا في جواب ظاهر الرهن وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون رهنا الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهنا وان أجازه جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤاجره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجارة ولان الاجارة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجارة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجارة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) صحة الاجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهنا وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا آجره فاجاز المرتهن أو آجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم ألا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبدا ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان دارا ليس له أن يسكنها وان كان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجازه جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبدل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كأنه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم يجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشترى لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشترى بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم الرهن الى المشترى أولا ثم باعه منه فأما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس فى ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشترى بطل البيع لان بتضمين المشترى لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون و يرجع المشترى على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان أجاز جاز و بطل الرهن وان رد عاد رهنا كما كان ولو هلك فى يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق فى الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان أجاز جاز و بطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاده رهنا كما كان ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر فهلك فى يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وان شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه فصح وكانت الاجرة له لانها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالغاصب اذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا فى الاجارة فان أعاره وسلمه الى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة فان هلك فى يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه و يكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو اعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول أن يبطل الرهن الثانى و يعيده الى يد المرتهن الاول لان الرهن الثانى لم يصح فلو هلك فى يد المرتهن الثانى قبل الاعادة الى الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثانى فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثانى لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك فى يد المرتهن

الثانى يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثانى بطل الرهن الثانى و يكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون و يرجع المرتهن الثانى على المرتهن الاول بما ضمن و بدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثانى لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثانى باذن الراهن الاول جاز الرهن الثانى و بطل الرهن لاول (أما) جواز الرهن الثانى فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثانى بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس فى عياله لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده فى معنى يده و يد الاجنبي الذى ليس فى عياله ليست فى معنى يده فان فعل وهلك فى يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالايداع وله أن يدفعه الى من هو فى عياله كزوجته وخادمه وأجيره الذى يتصرف فى ماله لان يد هؤلاء كيده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك فى أيديهم كالهالك فى يده والاصل فى هذا أن للمرتهن ان يفعل فى الرهن ما يعد حفظا له وليس له أن يفعل ما يعد استعمالا له وانتفاعا به وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله فى خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو مأذون فى الحفظ لا فى الاستعمال و يستوى فيه اليمنى واليسرى لان الناس يختلفون فى التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم فى اليمنى ومنهم من يتجمل به فى اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله فى بقية الاصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقلد بهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقلد بها لم يضمن لان التقلد بسيفين معتاد فى الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثانى حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضى لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضى له لان له ولاية فى مال غيره فى الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا فى يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بايفاء الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بايفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقك فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقى فله ذلك لان الرهن وثيقة و بالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فهو لك بدينك أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضى أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهى مسئلة الحجر على الحر وقد ذكرناها فى كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام فى العدل فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ما للعدل أن يفعله فى الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثانى فى بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح والثالث فى بيان ما ينعزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينعزل (أما) الاول فنقول و بالله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده و بيد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه فى يد العدل ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده و يعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع فى يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا اذا كان مسلطا على بيعه فى عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا أن التسليط اذا كان فى العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متأخرا عن العقد يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للاصل وكذا له أن يبيع ماهو قائم مقام الرهن بحوان كان الرهن عبدا فقتله عبد اوفقأ عينه لانه اذا اقام مقامه جعل كان الاول قائم ثم اذا سلطه على البيع مطلقا فله أن يبيعه باى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما وباى قدر كان بمثل قيمته أو باقل منه قدر مايتغابن الناس فيه وبالنقد والنسيئة عند أبى حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا احل الاجل أو فى دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهى مسئلة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهما جوزا فى مسئلة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب الى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيدا فيلزمه مراعاة القيد متأخرا اذا كان التقييد مفيدا وهذا النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخرا عن العقد لم يصح نهيه لان التقييد المتراخى ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخى عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا بيانا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشترى وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضا أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشترى كان على المرتهن ويهلك بالاقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق فى يد المشترى فللمشترى أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد فى باب البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ماقبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترده منه واذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهدة عليه واذا رجع عليه سلم للمرتهن ماقبضه لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك فى يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه فى الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشترى وجد به عيبا كان له أن يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانما ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذى أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضى ان شاء رجع على المرتهن ان كان سلم الثمن اليه وان شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه اذا رد عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ماقبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك فى يده وضمن فى ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا فى الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط فى عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله فى الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطاً فى العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ماذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقى حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها مرهونة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كما له أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو فقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثانى قائم مقام الاول لحماً ودما فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان فى الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطا فى الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع فى سائر المواضع واذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا فى رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا فى رهن مولاه حتى لو رهن انسان شيأ على أن يضع فى يد عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا فى استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من مولاه لذلك افترقا وعن أبى يوسف ان المولى يصلح عدلا فى رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه لان المكاتب حر يدا فكان كل واحد منهما أجنبيا عما فى يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا فى رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا فى رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا فى استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شريكى المفاوضة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما فى يد كل واحد منهما كانه فى يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شريكى العنان فى التجارة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز فى الشريكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه فى غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا فى رهن المضارب ولا المضارب فى رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيأ من مال المضاربة بدين فى المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد لرب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا فى رهنه بثمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيأ ورهن بثمن ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه فى يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا فى الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط فى عقد الرهن على أن يكون الرهن فى يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه فى يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

فى ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل و يخرج عن الوكالة ومالا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون فى عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان فى العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت فى العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة فى العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ماهو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فللراهن أن يعزله و ينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك فى كتاب الوكالة وهذا الذى ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو فى العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد و يوضع الرهن فى يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع فى يد الاول فى الابتداء بتراضيهما فكذا فى يد الثانى فى الانتهاء فان اختلفا فى ذلك نصب القاضى عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثانى أن يبيع الا أن بموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثانى وعلى هذا تخرج نفقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعى عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان فى قيمة الرهن فضل أولم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤنات الملك على المالك والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك (وأما) العشر فى الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن فى الباقى بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن فى الباقى (ووجه) الفرق ان الفساد فى الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن فى القدر المستحق لم يصح والباقى شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه فى الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه و يجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشئ عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان فى الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التى ذكرنا انها عليه فى نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرا على حفظه لحفظ لا يستحق شيأ من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبى يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الآبق على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن و بقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان فى قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والفداء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال ابو يوسف ومحمد يرجع في الحالين جميعا بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الحجر على الحر وستأتي في كتاب الحجر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن والصوف أو في حكم المتولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست بمرهونة بناء على أن الحكم الاصلي للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء فقبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسري الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعا للاصل فكانت مرهونة تبعا لا أصلا كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعا لا أصلا فلا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض فكذا المرهون تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائهما الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعا بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصلي وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو كثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فما بقي شئ من الدين بقي محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع الثمن فما بقي شئ من الثمن بقي محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شئ من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيأ واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيأ من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمى لكل واحد منهما شيأ من المال الذى رهن به أو لم يسم فى رواية الاصل وذكر فى الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد ان ماذكر فى الاصل قول أبى يوسف وماذكر فى الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان فى المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمى لكل واحد منهما دينا متفرقا أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كانه رهن كل واحد منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقه واحدة حقيقة لانها أضيفت الى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسميه وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما فى البيع اذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها الى أن يستوفى جميع الثمن وان سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثانى وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان فى الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهونا فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه وان كان من خلاف جنسه يحبسه الى أن يستوفى دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شئ يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقى من دينه فى مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفى تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولا فمن الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولا ويقال له أحضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدى الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا اذا كان دينا ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا فى كتاب البيوع الا ان البائع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائما فى يد المرتهن أو كان فى يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائما كان له ان يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك اذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدى عدل وجعلا للعدل ان يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير الى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد فى الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لوأخذه كان غاصبا وإذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن و يجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن فالتقيا فى بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التى ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعوى الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه و يحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفى الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه ليس فى احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل فى الزيادات ولو اشترى شيأ ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع فى غير مصره الذى وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشترى حتى يحضر المبيع لا يجبر المشترى على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن و وجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة فى المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين فى هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثانى فى بيان شرائط الضمان والثالث فى بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعى رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبى عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفى رواية الرهان بما فيها وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسا يحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يهلك اذ الغلق يستعمل فى الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الاسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى نفقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق فى الرهن هو التوصل اليه فى أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله و بعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثيق

﴿ فصل ﴾ (وأما) شرائط كونه مضمونا عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما اذا ابرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن أنه يهلك بغير شئ ولا ضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الابراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء و يتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقى القبض وقد بقى لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضمونا بالدين يستدعى قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فاستحال أن يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قائما فاذا سقط بالابراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقى القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن بخلاف الابراء لانه مسقط لان الابراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن فى يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا أخذت المرأة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن فى يدها أنه لا ضمان عليها فى نصف الصداق الذى سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن فى يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن فى يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك فى يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شئ والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبى يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند أبى يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبى حنيفة فى الاصل وذكر الكرخى رحمه الله قوله مع قول أبى يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن ببدله فى الشرع لان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو ولهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه يجب بالسبب الذى يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل فى أصل الشيوع ولابى يوسف أن المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال فى حق أحد الحكمين وبقى فى حق الحكم الآخر الا أنه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما فى سائر الاسباب المعلقة بالشروط ولو أسلم فى طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن فى يده يهلك بالطعام لان

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام و بالاقالة لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لان الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان المشترى بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشترى وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشترى ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لان قبض الغصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك اذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولد رهن لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقي العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له أن يحبسه بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط شيء من الدين لان الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده الى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما اذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وان أقام الراهن البينة انه تخرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة الراهن لان بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا الا الارش خاصة حتى

لو

لو هلك شئ من ذلك لا يسقط شئ من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون مقصودا بل تبعا للاصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا لا حصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما أن المبيع تبعا لا حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون و بدل الشئ قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه و بخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا لا تبعا لان الزيادة اذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما و تعتبر قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض و تعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان فى السعر أو فى البدن لان الاصل دخل فى الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولدا يساوى الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون فى كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين و بقى الولد رهنا بالنصف الباقى يفتكه الراهن به ان بقى الى وقت الافتكاك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شئ وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوى ألفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين فى الولد والثلث فى الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين و بقى الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوى ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدين فى الولد وربع فى الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين و بقى الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوى خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين فى الام والثلث فى الولد وتبين ان الام هلكت بثلثى الدين و بقى الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معاً أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكاك لما ذكرنا وولد الولد فى القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصلى ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما فى الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام فى السعر أو فى البدن فصارت تساوى خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوى ألفين والولد على حاله يساوى ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو لسعر فصار يساوى خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا الثلثان فى الام والثلث فى الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوى ألفين فثلثا الدين فى الولد والثلث فى الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه وذلك مائتان وخمسون و بقى الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين فى كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمى نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقى الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الارباع (فأما) إذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقى النصف فاذا ولدت ولدا فينبغى أن يقسم النصف الباقى من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كانها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقى النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شئ من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التى كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة فى الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا ألا ان هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام فى كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (اما) ان زاد فى الرهن وليس فى الرهن نماء (واما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية الفا وقيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين فى كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان فى العبد والثلث فى الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل فى الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهى نماؤه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعاً لا أصلا والمرهون تبعاً لا يأخذ حصة من الضمان الا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصلى فى يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقى من الدين على قيمة الباقى وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقى النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته الف يقسم النصف الباقى على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فى العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان فى الجارية فرق بين الزيادة فى الرهن وزيادة الرهن وهى نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون فى كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقى ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون فى الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة فى الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون فى الام وفى الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن فى هذه الزيادة وهى الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر فى القسمة ما بقى من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصوداً لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كانها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت فى الولد غير ما كان ثابتا فى الام فيعتبر فى القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده فى الرهن

عبد اقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهى خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة و بقى ألف أثلاثا ثلثاها فى العبد وثلثها فى الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثى الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل فى الباقى وينقسم الباقى على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبداً قيمته الف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك فى الزيادة وسهم فى الجارية العوراء لانه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعا من الدين و بقى النصف الباقى فى نصفها شائعا وذلك خمسمائة فاذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون و بقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر فى الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان فى الزيادة وخمسه وذلك خمسون فى الاصل هذا اذا زاد وليس فى الرهن نماء فأما اذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوى ألفا ثم زاده عبدا قيمته ألف فالراهن لا يخلو اما ان زاد والام قائمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قائمة فزاد لا يخلو اما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل فى حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذى أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهى وقت قبضها لانها انما جعلت فى الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى باشره ولانه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التقييد والتنصيص أولى واذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم فى حق العبد للزيادة لا تتغير و يقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد فى حق الام ولا تعتبر فى حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان الولد فى حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيهما من الدين و بقى الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى و يتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة ولا عبرة للولد فى حق الزيادة ولا يدخل فى حصتها وانما يعتبر فى حق الام و يدخل فى حصة الام والولد فى حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه فى حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينها و بين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد و يوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لابد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدا عليه الا أن الام أصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلكت الام ثم زادوا العبد زيادة على الولد فكانا جميعا رهنا بخمسمائة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن احتمال ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحدا يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبدا قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد ألفين فهلك ذهب كل الدين أيضا وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهو رواية عن سيدنا علي رضي الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرتهن فضل قيمة الرهن وهكذا روي عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغا ما بلغ أي يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضي الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيأ واحدا فاما اذا كان أشياء بأن رهن عبدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيأ من الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه لما سمى وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمى لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من

جنســه بأن رهن موزونا بجنســه أومكيلا بجنسه وهلك فى يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيــه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمته أقــل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ماذكر فمن أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة فى الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) فى الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء فى الوزن والقيمة ولا يريان الجعــل بالدين أصــلا ومحمد يجعل بالدين لـكن عنــد الامكان بأن لا يؤدى ذلك الى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدى الى الربا فان أدى الى شيء ممــا ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضــا واذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل النقصان الحاصــل بالانـكسار شائعا فى قدر الامانة والمضمون فما كان فى الامانة يذهب بغير شيء وما كان فى المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمــه يصرف النقصان الى الزيادة واذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين يخــير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعــله بالدين ومن أصــل أبى حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمدا ترك أصله فى الرهن وعند أبى يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد فهذه أصول هــذه المسائل (وأما) تخريجها على هــذه الاصول فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضــة فهلك أو انكسر فى يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة واما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثنى عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خــلاف لان فى وزنه وقيمته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عنــدنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شيء من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعــة من غير عوض ولا سبيل الى الثــانى لانه يؤدى الى الربا لان الدين والرهن يستويان فى الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخير ان شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمــد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفى الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجــه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاســلام وأبطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبــين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هــذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما له فى الجملة ألا ترى ان محمدا يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما ذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عنــد أبى حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفى وزنه وفاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما) أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه الى الثانى لانه يؤدى الى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولابى حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردىء فى الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزيوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدى الى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذى قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدى الى الربا فمست الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتبارا للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا فضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقيل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضا لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهنا بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون والقدر الذى في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذى في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته ووزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثر النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتبارا للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلا ورأسا ومحمد ان كان يجيزه لكن بشريطة انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهنا والقلب ملكا للمرتهن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهما أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين بان كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طارئ فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك أمانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لانه قبض باذن المالك فأشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ما هو محل للرهن الصحيح فاذا رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدبر وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فنقول المرهون لا يخلو (اما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (واما) ان كان من غير بني آدم من سائر الاموال فان كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان مما لا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو أتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه (اما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه يوجب الضمان (واما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلتحق بالملك في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير لها حصة من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فيصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتهن حتى لوجاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لان فعل المرتهن لما كان مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها خمسه كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثاه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو استهلكه الراهن باذن المرتهن لا شيء عليه لان الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لانه ملكه وقد أبطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بآفة سماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع الدين وان كان المرهون من بني آدم فجنى عليه فجملة الكلام في جنايات الرهن انها ثلاثة أقسام جناية غير الرهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن وجناية الرهن على الرهن اما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجناية في النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً والجاني حر فللراهن أن يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص في قول أبي حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لابد له من ولي والولي هنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجه والى المرتهن من وجه فصار الولي مشتبهاً مجهولاً وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوماً فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فأشبه الولي فامتنع الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص (فاما) اذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفائه ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت القيمة رهناً ولو اختلفا فأبطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجناية خطأ أو شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهناً لان العبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزاد ديته على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقى فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أى يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فحل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد فى ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفى ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين و يسقط الباقى من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدى الى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفى الاجنبى سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بنى آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجانى حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين و يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا و يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على أصله فى الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولابى حنيفة وأبى يوسف انه لما دفع الثانى بالاول قام مقام الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثانى وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص فى السعر حتى صار يساوى مائة درهم فقتله عبد يساوى مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الفداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه و يجبر الراهن على الافتكاك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين و بين الترك للمرتهن بالدين. وقد مرت المسئلة هذا اذا كانت الجناية فى النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجانى حرا يجب ارشه فى ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب فى ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطا والعمد فلأن القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ فى وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجانى عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع المجنى عليه رهنا وان اختار الدفع يكون الجانى مع المجنى عليه رهنا والخصومة فى ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجانى فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفائت فيقيمه مقامه رهنا هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بنى آدم واما ان كانت على غير بنى آدم من سائر الاموال فان كانت على بنى آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو فى معناه فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى فى دمه بل هو أجنبى عنه وكذا للمرتهن من طريق الاولى اذا الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته

على الراهن والمرتهن فى حق القصاص وجنايته على الاجنبى سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل فى ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنايته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت جنايته فيما دون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنايات من العبيد والاماء توجب الدفع أو الفداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألفا والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالفداء لانه بالفداء يستبقى حق نفسه فى الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدئ بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن و يسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كأنه لم يجن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبى ولانه بالفداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء لان الاصل فى الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف نخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى فى ضمان المرتهن فصار كأنه هلك فى يده وكذلك ان اختار الفداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان الفداء على المرتهن لحصول الجناية فى ضمانه الا انه لما أبى الفداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالفداء فكان مضطرا فى الفداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقى وان كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالفداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالفداء والمعنى من خطاب الدفع فى جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على الفداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية و يكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاختياره أولى (اما) المرتهن فلانه بالفداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له فى اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذى اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن و يرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخى فيه روايتين فى رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفى رواية يرجع وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لولم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعا وان كان الذى اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضراً فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لانه لا ملك له فى العبد أصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الارش فان كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا فى نصف الفداء عند أبى حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه و بنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد قضاء الدين وعند أبى يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا فى نصف الفداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا فى الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا فى الحضرة لا فى الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا فى نصف الفداء بالاجماع بل يكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه أجنبى ولهذا كان متبرعا فى حالة الحضرة كما فى الغيبة ولابى حنيفة رضى الله عنه أنه فى حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعا هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن (فاما) حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلان خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن فى ضمانه ولم يوجد فى الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شئ وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شئ من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شئ من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا أفدى فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصلى للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفداء منه اصلاحا للرهن فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبى فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنايته على نفس المرتهن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبى حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه وأما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن و يبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجناية لما فى الدفع أو الفداء من سقوط حقى فله ذلك و بطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة فجنايته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن فا

كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم فى جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم فى جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبى حنيفة وعندهما معتبرة (وجه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما اذا وردت على أجنبي وهذا لان الاصل فى الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا فى اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولابى حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت فى ضمان المرتهن فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها فى ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لانها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال فى اعتبارها فلا تعتبر هذا اذا جنى على نفس المرتهن فاما اذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سواء وليس فى قيمته فضل لجنايته هدر بالاجماع لانه لا فائدة فى اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن فى اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية تعتبر الجناية فى قدر الامانة وفى رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الاولى أن المانع من الاعتبار كون العبد فى ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس فى ضمانه فامكن اعتبار الجناية فى ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو فى حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار فى حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفى حق المرتهن كونه فى ضمانه ولم يوجد شئ من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي سواء هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن على بنى آدم وأما حكم جنايته على سائر الاموال بان استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكرمن الفداء من جنايته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقى دينه و بقى العبد رهنا على حاله لانه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وان أبى المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا فى الفداء من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه يباع العبد بالدين و يقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لانه دونه ثم اذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد فى ضمان المرتهن فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقى لانه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه الى أن يستوفى حقه وان كان الدين لم يحل أمسكه بما بقى من دينه الى أن يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرف نصفه الى المرتهن ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والامانة على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والامانة فى ذلك لما قلنا وان لم يكن فى ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقى من دينه يتأخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقى الى ما بعد العتق واذا أعتق وأدى الباقى لا يرجع بما أدى

على

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جناية الام سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين و بين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد رهنا كما كان وان بيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وحكم جناية الرهن على غير الرهن فاما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول و بالله التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنايته على نفسه فهي والهلاك بآفة سماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضا جناية بني آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جناية بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنا في صفقة واحدة واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدة وهي جناية الفارغ على المشغول فانها معتبرة و يتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ ويكون رهنا مكانه أما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعني الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له و إيجاب شيء على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما في المجني عليه من الدين الى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جناية الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى الفارغ و بيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه او جنى عليه جناية فيما دون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنايته هدر و يسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كان المجني عليه هلك بآفة سماوية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجني عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنا بسبعمائة وخمسين ولو فقأ أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنا بستمائة وخمسة وعشرين و بقي المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقيء جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الآدمي نصفه الا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين و نصفه فارغ من الدين والفاقيء جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والفاقيء نصفه مشغول و نصفه فارغ الا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى الفاقيء وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان فى الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين
وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا فى صفقتين فان كان
فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف
الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة ما لو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فجنى أحدهما
على الآخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا يخير
الراهن والمرتهن فان شا آجعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان فى القاتل من الدين وان شا آ فديا القاتل بقيمة
المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفين
وقيمة كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر فان دفعاه فى الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين
الذى كان فى القاتل وان قالا نفدى فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس
بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا وأخذ عبده وكانت
الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان
دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية
معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبى فان قال المرتهن أنا لا أفدى ولكنى أدع الرهن على حاله
فله ذلك وكان الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان فى المفقوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق
المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان
للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء
وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا فى العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهى
هدر لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا
هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر
لعموم الحديث وأما جناية بنى آدم عليها فحكمها وحكم جنايته على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول
وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع
ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن
حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد فى الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا
يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد
العبد الى لا شك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد فى الاول وانشاء العقد فى الثانى وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج
الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك فى يده قبل الرد يهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض فى هذا الباب
يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثانى فى الضمان الا
برد الاول حتى لو هلك الثانى فى يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنيتهما على الجميع وانما رضى برهن
أحدهما حيث رهن الثانى وطلب رد الاول والاول كان مضمونا بالقبض فلم يخرج عن كونه مضمونا ببعض
القبض فيه لا يدخل الثانى فى الضمان ولو هلكا جميعا فى يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير
شئ لانها أمانة هلكت فى يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه
خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنها بالدين الذى كان العبد
مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثانى بدل الاول بل هو مقصود بنفسه فى كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهى رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثانى أصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد على حدة فيعتبر فى الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك فى يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة مرت فى مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبى باذن المرتهن أو المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتهن باذن الراهن أو باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن فبقى العقد عليه وكذا فى كل موضع خرج واخلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يخرج بناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الابطال لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوكه رقبة فينفذ كاعتاقه الآبق والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن مملوكا يدا وحبسا وملك الرقبة يكفى لنفاذ الاعتاق كما فى اعتاق العبد المستأجر والآبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما فى موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد فى المرهون لانه فى يد المرتهن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حرا من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا فى حالة الابتداء فكذا فى حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال يجبر الراهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رهنا مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلانه أبطل على المرتهن حقه حقا قويا هو فى معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلانه بدل العبد وفى الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخذة الانسان بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر فى العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى فى الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين ألفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته فى يد المرتهن حتى صارت تساوى ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد فى ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما) اختيار الرجوع على الراهن فلأنه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلأن بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه لأنه صار مستوفيا الدين من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لأن الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لا في حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لأن العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محلية الحبس بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه (وأما) السعاية في الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي بعد السعاية شيء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فانتقص في السعر حتى عادت قيمته الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو معسر سعيا في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم وبالتدبير خرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحمه الله انه يسعى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يسعى وسوى بين المرتهن و بين الاعتاق وهو ان الدين ان كان حالا أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلا أخذ قيمة العبد من الراهن و يكون رهنا مكانه كما في الاعتاق (وجه) ماذكره الكرخي ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوي فيه حال الاعسار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجه) ماذكره القاضي أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذ لا صنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن ايجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من ايجابه على من لا صنع فيه أصلا و رأسا فاذا كان المولى معسرا كان الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالا أو مؤجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان مؤجلا فلا يسعى الا في قدر قيمته و يكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي (و وجه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضي منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلا لا يجب قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادة حقه اليه بعوض يقوم مقامه جبراً للفائت فيتقدر الجائز بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته و يكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذ الفائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعايته ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس و يرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطرا فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ماذكره الكرخي رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا أعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته و يثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الا أن هنا صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية فى حصتها من الدين حكم المدبر فى جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد فى حصته من الدين حكم المعتق فى جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الا أن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسعى فى الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى فى أقلهما اذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن فى قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذى لك على وهو الف والرهن يساوى الفاً وقال المرتهن ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم فقد روى عن أبى حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا فى قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا فى قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب فى مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا فى قيمة الهالك ان القول قول المرتهن فى قيمة الهالك والبينة بينة الراهن فى زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى قدر الرهن فقال المرتهن رهنتنى هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا فى قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما فى باب البيع ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر فى الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن فى يدك وقال المرتهن قبضته منى بعد الرهن فهلك فى يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله فى الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك فى يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله فى الضمان وهو ينكر ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقى الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضى فكان الظاهر شاهداً له وان أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن فى يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا فى مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفى تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول فى الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين فى القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان تجىء بينته أو يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله فى انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعت بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعمائة

ويكون

و يكون الراهن راهنا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول فى براءة نفسه غير مقبول فى اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا فى الرجوع على الراهن وذكر فى الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات فى يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن و بينة الراهن تقرر ضمانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المزارعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى معنى المزارعة لغة وشرعا وفى بيان شرعيتها وفى بيان ركن المزارعة وفى بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفى بيان حكم المزارعة الصحيحة وفى بيان حكم المزارعة الفاسدة وفى بيان المعانى التى هى عذر فى فسخ المزارعة وفى بيان الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفى بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاول فالمزارعة فى اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وايجاده وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثانى ان كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات وفعل التسبيب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التى لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم فى العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف فى أصول الفقه

﴿ فصل ﴾ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وبه أخذ الشافعى رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هى شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبى حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وانه منهى بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج فى حائط لا تستأجره بشئ منه و روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج فى معناه والمنهى غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وانه لا يجوز كما فى الاجارة و به تبين ان حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام تجهيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز و يحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿ فصل ﴾ وأما ركن المزارعة فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هذه الارض مزارعة بكذا او يقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله و رضاه فاذا وجدا تم العقد بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فهي في الاصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (اما) المصححة فأنواع بعضها يرجع الى المزارع و بعضها يرجع الى الزرع و بعضها يرجع الى ما عقد عليه المزارعة و بعضها يرجع الى الآلة للمزارعة و بعضها الى الخارج و بعضها يرجع الى المزروع فيه و بعضها يرجع الى مدة المزارعة (اما) الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعا واحدا لان العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعا واحدا لان المزارعة استئجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعا واحدا لما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتدا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك انه اذا دفع المرتد أرضا الى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الارض زرعا ثم قتل المرتد او مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر جميعا مزارعة أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فاذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصح أصلا فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حبا و بذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان و يتصدق بما وراء قدر البذر و نقصان الارض لانه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق وان كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لانه لما أسلم تبين ان المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فان مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع اليه الارض دون البذر فالخارج له أيضا لانه لما ظهر انه لم تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضا و بذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا الا انه يأخذ من ذلك قدر بذره و نفقته وضمان النقصان ان كانت المزارعة نقصتها و يتصدق بالفضل لما ذكرنا وان كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل و بين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضا فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته لان الردة لا تنافي انعدام الاهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمارة الاستغناء بالردة لان الظاهر انه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله فيثبت التعلق نظرا لهم ونظرهم ههنا في تصحيح التصرف لا في ابطاله ليصل اليهم شيء فأشبه العبد المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العمل انه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لان الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا واذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها نقصت الزراعة الارض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا اذا

دفع مرتد أرضه مزارعة الى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه مزارعة الى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الارض والبذر جميعا أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الارض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم و بين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على مامر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا فى ماله بل على نفسه بايفاء المنافع ولا حق لورثته فى نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الارض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الارض زرعا ففى قياس قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب ردته وكسب الردة فىء عند أبى حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الارض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذ المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبى يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد فى الارض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مرضا فالى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الامر اليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المزروع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكورا فى العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لان ترك التقدير يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة فى الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجملة حتى لو شرط لاحدهما قفزانا معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الارض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الارض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الارض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا اما للعامل واما للارض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور واذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لاتخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأ شائعا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لاتصح المزارعة لجواز أن لاتخرج الارض الاقدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لاعين البذر لان عينه تهلك في التراب وذا لا يصح لماذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع و يقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لا يصح العقد لان ما على الماذيانات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحدهما ما على الماذيانات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية ابطله

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المزروع فيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والنزة لاتجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لاتمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء و زمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لاتصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة من للتبعيض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة و بعضها شعيرا لان التنصيص على التبعيض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيرا فكذا جاز لانه جعل الارض كلها ظرفا لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيرا فكذا وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزروع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فاي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة و بعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرا لجاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) أن تكون الارض مسلمة الى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض و بين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لاتصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لاتصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضا و بذرا و بقرا على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجرا للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لان العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة و يكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لاتصح المزارعة لانه يصير مستأجرا للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا

لا يصح على ما ذكر و يكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما ذكر فى موضعه وكذا لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه فى باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين امامنفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض واما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجرا للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واذا اجتمعا فى الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿فصل﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجرا للعامل لا غير ليعمل له فى أرضه ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقى كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجرا للارض لا غير ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والآلة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابله شىء من الاجرة بل هى توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شىء من العمل كمن استأجر خياطا ليخاط بابرة نفسه جاز ولا يقابلها شىء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا مجرى الصفة للعمل كان العقد عقدا على عمل جيد والاوصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجرا للارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثانى أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهى مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذى ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجرا للارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقى كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبى يوسف فى هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز فى هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفى عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ماروى عن أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط فى عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لان كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه فى قدر بذره فيجتمع استئجار الارض والعمل من جانب واحد وانه مفسد (ومنها) أن تكون الارض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الارض أرضه اليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ماخرج من شئ فثلثه لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح فى حق صاحب الارض والعامل الاول فاسد فى حق العامل الثانى ويكون ثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه للعامل الاول وللعامل الثانى أجر مثل عمله وكان ينبغى أن تفسد المزارعة فى حق الكل لان صاحب البذر وهو العامل الاول جمع بين استئجار الارض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها فى حق صاحب الارض والعامل الاول وانما كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب الارض والعامل الاول وقع استئجارا للارض لاغير وانه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الارض والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا فى حق شخصين فيكون صحيحا فى حق أحدهما فاسدا فى حق الآخر ولو كان البذر فى هذه المسئلة من صاحب الارض صحت المزارعة فى حق الكل والخارج بينهم على الشرط لان صاحب الارض فى هذه الصورة يعتبر مستأجرا للعاملين جميعا والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح فى صحة العقد واذا صح العقد كان الخارج على الشرط

﴿فصل﴾ واما الذى يرجع الى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر فى العقد تابعا فان جعل مقصودا فى العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه فى الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الاجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس فى المعاملة أن لا تصح الا بعد بيان المدة لانها استئجار العامل ببعض الخارج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت فى الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة فى أول السنة لان وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتتفاوت حتى انه لو كان فى موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلمة أن بيان المدة فى ديارنا ليس بشرط كما فى المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها فى بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخارج لاحدهما لانه شرط يقطع الشركة التى هى من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا عليها مقصودة فى باب المزارعة ولا سبيل اليه (ومنها) شرط العمل والارض جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف مورد الشرع الذى هو خلاف القياس على مامر فى الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لانه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية لان الزرع لا يحتاج اليه اذ لا يتعلق به صلاحه والاصل أن كل عمل يحتاج اليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقى والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لان ماهو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهى الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة اذ العمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيده وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما فى نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبى يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان والجذاذ فى باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) فى ظاهر الرواية فلا يشكل وأما على رواية أبى يوسف فلانعدام التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمعا على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما فى قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرطا أن يكون التبن بينهما واما ان سكتا عنه واما ان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطا أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة فى الخارج من الزرع من معانى هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبى يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوى ان محمدا رجع الى قول أبى يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبى يوسف ان كل واحد منهما أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيدا وان شرطاه لمن لا بذر له فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو فى الاصل من وجهين (اما) ان شرطاه فى العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره فى حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه فى العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطاه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقى على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة فى هذه السنة واما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان فى موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولو دفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا مشكل فى شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغى أن يفسدها هذا الشرط واذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع فى الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما فى كل الارض نافذ على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية فى كل الارض عند اختياره ذلك يصح فى البعض بالطريق الاولى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(ومنها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيأ فلا شىء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيأ والفرق أن الواجب فى العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شىء والواجب فى المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل فى الذمة لا فى الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه فى الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم فى جانب صاحب البذر لازم فى جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى فى العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك فى التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما فى حقه اذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس فى لزوم المعنى اياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع فى حقهم ملزما ولا ينفسخ الا من عذر كما فى سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكربها لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شىء للعامل فى عمل الكراب على مانذكره فى حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب فى العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاه يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا أيقصد مثله فى عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلا أو يخرج ولكن شيأ قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقى وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقى وان كان مع السقى أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقى لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة ومالا فلا والحط جائز فى الحالين جميعا كما فى الزيادة فى الثمن فى باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط فى المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعد ما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الأرض السدس فى حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس فى حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشآ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثانى حط من الاجرة وانه لا يستدعى قيام المعقود عليه كما فى باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شىء من أعمال المزارعة لان

وجوبه

وجو به بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصدق بشيء لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر العامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر الارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض و يطيب ذلك له لانه سلم له بعوض و يتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة في الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الارض شيأ بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذا لم تخرج شيأ لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله أن الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البدل الاصلي للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البدل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغا ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضي بالزيادة على المسمى والآجر ما رضي بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين و رعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى في العقد لان البدل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض و بعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين و يفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا أدرك الزرع و بلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانبين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع يرد الى الحبس ثانيا ليبيع أرضه و يؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضى عليه (وأما) الثانى الذى يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف مالا يغنى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره ومانع يمنعه من العمل على ماعرف فى كتاب الاجارة

﴿ فصل ﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى فى العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم فى حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر و يكون ذلك فسخا منه دلالة والثانى حجر المولى على العبد المأذون بعد مادفع الارض والبذر مزارعة و بيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ مالا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الاب الصبى المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول و بالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شئ للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنيات بأى طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره فى المستقبل بانتهاء حكمه لا فى الماضى فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب فى العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه و بين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى فى العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التغرير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك و بلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب فى صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقى الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره فى المستقبل لا فى الماضى فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقى الى وقت الحصاد

عليهما

عليهما الا انه عمل فى مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفى القلع ضرر بالمزارع وفى الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا فى بقاء العقد تقديرا فاذا بقى العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان أنفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضى فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) فى موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلا تترك الارض فى يدى المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان فى الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفى القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا فى هذه السنة فى هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان فى القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض فى الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقى الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام فى هذا الكتاب فى المواضع التى ذكرناها فى المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعى رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خيبر انه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم معاملة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهى عنه على ما ذكرنا فى كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجيزها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر فى كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين فى قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقفت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نماء ملكه وللآخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم و بين ورثة الدافع على الشرط فى الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم و بين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر فى المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر فى كتاب المزارعة و يجوز معاملة المرتدة دفعا واحدا

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذى فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر الا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لاحدهما فسدت لما علم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لما علم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة فى كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج فى أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدى الى الجهالة كما فى المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك فى المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به فى موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن سلمة على ما مر فى المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فان كان شيأ ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما فى الشجرة المثمرة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها فى الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا فى كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة فى شئ ولانعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل فى شئ هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن فى المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف فى الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل فى شىء الاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة فى البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة فى النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشىء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه فى العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشترى ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل فى عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما فى الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والآخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط الصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذى شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللمزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة فى حق الثالث لان المعاملة استئجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه فتفسد العقد وهذا هو الموجب للفساد فى حق الثالث فى باب المزارعة لانه صح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقى واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقين وتقليب الارض التى فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لان العقد لم يتناوله لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيأ فلا شىء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق فى كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة فى جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر فى كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والحط جائز فى الموضعين أصله بالزيادة فى الثمن والمثمن فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد فى هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيأ ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيأ لان هذه زيادة فى الاجرة لان العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة فى مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر فى يد العامل الاخير من غير عمله وهو فى رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو هلك من عمله فى أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك فى يده من عمله فى أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقى عمله مضافا اليه كانه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثانى لانه فى معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشىء لانه عمل بأمر الاول فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره فى هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوما وشرط الاول للثانى مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها فى المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها ان أجر المثل لا يجب فى المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا فى المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيأ بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق فى كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبى يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة فى العقد فان لم تكن مسماة فى العقد يجب أجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرت المسئلة فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما المعانى التى هى عذر فى فسخها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة ومن الاعذار التى فى جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿ فصل ﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الشرب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفى بيان أنواع المياه وفى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب فى اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفى الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله فى كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفى عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقى وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذى يكون فى الاوانى والظروف والثانى الماء الذى يكون فى الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التى تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحا فى الاصل لكن المباح يملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة فى الظروف به جرت العادة فى الامصار وفى سائر الاعصار من غير نكير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره وأما الثانى الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح فى نفسه سواء كان فى أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء فى الاصل خلق مباحا لقول النبى عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضى الاباحة الا أنه اذا جعل فى اناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما فى سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقى على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذى يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشفاههم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما فى الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا اذا كان ذلك فى أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول فى أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز فى الاوانى والطعام حالة المخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلابد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذى يكون فى الانهار التى تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء و بعضها يرجع الى الشرب و بعضها يرجع الى النهر أما الذى يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاوانى فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقنى يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعا أو اجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين عنا فعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضا أو بئرا ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والاشجار لان له فيه حقا خاصا وفى اطلاق السقى ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقى والنهر خاص له جاز لانه أبطل حق نفسه وأما الذى يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقى والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به دارا وعبدا وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما فى سائر البياعات الفاسدة ولا شئ على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعا للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعا لغيره وان كان لا يجعله مقصودا بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب فى بيع الارض الا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعتها بحقوقها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيأ من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز اجارته مفردا لان الحقوق لا تحتمل الاجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لو جعله أجرة فى اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة فى باب الاجارة كالثمن فى باب البيع وانه لا يصلح ثمنا فى البياعات فلا يصلح أجرة فى الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقدا فاسدا فيلزمه أجرة المثل كما فى سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعا للارض كما فى البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضا ولم يذكر الشرب والمسيل أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما فى البيع وفى الاستحسان كان اله و يدخلا تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص فى النفس ومادونه لان الصلح فى معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كانه على العفو لما ذكرنا فى كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجارح الدية وارش الجناية ولا تصح تسميته فى باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تمليك وأنه لا يحتمل التمليك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصلى وهو مهر المثل ولا تصح تسميته فى الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته فى معرض التمليك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث انه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه فى نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر فى وجوب رد المأخوذ وهذا أصل فى باب الخلع محفوظ أنه شئ تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب فى نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ويورث لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت فى حق المال كما يثبت فى الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تمليكا لكنها تمليك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالى وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا فى قدر الشرب ولا بينة لاحدهم تحكم الاراضى فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا فى طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذ المقصود من الشرب السقى والسقى يختلف باختلاف الاراضى والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان فى سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل فى نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحى أو دالية أو سانية نظر فيه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف فى الملك المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذى يرجع الى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف فى المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرا صغيرا من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف فى محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم فى النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحى فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحى على سيبه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهراً في أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الاعظم ولاحد الشريكين أرض في أعلى النهر وللآخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيأ من تلك الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايآ حتى يسد في حصته ماشاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا للصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على مالا يحتمل التمليك تكون مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي اليها كوة وحفر نهراً منه الى أرضه برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لاحدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهايأة أياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم لخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عاما يجبرون على أن يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لارض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسناة فالمسناة لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حريما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقي طينه ويجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على ان النهر هل له حريم أم لا بأن حفر رجل نهرا في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حريم له وعندهما له حريم (ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حريم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهدا لصاحب الارض فكان القول قوله ولما كان له حريم عندهما كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححوا البناء وقالوا لا خلاف ان للنهر حريما في أرض الموات لان للبئر والعين حريما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام انه جعل لهما حريما لحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بهما بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحريم كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حريما جعلا للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حريم بالاتفاق كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا ولابي حنيفة ان المسناة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حريما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهداً لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لانسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى

شئ لان هذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل الشفة فى رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقى للدواب فقط واختلف فى كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكروا من أعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان الكرى على من بقى وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضى حتى ان النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لآخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقين على تسعة أسهم فاذا جاوزوا شرب الثانى سقط عنه الكرى وكان على الباقين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبى حنيفة (وأما) عندهما فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجه) قول أبى حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك فى الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر الى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شىء على أهل الشفة لان الملك لاصحاب النهر ولاهل الشفة حق الشرب وسقى دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما) الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا فى رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولا فى الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقى وشق النهر منها الى أرضه بأن احيا أرضا ميتة باذن الامام له أن يشق اليها نهرا من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذا لم يضر بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذا لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق لعامة المسلمين واباحة التصرف فى حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف فى الطريق الاعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم أحيا رجل أرضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا وسئل أيضا اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال ان زاد فى ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر (ووجه) الفرق أن الزيادة فى الفصل الاول تصرف فى حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف فى حقوق العامة لا تثبت الا بشريطة الضرر والزيادة فى الفصل الثانى تصرف فى ملك مشترك بأخذ زيادة الماء فى النهر والتصرف فى الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك هو الفرق ولو جزر ماء هذه الانهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجد اليه سبيلا فيحمل على جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك ويملكه اذا أحياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى السلطان كراها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاراضى ﴾

الكلام فى موضعين فى بيان أنواع الاراضى وفى بيان حكم كل نوع منها (أما) الاول فالاراضى فى الاصل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضا نوع هو من

مرافق البلدة محتطبالهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضى المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذى انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف فى كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلأ الذى ينبت فى أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والكلأ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هى الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز فى الاوانى والظروف وسائر المباحات التى هى غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضىء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبى عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده فى موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذى فى الآبار والعيون والحياض التى فى الاراضى المملوكة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب ولو دخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تحتمل الاجارة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب والجواب فى الكلا فى البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب فى الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله فى الشرب وكذلك المروج المملوكة فى حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة فى حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك فى حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت فى أرض انسان انه يكون مباحا و يكون للآخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك فى المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ الى ارض رجل أو دره فهو للآخذ لما قلنا ولو رد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لناصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازى انسان بغير أذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ اكتساب له (فاما) نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان حفرها الاجتماع الماء فيها فهو للآخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة فى حكم القصب والحطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف الكلا فى المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هى القصب والحطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرا فى أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا فى المروج لانه يثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلأ لا (وأما) مالا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقتة والقصيل وما بقى من حصاد الزرع ونحو ذلك فى أرض مملوكة يكون مملوكا ولصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا الا ان الاباحة فى بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد بها فى أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها فى مواضع فى تفسير الارض الموات وفى بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات وفى بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفى بيان حكمه اذا ملك (أما) الاول فالارض الموات هى أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقا له خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها الا ان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم وفى الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفى الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوى رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى باعلى صوته لم يسمعه من العامر وفى ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات فى ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبى يوسف وقول الطحاوى لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريبا منها (وأما) بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لابلاء الاعذار فاذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فيبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيها غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما لا يثبت ويثبت به الحق فالملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلأ وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار انسان فى أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلعها حشيشاً ولابى حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلابد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدى أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن فى يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا و يحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به فى ايجاب السلب للقاتل على ماذكر فى كتاب السير أو يحمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذمى بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها ير يد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعجه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح فى الجملة قال النبى عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثانى الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى أصل الحريم والثانى فى قدره (أما) أصله فلا خلاف فى أن من حفر بئرا فى أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر فى حريمه له أن يمنعه لان النبى عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريما وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريما (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة قال النبى عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبى حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا احتجا بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعا (وجه) قول أبى حنيفة ان الملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصودا الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع باربعين ذراعا من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك فى بئر خاص وللامام ولاية ذلك (وأما) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى تقديره فعند أبى يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر فى أرض الموات فنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبى حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريما بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثانى حكم الوظيفة فان أحياها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهى خراجية وقال محمد ان أحياها بماء العشر فهى عشرية وان أحياها بماء الخراج فهى خراجية وان أحياها ذمى فهى خراجية كيف ما كان بالاجماع. وهى من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجرى عليه أحكام الاموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في احكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لابقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة الى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبينونة لأنه ان كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والارث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البينونة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فاذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه الى ان يظهر حاله انه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني الى أن يظهر حاله لانه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شئ لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر الى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا لو أوصى له بشئ يوقف وكذا اذا فقد المرتد ولا يدري انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع اليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة الى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الانفاق عليها احياؤها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والاناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أولا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده انما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الانفاق عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا أقر ان هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على انه كان طلق امرأته أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هـذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعا أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب فى اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب فى اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيأ فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون فى ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الانفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضى له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضى ان ينفق منه ثم القاضى انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا هى من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضى أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب فى معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبى حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعا صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضى يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار فى نفقة الغائب من غير اذن القاضى بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبى حنيفة من غير أمر القاضى وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم فى كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته و يعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امرأته و يصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شئ لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة فى ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد فى الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته فى ماله فى زمن أبى حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا على رضى الله عنه فى سنة أربعين ووفاة أبى حنيفة رضى الله عنه فى سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام فى اللقيط فى مواضع فى تفسير اللقيط لغة وعرفا وفى بيان حاله وفى بيان ما يتعلق به من الاحكام أما فى اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما فى العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أى يؤخذ و يرفع وتسمية الشئ باسم عاقبته أمر شائع فى اللغة قال الله تعالى جل شأنه انى أرانى أعصر خمرا وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمى العنب خمرا والحى الذى يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله فى الحرية والرق وحاله فى النسب أما حاله فى الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية فى بنى آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حربين والمتولد من الحربين يكون حرا وانما حدث الرق فى البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه لا يحد قاذف أمه لان احصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف عليه لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا ببينة لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبد فلان نظر فى ذلك ان كان لم يجر عليه شئ من أحكام الاحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حريته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر فى ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التى لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه ينفسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البينة على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق فى حق ذلك الغير لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقه حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم فى شهادته على غيره فاما المقر فى اقراره على غيره فتهم فهو الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله فى الاسلام والكفر فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين وان وجده ذمى فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما اذا وجده مسلم فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر فى كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما أو ذميا وفى كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب لان الموجود فى مكان هو فى أيدى أهل الاسلام وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود فى المكان الذى هو فى أيدى أهل الذمة وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم به تبعا للدار فلم تتحقق ردته فلا يقتل وأما حاله فى النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو غيره تصح دعوته ويثبت النسب منه لما علم فى كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا أتى سيدنا عليا رضى الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذى وليت أنت كان أحب الى من كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب فى الالتقاط وبالغ فى الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة فى الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هى فى مضيعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه هو الذى أحياه بالتقاطه ومن أحيا أرضا ميتة فهى له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان ولاءه له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التى عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو أنفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضى له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالى أحدا الا ان العقد يلزم بالعقل على ما نذكر فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى لما علم فى الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية فى ماله و نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولى من لا ولى له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط و يتصرف فى ماله وليس للملتقط ان يفعل شيأ من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له و يسلمه فى صناعة و يؤاجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتى فى كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة و بينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا ببينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر هو الاصل الا اذا كان فى تصديقه ضرر بالغير وههنا فى التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى فى دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينه وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر فى الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا و يمكن تصديقه فى أحدهما لكونه نفعا اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه فى الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم باسلامه و باسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذمى انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه و يكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار و بين الشهادة انه متهم فى اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة فى الشهادة لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا فى دعوى الذمى لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا فى دعوى الذمى ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أنفع للقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة فى جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعى رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد لزوالها من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبرا عن أهل تلك المرأة ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة فى كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين فى متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه فى مثل هذا انه قال انه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثانى منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البينة روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنها فان صدقها زوجها اوشهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره فى كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احداهما البينة فهى أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان فى رواية أبى حفص يجعل ابنهما وفى رواية أبى سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب اللقطة ﴾

الكلام فى اللقطة فى مواضع فى بيان أنواعها وفى بيان أحوالها وفى بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكه ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلقط عادة أى يؤخذ ويرفع على ماذكرنا فى كتاب اللقيط

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها منها فى الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما ما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة الندب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فاخذها لصاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو ان لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو ان يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذا لقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ماروى أن رجلا وجد بعيرا بالحرة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلنى عن ضيعتى فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ماذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريباً منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربها وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لاخيك أو للذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود فى الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا فى الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما فى الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربها عادة بعيداً كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذى

ذكرنا

ذكرنا حال ماقبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان فى حال هى أمانة وفى حال هى مضمونة أما حالة الامانة فهى أن يأخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده يد امانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهى أن يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه وانما الخلاف فى شئ آخر وهو أن جهة الامانة انما تعرف من جهة الضمان اما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبى حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه فى الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه فى ذلك فكذا عند أبى يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبى حنيفة فان أشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب وجه قولهما أن الظاهر انه أخذه لا لنفسه لان الشرع انما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف لان القول قول الامين مع اليمين ولابى حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان فى الاصل الا أنه اذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقى الاخذ سببا فى حق وجوب الضمان على الاصل والثانى أن الاصل ان عمل كل انسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ماسعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة فى الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذى أخذها منه لا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد فى الموطا و بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها فى موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعى رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار كانه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وانما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كان لم يكن هذا اذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاعت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبى حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ماذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس انى التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شئ فمن رأيتموه يسأل شيأ فدلوه على فاذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم الشئ واللقطة منكرا ان كان يقع على شئ واحد ولقطة واحدة لغة لكن فى مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس فى العرف والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فاذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما فى الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى مكانها الذى أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعى اللقطة وقد روينا فى هذا الباب عن سيدنا عمر رضى

الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بها فنقول و بالله التوفيق اذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولا حين سئل عن اللقطة و روى أن رجلا جاء الى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما فقال انى وجدت لقطة فما تأمرنى فيها فقال عرفها سنة وروينا عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم نقول الكلام فى التعريف فى موضعين أحدهما فى مدة التعريف والثانى فى بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة ان كان شيأ له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وان كان شيأ قيمته أقل من عشرة يعرفه أياما على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهرا وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دانقا ونحوه عرفه يوما وان كان تمرة أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل و يتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وأقام البينة انها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقم البينة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كفيلا لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع فى الجملة كما فى اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلا لجواز مجىء آخر فيدعيها و يقيم البينة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنيا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله اذا عرفها حولا ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن اللقطة عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فشأنك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غنى بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليردها عليه وان لم يات فليتصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثانى أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا ضرورة اذا كان غنيا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود بالملتقط الى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجده لان التصدق كان موقوفا على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما فى غاصب الغاصب وان كان فقيرا فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الاجر و بين ان يضمنها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنيا جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته فى لقطة الحل فهو الجواب فى لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبدا ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أى لمعرف فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له فى الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

للتعريف

للتعريف وهذا حال كل لقطة الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذا لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة فى جميع ماوصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فان انفق عليها بامر القاضي يكون دينا على مالكها وان أنفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي أن يرفع الامر الى القاضي ينظر فى ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بان يؤاجرها و ينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشى أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها فى حكم الهلاك وان رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها و يكون ذلك دينا على صاحبها حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدى النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الاباق

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الآبق وفى بيان حاله وفى بيان ما يصنع به وفى بيان حكم ماله (أما) الاول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ و بعده وقد ذكرنا تفاصيله فى كتاب اللقطة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول و بالله التوفيق اذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وان شاء ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه اليه وأخذ منه كفيلا ان شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه اليه أيضا لانه ادعى شيأ لا ينازعه فيه أحد فيكون له و يأخذ منه كفيلا ان شاء لما قلنا وما أنفق عليه فان كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والا فلا لانه يكون متطوعا فان طالت المدة ولم يجئ له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه وأخذ ثمنه ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن اليه وليس له أن ينقض البيع لان البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لانه من باب حفظ ماله اذ لو لم يبع لاتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظا له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع اليه الفساد ولو زعم المدعى أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق فى نقض البيع لما قلنا و ينفق القاضي عليه فى مدة حبسه اياه من بيت المال ثم اذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه ان باعه لان الانفاق عليه احياء ماله فيكون عليه واذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه اذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك فى حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشترى ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي فى الرقيق فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يقبل فى العبد ولا يقبل فى الجارية وهذه المسئلة فى كتاب القاضي فى بيان شرائط قبول كتاب القاضي الى القاضي

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام فى الجعل فى مواضع فى بيان أصل الاستحقاق وفى بيان سببه وفى بيان شرطه وفى بيان ما يستحق عليه وفى بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك وجب والا فلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة الا اذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبى عمرو الشيبانى أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا ان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه و يتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعلا يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعي المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحدا فلهما جعل واحد بينهما نصفان لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد و يبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذا مات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجده حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك رد عليه و يجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثا أو أجنبيا لانه اذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد آبق ابيه والزوج يرد آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالرد منه يجري مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد فى العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان رادا عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بما لها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا رد عبد ابنه فان كان فى عياله لا جعل له لان الاجنبى الذى فى عياله لا جعل له فالقرابة أولى وان لم يكن فى عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا وعقلا ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعم والخال وغيرهم أن الراد ان كان فى عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن فى عياله فله الجعل وعلى هذا الوصى اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم فى عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصى اذا رد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقا مطلقا كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتبا لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك فى قول الرجل كل مملوك لى حر الا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة فى المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد فى جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالاباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما فى القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذى هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان فى قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب فى المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة فى هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ما اذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى موضعين فى تفسير السباق وفى بيان شرائط جوازه (أما) الاول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه فى الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتنى فكذا ويسمى أيضا رهانا فعالا من ارهن

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون فى الانواع الاربعة الحافر والخف والنصل والقدم لا فى غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا فى خف أو حافر أو نصال الا انه زيد عليه السبق فى القدم بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها فيما وراءه بقى على أصل النفى ولانه لعب واللعب حرام فى الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذ الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت فى سباق فدفعت يوما فى ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيأ أو أرادوا رفع شئ وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت سابقت النبى عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقنى فقلت هذه بتلك فصارت هذه الانواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد فى غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد فى الجملة فكانت لعبا صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية الى الوطء الذى هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد فى غير هذه الاشياء فلم يكن فى معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محللا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخلا فيه محللا لا يجوز لانه فى معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلى عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد فى الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام بل أولى لان هذا يتصرف فى مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق فى الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلا فيه محللا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيأ فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعة حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض فى هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوديعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن العقد وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان حال المعقود عليه وفى بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لى أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجرى مجراه ويقبله الآخر فاذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذى لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبي المأذون لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعى رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر فى كتاب المأذون وكذا حريته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الايداع لما قلنا فى الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذى لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لانه من أهل الحفظ ألا ترى انه أذن له الولى ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وان كانت سواهما فان قبلها باذن الولى فكذلك وان قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يضمن (وجه) قوله أن ايداعه لو صح فاستهلاك الوديعة يوجب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبدا أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال فى يده فقد وضع فى يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا لان الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على انه لا يحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه قال الله تبارك وتعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة ألا ترى انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع اليه سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمى لا ضمان المال والعبد من حيث انه آدمى قائم من كل وجه قبل الايداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لانه يحتاج الى الايداع والاستيداع على ما نذكر فى كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فان كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان كانت سواهما فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤاخذ به فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يؤاخذ به فى الحال والكلام فى الطرفين على حسب ما ذكرنا فى الصبي المحجور

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام فى الحفظ فى موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثانى فيما فيه يحفظ (أما) الاول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيداً فان كان مطلقا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو فى عياله وهو الذى يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائنا من كان قريبا أو أجنبيا من ولده وامرأته وخدمه وأجيره لا الذى استأجره
بالدراهم والدنانير وبيد من ليس فى عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده
المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن
يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل فى ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الايداع من غيره كما لا
يملك الايداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال
نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضا فكان الحفظ بايديهم داخلا
تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلكت قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد
المودع معنى فمادام المال فى أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل
فى ضمانه لان المالك ما رضى بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار مخالفا فتدخل الوديعة فى ضمانه
الا اذا كان عن عذر بان وقع فى داره حريق أو كان فى السفينة فخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه فى هذه الحالة
تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو اراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو
أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت فى يد الثانى فالضمان على الاول لا على الثانى عند أبى حنيفة وعند أبى
يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثانى
وان ضمن الثانى يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول
فلانه دفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثانى فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان
فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع
بالضمان على الثانى لانه ملك الوديعة باداء الضمان فتبين انه أودع مال نفسه اياه فهذا مودع هلكت الوديعة فى يده فلا شىء
عليه وان ضمن الثانى يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور وكانه كفل عنه بما يلزمه من
العهدة فى هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة الماعلم (وجه) قول أبى حنيفة ان يد المودع الثانى ليست بيد مانعة بل هى
يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سببا لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى
المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغى ان لا يجب الضمان على الاول ايضا لان الايداع
منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسنا فيه الا انه صار مخصوصا عن النص فبقى المودع الثانى على ظاهره
ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله
كذا ذكر الشيخ القدورى رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب لوجوب الضمان فى الاصل فدعوى الضرورة دعوى
أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا اذا هلكت الوديعة فى يد المودع الثانى فاما اذا
استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على
الثانى وان ضمن الثانى لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثانى حقيقة وهو الاستهلاك
لوقوعه اعجازا للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثانى على طريق الاستحفاظ
دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعا فى حق اختيار التضمين صورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان فى
الحقيقة على الثانى لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثانى ولم يرجع الثانى على الاول بخلاف مودع
الغاصب اذا هلك المغصوب فى يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب
لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من
رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما
جميعا فلا بد وان تكون الوديعة فى حفظهما جميعا ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف فى يد هذا والنصف فى يد ذاك

والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولوسلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملا للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايئ فلم يصر مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذى ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فملك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المفازة مضيعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الا ماوقى الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المفازة مضيعة قلنا ممنوع او نقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان أمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق أمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قولهما ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولابي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذى أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطا نظر فيه ان كان شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر والا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيتسه أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لا ضمان عليه لان امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلا غير مقدور له عادة فكان شرطا لا يمكن مراعاته فيلغو ولو امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذى هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر فيه ان كان لا يجد بدأ من الدفع اليه له ان يدفع لانه اذا لم يجد بدأ من الدفع اليه كان النهى عن الدفع اليه نهيا عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه وان كان يجد بدأ من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع يدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدى في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ فى المصر أكمل من الحفظ فى السفر اذ السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها فخرج لا تدخل فى ضمانه لان الخروج بها فى هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع فى داره حريق أو كان فى سفينة فخاف الغرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة فى دارك هذه فحفظها فى دار له أخرى فان كانت الداران فى الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل فى ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت فى ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها فى داره فى هذه القرية ونهاه عن ان يضعها فى داره فى قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها فى هذا البيت وأشار الى بيت معين فى داره فخبأها فى بيت آخر فى تلك الدار لا تدخل فى ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان فى الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيدا حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثانى تدخل فى ضمانه والاصل المحفوظ فى هذا الباب ماذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب مراعاة الشروط فى المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ فى بيت معين لا يملك الحفظ فى بيت آخر من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند انعدام التفاوت فى الحرز يجرى مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ فى هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ فى الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا فى الحرز يصح بخلاف الدارين والاصل فى الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيدا حتى لو لم يختلف فالجواب فيهما كالجواب فى البيتين على مامر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حال الوديعة فحالها انها فى يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة فى يده ويتعلق بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلا وديعة دراهم أو دنانير او ثيابا وغاب ثم جاء أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضى بدفع شئ اليه مالم يحضر الغائب عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقى فى يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه فى المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض فى يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض ان يشارك صاحبه فى الباقى وجه قولهما ان الآخذ بأخذ حصته متصرف فى ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة ان المودع لو دفع شيأ الى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع اليه من النصيبين جميعا واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعا ولا سبيل الى الثانى لان نصيبه شائع فى كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقى له ان يشارك القابض فى المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان فى يده الف درهم فجاء رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحدكما ولست أدرى أيكما هو فهذا فى الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المتداعيان على ان يأخذا الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف اليهما لانه أقر ان الالف لاحدهما واذا اصطلحا على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيأ لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لاحدهما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال الى وقت اقامة البينة كما فى سائر الاحكام وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف وبين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان وهى مسئلة الصلح بعد الحلف وقد مرت فى كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الفا أخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الفا أو أقر لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضا الفا أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذى نكل له ولا شئ للذى حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مالكها حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو فى عيال المالك دخلت فى ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها فى دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها فى اصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذى تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس فى الموضعين ماذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا انا استحسنا فى العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من فى عياله حتى لو كانت العارية شيأ نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك فى الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة فى مال الوديعة فتبقى على أصل القياس ولان مبنى الايداع على الستر والاغفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رده على غير المالك لا نكشف اذ السر اذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والاظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها فى حوائجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت فى يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا وهو التعدى والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير اذنى وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنى أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيا ما أثبته مثبتا ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولانه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه فى كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالف فى الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس فى

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت فى ضمانه وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى انه منع دخول العين فى ضمانه فى المناظرة حين قدم بخارى وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول فى الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول الوديعة فى ضمانه بالخلاف وان خالف فى الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعى لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت فى ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا اهلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بأمره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت فى ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول فى ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك فى حالة الخلاف لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بألفى درهم فباعه بألف وسلمه الى المشترى دخل العبد فى ضمانه لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له بيعه بالفين كذا هذا على أنا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن فى قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك فى زمان الخلاف لا فيما بقى فى المستقبل كما اذا استحفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ فى بعض الشهر ثم اشتغل به فى الباقى بقى العقد فى الباقى يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا فى قدر الفائت بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهى تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا الا انها تمليك المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا أو شهرا وزمان ما بعد الخلاف داخل فى المطلق والوقت فلا ينقضى بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحود الوديعة فى وجه المالك عند طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت فى ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير فى يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه فاذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو قبل الجحود أو مطلقا فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقا لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع بالجحود أو عنده فدخلت العين فى ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان أقام البينة على انها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود فلا يرتفع بالجحود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب اليمين من المودع حلفه القاضى بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لانه الاصل فى باب الاستحلاف أن الذى يستحلف عليه لو كان أمر الو أقر به الحالف للزمه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحود لقبل منه و يسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا اذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن فى الحالين جميعا وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت فى ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان فى الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله خلطا لا يتميز يضمن لانه اذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا فيضمن و يصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم و يضمن المودع لكل واحد منهما الفا و يكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هما بالخيار ان شاآ اقتسما المخلوط نصفين وان شاآ ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات اذا خلطا الجنس بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعارض الخلط فان شاآ اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شاآ ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا يثبت اختيار التضمين عندهما واختيار التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذا العين و يبيعاها و يقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق فى العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما انفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الا اتلاف قدر ما أنفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى موضعها بعد أيام فضاعت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتي ماحدثت به أنفسها مالم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ماحدثت به النفس عفوا على العموم الا ماخص بدليل وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كيسا مسدودا فحله المستودع أو صندوقا مقفلا ففتح القفل ولم يأخذ منه شيأ حتى ضاع أو مات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها فهي دين فى تركته يحاص الغرماء لانه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من ان تكون منتفعا بها فى حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع الغرماء لانه دين الاستهلاك على ماذكرنا فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن العارية وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان حال المستعار وفى بيان ما يوجب تغير حاله أما ركنها فهو الايجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر كما فى الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلانا فأعاره ولم يقبل يحنث كما اذا حلف لا يهب فلانا شيأ فوهبه ولم يقبل وهى مسئلة كتاب الهبة والايجاب هو ان يقول أعرتك هذا الشئ أو منحتك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الارض أو هذه الارض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصريح فى بابها وأما المنحة فهى اسم للعطية التى ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبى عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الارض زراعتها قال النبى عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا الاطعام المضاف الى الارض هو اطعام منافعها التى تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية وأما اخدام العبد اياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة فاى ذلك نوى فهو على مانوى لانه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف الى العارية لانها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهى مسئلة كتاب الهبة

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط التى يصير الركن بها اعارة شرعا فأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبى المأذون لانها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعى لا يملك وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لانها من توابع التجارة فيملك يملك ذلك ومنها القبض من المستعير لان الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها ان يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فان لم يكن لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت فى المنفعة لا فى العين الا اذا كانت ملحقة بالمنفعة على مانذكره فى موضعه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان صفته أما الاول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعى اباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة عندنا فى الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطعام لا يملك الاباحة من غيره وجه قول الشافعى دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له فى المنفعة لملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لان بيع المعدوم لا نعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع لانه بيع ما ليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد فى باب الاجارة حكما للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكا لا اباحة كما فى الاعيان وانما

صح

صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهالة المفضية الى المنازعة والجهالة فى باب العارية لا تفضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما فى الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينعقد فى حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيأ فشيأ على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضا لا اعارة لان الاعارة لما كانت تمليك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يمكن الانتفاع الا باستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف فى العين لا فى المنفعة ولا يمكن تصحيحها اعارة حقيقية فتصحح قرضا مجازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حليا ليتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضا لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا العين الا اذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة كما اذا منح انسانا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها و برها مدة ثم يردها على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لا در لهم وهذا يجرى مجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جديا أو عناقا كان عارية لانه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه فنقول و بالله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا بان اعار دابته انسانا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها فى أى مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل فى المطلق ان يجرى على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيها على الوجه الذى ملكها الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصا وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت فى استيفاء المنفعة أو لا لان اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو فى التمليك من غيره على الوجه الذى ملكه متصرفا فى ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان آجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصبا فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالما بكونها عارية فى يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة واذا كان عالما لم يصر مغرورا من جهته فلا يرجع عليه. وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فالايداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسئلة مذكورة فى الجامع الصغير وهى أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فيراعى فيه القيد ما امكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجرى مجرى العبث ثم انما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه فيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة فى مسائل اذا أعار انسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك اذا أعاره ثوبا

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الاصل فى المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس فى استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبساً فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فان كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا فى قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دارا ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو الا اذا كان الذى يسكنها اياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما فى الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أودخنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافا صورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدا وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو آجرا أو حديدا أو حجارة سواء كان مثلها فى الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على ان يحمل عليها مائة من قطنا فحمل عليها مثله من الحديد وزنا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون فى موضع واحد فكان ضرره بالدابة أكثر والرضا بادنى الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقييد مفيدا فيلزم اعتباره ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى فى القدر فعطبت نظر فى ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطيق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما فعطبت يضمن جزأ من احد عشر جزأ من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على ان تستعملها فى مكان كذا فى المصر يتقيد به وله ان يستعملها فى أى وقت شاء باى شىء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل فى ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبى حنيفة عليه الرحمة الآخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه فى كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان يستعملها يوماً يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على ان يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير فى الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول فى المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعا للتهمة

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الحكم فهى ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع فى العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجه فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس و نقض البناء لان فى الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذى غر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقتة فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه و بنائه قائماً سليما وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان و يملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه و بناءه ولا شئ على صاحب الارض ثم انما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقض مضراً بالارض فان كان مضراً بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك فى يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا فى القياس ان يكون له ذلك كما فى البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن فى الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن فى الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا فى باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك فى يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما فى العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع

﴿فصل﴾ واما بيان حال المستعار فحاله انه أمانة فى يد المستعير فى حال الاستعمال بالاجماع فاما فى غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يامحمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى و بالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشىء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا احسان فى حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثانى ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هى الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفى باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقى العين فى يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلكت فى تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطى بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له فى حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنينا فقال هل عندك شىء من السلاح فقال عارية أو غصبا فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذى يغير حال المستعار من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد فى هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين فى يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من فى عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن كما فى الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما فى كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن فى باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق فى كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان فى الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الوقف والصدقة ﴾

أما الوقف فالكلام فيه فى مواضع فى بيان جواز الوقف وكيفيته وفى بيان شرائط الجواز وفى بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حيا حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والارض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضا فى جوازه فى حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضى أو اضافه الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفا على كذا أو قال هو وقف فى حياتى صدقة بعد وفاتى واختلفوا فى جوازه مزيلا للملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثا لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضى الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف فى حالة الصحة وبين ما اذا وقف فى حالة المرض حتى لا يجوز عنده فى الحالين جميعا اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوى عنه انه اذا وقف فى حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز فى الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطا أو خانا للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبى حنيفة الا اذا أضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجدا يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وافرازه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجدا وليس له أن يرجع عنه على ما نذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولان الوقف ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا فأشبه الاعتاق وجعل الارض أو الدار مسجدا والدليل عليه أنه يصح مضافا الى ما بعد الموت فيصح منجزا وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولابي حنيفة عليه الرحمة ماروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيا شرعا وعن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول اذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافا الى ما بعد الموت لانه لما أضافه الى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما اذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده جائز كما في سائر المجتهدات

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع الى الواقف وبعضها يرجع الى نفس الوقف وبعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع الى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه ازالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذونا أو محجورا لان هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرجه الواقف من يده ويجعل له قيما ويسلمه اليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة الملك لا الى حد فلا يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه الى المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيأ أو تصدق أو لم يسلم اليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم فى الوقف عندهما أن يجعل له قيما و يسلمه اليه وفى المسجد أن يصلى فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضى فى شرح الطحاوى وذكر القدورى رحمه الله فى شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليما و يزول ملكه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشرط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيأ عند أبى يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجداً وشرط من منافع ذلك لنفسه شيأ وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولابى يوسف ماروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه وقف وشرط فى وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلى أمر وقفه بنفسه وعن أبى يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ماهو أفضل منه يجوز لان شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبى حنيفة ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبى يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمى جهة تنقطع و يكون بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبى يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرا وتسمية ولان قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً ولهما ان التأبيد شرط جواز الوقف لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذى يرجع الى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتمل التوقيت كالاعتاق وجعل الدار مسجدا

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً لما ذكرنا ان التأبيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصوداً الا اذا كان تبعاً للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للارض والدار وان كان شيأ جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة وثيابها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لانه وقف المنقول وفى الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح فى سبيل الله تعالى عند أبى حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند أبى يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ماهرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع و يرد ثمنه فى مثله كأنهما تركا القياس فى الكراع والسلاح بالنص وهو ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال أما خالد فقد احتبس أكراعا وأفراسا فى سبيل الله تعالى ولا حجة لهما فى الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أى أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبى حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبى حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند أبى يوسف هذا ليس بشرط و يجوز مقسوما كان أو مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبى يوسف التسليم ليس بشرط أصلا فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه ملك مائة سهم بخيبر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة و يحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء فى ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل فى ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف الفرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهى من بنائه وسائر مؤناته التى لابدمنها سواء شرط ذلك الواقف أولم يشرط لان الوقف صدقة جارية فى سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً آجرها القاضى وعمرها بالاجرة لان استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضى منابه فى استبقائه بالاجارة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الانفاق عليها أنفق القاضى عليها بالاجارة كذا هذا وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحقى الوقف لان حقهم فى المنفعة والغلة لا فى العين بل هى حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبى يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقى الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولابى يوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاعتاق بخلاف تكفين الميت لانه ماحرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكاله وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتازين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القربة قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبى يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغى أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغى أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال دارى هذه فى المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبى حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع ولو قال مالى فى المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحسانا والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ماتنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له امسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الدعوى وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفى بيان حكم الدعوى ومايتصل به وفى بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفى بيان علائق اليمين وفى بيان ماتندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لاغير وفى بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل (أما) ركن الدعوى فهوقول الرجل لى على فلان أوقبل فلان كذا أوقضيت حق فلان أوأبرأني عن حقه ونحوذلك فاذاقال ذلك فقدتم الركن

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلاتصح دعوى المجنون والصبى الذى لايعقل وكذالاتصح الدعوى عليهما حتى لايلزم الجواب ولاتسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول والعلم بالمدعى انمايحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لايخلواما ان يكون عيناواما أن يكون دينافان كان عينافلايخلو اما ان كان محتملا للنقل أولم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلابدمن احضاره لتمكن الاشارةاليه عند الدعوى والشهادة فيصيرمعلوما بها الااذاتعذرنقله كحجر الرحى ونحوه فان شاء القاضى استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهوالعقار فلابدمن بيان حده ليكون معلومالان العقارلا يصيرمعلوما الابالتحديد ثم لاخلاف فى أنه لا يكتفى فيه بذكر حدواحدوكذابذكر حدين عند أبى حنيفة ومحمد خلافالابى يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم نعم وقال زفر رضى الله عنه لاوهى مسألة كتاب الشروط وكذا لابدمن بيان موضع المحدودوبلده ليصيرمعلوماهذا اذا كان المدعى عينافان كان دينافلابدمن بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصيرمعلوما الابيان هذه الاشياء ومنهاان يذكر المدعى فى دعوى العقارانه فى يد المدعى عليه لان الدعوى لابدوان تكون على خصم والمدعى عليه انمايصيرخصمااذاكان بيده فلابدوان يذكر انه فى يده ليصيرخصمافاذاذكروأنكر المدعى عليه ولابينة للمدعى فانه يحلف من غيرالحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه فى يد المدعى عليه ولوكان له بينة لاتسمع حتى يقيم البينة على أنه فى يدهذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلحاعلى ذلك فلوسمع القاضى بينته لكان قضاءعلى الغائب وهذا المعنى هنامتعذر لانه لاقضاءهنا أصلالان المدعى عليه لايخلواماان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذالان القاضى لايقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينهاو بين المدعى ومنها ان يذكرانه يطالبه به لان حق الانسان انمايجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذالم يكن به عذرالااذارضى المدعى عليه بلسان غيره عندأبى حنيفة وعندهماليس بشرط حتى لووكل المدعى بالخصومة من غيرعذرولم يرض به المدعى عليه لاتصح دعواه عنده حتى لايلزم الجواب ولاتسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لماعلم فى كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلاتسمع الدعوى الابين يدى القاضى كمالاتسمع الشهادة الابين يديه ومنهاحضرة الخصم فلاتسمع الدعوى والبينة الاعلى خصم حاضرالااذا التمس المدعى بذلك كتاباحكميا للقضاءبه فيجيبه القاضى اليه فيكتب الى القاضى الذى الغائب فى بلده بماسمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذاعندنا وعندالشافعى رحمه الله حضرةالمدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاءفيجوزالقضاءعلى الغائب عنده وعندنا لايجوز وجه قول الشافعى رحمه الله انه ظهرصدق المدعى فى دعواه على الغائب بالبينة فيجوزالقضاء ببينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرايحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب فى خبره بالبينة فيظهرصدقه فى دعواه كمااذاكان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لايخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرافان كان مقرافكان المدعى صادقافى دعواه فلاحاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهرصدقه بالبينة فكان القضاءبالبينة قضاءبحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدناعلى رضى الله عنه لاتقض لاحدالخصمين مالم تسمع كلام الآخرنهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيا عنه ولان القاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ياداود ان جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت فى البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغى أن لا يجوز الحكم بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل والوصى نائبان عنه بصريح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشئ كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الانابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعا له فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل المخمسة وتوابعها على ما نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض فى الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشئ مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين فى يده لرجل فامر القاضى بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشترى فكان مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته فى ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبى يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس أن لا تصح دعواه وفى الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان فى الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشترى فلا يصح كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه فى متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا اذ أنتم قليل مستضعفون فى الارض أى اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحا له ولا عادة جرت بذلك فى المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بينا وكذلك لولم يبين وادعى الشراء مبهما بثمن معلوم تسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحاله هذا
اذا قال هذا الشيء لفلان ولم يقل لاحق لى فيه فان قال لاحق لى فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله
لاحق لى فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولوادعى على رجل دينا فقال المدعى عليه لم
يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضى بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه
وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولوقال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك
فاقام المدعى البينة وقضى القاضى ببينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله
لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان فى دعوى القضاء مناقضا فلا
تسمع ولوادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد فى يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشترى البينة وقضى
القاضى به ثم وجد به عيبا فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البينة على ان المشترى كان ابرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه
ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى الابراء عن العيب لان الابراء يقتضى وجود البيع فكان مناقضا
فى دعوى الابراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل فى هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه
يمنع صحة الدعوى الا فى النسب والعتق فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لمجهول النسب هو ابنى من الزنا ثم قال هو
ابنى من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى
تقبل بينته لان بيان النسب مبنى على أمر خفى وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض فى مثله
غير معتبر كما اذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك
تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل الثبوت لان
دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لوقال لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابنى لا تسمع
دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه وكذا اذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابنى
والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ فى تحديدهما قال بعضهم المدعى
من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل
غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان
منكرا فالآخر يكون مدعيا وقال بعضهم المدعى من يخبر عما فى يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما فى يد نفسه
لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما فى يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما فى يد نفسه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة
والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى ذكر فى
أدب القاضى انه يسأله وذكر فى الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعواى وعلى هذا اذا تقدم الخصمان
الى القاضى هل يسأل المدعى عن دعواه فى أدب القاضى انه يسأله وفى الزيادات أنه لا يسأله ويعرف ذلك فى كتاب
أدب القاضى وسيأتى واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى
المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولوقال لا بينة لى ثم جاء بالبينة هل تقبل روى
الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لى اقرار على نفسه
والانسان لا يتهم فى اقراره على نفسه فالاتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن
حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدى هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها
فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب يأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى الفصل الذى يليه

﴿ فصل ﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمراً خفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهى كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشىء فى موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب فى دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين فى كونها حجة مثل البينة فكان ينبغى ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبى عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهرى انه سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معاوية رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبى رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الآحاد مخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين أما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين فى الامان وعندنا يجوز القضاء فى بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهد انه أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعى رحمه الله فى رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبى عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا فى جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشىء فى غير موضعه وهذا احد الظلم وعلى هذا يخرج مسئلة الخارج مع ذى اليد اذا اقاما البينة أنه لا تقبل بينة ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسئلة على أصل آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مر ذكرها فى كتاب الشهادات ونذكر ههنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام فى اليمين فى مواضع فى بيان ان اليمين واجبة وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان الوجوب وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان حكم أدائه وفى بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهى تهمة الكذب فى الانكار فاذا كان مقراً لا حاجة لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولو لم
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر
ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولابى حنيفة ان البينة فى كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم
واليمين كالخلف عنها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة
على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف فى
الحدود الخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول
فى الحدود الخالصة لانه بذل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهة العدم والحدود لا تحتمل البذل ولا
تثبت بدليل فيه شبهة لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان فى السرقة يحلف على أخذ المال وكذا
لا يمين فى اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف فى ظاهر الرواية لانه ليس من
الحدود المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفى التعزير يحلف كذا هذا ويجرى
الاستحلاف فى القصاص فى النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا
للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه
أخوه ولم يدع فى يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى
انه أخوه وان فى يده مالا من تركة أبيه وهو مستحق لنصفه بارثه من ابيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة
لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره فى حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح فى حق النسب حتى
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد فى يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضى العبد اليه فقال الآخر
لا بينة لى وطلب من القاضى تحليف المقر لا يحلفه فى عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا
ان يقول الذى لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيرى فاضمن قيمته لى يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة
ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شىء منها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى
رجل انه زوجها بنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح
اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثانى ان الاستحلاف لا يجرى فى النكاح وعندهما يجرى لكن
عند أبى يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما نذكره فى موضعه هذا اذا كانت صغيرة
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباها زوجها اياه فى صغرها لا يحلف عند أبى حنيفة لما قلنا من الطريقين
وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها فى الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجرى فيه لكن عند أبى يوسف تحلف على السبب بالله عز وجل ما تعلم
ان أباها زوجها وهى صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها
عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثانى انه
لا استحلاف فى النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهو انه لو اقر عليه لا يصح اقراره
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لا يجرى فى النكاح عنده وعندهما يجرى ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبى حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولا وعلى هذا يخرج اختلافهم فى الاشياء السبعة انها لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبى حنيفة وهى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاد أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب يمين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما الفىء فى الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبيني فقالت لم تفىء الى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه أعتق اباها وان أباها مات وولاؤه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما انكرت من الولاء وأما الاستيلاد فهو ان تدعى آمة على مولاها فتقول انا أم ولد لمولاى وهذا ولدى فأنكر المولى لا يجرى الاستحلاف فى هذه المواضع السبعة عند ابى حنيفة وعندهما يجرى والدعوى من الجانبين تتصور فى الفصول الستة وفى الاستيلاد لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنده وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً فى انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقراراً دلالة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولابى حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم و يحتمل البذل لان العاقل الدين كما يتحرج عن اليمين الكاذبة يتحرج عن التعيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانا لو جعلناه اقراراً لكذبناه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لانه يصير فى التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكنى لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

﴿ فصل ﴾ وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) فى بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثانى فى بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كافرا فان كان مسلما فيحلفه القاضى بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين فى الجملة فانه روى رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا فى كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالى عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فاذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظاً فى اليمين وان كان الحالف كافرا فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه و يعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزنادقة وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم فى عصر من الاعصار الى يومنا هذا ونرجو من فضل الله عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما انتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما يكون تغليظاً فى دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريا دل ان كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة الى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عباداتهم من البيعة والكنيسة و بيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب و يحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكانى فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازما لما احتمل ان يأباه زيد بن ثابت ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك فى التعظيم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب واما ان كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف فى انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ماهذا العبد أو الجارية أو الارض لفلان هذا ولا شىء منه وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه الفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الفا أو ما غصبته الفا أو ما أودعنى الفا الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزمنى شىء فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفى السبب و يمكنه الحلف على نفى الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبى يوسف ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفى باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ماهو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى فى هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبى يوسف يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشىء الا ان يعرض الخصم والتعريض فى هذا ان يقول قد يبيع الرجل الشىء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كى لا يلزمنى شىء فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالعها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبى يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالعها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخالع

امرأته

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عز وجل ماهي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ماهي مطلقة منك ثلاثاً أوماهي حرام عليك بالخلع أوماهي بائن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقض في هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سباها أوسباها غيره فاشتراها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولوكان الذي يدعي العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لوكان العبد لم يعرف مسلماً أوكان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام و يقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على قولهما لان أباحنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أومن المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أوأربعاً سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أوأربعاً سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد ان أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانها قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهدته أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لوطلقتها لزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتي فانت طالق فتطلق لوكانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولوكانت الدعوى على اجارة الدار أوعبد أودابة أومعاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ أنها تجب على العاقلة ابتداء أوتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذكر ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل موقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لوأقام المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لوأقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبي فاما اليمين فكالخلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً ولوقال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت بريء من هذا الحق الذي ادعيته أوأنت بريء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت بريء يحتمل البراءة للحال أي بريء عن دعواه وخصومته للحال و يحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصـل ﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمـين فان كان ذلك فى دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لـكن ينبغى للقاضى ان يقول له انى أعرض عليـك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضى لا يرى القضاء بالنـكول أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس فى المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نـكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضى يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنـكول ولـكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه احتج الشافعى رحمـه الله بقول النبى عليـه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجـة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نـكل لـكونه كاذبا فى الانـكار فاحترز عن اليمين الـكاذبة و يحتمل انه نكل مع كونه صادقا فى الانـكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لـكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق فى دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سـيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدى سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليـه اليمين فرد اليمين على سـيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحا قضى على رجـل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقـال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليـه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى فى دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق فى خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا فى انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه فى دعواه وقوله يحتمل انه نـكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقـه تحرزا عن مباشرة أمر مشروع ومثل هـذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجـة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة فى الجملة لانها خـبر من ليس بمعصوم عن الـكذب لـكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الـكذب كذا هذا وأما الحـديث فنقول البينة حجة المدعى وهذا لا ينفى ان يكون غيرها حجـة وقوله لو كان حجـة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم و يحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجـة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجـة مع الاحتمال وأما رد اليمـين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نـكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الـكل فكان مؤولا عنـد الـكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنـه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هـذا اذا نـكل عن اليمين فى دعوى المال فان كان النكول فى دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تـكون الدعوى فى القصاص فى النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان فى النفس فعند أبى حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لـكنه يحبس حتى يقر أو يحلف أبدا وان كان الدعوى فى القصاص فى الطرف فانه يقضى بالقصاص فى العـمد و بالدية فى الخطأ وعنـدهما لا يقضى بالقصاص فى النفس والطرف جميعا ولـكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عنـد أبى حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة فى الجملة فان من وقعت فى يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس و به تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لا ضمان عليـه والمباح له القتل اذا قتـل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخـلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول فى الطرف دون النفس فـكان القياس ان لا يستحلف فى النفس عنـده كما لا يستحلف فى الاشـياء السبعة لان الاستحلاف للتوسـل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فـكان ينبغى ان لا يستحلف الا انه استحسن فى الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لأمر الدم وتفخيما لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار بالنكول ما نعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر او يحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذا اسقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في الاموال دون الحدود الخالصة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد في ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشئ ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول وبالله التوفيق انه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما أن يدعى عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في يده أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالمخمسة والحجج تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لانه لم يدع على ذي اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي اليد بان قال هذه داري أودابتي أو ثوبي أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها مني وقال الذي في يديه انها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق ان ذا اليد في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى أن الخصومة متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعى هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليـد وكذا لو أقام الذى فى يديه البينـة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبينـة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضى بذلك لان العلم المستفاد له فى زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجـة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجـة مقتصرة على المقر خاصـة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضى أولى ولو قال الذى فى يديه ابتعته من فلان الغـائب لا تنـدفع الخصومة لانه ادعى الملك واليـد لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذى فى يديه أودعنيه عبد الله ذلك تنـدفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فاثبتا اليـد له وهو غائب وعلى هذا الاصـل مسائل كثيرة فى الجامع والله تعالى أعلم

﴿ فصـل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعـارض البينتين فالكلام فيـه يقع فى موضعين أحـدهما فى بيان حكم تعـارض الدعوتين مع تعـارض البينتـين القائمتين على أصـل الملك والثـانى فى بيان حكم تعـارض البينتين القائمتين على قدر الملك أما الاول فالاصل ان البينتين اذا تعارضتا فى أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احـداهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينـة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن فى أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام فى هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمـد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليـد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذى اليد واما أن تكون من الخارجين على ذى اليد (واما) أن تكون من صاحبى اليد أحـدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذى اليـد دعوى الملك وأقاما البينـة فلا يخـلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك مؤقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعى رحمه الله بينة ذى اليد أولى (وجـه) قوله ان البينتـين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذى اليد باليد فكان العـمل بها أولى ولهذا عمل ببينته فى دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما فى يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما فى يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينـة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سـبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البينتان نصا ووقتت بينـة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سـبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشـهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليـل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المـال فى يده وكون المـال فى يد ذى اليد ظاهر ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقـة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينتـه لانه لما ثبت له الملك واليد فى هذه العين فى زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده اليه فوجب اعادة يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأى طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضى كون المـال فى يد انسان ويدعيـه لنفسـه ثم رآه فى يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليـه أن هذا المـال كان فى يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليـه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لان هناك لم يثبت

سبق

سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا فى النتاج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق أظهرت الملك له فى وقت لا ينازعه فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره وان أقامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبى يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له فى وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال فى سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً فتمدا تفقا على تلقى الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع الآخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البينتان من الخارج وذى اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان فى دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه وتركه ميراثا له يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامتا على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما وقتا أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد الاول وفى قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت فى ملك الميت فكان الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا فى الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا فى فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له فى دعوى المورثين وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبى يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شىء ويترك المدعى فى يدذى اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان صاحب اليد اشتراه أولا من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض وفى هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

فى هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذى قلنا واذا صح العقدان يبقى المشترى فى يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجه) قول أبى يوسف وأبى حنيفة ان كل مشترى يكون مقرا بكون المبيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البينتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه و بين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلا وان وقت البينتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد و بيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان و يقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بها للخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا فى الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو الولادة فى الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت احداهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البينتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقتا وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البينتان فى اظهار الاولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى ببينته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة فى يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تتهاتر البينتان و يترك المدعى فى يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك فى يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا فى الحديث الذى رويناه عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك فى دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك فى يد صاحب اليد دل ان ماذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقى منه وأما ان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا يحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذى وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة بيقين هذا اذا علم سنها فأما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنها موافقا لهذا الوقت و يحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت و يحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره فى ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم فى مختصره أن فى رواية أبى الليث تتهاتر البينتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا فى جارية فقال الخارج انها ولدت فى ملكى من أمتى هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى الصوف والمرعزى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزه فى ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا فى الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت فى سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت فى سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون فى معنى النتاج و يقضى للخارج وان أشكل الامر فى الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا فى اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب فى يده وفى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان فى معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التى حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا فى جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا فى الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس فى معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب لملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن فى معنى النتاج وكذلك لو اختلفا فى الحبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه فى أرضه فانه يقضى بالارض والحب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا فى البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا فى حلى مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه فى ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن فى معنى النتاج ولو اختلفا فى ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه فى ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الامرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا فى سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع فى ملكه يرجع فى هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا فى جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه فى ملكه يقضى بالجارية و بأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخارج فى الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا فى الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احداهما بيضاء والاخرى سوداء وهما فى يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء فى ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء فى ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى شهدت شهوده انها ولدت فى ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخارج قامت على النتاج فى البيضاء و بينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج فى السوداء و بينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا فى اللبن الذى صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذى صنع منه الجبن فى ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخارج أولى فى دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبدا فى يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد فى ملك الذى اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة فى ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة فى ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد فى ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثانى فلم يكن الثانى مقضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك و بين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ماعرف ولم يوجد شئ من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذى ذكرنا كله فى دعوى الخارج الملك فامادعوى الخارجين على ذى اليد الملك فنقول لا تخلو فى الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما قدر مايدعى الآخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر مايدعى الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا أيضا وهو ان البينتين اما ان قامتا على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول تتهاتر البينتان ويترك المدعى فى يد صاحب اليد وفى قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعى رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لتناف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال فى زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحداهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما فى القوة أو ترجح احداهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة فى الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما فى سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك فى كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك فى النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق أولى بالاجماع ولا يجىء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامتا من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احداهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك فى وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأى طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احداهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبى حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملك من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر فى الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ماذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيقين

بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله مامر أيضاً ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون متأخراً لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق هذا اذا اقامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعيا الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعيا الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضي منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكاً مطلقاً عن الوقت وان وقتا وقتاً فان كان وقتهما واحداً فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضي لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضي بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما تاريخاً ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كانه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى لاسبقهما وقتاً لاثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر كذا هذا ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عندهما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكاً فارخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقاً عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاترا البينتان وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاتر وقد تقدمت واذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فاوجب ذلك خللاً في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضي وتخييره اياهما فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتجديد كما اذا قضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فللآخر ان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البينتان فاما اذا أرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احداهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البينتان ولكن ذكرت احداهما القبض فهى أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لوذكرت احداهما تاريخا والاخرى قبضا فبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو أرخا تاريخا واحدا وذكرت احداهما القبض فبينه القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق .هذا اذا ادعيا الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ماذكرنا ولو وقتت البينتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الداري وهو أن المشترى يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان هناك اتفقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البينات أولا أو وقتت احداهما دون الاخرى الا اذا وقتا ووقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولاحدهما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبى حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما ووجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كانهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبى

حنيفة

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال فى السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت فالاسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ماذكرنا فى الخارج مع ذى اليد وان أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج فان كان بسببين مختلفين فنقول لايخلو اما ان كان من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع والواهب فقامامقامهما كانهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل وكذا لوادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه يقسم بينهم اثلاثا ولوادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا فى القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ماهو سبيل دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البينة انه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة ان فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لاتفيد الحكم الا بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لايحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشىء على أصل أبى حنيفة رحمه الله فى الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لافرق بين مايحتمل القسمة و بين مالا يحتملها هنا لان هذا فى معنى الشيوع الطارى لقيام البينة على الكل وانه لايمنع الجواز (وكذلك) لواجتمعت الصدقة مع القبض اوالهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى فى يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولواجتمع) الرهن والهبة أوالرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفى الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولواجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولواجتمع) النكاح مع الهبة أوالصدقة اوالرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان اقوى ولواجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبى يوسف وللمراة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء اقوى من النكاح بدليل انه لايصح البيع بدون تسمية الثمن و يصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لاتصح التسمية بدون الملك فى البيع وتصح فى باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قوله أبى يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبى حنيفة وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلثى الدار ولمدعى النصف بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم فى طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى القدر الذى وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذى خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها فى العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما فى الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبى حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والآخر لا ينازعه الا فى النصف فبقى النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعى الكل لانه يدعى شيئا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعاً ثلاثة أرباع الدار لمدعى الكل وربعها لمدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعى كل الدار والآخر يدعى نصفها فيجعل أخسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف والصحيح قسمة أبى حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض فى الحجة ولا منازعة لمدعى الكل الا فى النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار فى يد ثالث فان كانت فى ايديهما فبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذى فى يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو فى يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف فى يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه ويترك النصف الذى فى يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئا فى يد ثالث فأنكر الذى فى يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذى نكل لوجود الحجة فى حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى فى يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينتهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعيين البينة على النصف الذى استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالترك فى يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعيين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه فى النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقى من جهة المستحق اوادعى النتاج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بائعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم فى حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم فى حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضى لهذا المشترى بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضا هكذا فرق بين هذا وبين الحرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم فى حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذى فى يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى فى يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقرارا على غيره فلا يصح فى حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره فى حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له فى الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذى اليد أو من الخارجين على ذى اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى فى أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه والنصف الذى كان فى يده ترك فى يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة انه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه لان كل واحد منهما فى ذلك النصف خارج ولو لم تقم لاحدهما بينة يترك فى أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا اذا لم توقت البينتان فان وقتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت فى بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت احداهما دون الاخرى يكون بينهما عند أبى حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبى يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة أولى كما اذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالفى درهم وقال المشترى اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فانه يقضى ببينة البائع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا فى قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشترى اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف وأقاما البينة يقضى ببينة المشترى لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان فى قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة أولى لانه لا معارض لها فى قدر الزيادة فيجب العمل بها فى ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل فى الباقى فيجب العمل بها فى الباقى ضرورة وجوب العمل بها فى الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشترى بالفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت بينة المشترى تظهر الزيادة لأن البينة انما تقبل من المدعى لانها جعلت حجة المدعى فى الاصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو ان يكون مخيرا فى الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشترى فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه فى الاصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشترى بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشترى فى قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان المخير فى الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لا وفيما اذا اختلفا فى قدر المبيع المدعى هو المشترى الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا فى باب النكاح المدعى فى الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه فى كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين فى أجل الثمن فى أصل الاجل أو فى قدره وأقاما البينة ان البينة بينة المشترى لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا فى مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشترى انه لم يمض لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما فى المسلم فيه فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم و يقضى بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك و يقضى بسلم واحد عند أبى حنيفة وابى يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا و يقضى بسلمين (وجه) قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً و يقضى بسلمين اذ لا تنافى بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد واحد وانما اختلفا فى قدر المعقود عليه قدراً أو جنساً أو صفة و بينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا فى رأس المال فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعنده تقبل البينتان جميعا و يقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا اذا تصادقا ان رأس المال كان ديناً فان تصادقا انه عين واختلفا فى المسلم فيه فان كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما اذا قال رب السلم أسلمت اليك هذا الثوب فى كر حنطة وقال المسلم اليه فى كر شعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال اذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً و بينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول واذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت اليك هذا الفرس فى كر حنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب فى كر شعير يقضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

اذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان فى شئ يدعيه كل واحد منهما انه فى يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود فى نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقاما جميعاً البينة يقضى بكونه فى أيديهما لاستوائهما فى الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا اقامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا اقامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على انها فى يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام فى النسب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ما يثبت به النسب وفى بيان ما يظهر به النسب وفى بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثانى فى بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما فى قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفى التفسير فى قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبى عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزانى فاقتضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه اذ القسمة تنفى الشركة والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزانى بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل فى النفى والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزانى لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم فى جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً فى يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابنى من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ فى قوله من الزنا لانه يصير متملكا الجارية عندنا قبيل الاستيلاد أو مقارناً له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابنى منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه و يكون عبداً للمولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب و يعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهى الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابنى من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لى الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب ما دام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب و يعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح فى ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعا الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه و يثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبياً فى يد امرأة فقال هو ابنى من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك فى الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك فى الفصل الثانى هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا فى باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً فى باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثانى فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لمالك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقى الحكم فى جانبها متعلقا بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله فى ذلك فنقول و بالله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما عقد النكاح والثانى ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبى عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا فانى أباهى بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه و يستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد فى حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله فى محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده فى حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء فى حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو امة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف وأما ملك اليمين ففى أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج و ينتفى بمجرد النفى من غير لعان بخلاف ملك النكاح وأما فى الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله تعالى عنهم لا تصير فراشا الا بقرينة الدعوة وقال الشافعى عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله فى هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة و ينتفى بمجرد النفى من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعى (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولا (ولنا) ان وطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر فى الاماء هو العزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفى فيما بينه و بين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه و بين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضى الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها أولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضى الله عنه يحل له النفى وقال أبو يوسف رحمه الله أحب الى ان يدعو اذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب الى ان يعتق ولدها و يستمتع بأمه الى ان يقرب موته فيعتقها وجه قول أبى يوسف انه اذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفى بالشك والاحتمال وجه قول أبى حنيفة انه اذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه قول محمد انه اذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفى أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى و يستمتع بأمه لان الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح و يعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحرة بعد موته عسى و يستوى فى فراش الملك ملك كل المحل و بعضه وملك الذات وملك اليد فى ثبوت النسب و بيان ذلك فى مسائل اذا حملت الجارية فى ملك رجلين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لان ماله من الملك أوجب النسب بقدره الا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت فى البعض يتعدى الى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها الشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهى من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو ابن أحدهما و يتعين بقول القائف وجه قوله ان خلق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك الا فى الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد الا من أحدهما و يعرف ذلك بقول القائف فان الشرع ورد بقبول قول القائف فى النسب فانه روى أن قائفا مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطى وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى انه وقعت هذه الحادثة فى زمن سيدنا عمر رضى الله عنه فكتب الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزى فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبى عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل انه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو ان الكفار كانوا يطعنون فى نسب اسامة رضى الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه فى الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولدهم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبى يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعى الا انا تركنا القياس فى رجلين بأثر سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة مردودا الى أصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة فى بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد فى الاثنين يكون واردا فى الثلاثة ولأبى حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقى فالولد ابنهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاد فيثبت فى نصيب كل

واحد

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا فى سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان فى الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تمليك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى و يتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد فى نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته فى البعض دون البعض كما فى الجارية المشتركة بين الاجنبيين و يضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما فى قدر نصيب شريكه حصل فى غير الملك كما فى الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما فى الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء فى الملك وههنا الاستيلاد صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك فى النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاد وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد فى نصيبه لانه يحتمل التجزى على ما ذكرناه هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حى يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقى أولى هذا كله اذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتبا فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتبا والآخر عبدا فالمكاتب أولى لانه حر يدا فكان أنفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذونا عملا بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة و زفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا فى الملك فيستويان فى حكمه كما فى سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أنفع للصبى لانه يحكم باسلامه تبعا له وكذلك لو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما لاستوائهما فى الملك وفى الاستحسان الكتابى أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسى فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبدا مسلما أو مكاتبا مسلماً والآخر حرا كافرا فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافرا يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما فى هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان فى زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية فى ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشترياها وهى حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان أو معسرا فلا يختلف و يختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا و يجب هناك لان الاقرار بالنسب ههنا لا يكون اقرارا بالوطء لتيقننا بعدم العلوق فى الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن فى ملكه فلم يجز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فأما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احداهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولده وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فأما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولده وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويترادان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والآخر الاصغر فأما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الآخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الآخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ماعلم فى كتاب العتاق ولو قال أحدهما الاكبر ابنى والاصغر ابن شريكى ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابنى والاكبر ابن شريكى ثبت نسب الاصغر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال أحدهما الاصغر ابنى والاكبر ابن شريكى أو قدم وأخر فقال الاكبر ابن شريكى والاصغر ابنى ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولده وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعى الاصغر نصف قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم فى كتاب العتاق ولو ولدت جارية فى يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول لا يخلو اما ان ولدوا فى بطن واحد واما أن ولدوا فى بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا فى بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابنى أو عين واحدا منهم فقال هذا ابنى عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض فى النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا فى بطن واحد واما اذا ولدوا فى بطون مختلفة فقال الاكبر ولدى ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفى الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفى منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفى فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفى البواقى اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل فى استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الاكبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والاكبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والاكبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابنى فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر ان الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد فى العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبى حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم فى كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبى حنيفة رحمه الله ونصف ولائه للآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ و يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له فى نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذى ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات

النسب ولوادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذا لم يكن فى المضارب ربح لانه لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلا لا ملك الذات ولا ملك اليد اذا لم يكن فى المضاربة ربح ولوادعى ولدا من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاها أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبى عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلا فالتحق بسائر الاجانب الا فى الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لانه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أولا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحا كان أو فاسدا وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلانه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذمى سواء فى دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذمى لان الكفر لا ينافى النسب ويستوى فى دعوة الاستيلاد وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق فى الملك فان كان العلوق فى غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان فى ملكه يصح وان كان فى ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا ولدت جارية فى ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع فى الجارية وفى ولدها وهذا استحسان وفى القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد فى الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد فى ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهران الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشترى بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فنقول بيانه اذا كان المشترى باع الولد أو وهبه أو رهنه أو آجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشترى باع الام أو كاتبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثرا لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشترى باع الولد فأعتقه المشترى أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشترى أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته فى الولد ولم تصح فى الام وفسخ البيع فى الولد ولا يفسخ فى الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه فى الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع فى الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام و يرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشترى وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشترى لان هذه دعوة الاستيلاد وانها تستند الى

وقت

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم فى الهالك
واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه
سلم البدل للمشترى وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم
وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد
جميع الثمن عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان و يقسم الثمن على قدر قيمتهما فما أصاب
قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشترى
لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال
عنده وعندهما متقومة وهى من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت فى يد المشترى لاقل من
ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية فى ملكه فباعها وهى حامل فولدت عند المشترى لاقل من ستة
أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين فى بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب
الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان
الفصل فى النسب لانخلاقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعى
احدهما ثبت نسبهما و يجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لاقل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا فى البطن وقت
البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذى عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا
سواء كان المشترى ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل فى ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب
أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشترى فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا
و ينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد و بين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق فى الام
و ينتقض فى الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفى الولد ضرورة عدم الاحتمال
للانفصال فى النسب ولا ضرورة فى الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب فى الجملة ولو قطعت يد
أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشترى لا للبائع الا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل
البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت فى الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقطوعة
هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول
لا للمشترى فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس وانما يظهر فى الاطراف
تبعا للنفس و بالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشترى ونفس كل واحد من التوأمين
أصل فى حكم الدعوة فمتى صحت فى أحدهما تصح فى الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما فى
النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاد فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغى أن
تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً
من وجه مقتصراً على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا بشبه الاقتصار وجعلنا الواجب لورثة
المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشترى أحدهما ثم قتل وترك ميراثا فأخذ
ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحى وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه و يأخذ الدية
والميراث من المشترى لما قلنا هذا اذا ولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة
أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى لانا لم نتيقن بالعلوق فى الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة
دعوة استيلاد فتصحح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح
الا اذا صدقه المشترى فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير فى ذلك فثبت نسبه و يكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشترى نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لانسان فى زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشترى وقد ولدت لاقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا ان العلوق لم يكن فى الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع ولو ادعاه البائع والمشترى معاً فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق فى الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشترى دعوة تحرير لوقوع العلوق فى غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق فى المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولداً فى ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن فى ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا اياها لحاجته الى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يتملك ماله عند حاجته الى الانفاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يتملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قابله عوض كان تملكا صورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن فى الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقعت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق فى ملكه وولدت فى ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن فى الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية فى ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبدا فأعتق فادعى نظر فى ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعدا صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالاغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبى حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعى رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاد والاستيلاد ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر فى الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء

الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله الى آخر ايلاج واحد فكان من أوله الى آخره استيلاداً فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاد وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وانما يثبت حكماً ثابتاً في نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ وحكم الشيء لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعي صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاد وشرط الشيء يكون سابقا عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لانه علق حرا وان كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجد أبي الاب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانيا وحافده مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الاب وان كان الاب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب معتوها من وقت العلوق الى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لانه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت ولاية الجد ولو كان الاب مرتداً فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فان قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعندهما لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا اذا وطئ الاب جارية الابن من غير نكاح (فأما) اذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا كان أو فاسدا ولا يتملك الجارية لانه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب النكاح ويعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو ثبات النسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فاذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله اذا ادعى الاب ولد جارية ابنه فأما اذا ادعى ولد أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبر من الاب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوحة يثبت من الزوج والامة ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حراً فأشبه ولد المغرور فيكون حراً بالقيمة والولاء للابن لانه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لان أم الولد فراش لمولاها فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه بالنفي كما في اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه اذا لم يتملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا لم يصدقه الابن في الدعوى بعد ما نفاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعي بتصديقه في النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لان أخاه ملكه وولاؤه له لان الولاء لمن أعتق ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا اذا عجزت فتنفذ دعوته لانها اذا عجزت فقد عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الاصل فصار كالوادعى قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسنذكره في كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعي الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعي وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علوقه في ملك المدعي ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد لا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كاللقيط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسنذكر الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أو لا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبرا ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعي أنفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعي به أولى وسواء كان المدعي مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمنا استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زي المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زي الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصارى هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقا بين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعي حرا أو عبدا لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وتبع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لانه يتبعه فى الاسلام فكان أنفع للصبى وكذا اذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمى مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعى كاف للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لانه أنفع للقيط وان كانا حرين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة فى بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة فى الجملة قال الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مراودتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا فى لؤلئى ودباغ فى حانوت واحد هو فى أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا فى الزوجين اختلفا فى متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل فى يد الزوج وما يكون للنساء يجعل فى يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات فى هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخى رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض فى العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا عندنا لاستوائهما فى الدعوة وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعى رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعيين هو ابنى وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما هو ابنى وقال الآخر هو ابنتى فاذا هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنوة وان كان يبول من مبال النساء فهى ابنة مدعى البنتية وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق فان استويا فى السبق فهو مشكل عند أبى حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا فى ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغى أن يثبت نسبه منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابنى من زوجتى هذه فصدقته فهو ابنهما حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكا للمولى الامة عند أبى يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن فى جعله تبعا لها فى الرق مضرة بالصبى وفى جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمى اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبى يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام فى الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهى حرة أو أمة ذكر فى الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدته وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان فى تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب فى جانب الرجال يثبت بالفراش وفى جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنهما عند أبى حنيفة وكذا اذا كن خمسا عنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلا وجه قولهما أن النسب فى جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب فى جانبهم يثبت بالفراش
ولابى حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحد منهما وما قالا ان الحكم فى جانبهن
متعلق بالولادة فنعم لكن فى موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا
لو ادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل
رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة تصدقه فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبى حنيفة وعندهما ابن الرجلين
لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول و بالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة و يتأكد ظهوره أخرى فكل نسب
يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على
الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا اذا احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا
بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت
نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل
البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان فى
النسب فالاصل فيه ما ذكرنا فى تعارض البينتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح
وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا
يعمل بكل واحد منهما من كل وجه و يثبت النسب من كل واحد من المدعيين لامكان اثبات النسب لولد واحد
من اثنين على الكمال واستحالة كون الشئ الواحد مملوكا لاثنين على الكمال فى زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة
الكلام فيه أن تعارض البينتين اما أن يكون بين الخارج و بين ذى اليد. واما أن يكون بين الخارجين و بين ذى اليد
فان كان بين الخارج وذى اليد فبينة ذى اليد أولى لانهما استويا فى البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين
الخارجين و بين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة
الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما و يثبت النسب منهما وعلى هذا اذا
ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق
فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن
الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول
أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما فان استوى
الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البينتين ولو كان وقت احداهما أسبق يحكم سن الصبى فيعمل عليه لانه حكم
عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبى حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما ووجه قولهما أنه اذا
أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كانهما سكتا عنه ولابى حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى
الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو
بينهما لعدم التنافى بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل
وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام
الذى ادعاه الغلام أنه ابنهما و يبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ
هو فى يد نفسه كالخارجين اذا أقاما البينة ولاحدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً
فأقام بينة من المسلمين على رجل نصرانى وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغلام أولى ولا تترجح بينة
المدعى المسلم لانه لا يد له وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة
الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة و يجبر الغلام على الاسلام غلام فى

يد انسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدته أمته هذه فى ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الامة فى ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما فى البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما فى النكاح وان كان كبيرا يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان كبيرا يتكلم فى يد نفسه فالبينة التى يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما فى يد رجل فأقام صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعى ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذى هما فى يده لما قلنا وان كان الذى فى يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذى هما فى يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على انه تزوجها فى وقت كذا وأقام الذى فى يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسدا فالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولدته أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التى زوجتها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد حى يدعى ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى الا باللعان وفراش الملك ينتفى بمجرد النفى فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل فى النسب يعمل فى الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البينة انه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضا والعبد حى يدعى ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتا ثبت نسب الغلام من الحر وورثه منه لان بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب فى جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفى أصلا لانه فى جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) فى جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفى ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل النفى فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفى من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفى بل بواسطة اللعان (أما الذى) ينتفى بنفس النفى فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفى من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذى لا ينتفى بمجرد النفى فهو نسب ولد زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين فى القذف على ماذكرنا فى كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قويا فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفى ما لم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفى لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان فى النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم فى كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذى) لا يحتمل النفى فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفى وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفى لان النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة لما ذكرنا فى كتاب اللعان

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه فى النسب فقد مر ذكره فى أثناء مسائل النسب وأما حكمه فى الملك فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى حكم تعارض الدعوتين فى أصل الملك والثانى فى قدر الملك أما الاول فسبيل تعارض الدعوتين فى أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحا للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك فى مسائل رجلان ادعيا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهى للراكب لانه مستعمل للدابة فكانت فى يده (وكذلك) اذا

كان لاحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخلاة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله انها للراكب السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما اجماعاً لاستوائهما في الاستعمال ولو ادعيا عبداً صغيراً لا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لانه اذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى انه لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع دعوى الحرية الا ببينة لانه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل (وبمثله) لو ادعى غلاما كبيراً انه عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لانه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعيا عبداً كبيراً فقال العبد أنا عبد لاحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا اذا كان العبد في يد رجل فاقر انه لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد متمسك بالاصل اذ الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهداً له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما أقر انه كان عبداً فقد أقر بزوال حكم الاصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الاصل فكان الظاهر شاهداً له ولو ادعيا ثوبا وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لانه مستعمل للثوب (ولو ادعيا) بساطاً وأحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى لاستوائهما في اليد عليه (ولو ادعيا) داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) اذا كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وانما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيط ثوباً في دار انسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب الدار لان الثوب وان كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لان الخياط وما في يده في داره والدار في يده فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له لان الظاهر شاهد له وان كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فان كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لان الظاهر شاهد له وان كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لان الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائراً في دار رجل فاختلفا فيه فان اتفقا على انه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لانه الآخذ دون صاحب الدار اذ الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط اوشجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فانه ينظر ان أخذه من الهواء فهو له لانه الآخذ اذ لا يد لاحد على الهواء وان أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لان الجدار والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لان الاصل ان ما في دار انسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعيا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان احدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولوادعيا حائطاً من دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه مستعمل للحائط.
ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لاحدهما أكثر بعد ان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لانهما استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لاحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (ووجه) الاستحسان ان يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وانما يبنى لاكثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به فكان ماوراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وماوراءه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (وجه) رواية الاقرار مامر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذع مملوكا له لجواز ان يكون أصل الحائط مملوكا لانسان ولآخر عليه حق الوضع بخلاف مالو أقام البينة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البينة حجة مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لانا انما جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التربيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التربيع هو ان يكون انصاف اللبان الحائط مداخلة حائط احدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقات فكان بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التربيع ان يكون طرفا الحائط المدعى مداخلين حائط احدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ماذكرنا ان ذلك بمعنى النتاج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحداً فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الاترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو و بين بيت السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعا كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما اذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ماروى عنه من تفسير التربيع انه اذا اشترى داراً ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البينة انه له فاراد المشترى ان يرجع على البائع بحصته من الثمن ان كان متصلا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً فلا يكون للمشترى حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشترى ان يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخى ان صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق المشترى الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بان السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان فى يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادى شيأ لان وضع المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشئ من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا باباً مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما فى هذه المسائل اعتبار العرف والعادة فان الناس فى العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدل على انه بناؤه فكان فى يده ولابى حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد فى الماضى لا وقت الدعوة واليد فى الماضى لا تدل على اليد وقت الدعوة والحاجة فى اثبات اليد وقت الدعوة ثم فى كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى فى يده تجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا فى المرور فى دار ولاحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة ان له فى داره طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور فى الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه كان لحق المرور لكن فى الزمان الماضى لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر فى الكتاب ومن أصحابنا رحمهم الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب فى متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان أباه مات وترك طريقا فى هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب فى دار رجل فاختلفا فى مسيل الماء فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له فى هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد فى كتاب الشرب فى نهر فى أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا فى ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان فى يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن فى الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل فى الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على مامر ولو شهدوا ان له حقا فى الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا و يكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعى بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنكول كما فى باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين فى متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ماذكرنا فى كتاب النكاح والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين فى قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين فى قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا فى الثمن واما ان اختلفا فى المبيع فان اختلفا فى الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا فى قدر الثمن واما ان اختلفا فى جنسه واما ان اختلفا فى وقته وهو الاجل فان اختلفا فى قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالفى درهم وقال المشترى اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشترى زيادة ثمن وهو ينكر والمشترى يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغى ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشترى مع يمينه لان المشترى لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشترى زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدأ بيمين المشترى فى ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبى يوسف الآخر وفى قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبى حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشترى أشد انكارا من البائع لانه منكر فى الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشترى لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشترى أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضى اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن فى بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضى عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانا نعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود فى الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضى وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضى لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا فى قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغيير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا تمنع و يرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ في الثوب والبناء والغرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع و يرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع و يرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالموهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان و يرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا يرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخبث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان في يد المشتري فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان و يرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة أولا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد الا في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعاً ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقي التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا انا عرفناه بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص الآخر أيضاً دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقي التحالف حال هلاك السلعة منفياً بالخبر المشهور ويستوي هلاك كل السلعة و بعضها في المنع من التحالف أصلا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك و يتحالفان على القائم و يترادان وعند محمد يتحالفان عليهما و يرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لابي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقديراً للحكم بقدر العلة ولابي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفناه بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفياً بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحزر والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان لانه رضي ان يكون الثمن كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليـه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكما بان خرج
عن ملك المشترى بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقد مر الاختلاف فيه وسواء خرج
كله أو بعضه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لخروج البعض فى المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عنـدهما لان
التحالف هنا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع وهـذا لايجوز الا ان يرضى البائع ان يأخـذ القائم وحصة الخارج
من الثمن بقول المشـترى فحينئذ يتحالفان على القائم و يرد المشترى ما بقى فى ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند
أبى يوسف فاما عند أبى حنيفة فلا يتحالفان فى الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقى لا يمنع التحالف
عنده فالحكمى أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنـده
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشـترى القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا وان هلك بعضه
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما فى تبعيضه ضرر او فى تشقيصه عيب فالبائع بعـد
التحالف بالخيار ان شاء أخـذ الباقى وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقى وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر فى
تبعيضه ولا عيب فى تشقيصه فللبائع ان يأخـذ الباقى ومثل الفائت ان كان مثلياً وقيمته ان لم يكن مثلياً ولو خرجت
السلعة عن ملك المشترى ثم عادت اليه ثم اختلفا فى مقـدار الثمن نظر فى ذلك ان كان العود فسخاً بان وجد به عيباً فرده
بقضاء القاضى يتحالفان و يرد العيـن لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخاً بان كان ملكا
جديدا لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهلاك
يمنع التحالف عنـدهما وعند محمد يتحالفان و يرد المشترى القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لـكنه
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصـيل الكلام فيه واما حكم النقصان
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع فى يد المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن
لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى أو بفعل الاجنبى أو بفعل البائع
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء فى المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبى حنيفة رضى الله
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشـترى الا اذا كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشـترى و رضى
البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخـذ لاجل النقصان شيأ فحينئذ يتحالفان و يترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيأ وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخـذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبى أو
بفعل البائع يتحالفان و يرد المشـترى القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشترى مع يمينه هذا اذا اختلفا
فى قدر الثمن فاما اذا اختلفا فى جنسه بان قال أحـدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين فان كان مدعى العين هو البائع بان
قال للمشترى بعت منك جاريتى بعبدك هذا وقال المشترى للبائع اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة
تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا من غير فصـل بين ما اذا كان
الاختلاف فى قدر الثمن أو فى جنسه وان كانت هالـكة عند المشترى لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول
قول المشترى فى الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهى مسئلة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعى العين هو المشترى
بان قال اشـتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بعتهامنك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة
يتحالفان بالنص وان كانت هالـكة يتحالفان أيضاً اجماعا و يرد المشترى القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك
السلعة عنـده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشترى ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليـه
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشترى يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان
كل واحـد منهما مدعياً من وجه منكراً من وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشترى يدعى

الكل ديناً بان قال البائع بعت منك جاريتي بعبدك هذا و بالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفا بالنص وان كان هالكافهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعي البعض عيناً والبعض دينا والبائع يدعي الكل ديناً بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا و بالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعا الاان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لوكان يدعي كل الثمن عينا كانا يتحالفان و يرد المشتري القيمة على ماذكرنا ولو كان كل الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على مامر فاذا كان يدعي بعض الثمن عينا و بعضه دينا يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان و يرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعي الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا لماقلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضي جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضي فيجعل الاجل شهراً لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي على مامر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكما فأما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحي منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجري بينهما التحالف الا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيا بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عيناً أو دينا وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلافهما في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعا فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد هو رب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشترى كما فى بيع العين ورب السلم هو المشترى فكانت البداية به ولابى حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغى أن لا يحلف أصلا الا أن التحليف فى جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبى يوسف أيضا انه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين الى القاضى يبدأ بأيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذى خرجت قرعته ولو اختلفا فى مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء فى مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الايفاء فى مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبى حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الايفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء فى العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل فى العقد الا بالشرط لا يوجب التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفاء عندهما فكان المكان داخلا فى العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا فى وقت المسلم فيه وهو الاجل فنقول لا يخلو (اما) ان اختلفا فى أصل الاجل (واما) ان اختلفا فى قدره (واما) ان اختلفا فى مضيه (واما) ان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فان اختلفا فى أصل الاجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان الاختلاف فى أصل المسلم فيه كالاختلاف فى صفته ألا ترى انه لا صحة للسلم بدون الاجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف (ولنا) ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف فى الصفة لان الصفة فى الدين معقود عليه كالاجل والاختلاف فى الاجل يوجب التحالف فكذا فى الصفة واذا لم يتحالفا فان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله و يجوز السلم لانه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم اليه متعنت فى انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له وان كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبى حنيفة و يجوز السلم استحسانا والقياس أن يكون القول قول رب السلم و يفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الاجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر فى الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم اليه بدعوى الاجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساده فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية واذا كان القول قوله فى أصل الاجل كان القول قوله فى مقدار الاجل أيضا وقال بعضهم القول قوله الى شهر لانه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت الا بالبينة وان اختلفا فى قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا ان الاجل أمر يستفاد من قبله فيرجع فى بيان القدر اليه وان اختلفا فى مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادقا على أصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم اليه فكان القول فى المضى قوله وان اختلفا فى قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم فى القدر وقول المسلم اليه فى المضى لان الظاهر يشهد لرب السلم فى القدر وللمسلم اليه فى المضى هذا اذا اختلفا فى المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما اذا اختلفا فى رأس المال مع اتفاقهما فى المسلم فيه تحالفا وترادا أيضاً سواء اختلفا فى جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا فى الاختلاف فى المسلم فيه الا أن الذى يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم فى قولهم جميعاً لانه المشترى وهو المنكر أيضا وان اختلفا فيهما جميعا فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا فى المبيع والثمن والاختلاف فى أحدهما يوجب التحالف ففيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت فى المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره أو لا يتعدى فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنورا وله أن يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وله أن يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف فى الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيأ من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا صنع منه فى ملك الغير وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدم مالم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا فى ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف فى ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيا لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله وهو القيمة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه وكذا ذكر الخصاف انه يرجع بما أنفق لانه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه بل فيه نفع صار مأذونا بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يجبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة متعنتا محضا فى الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بأنفسهما فأما اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنيا أو نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا فى السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل واحد منهما أن يبنى حائطا على حدة فى نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضا يمكن قسمته وأن يبنى كل واحد منهما فى نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعا لانه يبنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عرصة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفى القسمة جبرا ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لانه فى الانتفاع متعنت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيها ابطال حقه فى وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفل أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقد وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بان

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعاً وكذا ايقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولا وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولابي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى ان نقل المرآة والمحبار من دار المالك الى موضع آخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه انه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولا وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه اذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع الى الطريق جناحاً أو ميزاباً فنقول هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم اليه أحد بالرفع والنقض فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر والاضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح والميزاب الى طريق العامة تصرف في حقهم لان هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقدمنا ان التصرف في حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضر به أولا الا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير اذنهم ورضاهم فلا يحل هذا اذا كانت السكة نافذة فأما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق في التقديم فليس لاهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وان لم

يكن له حق فى التقديم فلهم منعه سواء كان لهم فى ذلك مضرة أولا لما ذكرنا ان حرمة التصرف فى حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الشهادة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان ركن الشهادة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفى بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفى متعارف الناس فى حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما فى يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما فى يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا فى كتاب الدعوى

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فى الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبى الذى لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بآلة الفهم والضبط وهى العقل والثانى أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعى رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع والاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصما الا بالرؤية لان النغمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبداً أو كافراً أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صارا من أهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لتهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية ثم شهدوا فى تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبى العاقل أو الكافر على مسلم فى حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة وقد ردت فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية فى تلك الحادثة فقد أعاد تلك الشهادة وهى مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبى لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلا وكذا الصبى والعبد لا شهادة لهما أصلا فاذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فقد حدثت لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهى غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا فى أشياء مخصوصة وهى النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا فى الموت اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلفوا فى تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة فعلى هذا اذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الخصاف انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالا بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الموت و بين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة فى الموت أسرع منه فى النكاح والنسب لذلك شرط العدد فى النكاح والنسب لا فى الموت لكن ينبغى أن يشهد فى كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول انى لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوى رحمه الله قول محمد مع أبى يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمة كلحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع فى النسب مقبولة كذا فى الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعا كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع فى النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلابد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع فى الوقف فلم يذكره فى ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضا كالموت فكان ملحقا به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع فى القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا ووالى بلد كذا وان لم يعاين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيهما مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوبا أو دابة أو دارا فى يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفة فى المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد فى الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع فى قلبه أيضا أنه له و ينبغى أن يكون هذا قولهم جميعا أنه لا تجوز للرائى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه فى يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع فى قلبه أنه له وذكر فى الجامع الصغير وقال كل شئ فى يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا اذا أقرا بأنفسهما وانما أراد به العبد الذى يكون له فى نفسه يد بان كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير فى يد نفسه ظاهر اذ الاصل هو الحرية فى بنى آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجمادات والبهائم لانه لا يد لها فبقيت يد صاحب اليد دليلا على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر فى متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليلا فيه أما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له فى نفسه يد فيلحق بالعروض والبهائم فتحل للرائى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد و بعضها يرجع الى نفس الشهادة و بعضها يرجع الى مكان الشهادة و بعضها يرجع الى المشهود به أما الذى يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها و بعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبى العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبى عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبى مولى عليه ولانه لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعا ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجرى مجرى الولايات والتمليكات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التمليك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولانه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعى لاداتها للآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيأ لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيأ يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قول أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضى هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ماهي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوبا أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسناته سيئاته فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمان وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته سيآته فهو عدل وهو اختيار أستاذ أستاذي الامام فخر الدين على البزدوى رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجبه فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا باشياء أخر هي كبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هى الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسناته سيآته ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهى حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدرى أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالته لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب و يجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس الفسق فسق ولا عدالة للنائح والنائحة لان فعلهما محظور وأما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيأ من الملاهي فانه ينظر ان لم يكن مستشنعا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالته وان كان مستشنعا كالعود ونحوه سقطت عدالته لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالته وان كان يطيرها تسقط عدالته لانه يطلع على عورات النساء و يشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالنرد فلا عدالة له وكذلك من يلعب بالشطرنج و يعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافا بها وهوانا بتركها فلا عدالة له لان الجماعة واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضي عنده لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وآكل الربا ونحوه لان هؤلاء من رؤس الكبائر ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهوا أو ابتلى به مرة ثم تاب لانه قل ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لا نسد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف ولم يختتن تاركا للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح في عدالته لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وماروى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصي لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل شهادة علقمة الخصي ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لترويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية فانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه تحل الشهادة لمن يوافقهم على من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمرا من الامور وحلف عليه كان صادقا في دعواه فيشهدون له فان كان هذا مذهبهم فلا تخلو شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع في قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطة للعدالة والاصل فى هذا الفصل أن من ارتكب جريمة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته الا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته اذا غلبت حسناته سيآته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضى الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهى الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف فى أنه اذا طعن الخصم فى الشاهد انه لا يكتفى بظاهر العدالة بل يسأل القاضى عن حال الشهود وكذا لا خلاف فى أنه يسأل عن حالهم فى الحدود والقصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقالا يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبى حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبى عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرنى الذى أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب الحديث فكان الغالب فى أهل زمانه الصلاح والسداد فوقعت الغنية عن السؤال عن حالهم فى السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد فى قرنهما فوقعت الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا الى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولابى حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أى عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنى هذه الامة بالوساطة وهى العدالة وقال سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا فى المؤمنين وزوالها بعارض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق فى الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال فى الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه فى حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل فى بنى آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا فى أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهولى النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما اذا لم يكونا ممن يجرى عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجودا أم شرط القبول مطلقا وجوبا ووجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجودا على الاطلاق ووجوبا لا شرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعى عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها حتى ان القاضى لو تحرى الصدق فى شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحر بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحر واذا شهد يجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة الفاسق أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج فى انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضى وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود فى باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن فى الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالى بارتكابه أنواعاً من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام فى فاسق تحرى القاضى الصدق فى شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولئن ثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولى وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى مقابلى كلمة العدل وهى كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدوداً فى قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأبيد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود فى القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملا بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذمى اذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين و مثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمى قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهى شهادته على أهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد أبطل ذلك على التأبيد ولو ضرب الذمى بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقى تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد فى حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لان الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخريين فقال فى رواية لا تقبل شهادته وفى رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً فى الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد فى حالة الاسلام وفى رواية اعتبر الاكثر ان وجد أكثر الحد فى حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل فى الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل فى حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد و بعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهى مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعى رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعا وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يحصل بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهى عن القبول والانعقاد ينفصل

عن القبول فى الجملة وأما المحدود فى الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس أن تقبل شهادة المحدود فى القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد ومنها أن لا يجر الشاهد الى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولان شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اذا جر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاف رحمه الله فى أدب القاضى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القرابات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط فى مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا لنفسه لما روينا من حديث الخصاف رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلتم ان أحد الزوجين فى الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لا تقبل شهادة الاجير له فى الحادثة التى استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه فى مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما فى شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذى فى حجره لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه فى الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضى به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهى معلومة فى الصك فيحل له أداؤها واذا أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ماأن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضى فى ديوانه شيأ لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضى ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشىء مما يرى فى ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التى ترجع الى نفس الشهادة فأنواع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدى معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتها لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى و بين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك فى مسائل اذا ادعى ملكا بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل و بمثله لو ادعى ملكا مطلقا ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البينة على الملك المطلق مكذبا شهوده فى بعض ماشهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافى الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معا فى محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذبا شهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شىء لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى الفا وخمسمائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البينة على الالف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى دارا فى يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت منه لكنه جحدنى الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب منى وقبضت وأعاد البينة تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا فى الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه اعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبى الا أنه جحدارثى فاشتريت منه أو وهب لى فانها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البينة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبد الا انه جحدنى الشراء به فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق فى مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البينة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته و بمثله لو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولا انه لى لا ينفى قوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكنا فقبلت البينة بخلاف الفصل الثانى لان قوله هو لفلان وكلنى بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقرارا منه بالملك لنفسه فكان مناقضا فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولا انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينفى قوله انه لى ينفى قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثانى ثم وكلني الثانى بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى فى ذى القعدة انه اشترى منه هذه الدار فى شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى فى شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصدق فى شعبان تنافى الشراء فى شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصدق فى شوال ووفق فقال جحدنى الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى داراً فى يدى رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت فى يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبى يوسف انها تقبل و يؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعى تقبل بالاجماع (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على انها ما كانت فى يده فالاصل فى الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو ثبت بالمعاينة أو بالاقرار انه كان فى يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعاينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت فى يده بالامس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل و يقضى للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً فى يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على انها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا انها كانت فى يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبى يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبى يوسف على ما روى عنه فى الامالى ينبغى أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكا كائنا والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بها ما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له وعند أبى يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بها له وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض بها ولو شهدوا انها لابيه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذى ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبى يوسف انها تقبل وأما الوجه الثانى وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثا له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت فى يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد ترك فثبت الملك له فى المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يد ملك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يد ملك اذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك فى المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا أثبت ليد المشهود من الاب فعلا فى العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

الذى هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل فى النقليات كاللبس والحمل او فعل يوجد للنقل عادة كالركوب فى الدواب أو فعلا يوجد فى الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى فى الدور والفعل الذى ليس بدليل اليد هو فعل ثبت فى النقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس فى الدار وأشباه ذلك فان كان فعلا هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلا ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التى هى دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات فى هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غلباً لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله فى الجامع الجواب فى الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم فى خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك فى الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاما جعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا لو جعل المودع الخاتم فى خنصره او بنصره فضاع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش او نائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه فى يديهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجدان النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا أنه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبى يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى فى الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلا على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد فى الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالقته على رأسه فوقع الشك فى النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم نقول اذا شهد الشهود انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا الا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه فى متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أو لا وارث له غيره فى علمنا ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثانى وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامه لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما فى علمه ونفى وارث آخر ليس فى علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما فى علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فى هذا المصر أو فى أرض كذا تقبل عند أبى حنيفة وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثاً غيره فى هذا المصر لا ينفى وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر فى مصر آخر ولابى حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر فى موضع آخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وراث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أو لا نعلم له وارثا غيره فى هذا المصر على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثا له فيدفع اليه جميع الميراث الا اذا كان زجا اوزوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفى هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شىء لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبى يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن فى ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفى وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولابى يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفى الزيادة شك فلا تثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفى الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملاو للزوج الخمس وللمرأة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان و بنتان و زوج أصل المسئلة من اثنى عشر للأبوين السدسان أربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فصارت الفريضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت أبوان و بنتان وزوجة أصل المرأة من أربعة وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة فى تسعة و يكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم فى هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما فى رد الآبق واللقطة الى صاحبها ولابى حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفى ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل انه قولهما لان فى المسئلة روايتان فاما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على انا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة فى الجامع الصغير

وقال

وقال هـذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرأيت لو لم يجـد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخـذ الـكفيل ظلماً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذ الصواب لا يحتمل ان يكون ظلمـاً فدلت المسألة على براءة ساحتـه عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنـه وأما الذي يرجع الى المشهـود به فمنها ان تـكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبـل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فـالم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلا نا وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غـيره أو اخوه لابيه وأمه لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لئلا يتلوم القاضي لا لانه من الشهادة عنـد محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل باباً في الزيادات يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عنـد أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهـذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبـين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعـالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لان الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله الا بدعواه اما بنفسـه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشـترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصـة حقا لله تعالى الا انه شرطت الدعوى في باب السرقة لان كون المسروق ملكا لغـير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالـكم فان لم يكونا رجلين فرجـل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تـكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع الى نفسـه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحـد مضافا الى قول صاحبـه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليـه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السـهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في اقامـة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تضل إحـداهما فتذكر إحداهما أخرى ثم الشرط عدد المثـنى في عموم الشـهادات القائمة على ما يطلع عليـه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عـدد الاربعـة لقوله تعالى والذين يرمون المحصـنات ثم لم يأتوا بأربعـة شهداء وقوله تعـالى فان لم يأتوا بالشـهداء فأولئـك عنـد الله هم الـكاذبون ولان الشهادة في هـذا الباب أحـد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهـو الاقرار ثم عـدد الاقارير الاربعـة شرط ظهور الزنا عنـدنا فـكذا عدد الشهود الاربعـة بخـلاف سائر الحدود فانه لا يشـترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت نصا بخـلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الـكذب لا يخلو عن احتمال الـكذب وعـدد الاربعـة في احتمال الـكذب مثل عدد المثنى ما لم يدخل في حد التواتر لـكنا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا به عن القياس فبقى سائر الابواب على أصـل القياس واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيـه ليس

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع وجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً و يقينا وانما يفيده غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شطري الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالفين والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالمترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلة تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى الفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فاوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لي عليه ألفان الا انه كان قد قضاني الفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى الفاً فشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي عليه الف وخمسمائة الا انه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالفي درهم وهو ينكر فشهد شاهد بالفين وآخر بألف أو ادعى انه باعه بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البدل واختلاف البدلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيا والبائع مدعى عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستأجر لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمه حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقارير لا يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقي على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشهادتان اختلفا في القضاء لا في القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله علية وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والاسقاط بالشبهات وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والانوثة ليست بمانعة بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعى رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورة لانها جعلت حجة فى باب الديانات عند عدم الرجال و لا ضرورة فى الحقوق التى ليست بمال لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم تجعل حجة فى باب الحدود والقصاص وكذا لم تجعل حجة بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقتضى ان يكون لهم شهادة فى سائر الاحكام الا ماقيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين فى اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة الا انها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال فى باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الانوثة يصير مجبورا بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف فى اشتراطها فى الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط فى علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتغليظ ولا يتغلظ الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلالتها على نحو ما تقدم مع الشافعى رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف فى أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع فى قول أبى يوسف رحمه الله ولا يصح فى قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط فى عتق الامة اجماعا ولا فى عتق العبد عند أبى يوسف ومحمد وان كان لا يتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى فى هذا الوقت على ما عرف فى الخلافيات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلما حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافرا فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدولا فى دينهم وقال الشافعى رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضى القضاء بشهادتهم وانه منفى ولان العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبى عليه الصلاة والسلام فى ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمى على الذمى فظاهره يقتضى أن يكون للذمى على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون فى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصرانى على اليهودى واليهودى على المجوسى وقال ابن أبى ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمى من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذمى عليه بالنص الذى روينا وصار حكم المستأمن مع الذمى فى الشهادة كحكم الذمى مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم وملهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم فى الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف فى كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الريح من المجىء به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهى من مسائل الحدود وتذكرها هنالك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصالة فى الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهى الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط فى الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا فى العبد الآبق عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر فى كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة فى شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت فى مجلس فكان فيها زيادة ليست فى شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره فى فرجها كما يغيب الميل فى المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام فى الشهادة على الشهادة يقع فى مواضع فى صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفى شرائط التحمل وفى صورة أداء الشهادة على الشهادة وفى شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتى انى أشهد ان لفلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتى بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتى هذه وآمرك ان تشهد على شهادتى هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا فى عموم الشهادات وأما الذى يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان لفلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد فى سائرها بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ماشهدت أو كما شهدت أو على ماشهدت لا يصح التحمل مالم يقل على شهادتى لان معنى التحمل والانابة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدى الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت فى ذمة الشاهد والحقوق الثابتة فى الذمم لا ينقلها الى القاضى الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة فى تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيهما من النساء (وأما) صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندى ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندى فلان ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته بذلك وأمرنى ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرنى ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والانابة يتأدى بقوله أشهدنى على شهادته فكان قوله أمرنى بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذى يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائبا مسيرة سفر او مريضا لا يستطيع بحضر مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا فى هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضى ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ماقيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل فى عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة فى شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهرى رحمه الله لتمكن شبهة فى شهادتهن ليست فى شهادة الرجال واشتراط الاصالة فى الشهادة لتمكن زيادة شبهة فى شهادة الفروع ليست فى شهادة الاصول وهو الشبهة فى الشهادتين على ماذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ماندرئ بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذى يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان فى الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لابد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا أى دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له فى ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذى أوتمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما فى حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما فى أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وقد ندب الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضى لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبوت مايترتب عليها من الاحكام

﴿ كتاب ﴾

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثانى يرجع الى نفسه أما الذى يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان سبب وجوب الضمان وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان فى هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان فى الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بالف وقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف فى حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة فى حق سببية وجوب الضمان كالاكراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضى لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يرده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق فى الرجوع فى حق القاضى والمشهود له لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضى فلا ينتقض الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال فبقى القضاء ماضيا على الصحة والمدعى فى يد المدعى كما كان والثانى أن الشاهد فى الرجوع عن شهادته متهم فى حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى فى دعواه فلم يصدق فى الرجوع فى حق المشهود له للتهمة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع فى حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم فى المشهود عليه فصح الرجوع فى حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة فى نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر فى التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسبيبا الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرا بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد و يتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافا فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضى بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيأ من المهر لكنها أكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها و بشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب فى الشرع كالمحرم اذا أخذ صيدا فذبحه رجل فى يده يجب الجزاء على الآخذ و يرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكيدا للجزاء الواجب على المحرم اذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه أعتق عبدا أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضى ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الامة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الامة فيضمنان و يكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافا بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا فنقول هذا فى الاصل لا يخلو من

أحد وجهين اما أن لم يكن معها ولد واما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو اما أن رجعا فى حال حياة المولى واما أن رجعا بعد وفاته اما اذا لم يكن معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قناً وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فاذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها و يضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها فى حال الحياة والباقى بعد الوفاة فيضمنان كذلك وان كان معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لولا شهادتهما لكان الولد عبد اله فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا يضمنان له شيأ و يرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان فى زعم الولد ان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وان كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لانهما أتلفا عليه ذلك القدر و يرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما فى زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع فى حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما فى الرجوع وان كان معه شريك فى الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لما قلنا و يضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ فى زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة فى حال حياة المولى والرجوع عليه فى حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدا وأمة وتركة فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضى بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة و بين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث و وجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا و يرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلافا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدا أنه دبر عبده فقضى القاضى بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنا و يقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فاذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره و يضمنان للورثة بقية قيمته عبدا لانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا و يسعى فى ثلثى قيمته عبدا قنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة و يضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثى قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا

بالزنا وشهد آخران بالاحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهدا انه قتل فلانا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لأنهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو أقرا صريحا ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أوهمنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسبيبا لأنها تفضى الى وجوب القصاص وانه يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسبيبا الى القتل والتسبيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالاكراه على القتل (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسبيبا الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسبيبا لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيبا بخلاف الاكراه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالآلة والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة على ما عرف على أن ذلك وان كان قتلا تسبيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج الى الدليل وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا على ولى القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالاكراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولى القتيل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتيل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجحده فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فأنواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بينته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بألف درهم ومهر مثلها ألفان وهى تنكر فقضى القاضي بالنكاح بألف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيأ لأنهما اتلفا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيأ لأنهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيأ لانهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بألف درهم والمشترى ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا انه ينظران كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشترى لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وان كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشترى والمسئلة بحالها ان كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وان كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما اذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر ان كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيأ وان اتلفا عليه عين المال لانهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله فى ملك الزوج بدليل أن الاب يملك أن يزوج من ابنه امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله فى ملك الزوج لما ملك لان الاب لا يملك على ابنه معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك المريض اذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع فى حكم المال فى حال الدخول فى ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل ان البضع يعتبر مالا فى حق الزوج حال دخوله فى ملكه فكان الاتلاف بعوض هو فى حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وان كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لانهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما اذا ادعى رجل على امرأة انه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا انهما يضمنان للمرأة ألف درهم لانهما أتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لان البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الاب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا لملك لانه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة اذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما فى سائر معاوضات المال بالمال واذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل أنه آجر داره من فلان شهرا بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما ان كان فى أول المدة ينظر ان كان أجرة الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو أتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لان المنفعة فى باب الاجارة لها حكم عين المال وان كانت أجرة مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وان كانت الدعوى بعد مضى مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لانهما أتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان على القاتل انه صالح ولى القتيل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان شيأ للقاتل لانهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولى على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لاعتبر من الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان الا اذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخريج هذه المسائل على فصل التسبب لان ما قابله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى فى وجوب الضمان الرجوع

عن

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكأنهم حضروا بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لا من الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شئ على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لا من الاصول وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان التزكية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان لا يوجب الضمان كذا هذا ولابي حنيفة أن التزكية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لولا التزكية لما وجب القضاء فكانت الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالاصل أن مقدار الواجب منه على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه لبقاء من بقي من الشهود بعد رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول بيان هذه الجملة اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شئ على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضي بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم أثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم أثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعا فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافا ولابي حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقي محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي بثبات رجل وامرأة ثلاثة ارباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اخماس عند أبي حنيفة خمساه على الرجل وثلاثة اخماسه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لان شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول والمؤكد حكم الموجب على ما مر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لان نصف المهر يتأكد بالطلاق على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول انفرد بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الارباع على شاهدي الدخول فاما الذي يرجع الى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا لا شهادة الا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلدا او ان كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قوله انهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلدا فليس عليهم ارش الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق التسبيب لانها تفضي الى القضاء والقضاء يفضي الى اقامة الجلدات وانها تفضي الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة فكانت اتلافا تسبيبا ولهذا لو شهدوا بالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولأبي حنيفة عليه

الرحمة أن الاثر حصل مضافا الى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق فى الجلد فلا يكون الجرح مضافا الى شهادتهم والثانى أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبيب اليه واضافة الاثر الى المباشرة أولى من اضافته الى التسبيب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطأ من القاضى ليكون عطاؤه فى بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شئ على بيت المال هذا اذا رجعوا جميعا فاما اذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربعة وانما ينقلب قذفا بالرجوع ولم يوجد الا من أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما اذا شهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقرينة القضاء ألا ترى انها لا تصير حجة الا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغى أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمى منهم الا انه لا يقام لاحتمال ان يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدى الى سد باب الشهادة فاذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا هذا وان كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعا عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا الا بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه فى حق الباقين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء فى باب الحدود من القضاء بدليل ان عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وان كان بعد الامضاء فان كان الحد جلداً يحد الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صحيح فى حقه خاصة لا فى حق الباقين فانقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وان كان الحد رجماً ومات المقذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان اذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فان كان الحد جلداً فلا شئ على الراجع من ارش السياط ولا من الدية ان مات عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وان كان رجماً غرم الراجع ربع الدية لان الثلاثة يحفظون ثلاثة ارباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا اذا كان شهود الزنا أربعة فاما اذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضى يقيم الحد على المشهود عليه بما بقى من الشهود لان الاربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان مات المرجوم لان الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وان لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبى حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثانى وجوب التعزير فى عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضى باقراره لان قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا فى كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهيره فينادى عليه فى سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم اليه ضرب أسواط هذا اذا تاب فأما اذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال انى شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فانه يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من أكبر الكبائر وليس اليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج الى أبلغ الزواجر ولابى حنيفة رحمه الله ماروى ان شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ولان الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على ما فعل لا مصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان
مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضى الله عنه
محمول عليه توفيقا بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

(فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿ تمت ﴾



كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

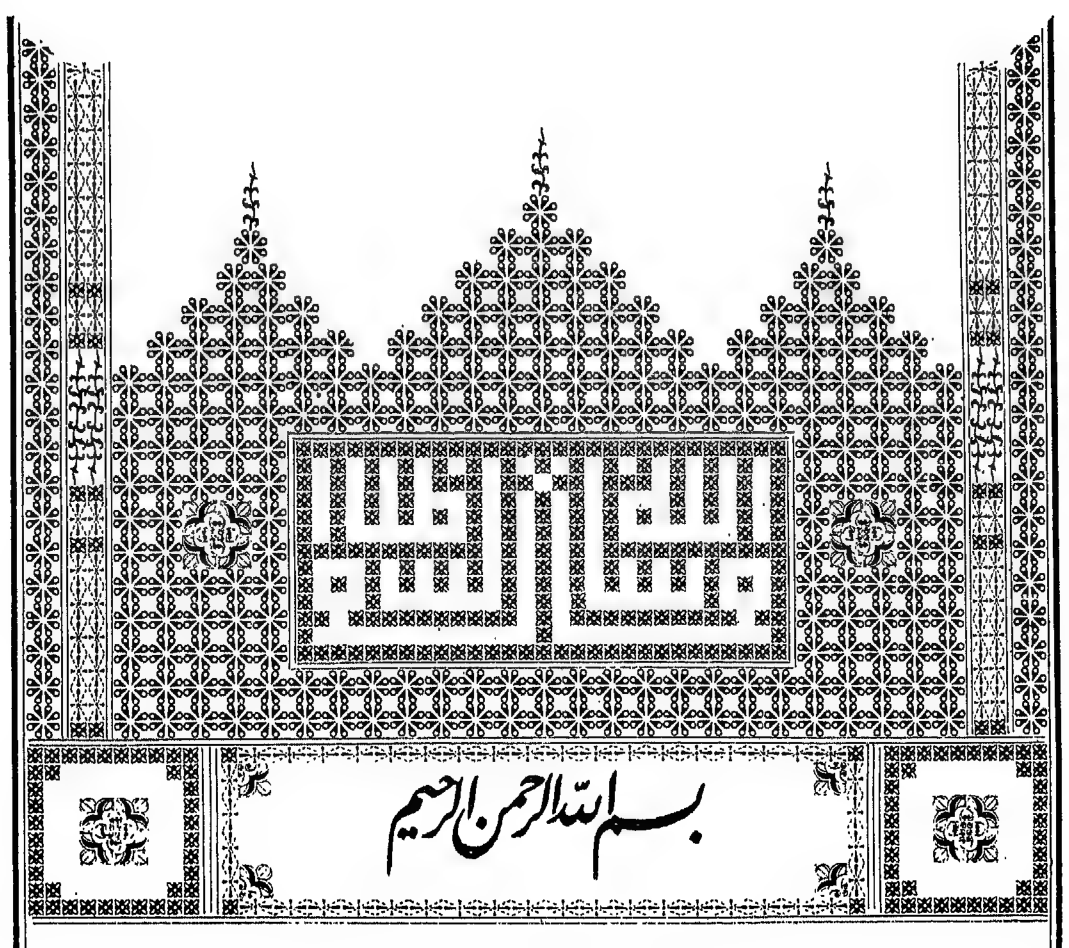
تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السابع

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب آداب القاضى ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان فرضية نصب القاضى وفى بيان من يصلح للقضاء وفى بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء وفى بيان شرائط جواز القضاء وفى بيان آداب القضاء وفى بيان ماينفذ من القضايا وماينقض منها اذا رفع الى قاض آخر وفى بيان مايحله القاضى ومالا يحله وفى بيان حكم خطأ القاضى فى القضاء وفى بيان مايخرج به القاضى عن القضاء (أما) الاول فنصب القاضى فرض لانه ينصب لاقامة أمر مفروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تبارك وتعالى لنبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام فاحكم بينهم بما أنزل الله والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل فكان نصب القاضى لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة ولان نصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرية لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة اليه لتقيد الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التى هى مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التى لاتقوم الا بامام لما علم فى أصول الكلام ومعلوم انه لايمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج الى نائب يقوم مقامه فى ذلك وهو القاضى ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة فبعث سيدنا معاذا رضى الله عنه الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة فكان نصب القاضى من ضرورات نصب الامام فكان فرضا وقد سماه محمد فريضة محكمة لانه لايحتمل النسخ لكونه من الاحكام التى عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلى لايحتمل الانتساخ والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الاسلام (ومنها) الحرية (ومنها) البصر (ومنها) النطق (ومنها) السلامة عن حد القذف لما قلنا في الشهادة فلا يجوز تقليد المجنون والصبي والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود في القذف لان القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات وهؤلاء ليست لهم أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة فلأن لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة لان المرأة من أهل الشهادات في الجملة الا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (وأما) العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب وعند أصحاب الحديث كونه عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد في ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا في الامام الاعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز في الامام الاعظم لانه يمكنه أن يقضي بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء فكذا في القاضي لكن مع هذا لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال القضاة ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علما فقضى بما علم فهو في الجنة ورجل علم علما فقضى بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل فقضى بالجهل فهو في النار الا أنه لو قلد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائزا في نفسه فاسدا لمعنى في غيره والفاسد لمعنى في غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائز حتى ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجائز عندنا في حق الحكم كذا هذا وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعي رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضيا عنده بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده فلا يكون من أهل القضاء وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء لكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق لان القضاء أمانة عظيمة وهي أمانة الاموال والابضاع والنفوس فلا يقوم بوفائها الا من كمل ورعه وتم تقواه الا أنه مع هذا لو قلد جاز التقليد في نفسه وصار قاضيا لان الفساد لمعنى في غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء في نفسه لما مر (وأما) ترك الطلب فليس بشرط لجواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لانه يقدر على القضاء بالحق لكن لا ينبغي أن يقلد لان الطالب يكون متهما وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انا لا نولي أمرنا هذا من كان له طالبا وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا اشارة الى أن الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر عليه يوفق وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو أن يكون القاضي عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام قد بلغ في علمه ذلك حد الاجتهاد عالما بمعاشرة الناس ومعاملتهم عدلا ورعا عفيفا عن التهمة صائن النفس عن الطمع لان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضي الا بالحق ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالى عز شأنه فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلد الا انهما يفترقان في أشياء مخصوصة (منها) أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح (ومنها) أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه واذا حكم صار لازما (ومنها) أنه اذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى القاضي ورأيه يخالف رأي الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فنقول اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر ان كان في البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك (اما) جواز القبول فلان الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الامم بانفسهم وقلدوا غيرهم وأمروا بذلك فقد بعث

رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضى الله عنه الى اليمن قاضيا و بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا وقلد النبي عليه الصلاة والسلام كثيرا من أصحابه رضى الله تعالى عنهم الاعمال و بعثهم اليها وكذا الخلفاء الراشدون قضوا بأنفسهم وقلدوا غيرهم فقلد سيدنا عمر رضى الله عنه شريحا القضاء وقرره سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله عنهما (وأما) جواز الترك فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لابى ذر رضى الله عنه اياك والامارة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تتأمرن على اثنين وروى أن أباحنيفة رضى الله عنه عرض عليه القضاء فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحى الامة وهذا معنى ماذكر فى الكتاب دخل فيه قوم صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز الترك والقبول فى هذا الوجه اختلفوا فى أن القبول أفضل أم الترك قال بعضهم الترك أفضل وقال بعضهم القبول أفضل احتج الفريق الاول بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين وهذا يجرى مجرى الزجر عن تقلد القضاء احتج الفريق الآخر بصنع الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لان لنا فيهم قدوة ولان القضاء بالحق اذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات قال النبي المكرم عليه أفضل التحية عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضى الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذى لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليها توفيقا بين الدلائل هذا اذا كان فى البلد عدد يصلحون للقضاء فأما اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه لانه اذا لم يصلح له غيره تعين هو لاقامة هذه العبادة فصار فرض عين عليه الا أنه لابد من التقليد فاذا قلد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأثم كما فى سائر فروض الاعيان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط القضاء فأنواع بعضها يرجع الى القاضى و بعضها يرجع الى نفس القضاء و بعضها يرجع الى المقضى له و بعضها يرجع الى المقضى عليه (أما) الذى يرجع الى القاضى فما ذكرنا من شرائط جواز تقليد القضاء لان من لا يصلح قاضيا لايجوز قضاؤه ضرورة (وأما) الذى يرجع الى نفس القضاء فأنواع منها أن يكون بحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة اما قطعا بان قام عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب الكريم أو الخبر المشهور والمتواتر والاجماع واما ظاهرا بان قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن من ظواهر الكتاب الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعى وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتى لارواية فى جوابها عن السلف بان لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يجز لانه قضاء بالباطل قطعا وكذا لو قضى فى موضع الخلاف بما كان خارجا عن أقاويل الفقهاء كلهم لم يجز لان الحق لا يعدو أقاويلهم فالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلا قطعا وكذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر يخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يجز قضاؤه لان القياس فى مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعيا أو ظاهرا وأما فيما لا نص فيه يخالفه ولا اجماع النقول لايخلو (اما) ان كان القاضى من اهل الاجتهاد (واما) ان لم يكن من أهل الاجتهاد فان كان من أهل الاجتهاد وأفضى رأيه الى شئ يجب عليه العمل به وان خالف رأى غيره ممن هو من أهل الاجتهاد والرأى ولا يجوز له أن يتبع رأى غيره لان ما أدى اليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهرا فكان غيره باطلا ظاهرا الا ان الحق فى المجتهدات واحد والمجتهد يخطئ و يصيب عند أهل السنة والجماعة فى العقليات والشرعيات جميعا ولو أفضى رأيه الى شئ وهناك مجتهد آخر افقه منه له رأى آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه افقه منه هل يسعه ذلك ذكر فى كتاب الحدود أن عند أبى حنيفة يسعه ذلك وعندهما لا يسعه الا أن يعمل برأى نفسه وذكر فى بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس فقال على قول أبى حنيفة لا يسعه وعلى قولهما يسعه وهذا يرجع الى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غير النظر فى رأيه هل يصلح مرجحا من قال يصلح مرجحا قال يسعه ومن قال

لا يصلح قال يسعه (وجه) قول من لا يرى الترجيح بكونه أفقه أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه (وجه) قول من يرى به الترجيح أن هذا من جنس الدليل لان كونه أفقه يدل على أن اجتهاده اقرار الى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح ان لم يصلح دليل الحكم بنفسه وأبدا يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل فى حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم فى أصول الفقه ولهذا أوجب أبو حنيفة رحمه الله تقليد الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم ورجحه على القياس لما أن قوله أقرب الى اصابة الحق من قول القائس كذا هذا وان أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه فى ذلك وعمل به والافضل أن يشاور أهل الفقه فى ذلك فان اختلفوا فى حكم الحادثة نظر فى ذلك فأخذ بما يؤدى الى الحق ظاهرا وان اتفقوا على رأى يخالف رأيه عمل برأى نفسه أيضاً لان المجتهد مأمور بالعمل بما يؤدى اليه اجتهاده فحرم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغى أن يعجل بالقضاء مالم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق فاذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدى اليه اجتهاده ولا يكونن خائفاً فى اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقولن انى أرى وانى أخاف لان الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد فينبغى أن يكون جريئا جسوراً على الاجتهاد بعد ان لم يقصر فى طلب الحق حتى لو قضى مجازفا لم يصح قضاؤه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى وان كان من أهل الاجتهاد الا انه اذا كان لا يدرى حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملا لامر المسلم على الصحة والسداد ما أمكن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فان عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقا على التقليد وان لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه فى بلده من أصحابنا وان لم يكن فى البلد الا فقيه واحد من أصحابنا من قال يسعه أن يأخذ بقوله ونرجو أن لا يكون عليه شئ لانه اذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مست الضرورة الى الاخذ بقوله قال الله تبارك وتعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل عنده فى اعتقاده فلا ينفذ كما لو كان مجتهدا فترك رأى نفسه وقضى برأى مجتهد يرى رأيه باطلا فانه لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل فى اجتهاده كذا هذا ولو نسى القاضى مذهبه فقضى بشئ على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه ذكر فى شرح الطحاوى أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف لانه اذا لم يكن مجتهدا تبين أنه قضى بما لا يعتقده حقا فتبين انه وقع باطلا كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه وذكر فى أدب القاضى انه يصح قضاؤه عند أبى حنيفة وعندهما لا يصح لهما أن القاضى مقصر لانه يمكنه حفظ مذهب نفسه واذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور ولابى حنيفة ان النسيان غالب خصوصا عند تزاحم الحوادث فكان معذورا هذا اذا لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا كان من أهل الاجتهاد ينبغى أن يصح قضاؤه فى الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر ان يبطله لانه لا يصدق على النسيان بل يحمل على انه اجتهد فادى اجتهاده الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح وان قضى فى حادثة وهى محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت اليه ثانياً فتحول رأيه يعمل بالرأى الثانى ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الاول لان القضاء بالرأى الاول قضاء مجمع على جوازه لاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضى أن يقضى فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقا على صحته ولا اتفاق على صحة هذا الرأى الثانى فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف ولهذا لا يجوز لقاضى آخر ان يبطل هذا القضاء كذا هذا وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قضى فى حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك القضية فسئل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولو رفعت اليه ثالثا فتحول رأيه الى الاول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأى الثانى بالعمل بالرأى الاول كما لا يبطل قضاؤه الاول بالعمل بالرأى الثانى لما قلنا ولو أن فقيها قال لامرأته أنت طالق البته ومن رأيه انه بائن فامضى رأيه فيما بينه وبين امرأته وعزم على

انهاقد حرمت عليه ثم تحول رأيه الى انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل برأيه الاول فى حق هذه المرأة وتحرم
عليه وانما يعمل برأيه الثانى فى المستقبل فى حقها وفى حق غيرها الا ان الاول رأى امضاه بالاجتهاد وما امضى بالاجتهاد
لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان رأيه انها واحدة يملك الرجعة فعزم على إنها منكوحة ثم تحول رأيه الى انه بائن فانه
يعمل برأيه الاول ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة فى الفصل الاول حتى تحول رأيه الى الحل لا تحرم
عليه وكذا فى الفصل الثانى لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد محل
النقض ما لم يتصل به الامضاء واتصال الامضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع من النقض فكذا اتصال
الامضاء وكذلك الرجل اذا لم يكن فقيها فاستفتى فقيها فافتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى أفتاه فقيه
آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه فى منكوحته لم يجز له ان يترك ما أمضاه فيه و يرجع الى ما أفتاه به الاول لان العمل
بما أمضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان أو مقلدا الا ان المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يجز
للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز ذلك للمقلد ثم ما ذكرنا من نفاذ قضاء القاضى فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه
اجتهاده اذا لم يكن المقضى عليه والمقضى له من أهل الرأى والاجتهاد وكانا من أهل الرأى والاجتهاد ولكن لم يخالف
رأيهما رأى القاضى فاما اذا كانا من أهل الاجتهاد وخالف رأيهما رأى القاضى فجملة الكلام فيه ان قضاء القاضى
ينفذ على المقضى عليه فى محل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عاميا مقلدا أو فقيها مجتهدا يخالف رأيه رأى القاضى
بلا خلاف اما اذا كان مقلدا فظاهر لان العامى يلزمه تقليد المفتى فتقليد القاضى أولى وكذا اذا كان مجتهدا لان القضاء
فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاد القاضى قضاء مجمع على صحته على ما مر ولا معنى للصحة الا النفاذ على المقضى
عليه وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه واحدة يملك الرجعة ورأى القاضى انه
بائن فرافعته المرأة الى القاضى فقضى بالبينونة ينفذ قضاؤه بالاتفاق لما قلنا واما قضاؤه للمقضى له بما يخالف رأيه هل ينفذ
قال أبو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البته ورأى الزوج انه بائن
ورأى القاضى انه واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضى فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند
أبى يوسف وعند محمد يحل له (وجه) قول محمد ماذكرنا ان هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه فى فصل مجتهد فيه
فينفذ على المقضى عليه والمقضى له لان القضاء له تعلق بهما جميعا ألا ترى انه لا يصح الا بمطالبة المقضى له ولابى يوسف
ان صحة القضاء انفاذه فى محل الاجتهاد يظهر أثره فى حق المقضى عليه لا فى حق المقضى له لان المقضى عليه مجبور فى
القضاء عليه فاما المقضى له فمختار فى القضاء له فلو اتبع رأى القاضى انما يتبعه تقليدا وكونه مجتهدا يمنع من التقليد فيجب
العمل برأى نفسه وعلى هذا كل تحليل أو تحريم أو اعتاق أو أخذ مال اذا قضى القاضى بما يخالف رأى المقضى عليه
أو له فهو على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وكذلك المقلد اذا أفتاه انسان فى حادثة ثم رفعت الى القاضى فقضى
بخلاف رأى المفتى فانه يأخذ بقضاء القاضى و يترك رأى المفتى لان رأى المفتى يصير متروكا بقضاء القاضى فما ظنك
بالمقلد ولم يذكر القدورى رحمه الله الخلاف فى هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله وسننظر فيه فيما يأتى ان
شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة لان البينة العادلة مظهرة للمدعى فكان القضاء بالحق وعلى
هذا يخرج القضاء بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق
وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول لان النكول على أصل أصحابنا بذل أو اقرار وكل ذلك
دليل صدق المدعى فى دعواه لما علم فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق وعلى هذا يخرج قضاء القاضى بعلم نفسه فى الجملة
فنقول تفصيل الكلام فيه انه لا يخلو اما ان قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذى قلد قضاءه واما
ان قضى بعلم استفاده قبل زمان القضاء وفى غير مكانه واما ان قضى بعلم استفاده بعد زمان القضاء فى غير مكانه فان قضى
بعلم استفاده فى زمن القضاء وفى مكانه بان سمع رجلا أقر لرجل بمال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق عبده أو يقذف

رجلا أو رآه يقتل انسانا وهو قاض فى البلد الذى قلد قضاءها جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به فى الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا الا ان فى السرقة يقضى بالمال لا بالقطع وللشافعى فيه قولان فى قول لا يجوز له ان يقضى به فى الكل وفى قول يجوز فى الكل (وجه) قوله الاول ان القاضى مأمور بالقضاء بالبينة ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق مأمورا بالقضاء بالبينة وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها (وجه) قوله الثانى أن المقصود من البينة العلم بحكم الحادثة وقد علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها الا ان علمه لا يختلف (ولنا) انه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريق الاولى وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لان الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكثر الظن والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى الا انه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لان الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولان الحجة فى وضع الشئ هى البينة التى تتكلم بها ومعنى البينة وان وجد فقد فاتت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات بخلاف القصاص فانه حق العبد وحقوق العباد لا يحتاط فى اسقاطها وكذا حد القذف لان فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة هذا اذا قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء ومكانه فاما اذا قضى بعلم استفاده فى غير زمن القضاء ومكانه أو فى زمان القضاء فى غير مكانه وذلك قبل ان يصل الى البلد الذى ولى قضاءه فانه لا يجوز عند أبى حنيفة أصلا وعندهما يجوز فيما سوى الحدود الخالصة فاما فى الحدود الخالصة فلا يجوز وجه قولهما انه لما جاز له ان يقضى بالعلم المستفاد فى زمن القضاء جاز له ان يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لان العلم فى الحالين على حد واحد الا ان ههنا استدام العلم الذى كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء فى المعنى الا انه لم يقض به فى الحدود الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة والشبهة تؤثر فى الحدود الخالصة ولا تؤثر فى حقوق العباد على مامر ولابى حنيفة الفرق بين العلمين وهو أن العلم الحادث له فى زمن القضاء علم فى وقت هو مكلف فيه بالقضاء فاشبه البينة القائمة فيه والعلم الحاصل فى غير زمان القضاء علم فى وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فاشبه البينة القائمة فيه وهذا لان الاصل فى صحة القضاء هو البينة الا ان غيرها قد يلحق بها اذا كان فى معناها والعلم الحادث فى زمان القضاء فى معنى البينة يكون حادثا فى وقت هو مكلف بالقضاء فكان فى معنى البينة والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول الى مكانه حاصل فى وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن فى معنى البينة فلم يجز القضاء به فهو الفرق بين العلمين وعلى هذا يخرج القضاء بكتاب القاضى فنقول لقبول الكتاب من القاضى شرائط منها البينة على انه كتابه فتشهد الشهود على ان هذا كتاب فلان القاضى ويذكروا اسمه ونسبه لانه لا يعرف انه كتابه بدونه ومنها ان يكون الكتاب مختوما ويشهدوا على ان هذا ختمه لصيانته عن الخلل فيه ومنها ان يشهدوا بما فى الكتاب بان يقولوا انه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وان لم يشهدوا بما فى الكتاب وكذا اذا شهدوا بالكتاب وبما فى جوفه تقبل وان لم يشهدوا بالخاتم بان قالوا لم يشهدنا على الخاتم أو لم يكن الكتاب مختوما أصلا لابى يوسف ان المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضى المكتوب اليه بان هذا كتاب فلان القاضى وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما ان العلم بانه كتاب فلان لا يحصل الا بالعلم بما فيه ولابد من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به ومنها ان يكون بين القاضى المكتوب اليه وبين القاضى الكاتب مسيرة سفر فان كان دونه لم تقبل لان القضاء بكتاب القاضى أمر جوز لحاجة الناس بطريق الرخصة لانه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر لكن جوز للضرورة ولا ضرورة فيما دون مسيرة السفر ومنها ان يكون فى الدين والعين التى لا حاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة كالدور والعقار واما فى الاعيان التى تقع الحاجة الى الاشارة اليها كالمنقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة اذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البينة عند قاضي بلده ان عبده أخذه فلان في بلد كذا فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه انه قد شهد الشهود عندي ان عبدا صفته وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما الى أبيه والى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي واذا وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد اليه ويختم في عنقه ويأخذ منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي الكاتب حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي المكتوب اليه أول مرة فاذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جاء بالكتاب وابرأ كفيله ولا يقبل في الجارية بالاجماع وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحققة لعموم البلوى به فلو لم يقبل لضاق الامر على الناس ولضاعت أموالهم ولا حاجة اليه في الامة لانها لا تهرب عادة لعجزها وضعف بنيتها وقلبها ولهما أن الشهادة لا تقبل الا على معلوم للآية الكريمة الا من شهد بالحق وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما الا بالاشارة اليه والاشارة الى الغائب محال فلم تصح شهادة الشهود ولا دعوى المدعي لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار لانه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس وينبغي للقاضي المرسل اليه أن لا يفك الكتاب الا بمحضر من الخصم ليكون أبعد من التهمة ومنها أن لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وانه لا تقبل فيهما كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب له وعليه واسم ابيه وجده وفخذه مكتوبا في الكتاب حتى لو نسبه الى أبيه ولم يذكر اسم جده أو نسبه الى قبيلة كبني تميم ونحوه لا يقبل لان التعريف لا يحصل به الا وان يكون شيأ ظاهرا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدور والعقار لان التعريف في المحدود لا يصح الا بذكر الحدود ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله لا يقبل ما لم يشهدوا على الحدود الاربعة ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالاجماع واذا كانت الدار مشهورة كدار الامير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما تقبل وهذه من مسائل الشروط ومنها أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولو مات بعد وصول الكتاب اليه جاز له ان يقضي به ومنها أن يكون القاضي المكتوب اليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل الى القاضي الذي ولي مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل فان كان من أهل البغي لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يرده كبتا وغيظا لهم ومنها أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصا لان القضاء عبادة والعبادة اخلاص العمل بكليته لله عز وجل فلا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى وكذا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه في تلك الحادثة وان قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لانه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح (وأما) الذي يرجع الى المقضى له فانواع منها أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا والله تعالى الموفق ومنها أن يكون حاضرا وقت القضاء فان كان غائبا لم يجز القضاء له الا اذا كان عنه خصم حاضر لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب أيضا لا يجوز ومنها طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد لان القضاء وسيلة الى حقه فكان حقه وحق الانسان لا يستوفى الا بطلبه (وأما) الذي يرجع الى المقضى عليه فحضرته حتى لا يجوز القضاء على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس

بشرط

بشرط والمسئلة ذكرت فى كتاب الدعوى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما آداب القضاء فكثيرة والاصل فيها كتاب سيدنا عمر رضى الله عنه الى أبى موسى الاشعرى رحمه الله سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له آس بين الناس فى وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك وفى رواية ولا يخاف ضعيف جورك البينة على المدعى واليمين على من أنكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما لم يبلغك فى القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فاعمد الى أحبها وأقربها الى الله تبارك وتعالى وأشبهها بالحق اجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه فاذا أحضر بينة أخذ بحقه والا وجب القضاء عليه وفى رواية وان عجز عنها استحللت عليه القضاء فان ذلك أبلغ فى العذر وأجلى للعمى المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف أو ظنينا فى ولاء أو قرابة أو مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السر وفى رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس للخصوم فى مواطن الحق الذى يوجب الله سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه فى الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام ومنها أن يكون القاضى فهما عند الخصومة فيجعل فهمه وسمعه وقلبه الى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضى الله عنه فى كتاب السياسة فافهم اذا أولى اليك ولان من الجائز أن يكون الحق مع أحد الخصمين فاذا لم يفهم القاضى كلامهما يضيع الحق وذلك قوله رضى الله عنه فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ومنها أن لا يكون قلقا وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضى الله عنه اياك والقلق وهذا ندب الى السكون والتثبت ومنها أن لا يكون ضجرا عند القضاء اذا اجتمع عليه الامور فضاق صدره لقوله رضى الله عنه اياك والضجر ومنها أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضى الله عنه اياك والغضب وقال عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى وهو غضبان ولانه يدهشه عن التأمل ومنها أن لا يكون جائعا ولا عطشان ولا ممتلئا لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق ومنها أن لا يقضى وهو يمشى على الارض أو يسير على الدابة لان المشى والسير يشغلانه عن النظر والتأمل فى كلام الخصمين ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان الاتكاء لا يقدح فى التأمل والنظر ومنها أن يسوى بين الخصمين فى الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما فى مجلسه وكذا لا يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا على اليسار وقد روى أن عمر وأبى بن كعب رضى الله عنهما اختصما فى حادثة الى زيد بن ثابت فألقى لسيدنا عمر رضى الله عنه وسادة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه ومنها أن يسوى بينهما فى النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه الى أحدهما ولا يسار أحدهما ولا يومئ الى أحدهما بشئ دون خصمه ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر ولا يخلو بأحد فى منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين فى هذا كله لما فى ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر ويتهم القاضى به أيضا ومنها أن لا يقبل الهدية من أحدهما الا اذا كان لا يلحقه به تهمة وجملة الكلام فيه أن المهدى لا يخلو اما أن يكون رجلا كان يهدى اليه قبل تقليد القضاء واما ان كان لا يهدى اليه فان كان لا يهدى اليه فاما ان كان قريبا له أو أجنبيا فان كان قريبا له ينظر ان كان له خصومة فى الحال فانه لا يقبل لانه يلحقه التهمة وان كان لا خصومة له فى الحال يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أجنبيا

لا يقبل سواء كان له خصومة في الحال أولا لانه ان كان له خصومة في الحال كان بمعنى الرشوة وان لم يكن فربما يكون له خصومة في الحال يأتي بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا اذا كان الرجل لا يهدى اليه قبل تقليد القضاء فاما اذا كان يهدى اليه فان كان له في الحال خصومة لا تقبل لانه يتهم فيه وان كان لا خصومة له في الحال ينظر ان كان اهدى مثل ما كان يهدى أو أقل يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه وان قبل كان لبيت المال وان لم يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبلها الا بأس به ومنها أن لا يجيب الدعوة الخاصة بان كانوا خمسة أو عشرة لانه لا يخلو من التهمة الا اذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه و بين القاضي قرابة فلا بأس بأن يحضر اذا لم يكن له خصومة لانعدام التهمة فان عرف القاضي له خصومة لم يحضرها وأما الدعوة العامة فان كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يحل له أن يحضرها لانه لا يحل لغير القاضي اجابتها فالقاضي أولى وان كانت سنة كوليمة العرس والختان فانه يجيبها لانه اجابة السنة ولا تهمة فيه ومنها أن لا يلقن أحد الخصمين حجته لان فيه مكسرة قلب الآخر ولان فيه اعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة غير انه ان تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم كلامه ومنها أن لا يلقن الشاهد بل يتركه يشهد بما عنده فان أوجب الشرع قبوله قبله والا رده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا بأس بتلقين الشاهد بأن يقول أتشهد بكذا وكذا وجه قوله أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لمهابة مجلس القضاء فيعجزه عن اقامة الحجة فكان التلقين تقويما للحجة ثابتة فلا بأس به ولهما أن القاضي يتهم بتلقين الشاهد فيتحرج عنه ومنها أن لا يعبث بالشهود لان ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها واذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يفرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم أين كان ومتى كان فان اختلفوا اختلافا يوجب رد الشهادة ردها والا فلا و يشهد القاضي الجنازة لان ذلك حق الميت على المسلمين فلم يكن متهما في اداء سنة فيحضرها الا اذا اجتمعت الجنائز على وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن أمور المسلمين فلا بأس أن لا يشهد لان القضاء فرض عين وصلاة الجنازة فرض كفاية فكان اقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى و يعود المريض ايضاً لان ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته و يسلم على الخصوم اذا دخلوا المحكمة لان السلام من سنة الاسلام وكان شريح يسلم على الخصوم لكن لا يخص أحد الخصمين بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه في مجلس الحكم فاما اذا جلس لا يسلم عليهم ولاهم يسلمون عليه اما هو فلا يسلم عليهم لان السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم وهو قاعد وهم قيام وأماهم فلا يسلمون عليه لانهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لانه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني في رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخر انه لا ينبغي له أن يسلم عليه ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب وكذا المدرس اذا جلس للتدريس لا ينبغي لاحد أن يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الامير اذا جلس فدخل عليه الناس انهم يسلمون عليه وهو السنة وان كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لانهم جلسوا للزيارة ومن سنة الزائر التسليم على من دخل عليه وأما القاضي فانما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسن التسليم عليه ولا يلزمه الجواب ان سلموا لكن لو أجاب جاز ومنها أن يسأل القاضي عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقصاص وان لم يطعن الخصم وهو من آداب القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله لان القضاء بظاهر العدالة وان كان جائزاً عنده فلا شك ان القضاء بالعدالة الحقيقية أفضل وأما عندهما فهو من واجبات القضاء وكذا اذا طعن الخصم عنده في غير الحدود والقصاص وفي الحدود والقصاص طعن أو لم يطعن ثم القضاة من السلف كانوا يسألون بأنفسهم عن حال الشهود من أهل محلتهم وأهل سوقهم وان كان الشاهد سوقيا ممن هو أتقى الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال الناس ظاهراً و باطنا والقضاة في زماننا نصبوا للعدل تيسيراً للامر عليهم لما يتعذر على القاضي طلب المعدل في كل شاهد فاستحسنوا نصب العدل ثم نقول للتعديل شرائط بعضها يرجع الى نفس العدل و بعضها يرجع الى فعل

التعديل أماالاول فأنواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر لان التزكية ان كانت تجرى مجرى الشهادة فهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التزكية وان كانت من باب الاخبار عن الديانات فخبرهم في الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة لهؤلاء ومنها العدالة لان من لا يكون عدلا فى نفسه كيف يعدل غيره وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبى حنيفة وأبى يوسف لكنه شرط الفضيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله أن التزكية فى معنى الشهادة لانه خبر عن أمر غاب عن علم القاضى وهذا معنى الشهادة فيشترط لها نصاب الشهادة ولهما أن التزكية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد على أن شرط العدد فى الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيما يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراءه وعلى هذا الخلاف العدد فى الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط عندهما وعنده شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف انه ليس بشرط عندهما فتصح تزكية الاعمى والعبد والمحدود فى القذف وعند محمد شرط فلا تصح تزكيتهم لان التزكية شهادة عنده فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا وأما الذكورة فليست بشرط لجواز التزكية فتجوز تزكية المرأة اذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم وهذا ظاهر الرواية على أصلهما لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهى من أهله وأما عند محمد فتقبل تزكيتها فيما تقبل شهادتها فتصح تزكيتها فيما يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وتجوز تزكية الولد للوالد والوالد للولد وكل ذى رحم محرم منه لانه لا حق للعدل فى التعديل انما هو حق المدعى فلا يوجب تهمة فيه وهذا يشكل على أصل محمد لانه يجرى التعديل مجرى الشهادة وشهادة الوالد لولده وعكسه لا تقبل ومنها أن لا يكون المزكى مشهودا عليه فان كان لم تعتبر تزكيته ويجب السؤال وهذا تفريع على مذهب أبى يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناء على أن المسئلة ماوجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقاً للشرع وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لان فى زعم المدعى والشهود أنه كاذب فى انكاره فلا يصح تعديله وعند أبى حنيفة السؤال فيما سوى الحدود والقصاص حق المشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فما لم يطعن لا يتحقق الطلب فلا تجب المسئلة وذكر فى كتاب التزكية أن المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه آخر على قول محمد فصار عن محمد روايتان فى رواية لا تعتبر أصلا وفى رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره وأما الثانى الذى يرجع الى فعل التعديل فهو أن يقول المعدل فى التعديل هو عدل جائز الشهادة حتى لو قال هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الانسان عدلا فى نفسه ولا تجوز شهادته كالمحدود فى القذف اذا تاب وصلح والعبد الصالح وكذلك اذا قال فى الرد هو ليس بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لان غير العدل وهو الفاسق تجوز شهادته اذا تحرى القاضى الصدق فى شهادته ولو قضى به القاضى ينفذ ومنها أن يسأل المعدل فى السر أولا فان وجده عدلا يعدله فى العلانية أيضاً ويجمع بين المزكى والشهود وبين المدعى والمدعى عليه فى تعديل العلانية وان لم يجده عدلا يقول للمدعى زد فى شهودك ولا يكشف عن حال المجروح ستراً على المسلم ولا يكتفى بتعديل السر خوفا من الاحتيال والتزوير بان يسمى غير العدل باسم العدل فكان الادب هو التزكية فى العلانية بعد التزكية فى السر ولو اختلف المعدلان فعدله أحدهما وجرحه الآخر سأل القاضى غيرهما فان عدله آخر أخذ بالتزكية وان جرحه آخر أخذ بالجرح لان خبر الاثنين أولى من خبر الواحد بالقبول لانه حجة مطلقة وان انضم الى كل واحد منهما رجل آخر فعدله اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبنى الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان ان يظهر الصلاح ويكتم الفسق فكان قبول قول الجارح أولى كذلك لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجارح لان الترجيح لا يقع بكثرة العدد فى باب الشهادة ومنها أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجهله

من الاحكام وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام الى المشاورة بقوله وشاورهم فى الامر مع انفتاح باب الوحى فغيره أولى وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال ما رأيت أحداً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لاصحابه منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لسيدنا أبى بكر وسيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما قولا فانى فيما لم يوح الى مثلكما ولان المشاورة فى طلب الحق من باب المجاهدة فى الله عز وجل فيكون سبباً للوصول الى سبيل الرشاد قال الله عز وجل والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وينبغى أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يضن بما عنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ولا ينبغى ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمونه بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم أو يكتب فى رقعة فيدفع اليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضى لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسهم فان أشكل عليه شئ من أحكام الحوادث بعث اليهم وسألهم ومنها أن يكون له جلواز وهو المسمى بصاحب المجلس فى عرف ديارنا يقوم على رأس القاضى لتهذيب المجلس وبيده سوط يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق وكان سيدنا أبو بكر رضى الله عنه يمسك سوطاً وسيدنا عمر رضى الله عنه الخذدرة ومنها أن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه اجلالا له ليكون مجلساً مهيباً ويذعن المتمرد للحق وهذا فى زماننا فاما فى زمان الصحابة والتابعين رضى الله عنهم فما كان تقع الحاجة الى أمثال ذلك لانهم كانوا ينظرون الى الامراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك فقد روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يقضى فى المسجد فاذا فرغ استلقى على قفاه وتوسد بالحصى وما كان ينقص ذلك من حرمته وروى أنه لبس قميصاً فازدادت أكمامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعهما وكان لا يكفهما أياما وكانت الاطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس فهان العلم وأهله فوقعت الحاجة الى هذه التكليفات للتوسل الى احياء الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها أن يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضى لغته من المدعى والمدعى عليه والشهود والكلام فى عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام فى عدد المزكى وصفاته كما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن يتخذ كاتباً لانه يحتاج الى محافظة الدعاوى والبينات والاقرارات لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغى أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالفقه أما العفة والصلاح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يؤديها الا العفيف الصالح وأما أهلية الشهادة فلان القاضى قد يحتاج الى شهادته وأما معرفته بالفقه فلانه يحتاج الى الاختصار والحذف من كلام الخصمين والنقل من لغة ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالفقه فان لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً لان تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك وينبغى ان يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع فان ذلك أقرب الى الاحتياط ثم فى عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى فيكتب دعوى المدعى ويترك موضع التاريخ بياضاً لجواز ان تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة ويترك موضع الجواب أيضا بياضا لانه لا يدرى ان المدعى عليه يقر أو ينكر ويكتب أسماء الشهود ان كان للمدعى شهود ويترك بين كل شاهدين بياضا ليكتب القاضى التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوى الكاتب الكتاب ويختمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان فى شهر كذا فى سنة كذا ويجعله فى قمطرة وينبغى ان يجعل لخصومات كل شهر قمطرا على حدة ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضى فى ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكاتب بين يديه فيبعثها الى المعدل سرا وهى المسماة بالمستورة فى عرف ديارنا والافضل أن

يبعث على يدى عدلين وان بعث على يدى عدل فهو على الاختلاف الذى ذكرنا والله سبحانه أعلم (ومنها) أن يقدم الخصوم على مراتبهم فى الحضور الاول فالاول لقوله عليه الصلاة والسلام المباح لمن سبق اليه وان اشتبه عليه حالهم استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعتــه الا الغرباء اذا خاصموا بعض أهل المصر اليــه أو خاصم بعضهم بعضا أو خاصمهم بعض أهل المصر فانه يقدمهم فى الخصومة على أهل المصر لمـا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنــه انه قال قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به رأسا ذهب وضاع حقه فتكون أنت الذى ضيعته ندب رضى الله عنــه الى تقديم الغريب ونبــه على المعنى لانه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيره فى الخصومة تضييعاً لحقــه الا اذا كانوا كثيرا بحيث يشتغل القاضى عن أهل المصر فيخلطهم باهل المصر لان تقديمهم يضر بأهل المصر وكذا تقديم صاحب الشهود على غيره لان اكرام الشهود واجب قال عليه الصــلاة والســلام اكرموا الشــهود فان الله يحيي بهم الحقوق وليس من الاكرام حبسهم على باب القاضى وهذا اذا كان واحدا فان كانوا كثيرا أقرع بينهم وينبغى أن يقدم الرجال على حدة والنساء على حدة لما فى الخلط من خوف الفتنة ولو رأى أن يجعل لهن يوما على حــدة لكثرة الخصوم فعل لان افرادهن بيوم استرلهن ومنها أن لا يتعب نفسه فى طول الجلوس لانه يحتاج الى النظر فى الحجج وبطول الجــلوس يختل النظر فيها فلا ينبغى ان يفعل ذلك ويكفى الجلوس طرفى النهار وقد رما لا يفتر عن النظر فى الحجج واذا تقــدم اليه الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ذكر فى أدب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسال وكذا اذا ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ذكر فى آداب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسأل حتى يقول له المدعى سله عن جواب دعواى وجه ماذكر فى الزيادات أن السـؤال عن الدعوى انشاء الخصومة والقاضى لا ينشىء الخصومــة وجه ماذكر فى الـكتاب ان من الجائز أن أحــد الخصمين يلحقه مهابة مجلس القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضى فيسأل عن دعواه ومنها ان المدعى اذا أقام البينــة فادعى المدعى عليــه الدفع وقال لى بينة حاضرة أمهله زمانا لقول سيدنا عمر رضى الله عنه فى كتاب السياســة اجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه وأراد به مدعى الدفع ألا ترى انه قال وان عجز استحللت عليه القضاء ولانه لو لم يمهله وقضى ببينة المدعى ربما يحتاج الى نقض قضائه لجواز ان يأتى بالدفع مؤخرا فهو من صــيانة القضاء عن النقض ثم ذلك مفوض الى رأى القاضى ان شاء أخر الى آخر المجلس وان شاء الى الغد وان شاء الى بعد الغد ولا يزيد عليــه لان الحق قد توجه عليه فلا يســعه التأخير أكثر من ذلك وان أدى بينة غائبة لا يلتفت اليه بل يقضى للمدعى ومنها أن يجلس للقضاء فى أشهر المجالس ليـكون أرفق بالناس وهــل يقضى فى المسجد قال أصحابنا رحمهم الله يقضى وقال الشافعى رحمــه الله لا يقضى بل يقضى فى بيته وجه قوله ان القاضى يأتيــه المشرك والحائض والنفساء والجنب ويجرى بين الخصمين كلام اللغو والرفث والـكذب لان أحدهما كاذب وتنزيه المسجد عن هــذا كله واجب (ولنا) الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة الـكرام رضى الله تعالى عنهم فان رسول الله صلى الله عليه وســلم كان يقضى فى المسجد وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضى الله عنهم كانوا يجلسون فى المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب ولا بأس للقاضى ان يرد الخصوم الى الصلح ان طمع منهم ذلك قال الله تبارك وتعالى والصلح خــير فكان الرد الى الصــلح رداً الى الخير وقال سيدنا عمر رضى الله عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصــل القضاء يورث بينهم الضغائن فندب رضى الله عنه القضاة الى رد الخصوم الى الصلح ونبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة ولا يزيد على مرة أو مرتين فان اصطلحا والا قضى بينهما بما يوجب الشرع وان لم يطمع منهم الصلح لا يردهم اليــه بل ينفذ القضــية فيهم لانه لا فائدة فى الرد وهل للقاضى أن يأخــذ الرزق فان كان فقيراً له أن يأخــذ لانه يعمل للمسلمين فلابد له من الـكفاية ولا كفاية له فكانت كفايتــه فى بيت المال الا أن يـكون له ذلك أجرة عمــله وينبغى للامام ان يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع فى أموال الناس وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث

عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة و ولاه أمرها ر زقه أر بعمائة درهم فى كل عام و روى ان الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم أجر وا لسيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنه كل يوم درهماً وثلثاً أو ثلثين من بيت المال وكذا روى انه كان لسيدنا عمر رضى الله عنه مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا على رضى الله عنه كل يوم قصعة من ثريد ورزق سيدنا عمر رضى الله عنه شريحا و روى ان سيدنا عليا فرض له خمسمائة درهم فى كل شهر وان كان غنياً اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له ان يأخذ لان الاخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له الى ذلك وقال بعضهم يحل له الاخذ والافضل له ان يأخذ اما الحل فلما بينا انه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الاجر واما الافضلية فلانه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فربما يجىء بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة وربما فتمتنع السلاطين عن ابطال رزق القضاة اليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الاخذ شحاً بحق الغير فكان الافضل هو الاخذ وليس للقاضى ان يستخلف الا اذا أذن له الامام بذلك لانه يتصرف بالتفويض فيتقدر بقدر ما فوض اليه كالوكيل ولو استخلف تتوقف قضايا خليفته على اجازته بمنزلة الوكيل الخاص اذا وكل غيره فتصرف ولو كان الامام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام وفى آداب القضاء وماندب القاضى الى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر فنقول و بالله التوفيق قضاء القاضى الاول لا يخلو اما ان وقع فى فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والاجماع واما ان وقع فى فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس فان وقع فى فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الاجماع فان وافق قضاؤه ذلك نفذ ولا يحل له النقض لانه وقع صحيحاً قطعاً وان خالف شيأ من ذلك يرده لانه وقع باطلا قطعاً وان وقع فى فصل مجتهد فيه فلا يخلو اما ان كان مجمعاً على كونه مجتهداً فيه واما ان كان مختلفاً فى كونه مجتهداً فيه فان كان ذلك مجمعاً على كونه محل الاجتهاد فاما ان كان المجتهد فيه هو المقضى به واما ان كان نفس القضاء فان كان المجتهد فيه هو المقضى به فرفع قضاؤه الى قاض آخر لم يرده الثانى بل ينفذه لكونه قضاء مجمعاً على صحته لما علم ان الناس على اختلافهم فى المسئلة اتفقوا على ان للقاضى ان يقضى بأى الاقوال الذى مال اليه اجتهاده فكان قضاء مجمعاً على صحته فلو نقضه انما ينقضه بقوله وفى صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ماصح بالاتفاق بقول مختلف فى صحته ولانه ليس مع الثانى دليل قطعى بل اجتهادى وصحة قضاء القاضى الاول ثبت بدليل قطعى وهو اجماعهم على جواز القضاء بأى وجه اتضح له فلا يجوز نقض مامضى بدليل قاطع بما فيه شبهة ولان الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبنى على الاجتهاد وان لا يجوز نقضه لانه لو جاز نقضه برفعه الى قاض آخر يرى خلاف رأى الاول فينقضه ثم يرفعه المدعى الى قاض آخر يرى خلاف رأى القاضى الثانى فينقض نقضه و يقضى كما قضى الاول فيؤدى الى ان لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً والمنازعة سبب الفساد وما أدى الى الفساد فساد فان كان رده القاضى الثانى فرفعه الى قاض ثالث نفذ قضاء القاضى الاول وأبطل قضاء القاضى الثانى لان قضاء الاول صحيح وقضاء الثانى بالرد باطل هذا اذا كان القاضى الاول قاضى أهل العدل فان كان قاضى أهل البغى فرفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل بان ظهر أهل العدل على المصر الذى كان فى يد الخوارج فرفعت الى قاضى أهل العدل قضايا قاضيهم لم ينفذ شيأ منها بل ينقضها كلها وان كانوا من أهل القضاء والشهادة فى الجملة كبتاً وغيظاً لهم ليزجروا عن البغى وان كان نفس القضاء مجتهداً فيه انه يجوز أم لا كما لو قضى بالحجر على الحر أو قضى على الغائب انه يجوز للقاضى الثانى ان ينقض قضاء الاول اذا مال اجتهاده الى خلاف اجتهاد الاول لان قضاءه هنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقا عليه فكان محتملا للنقض بمثله بخلاف الفصل الاول لان جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقا عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولان المسئلة اذا كانت مختلفا فيها فالقاضى بالقضاء يقطع أحد الاختلافين و يجعله متفقا عليه فى الحكم بالقضاء المتفق على جوازه واذا كان نفس القضاء مختلفا فيه يرفع الخلاف بالخلاف هذا اذا كان القضاء فى محل أجمعوا على كونه

محل

محل الاجتهاد فاما اذا كان فى محل اختلفوا انه محل الاجتهاد أم لا كبيع أم الولد هل ينفذ فيه قضاء القاضى أم لا فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ينفذ لانه محل الاجتهاد عندهما لاختلاف الصحابة فى جواز بيعها وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم على انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع الى ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم عندهما لا يرفع وعنده يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً فى كونه مجتهدا فيه فينظر ان كان من رأى القاضى الثانى انه يجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرده لما ذكرنا فى سائر المجتهدات المتفق عليها وان كان من رأيه انه خرج عن حد الاجتهاد وصار متفقاً عليه لا ينفذ بل يرده لان عنده ان قضاء الاول وقع مخالفا للاجماع فكان باطلا ومن مشايخنا من فصل فى المجتهدات تفصيلا آخر فقال ان كان الاجتهاد شنيعاً مستنكراً جاز للقاضى الثانى ان ينقض قضاء الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغى ان لا يجوز للثانى نقض قضاء الاول لان قضاءه صادف محل الاجتهاد

﴿ فصل ﴾ واما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فالاصل ان قضاء القاضى بشاهدى الزور فيما له ولاية انشائه فى الجملة يفيد الحل عند أبى حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولاية انشائه أصلا لا يفيد الحل بالاجماع وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعى رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً فنقول جملة الكلام فيه ان القاضى اذا قضى بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلو اما ان قضى بعقد أو بفسخ عقد واما ان قضى بملك مرسل فان قضى بعقد أو بفسخ عقد فقضاؤه يفيد الحل عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسئلة أن قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهرا او باطنا فهو على الخلاف الذى ذكرنا وان قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطنا بالاجماع وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها فانكرت فاقام على ذلك شاهدى زور فقضى القاضى بالنكاح بينهما وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكين عند أبى حنيفة وعندهم لا يحل وكذا اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضى بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها وان كان يعلم انه شهد بزور عنده وعندهم لا يحل وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والاعتاق وفى الهبة عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأة وهى تنكر وتقول أنا أخته من الرضاع أو أنا فى عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضى بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما أخبرت لا يحل لها التمكين وأجمعوا أيضا على انه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهى تنكر فاقام على ذلك شاهدين وقضى القاضى بالجارية انه لا يحل له وطؤها اذا كان يعلم انه كاذب فى دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين أيضا ان يشتريها احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما أنا بشر فمن قضيت له من مال أخيه شيأ بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار أخبر الشارع عليه الصلاة والسلام أن القضاء بما ليس للمدعى قضاء له بقطعة من النار ولو نفذ قضاؤه باطنا لما كان القضاء به قضاء بقطعة من النار ولان القضاء انما ينفذ بالحجة وهى الشهادة الصادقة وهذه كاذبة بيقين فلا ينفذ حقيقة ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان قضاء القاضى بما يحتمل الانشاء انشاء له فينفذ ظاهرا وباطنا كما لو انشأ صريحا ودلالة الوصف ان القاضى مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الانشاء الا بالحمل على الانشاء لان البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود والفسوخ مما يحتمل الانشاء من القاضى فان للقاضى ولاية انشائها فى الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا لو أنشأ القاضى أو غيره صريحاً لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المرأة محرمة باسباب لان هناك ليس للقاضى ولاية الانشاء ألا ترى انه لو أنشأ صريحاً لا ينفذ واما الحديث فقد

قيل انه عليه الصلاة والسلام قال ذلك فى أخوين اختصما اليه فى مواريث درست بينهما فقال الى آخره ولم يكن لهما بينة الا دعواهما كذا ذكره أبوداود عن أم سلمة رضى الله عنهما والميراث ومطلق الملك سواء فى الدعوى و به نقول مع انه ليس فيه ذكر السبب والكلام فى القضاء بسبب على انا نقول بموجبه لكن لم قلتم ان القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه و بحق لان القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم خطأ القاضى فى القضاء فنقول الاصل ان القاضى اذا أخطأ فى قضائه بان ظهر ان الشهود كانوا عبيدا أو محدودين فى قذف انه لا يؤاخذ بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر اما ان كان المقضى به من حقوق العباد واما ان كان من حقوق الله عز وجل خالصاً كالقطع فى السرقة والرجم فى زنا المحصن فان كان فى حقوق العباد فان كان مالا وهو قائم رده على المقضى عليه لان قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضى به ممكن فيلزمه رده لقول النبى عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولانه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فالضمان على المقضى له لان القاضى عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ولانه اذا عمل له فكان هو الذى فعل بنفسه وان كان حقا ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لانه تبين ان قضاءه كان باطلا وانه أمر شرعى يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان هذا اذا كان المقضى به من حقوق العباد واما اذا كان من حق الله عز وجل خالصاً فضمانه فى بيت المال لانه عمل فيها للعامة المسلمين لعود منفعتها اليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدى من بيت مالهم ولا يضمن القاضى لما قلنا ولا الجلاد أيضا لانه عمل بامر القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به القاضى عن القضاء فنقول و بالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضى عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها فى كتاب الوكالة لا يختلفان الا فى شىء واحد وهو ان الموكل اذا مات أو خلع ينعزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنعزل قضاته و ولاته (و وجه) الفرق ان الوكيل يعمل بولاية الموكل وفى خالص حقه أيضا وقد بطلت أهلية الولاية فينعزل الوكيل والقاضى لا يعمل بولاية الخليفة وفى حقه بل بولاية المسلمين وفى حقوقهم وانما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول فى سائر العقود والوكيل فى النكاح واذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين و ولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضى على ولايته وهذا بخلاف العزل فان الخليفة اذا عزل القاضى أو الوالى ينعزل بعزله ولا ينعزل بموته لانه لا ينعزل بعزل الخليفة أيضا حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا ان توليته بتولية العامة والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك فكانت ولايته منهم معنى فى العزل أيضا فهو الفرق بين العزل والموت ولو استخلف القاضى باذن الامام ثم مات القاضى لا ينعزل خليفته لانه نائب الامام فى الحقيقة لا نائب القاضى ولا ينعزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينعزل القاضى لما قلنا ولا يملك القاضى عزل خليفته لانه نائب الامام فلا ينعزل بعزله كالوكيل انه لا يملك عزل الوكيل الثانى لان الثانى وكيل الموكل فى الحقيقة لا وكيله كذا ههنا الا اذا اذن له الخليفة ان يستبدل من شاء فيملك عزله و يكون ذلك أيضاً عزلا من الخليفة لا من القاضى لان القاضى كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل فى الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر فى الوكالة وهل ينعزل باخذ الرشوة فى الحكم عندنا لا ينعزل لكنه يستحق العزل فيعزله الامام و يعزره كذا ذكر فى كتاب الحدود وقال مشايخ العراق من أصحابنا انه ينعزل وقالوا صحت الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم أنه ينعزل واستدلوا بما ذكر فى السير الكبير أنه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لان هذه الرواية مشتبهة ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر ان الامام يعزله و يعزره فكان فيما قلنا حمل المحتمل على

الحكم فكان عملا بالروايتين جميعا فكان أولى وهـذا عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة ينعزل وهو قول المعتزلة ولقب المسئلة ان القاضي اذا فسق هل ينعزل أولا فعندنا لا ينعزل وعند الشافعي ينعزل وبه قالت المعتزلة لكن بناء على أصلين مختلفين فأصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمان فيبطل أهلية القضاء وأصل الشافعي رحمه الله ان العدالة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة لان أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق فتبطل الاهلية والاصل عندنا أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الايمان والعدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط لاهلية الشهادة على ماذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب القسمة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة لغة وشرعا وفي بيان شرائط القسمة وفي بيان صفات القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها (أما) الاول فالقسمة في الاملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الاعيان والثاني قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسمة الاعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والاجماع (أما) السنة فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الشرعية (وأما) الاجماع فان الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير فكانت شرعيته متوارثة والمعقول يقتضيه توفيرا على كل واحد مصلحته بكمالها

﴿ فصل ﴾ وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعا أما في اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة الا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوكا لذلك على الشيوع فاذا قسمت بينهما نصفين والاجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبهما من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الاجزاء المملوكة له افرازا أو تمييزا أو تعيينا لها في الملك وفي حق الاجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الاجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الاجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصباء ومعاوضة البعض ضرورة وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الاملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازما في كل قسمة شرعية الا أنه أعطى لها حكم الافراز في ذوات الامثال في بعض الاحكام لان المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة القرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازا حكما وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الامثال فان قيل أليس انه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجري فيها الجبر كالبيع ونحوه (فالجواب) ان المعاوضة قد يجري فيها الجبر ألا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل ان الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة وان كانت معاوضة مع ما أن الجبر لا يجري في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي افراز من وجه ومعاوضة من وجه فجاز أن يجري فيها الجبر وعلى هذا الاصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة انها لا تجوز مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة لاعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كر حنطة مشترك بين

رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأرادا أن يقتسماه فيأخذ أحدهما ثلاثين والآخر عشرة أنه
لا يجوز لتمكن الربا فيه لتحقق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوبا أو شيأ آخر جاز لان الزيادة صارت مقابلة
بالثوب فزال معنى الربا وقال في زرع مشترك بين رجلين في أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الارض وقد
سنبل الزرع انه لا تجوز قسمته لان قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة في الاموال الربوية
وكذا لو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو أوصى باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لان
الصوف واللبن من الاموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة وكذا خيار العيب
يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل في أحد النوعين دون الآخر لا لانعدام معنى
المبادلة بل لمعنى آخر نذكره في موضعه ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة بمائة درهم فاقتسماه فلكل واحد منهما أن
يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهما ولو اشتريا دارا بمائة درهم فاقتسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على
خمسين وانما افترق النوعان في هذا الحكم لا لاعتبار معنى الافراز في أحدهما والمبادلة في الآخر بل لمعنى آخر وهو أن
المرابحة بيع بمثل المذكور ثمنا في الاول مع زيادة شئ وانما يجوز البيع بمثل المذكور ثمنا في الاول مع زيادة شئ فيما يحتمل
الزيادة واما فيما لا يحتمل الزيادة فلا كما اذا اشترى كر حنطة بكر حنطة لا يبيعه مرابحة على الكر كذا هنا بل أولى لان
ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة في القسمة ليست بمقصودة واذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعا في هذا
الحكم لانه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مرابحة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لان
هناك يمكن البيع بالثمن الاول وهو ثمن القسمة وزيادة شئ بان يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في يده وربح درهم
مثلا كما اذا اشترى دارا بدار أو اشترى كر حنطة بثوب فامكن بيعه مرابحة على الثمن الاول في الجملة فلم يجز بيعه
مرابحة على خمسين الا أنه اذا باعه مرابحة أو باعه من بائعه بالنصف الذي في يده بربح ده يازده لا يجوز لمعنى عرف في
كتاب البيوع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع الى القاسم وبعضها يرجع الى المقسوم وبعضها يرجع الى
المقسوم له (أما) الذي يرجع الى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز
فانواع منها العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية
فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة باذن وليه وكذلك الاسلام
والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون لان هؤلاء من أهل
البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الملك والولاية فلا تجوز القسمة بدونهما أما الملك
فالمعنى به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء بالتراضي وأما الولاية فنوعان ولاية قضاء وولاية قرابة الا أن شرط
ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وأمينه على الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والذمي والحر والعبد والمأذون
والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة فيقسم الاب ووصيه
والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد والاصل فيه ان كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن
لا فلا ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذا القاضي له ولاية بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكان له
ولاية القسمة في الجملة (وأما) وصي الام ووصي الاخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لان له ولاية بيع المنقول دون
العقار وفي وصي المكاتب اذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه روايتان وهذا كله يقرر ما قلنا ان معنى المبادلة لازم في
القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع في الولاية ولا يقسم وصي الميت على الموصى له لانعدام ولايته عليه وكذا
لا يقسم الورثة عليه لانعدام ولايتهم عليه لان الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لانعدام
الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقتسموا وهو غائب نقضت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان

كانت بقضاء القاضى تنفذ ولا تنقض لما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى وأما شرائط الاستحباب فانواع (منها) أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة لانه لو كان غير عدل خائنا أو جاهلا بامور القسمة يخاف منه الجور فى القسمة. لا يجوز (ومنها) أن يكون منصوب القاضى لان قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولانه أجمع لشرائط الامانة والافضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم للناس من غير أجر عليهم لان ذلك أرفق بالمسلمين فان لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم باجر عليهم ولكن ينبغى للقاضى أن يقدر له أجرة معلومة كيلا يتحكم على الناس ولو أراد الناس أن يستأجروا قساما آخر غير الذى نصبه القاضى لا يمنعهم القاضى عن ذلك ولا يجبرهم على أن يستأجروا قساما لانه لو فعل ذلك لعله لا يرضى الا باجرة كثيرة فيتضرر الناس وكذا لا يترك القسامين يشتركون فى القسم لما قلنا (ومنها) المبالغة فى تعديل الانصباء والتسوية بين السهام باقصى الامكان لئلا يدخل قصور فى سهم وينبغى أن لا يدع حقا بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم يمكن وينبغى أن لا يضم نصيب بعض الشركاء الى بعض الا اذا رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغى أن لا يدخل فى قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة فى الدراهم فلا يدخلها فى القسمة الا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق (ومنها) أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذى يليه هكذا ثم يقرع بينهم لا لان القرعة يتعلق بها حكم بل لتطييب النفوس ولورود السنة بها ولان ذلك أنفى للتهمة فكان سنة والله سبحانه وتعالى أعلم واذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله على قدر الانصباء (وجه) قولهما ان أجرة القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله فى حق الكل على السواء فكانت الاجرة عليهم على السواء وهذا لان عمله تمييز الانصباء والتمييز عمل واحد لان تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل والتفاوت فى شئ واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الاجرة بخلاف النفقة لانها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقسوم له فأنواع (منها) أن لا يلحقه ضرر فى أحد نوعى القسمة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهى التى يتولاها القاضى وقسمة رضا وهى التى يفعلها الشركاء بالتراضى وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع (أما) قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان الذى تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين (اما) أن يكون مما لا ضرر فى تبعيضه بالشريكين أصلا بل لهما فيه منفعة (واما) أن يكون مما فى تبعيضه مضرة فان كان مما لا مضرة فى تبعيضه أصلا بل فيه منفعة للشريكين كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مما فى تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين (اما) ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما (واما) أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع فى حق الآخر فان كان فى تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم والقباء والجبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجمل والبقرة والشاة لان القسمة فى هذه الاشياء قسمة اضرار بالشريكين جميعا والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك النهر والقناة والعين والبئر لما قلنا فان كان مع ذلك أرض قسمت الارض وتركت البئر والقناة على الشركة (فاما) اذا كانت أنهار الارضين متفرقة أو عيونا أو آبارا قسمت الآبار والعيون لانه لا ضرر فى القسمة وكذا الباب والساحة والخشبة اذا كان فى قطعهما ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيهما من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا فى هذه الاشياء بان يقتسماها بانفسهما بتراضيهما لانهما يملكان الاضرار بأنفسهما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع وما لا تجرى

فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله اذا اختصما فيه باع
القاضى وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لان الجبر على ازالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين
طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة لان
القسمة تقع تحصيلا لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك فيجبر عليها وان كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لانها قسمة
اضرار بالشريكين فلا يليها القاضى الا اذا كان لكل واحد منهما فى نصيبه من الدار مفتح من وجه آخر فيقسم أيضاً لان
القسمة فى هذه الصورة لا تقع اضرارا ولو اقتسما بأنفسهما جازت لتراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك اذا
طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وان كان بحال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل ماؤه أو كان
له موضع آخر يمكنه التسييل فيه يقسم وان لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا فى الطريق وعلى هذا اذا طلب أحدهما مفتح الدار
من غير رفع الطريق وأبى الآخر الا برفع الطريق أنه ان كان لكل واحد منهما مفتح آخر يفتحه فى نصيبه قسم بينهما
بغير رفع الطريق لان ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك فى هذه القسمة أوفر وان لم يكن رفع بينهما
طريقا وقسم الباقى لانه اذا لم يكن بينهما مفتح كانت القسمة بغير طريق تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها فكانت اضرارا بهما
وهذا لا يجوز الا اذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا فى سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر
عرض باب الدار وطوله على ادنى ما يكفيهما لان الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا الى أدنى
ما يكفى للاستطراق فيحكم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا بنى رجلان فى ارض رجل باذنه وطلب
أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الارض غائب لم تقسم لان الارض المبنى عليها بينهما شائع بالاعارة أو
بالاجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل فى بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة
ولو اقتسما بالتراضى جازت وكذا لو هدماها وكانت الآلة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين فى ارض مملوكة لهما طلب
أحدهما قسمة الزرع دون الارض فان كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعا لا يقسم أيضا
لان المانع هو الربا وحرمة الربا لا تحتمل الارتفاع بالرضا وان كان الزرع بقلا فطلب أحدهما لا يقسم أيضا لان الارض
مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر ولو اقتسما
بأنفسهما وشرطا القطع جازت لانهما رضيا بالضرر ولو شرطا الترك لم يجز لان رقبة الارض مشتركة بينهما فكان شرط
الترك منهما فى القسمة شرط الانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسدا للقسمة
لان فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الارض مملوكة لهما وكانت فى ايديهما بالاعارة أو بالاجارة والزرع بقل لا تقسم لما
ذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ذكرنا وكذلك طلع بين رجلين طلب
أحدهما قسمة الطلع دون النخل والارض لم يقسم لما ذكرنا فى الزرع ولو اقتسما بالتراضى فان شرطا القطع جاز وان شرطا
الترك لم يجز لما ذكرنا فى الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقلع فالفضل له طيب لانه وان حصل فى ملك
مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خبيثاً وان لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله
التصدق هذا اذا كان شيئاً فى تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما اذا كان شيئاً فى تبعيضه ضرر
باحدهما دون الآخر كالدار المشتركة بين رجلين ولاحدهما فيها شقص قليل فان طلب صاحب الكثير القسمة
قسمت اجماعاً لان القسمة فى حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفى حق صاحب القليل
تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه اذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه الا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير
لقلة نصيبه فكانت القسمة فى حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت وان طلب صاحب القليل القسمة
فقد ذكر الحاكم الجليل فى مختصره انه يقسم وذكر القدورى رحمه الله انه لا يقسم (وجه) ما ذكره الحاكم انه لا ضرر
فى هذه القسمة فى حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان فى الاباء متعنتا فلا يعتبر اباؤه وصاحب القليل قد

رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن فى تبعيضه ضرر باحدهما أصلا بخلاف الفصل
الاول لان هناك تقع القسمة اضراراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار
فهو الفرق (وجه) ماذكره القدورى رحمه الله ان صاحب القليل متعنت فى طلب القسمة لكون القسمة ضرراً
محضا فى حقه فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب
القليل قد رضى بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلا فجازت قسمتها وعلى هذا دار بين شريكين
قسمت بينهما فاصاب أحدهما موضع بغير طريق شرط له فى القسمة فان كان له فيما أصابه مفتح الى الطريق جازت
القسمة لانه لا مضرة له فيها اذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر وان لم يكن له فيما أصابه مفتح أصلا فان ذكر
الحقوق فى القسمة فله حق الاختيار فى نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق وان
لم يذكر لم تجز القسمة لانها قسمة اضرار فى حق أحد الشريكين وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرط لاحدهما ووقع
المسيل فى نصيب الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه
رضى بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها فى جنسين لانها فى الاجناس
المختلفة تقع اضراراً فى حق أحدهما فلا يجبر عليها على ما سنذكر ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا قسمة التفريق وأما
قسمة الجمع فهى ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حدة وانها جائزة فى جنس واحد ولا تجوز فى
جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ما شرعت له وهو تكميل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا
للمنفعة لا تكميلا لها اذا عرفت هذا فنقول لا خلاف فى الامثال المتساوية وهى المكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت
وكذلك تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كالهروية وكذلك
الابل والبقر والغنم لان التفاوت عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او يجبر
بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللآلىء المنفردة وكذا اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذا لا خلاف فى انه
لا يقسم فى جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددى قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز
واللوز والثياب البردية والمروية وكذلك اللآلىء واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل
جنس فرد كبرذون وجمل و بقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقميص ووسادة و بساط لان هذه الاشياء لو قسمت
على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين اما ان تقسم باعتبار أعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها دراهم
او دنانير لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضى لا يملك الجبر على
الضرر ولا سبيل الى الثانى لان ذلك قسمة فى غير محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد فى الدراهم ولو اقتسما بانفسهما
أو تراضيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما ثوبين مختلفى القيمة وزاد مع الاوكس دراهم مسماة جاز وكذا فى سائر
المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء وكذا الاوانى سواء اختلفت أصولها أو اتحدت لانها بالصناعة
أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الاوانى الصغار واحداً باثنين وأما الرقيق فلا يقسم عند أبى حنيفة رحمه الله قسمة
جمع وعندهما يقسم (وجه) قولهما ان الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر
الحيوانات من الابل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة (وجه) قول أبى حنيفة انه لم يوجد شرط
جواز القسمة وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا انا لو قسمناها رقابا باعتبار أعيانها
فقد اضررنا باحدهما لتفاحش التفاوت بين عبد وعبد فى المعانى المطلوبة من هذا الجنس فكانا فى حكم جنسين مختلفين
ومن شرط جواز هذه القسمة ان لا تتضمن ضرراً بالمقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة فى غير محلها
لان محلها الملك المشترك ولا شركة فى القيمة والمحلية من شرائط صحة التصرف فصح ماذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جاز

لتراضيهما بالضرر وكذا لوكان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكره في كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصوداً فيجعل تبعا لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان في البيع تبعا للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور في الاصل محمول على قسمة الرضا وأما قسمة القضاء فلا تجوز وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس تبعا للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند أبي حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها سواء كانتا منفصلتين أو متلاصقتين وعندهما ينظر القاضي في ذلك ان كان الاعدل في الجمع جمع وان كان الاعدل في التفريق فرق وكذا لو كان بينهما أرضان او كرمان فهو على الاختلاف وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع اجماعاً متصلين كانا او منفصلين وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان في دار واحدة فعلى الخلاف وجه قولهما ان الدور كلها جنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض الى رأى القاضي ان رأى الاعدل في التفريق فرق وان رأى الاعدل في الجمع جمع (ولابي) حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق ان القسمة فيها باعتبار أعيانها ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لاختلاف الدور في أنفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيهما باعتبار القيمة تقع تصرفا في غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما أو بالقاضي بتراضيهما جاز لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس ومنها الطلب في أحد نوعى القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه لو لم يوجد الطلب من أحد من الشركاء أصلا لم تجز القسمة لان القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من غير إذنه محظور في الاصل الا انه عند طلب البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم انه له في استيفاء هذه الشركة ضرراً اذ لو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار ديانة فاذا ابى القسمة علم انه لا يمتنع فيدفع القاضي ضرره بالقسمة فكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له ونظيره الشفعة فان الشفيع يتملك الدار على المشترى بالشفعة من غير رضاه دفعا للضرر لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره فالشرع دفع ضرره عنه باثبات حق التمليك بالشفعة جبراً عليه كذا هذا (ومنها) الرضا في أحد نوعى القسمة وهو رضا الشركاء فيما يقسمونه بانفسهم اذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم اذا لم يكونوا من أهل الرضا فان لم يوجد لا يصح حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له أو كبير غائب فاقتسموا فالقسمة باطلة لما ذكرنا ان القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضي فكذا القسمة الا اذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولي أو الوصي اذا كان في القسمة منفعة لهم لانهما يملكان البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولي أو وصي يقتسمون برضا الولي أو الوصي فان لم يكن نصب القاضي عن الصغير وصيا واقتسموا برضاه فان أبى ترافعوا الى القاضي حتى يقسم بينهم ومنها حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم في نوعى القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلا ولا يقسم القاضي أيضا اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنه لو قسم لا تنقض قسمته لانه صادف محل الاجتهاد فلا ينقض ومنها البينة في قسمة القضاء في الاقرار بميراث الاقرار عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط ويقسم باقرارهم فنقول جملة الكلام في بيان هذين الشرطين ان جماعة اذا جاؤا الى القاضي وهم عقلاء بالغون أصحاء في أيديهم مال فاقروا انه ملكهم وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلو في الاصل من أحد وجهين (اما) ان يقروا بالملك مطلقا عن ذكر سبب واما ان يقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين (اما) ان يكون المال الذي في أيديهم منقولا واما أن يكون عقاراً فان أقروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر في الاشهاد في كتاب الصك إني قسمت باقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البينة على أصل الملك منقولا

كان المال أوعقاراً اذالم يكن فيهم كبير غائب لانه وجد دليل الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من أحد اليه فان كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركاء أومن يقوم مقامهم شرط ولم يوجد لان الخصوم فى هذا الموضع لا يصلحون خصما عن الغائب وان أقروا بالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم بالاجماع ولا تطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غائب بعد ان كان الحاضر اثنين كبيرين أو أحدهما صغير قد نصب عنه وصى وان كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم باقرارهم و يشهد على ذلك فى الصك (وجه) قولهما أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار بالارث من غير منازع فصادفت القسمة محلها فيقسم و يكتب انه قسم باقرارهم كما فى المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة (وجه) قول أبى حنيفة ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالابطال فلا تصح الا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت و بيان ذلك ان الدار قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة فاثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفا على ملكه بالابطال فلا يجوز الا ببينة بخلاف المنقول لان القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هى حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع حفظ له وأما العقار فمستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا تملك الا ببينة وأما قولهما لا منكر ههنا فعلى من تقام البينة (قلنا) تقام على بعض الورثة من البعض وان كانوا مقرين وذلك جائز كالاب أو الوصى اذا أقر على الصغير لا يصح اقراره الا بالبينة ولا منكر ههنا كذا هذا هذا اذا أقروا بالملك بسبب الارث فان أقروا به بسبب الشراء من فلان الغائب فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم بلا خلاف وان كان عقاراً ذكر فى ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا تطلب منهم البينة على الشراء من فلان وفرق بين الشراء و بين الميراث وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه لا يقسم الا بالبينة كالميراث (وجه) هذه الرواية انهم لما أقروا انهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم من جهته فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة الى الدليل وهو البينة (وجه) ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشراء و بين الميراث ان امتناع القسمة فى المواريث بنفس الاقرار لما يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم فى باب البيع اذ لا حق باق للبائع فى المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت محلها فصحت هذا اذا لم يكن فى الورثة كبير غائب أو صغير حاضر فان كان فأقروا بالميراث فلا يشكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم ههنا وأما عندهما فينظر ان كانت الدار فى يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا و يضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم من البعض و ينصب عن الصغير وصيا وان كانت الدار فى يد الغائب الكبير أو فى يد الحاضر الصغير أو فى أيديهما منها شئ لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه اذا كان فى يده من الدار شئ فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الا ببينة هذا اذا لم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا قامت البينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعدا والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم و يعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكيلا يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شريكان وشريك غائب أنه لا يقسم (ووجه) الفرق ماذكرنا أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قائم مقام الميت فيما له وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب و يرد عليه فاذا كان الحاضر اثنين فصاعدا أمكن ان يجعل أحدهما خصما عن الميت فى القضاء عليه والآخر مقضيا له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحداً والباقون غيبا لم يقسم لانه لا يمكن أن يجعل هو خصما عن الميت حتى تسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد فى زمان واحد بجهة واحدة مقضيا له وعليه وان كان مع الحاضر وارث

صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم المنقول بين الورثة باقرارهم أو العقار بالبينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فعزل نصيبه ووضعه على يدي عدل ثم حضر الغائب فان أقر كما أقروا أولئك فقد مضى الامر وان أنكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبنية على البينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر إنكاره ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصى له بالثلث القسمة بعدما أقام البينة على الميراث والثلث قسم لان الموصى له بمنزلة واحد من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر فكانه حضر اثنان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان الباقون غيباً كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالكا للمقسوم وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فان لم يكن لم تجز القسمة لما نذكره ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا تجوز القسمة لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحقت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة تبين انها لم تصح ولو استحق شيء منها تبطل في القدر المستحق ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه اذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من أحد وجهين اما ان ورد على كله واما ان ورد على جزء فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع منه واما ان ورد على جزء معين من أحد النصيبين فان ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر فان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين رجلين نصفين اقتسماها فاخذ أحدهما ثلثا من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتهما سواء بان كانت قيمة كل واحد منهما ستمائة درهم مثلا فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شائعا ملك المستحق فتبين ان القسمة لم تصح في النصف الشائع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة أصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعاً تستأنف القسمة أيضاً عند أبي يوسف رحمه الله لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار فظهر ان قسمتهما لم تصح دونه فتستأنف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعا وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار ان شاء أمسك ما في يده ورجع بباقي حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر وان شاء فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لا في ما وراءه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شائعا لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فاوجب بطلان القسمة فيه مقصوداً لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلا وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك وهو ربع نصيبه ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسئلة بين أبي حنيفة وصاحبيه ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يغرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الى ما في يد شريكه ويقتسمان نصفين (وجه) قول أبي يوسف ما بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح أصلا

وان

وان البيع كان فاسدا أ فيضمن نصف قيمة ماباع شريكه ثم يقتسمان الباقى نصفين (وجه) قولهما ماذكرنا في المسئلة المقدمة الا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لمانع وهو البيع فيرجع على صاحبه بربع مافى يده ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا فى المسائل المتقدمة بل أولى لان الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شريكهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار والمستحق عليه ان شاء نقض القسمة لان الاستحقاق أوجب انتقاض المعقود عليه والانتقاض فى الاعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه بربع مافى يده لما بينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعا ولو استحق كل مافى يده لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا مائة شاة بين رجلين اقتسماها فأخذ أحدهما أربعين تساوى خمسمائة درهم وأخذ الآخر ستين تساوى خمسمائة درهم فاستحقت شاة من الاربعين تساوى عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيما وراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة هنا أصلا فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة دراهم لان المستحق من النصيبين جميعا عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم كرحنطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون ردىء فاقتسماه فأخذ أحدهما عشرة أقفزة جيدة وثوبا وأخذ الآخر ثلاثين رديئا حتى جازت القسمة فاستحق من الثلاثين عشرة أقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحسانا والقياس ماذكره فى الزيادات انه يرجع عليه بثلث الثوب وثلث الطعام الجيد ووجهه أن الاستحقاق ورد على عشرة شائعة فى الثلاثين فكان المستحق فى الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك يوجب الرجوع بثلث الطعام الجيد وجه الاستحسان أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب فاذا استحق منه عشرة وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة شائعة فى الثلاثين لا العشرة المعينة وهى التى من حصة الثوب فنعم هذا هو الحقيقة الا أنا لو عملنا بهذه الحقيقة لاحتجنا الى نقض القسمة واعادتها ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هى من حصة الثوب لم نحتج الى ذلك وتصرف العاقل تجب صيانته عن النقض والابطال ما أمكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرسا فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشىء من قيمة البناء والغرس والاصل فيه أن كل قسمة وقعت باجبار القاضى أو باختيار الشريكين على الوجه الذى يجبرهما القاضى لو ترافعا اليه ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرسا فنقض وقلع لا يرجع بشىء من ذلك على صاحبه لان صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضى فيكون مضافا الى القاضى أما اذا وقعت القسمة باجبار القاضى فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بانفسهما لان ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضى عند المرافعة اليه واذا كان مجبورا عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يؤاخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفيع اذا أخذ العقار من المشترى بالشفعة وبنى فيه أو غرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشترى لانه ما ملكه باختياره بل أخذ منه جبرا وكذلك قال محمد فى الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذى أخذها من يده لانه لم يأخذها منه باختياره بل كرها وجبرا وكذلك الاب اذا وطئ جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال أبو يوسف اذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم عادت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحقت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان مختارا فى أخذ القيمة من الغاصب فكان ضامنا السلامة فيرجع عليه بحكم الضمان وعلى هذا داران أو أرضان بين رجلين اقتسما فأخذ كل واحد منهما احداهما وبنى فيها ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء عند أبى حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الجمع فى الدور والعقارات عنده فاذا اقتسما بأنفسهما كانت القسمة منهما مبادلة

فاشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه فاذا لم يسلم رجع عليه بحكم الضمان كما فى البيع وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضى يجبر على هذه القسمة عندهما فاشبه استحقاق النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدورى عليه الرحمة وهو الصحيح لان القاضى انما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما اذا رأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأى القاضى اذا فعلا بأنفسهما ولو كانتا جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه بالنصف عند أبى حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ماذكرنا وأما عندهما فينبغى أن لا يرجع كذا ذكره القدورى عليه الرحمة وفرق بين الرقيق و بين الدور و بينهما فرق لان القاضى هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعى الاعدل فى ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلامة من صاحبه فلا يرجع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا أوفيها كنيف شارع على الطريق أوظله فان كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لان رقبة الارض ليست بمملوكة لاحد بل هى حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لان له فى السكة مسلكا فاشبه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات القسمة فانواع منها أن تكون عادلة غير جائرة وهى أن تقع تعديلا للانصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضى ولا افراز نصيبه بكماله لبقاء الشركة فى البعض فلم تجز وتعاد وعلى هذا اذا ظهر الغلط فى القسمة المبادلة بالبينة أو بالاقرار تستأنف لانه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله ولو ادعى أحد الشريكين الغلط فى القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان المدعى أقر باستيفاء حقه واما ان كان لم يقر بذلك فان كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا فى دعواه لان الاقرار باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكماله ودعوى الغلط اخبار أنه لم يصل اليه حقه بكماله فيتناقض وان كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا بحجة فان أقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا وان لم تقم له بينة وانكر شريكه فأراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط لانه يدعى عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف و بيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطاً فى القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فان أقام البينة والا فيحلف شريكه ان شاء لما قلنا فان حلف أحد الشريكين ونكل الآخر فان كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعى و بين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعى صادقا فى دعواه فى حقه فكان حجة فى حقه لا فى حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة فى حقهما فتعاد فى قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض فى المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسماهما فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما الغلط فى القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن يقضى للمدعى بذلك الذرع من الدار الاخرى و بنوا هذه المسئلة على بيع ذراع من دار انه لا يجوز عنده وعندهما جائز ووجه البناء ان قسمة الجمع فى الدور بالتراضى جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان لازما فى نوعى القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا فى يد صاحبه انه وقع فى قسمته وأقام بينة سمعت بينته وان أقاما جميعا البينة أخذت بينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا وترادا وكذا لو اختلفا فى الحدود فادعى كل واحد منهما حدا فى يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذى فى يد صاحبه لان كل

واحد

واحد منهما عما فی ید صاحبه خارج وان قامت لاحدهما بینة یقضی ببینته وان لم تقم لهما بینة تحالفا وهل ینفسخ العقد بنفس التحالف أم یحتاج فیه الی فسخ القاضی اختلف المشایخ فیه علی ما عرف فی البیوع ولو اقتسم رجلان اقرحة فأخذ أحدهما اقراحین والآخر أربعة ثم ادعی صاحب القراحین أن أحد الاقرحة الاربعة أصابه فی قسمته وأقام البینة قضی له به لما قلنا وکذلک هذا فی أثواب اقتسماها فأخذ کل واحد بعضها ثم ادعی أحدهما أن أحد الاثواب الذی فی ید صاحبه أصابه فی قسمته وأقام البینة قضی له به ولو ادعی کل واحد منهما علی صاحبه ثوبا مما فی یده أنه أصابه فی قسمته وأقام البینة قضی لکل واحد منهما بما فی ید الآخر لان کل واحد منهما عما فی ید صاحبه خارج ولو اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسین وأصاب الآخر خمسة وأربعین ثم ادعی صاحب الاوکس الغلط فی القسمة أو الخطأ فی التقویم لم تقبل منه الا ببینة ولو قال أخطأنا فی العدد وأصاب کل واحد منا خمسین وهذه الخمسة فی قسمته وأنکر الآخر تحالفا وان أقام کل واحد منهما البینة ردت القسمة ولو قال أحدهما لصاحبه أخذت أنت احدی وخمسین غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعین وقال الآخر ما أخذت الا خمسین فالقول قوله مع یمینه لانه منکر لاستیفاء الزیادة علی حقه والله سبحانه وتعالی أعلم وعلی هذا الاصل تخرج قسمة عرصة الدار بالذرع أنه یحسب فی القسمة کل ذراعین من العلو بذراع من السفل عند أبی حنیفة وعند أبی یوسف یحسب ذراع من السفل بذراع من العلو وعند محمد یحسب علی القیمة دون الذرع زعم کل واحد منهم ان التعدیل فیما یقوله والخلاف فی هذه المسئلة بین أبی حنیفة و بین أبی یوسف مبنی علی الخلاف فی مسئلة أخری وهی أن صاحب العلو لیس له أن یبنی علی العلو من غیر رضا صاحب السفل وان لم یضر بصاحب السفل من حیث الظاهر عند أبی حنیفة وعند أبی یوسف له أن یبنی ان لم یضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو اذا لم یملک البناء علی علوه عند أبی حنیفة رحمه الله کان للعلو منفعة واحدة وهی منفعة السکنی فحسب وللسفل منفعتان منفعة السکنی ومنفعة البناء علیه وکذا السفل کما یصلح للسکنی یصلح لجعل الدواب فیه فأما العلو فلا یصلح الا للسکنی خاصة فکان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة فکانت القسمة عنده علی الثلث والثلثین وعند أبی یوسف لما ملک صاحب العلو ان یبنی علی علوه کانت له منفعتان أیضاً فاستوی العلو والسفل فی المنفعة فوجب التعدیل بالسویة بینهما فی الذرع وأما محمد فانما اعتبر القیمة لان أحوال البلاد وأهلها فی ذلک مختلفة فمنهم من یختار السفل علی العلو ومنهم یختار العلو علی السفل فکان التعدیل فی اعتبار القیمة والعمل فی المسألة علی قول محمد رحمه الله وهو اختیار الطحاوی رحمه الله ویحتمل أن أبا حنیفة انما فضل السفل علی العلو بناء علی عادة أهل الکوفة من اختیارهم السفل علی العلو وأبو یوسف انما سوی بینهما علی عادة أهل بغداد لاستواء العلو والسفل عندهم فأخرج کل واحد منهما الفتوی علی عادة أهل زمانه ومحمد بنی الفتوی علی المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان فکان الخلاف بینهم من حیث الصورة لا من حیث المعنی والله سبحانه وتعالی أعلم و بیان ذلک فی سفل بین رجلین وعلو من بیت آخر بینهما أرادا قسمتهما یقسم البناء علی القیمة بلا خلاف وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبی حنیفة وأبی یوسف وعند محمد بالقیمة ثم اختلف أبو حنیفة وأبو یوسف فیما بینهما فی کیفیة القسمة بالذرع فعند أبی حنیفة ذراع بذراعین علی الثلث والثلثین وعند أبی یوسف ذراع بذراع ولو کان بینهما بیت تام علو وسفل وعلو من بیت آخر فعند أبی حنیفة یحسب فی القسمة کل ذراع من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو ارباعا عنده لما ذکرنا من الاصل فکانت القسمة ارباعا وعند أبی یوسف ذراع من السفل والعلو بذراعین من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فکانت القسمة اثلاثا ولو کان بینهما بیت تام سفل وعلو وسفل آخر فعند أبی حنیفة یحسب فی القسمة کل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البیت بذراع من السفل الآخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر وعند أبی یوسف ذراع من التام بذراعین من السفل والله تعالی أعلم وعلی هذا الاصل یخرج ما اذا اقتسما داراً وفضلا بعضها علی بعض بالدراهم أو الدنانیر

لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لانها وقعت عادلة من حيث المعنى لان الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلا من حيث الصورة تعديلا من حيث المعنى ولو لم يسميا قيمة فضل البناء وقت القسمة جازت القسمة استحسانا وتجب قيمة فضل البناء وان لم يسمياها فى القسمة والقياس أن لا تجوز القسمة لان هذه قسمة بعض الدار دون بعض لان العرصة مع البناء بمنزلة شىء واحد وقسمة البناء بالقيمة فاذا وجدت القسمة مجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وانها غير جائزة وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد صحت بوقوعها فى محلها وهو الملك ولا صحة لها الا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجب على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وان لم يسم ضرورة صحة القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج أيضا قسمة الجمع فى الاجناس المختلفة انها غير جائزة جبرا بالاجماع لتعذر تعديل الانصباء الا بالقيمة وانها ليست محل القسمة على ما مر ولا يجوز فى الرقيق والدور عند أبى حنيفة رحمه الله لانها فى حكم الاجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة ولا تقسم الاولاد فى بطون الغنم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقسوم بالعيب فى نوعى القسمة لانه اذا ظهر به عيب فقد ظهر انها وقعت جائزة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما فى البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما فى البيع الا أن فى البيع يرجع بتمام النقصان وفى القسمة يرجع بالنصف لان النقصان فى القسمة يرجع بالنصيبين جميعا فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت فى قسمة الرضا لان القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما فى البيع ولا يثبت فى قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة لانه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لاجبره القاضى ثانيا فلا يفيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تجب الشفعة فى القسمة لان حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة ولانها لو وجبت لا يخلو اما أن تجب للشريك أو للجار لا سبيل الى الاول لان الشفعة تجب لغير البائع والمشترى ولا سبيل الى الثانى لان الشريك أولى من الجار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستضر الآخر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتى الحاكم والقدورى رحمهما الله وقد ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اللزوم بعد تمامها فى النوعين جميعا حتى لا يحتمل الرجوع عنها اذا تمت وأما قبل التمام فكذلك فى أحد نوعى القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء بيان ذلك أن الدار اذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضى أو الشركاء بالتراضى فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذا اذا خرج الكل الا سهم واحد لان ذلك خروج السهام كلها لكون ذلك السهم متعينا بمن بقى من الشركاء وان خرج بعض السهام دون البعض فكذلك فى قسمة القضاء لانه لو رجع أحدهم لاجبره القاضى على القسمة ثانيا فلا يفيد رجوعه وأما فى قسمة التراضى فيجوز الرجوع لان قسمة التراضى لا تتم الا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما فى البيع ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم القسمة فنقول وبالله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه فيملك المقسوم له فى المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع فى نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء فى نصيب الآخر فلصاحب الساحة ان يبنى فى ساحته وله ان يرفع بناءه وليس لصاحب البناء ان يمنعه وان كان يفسد عليه الريح والشمس لانه يتصرف فى ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له ان يبنى فى ساحته مخرجا أو تنورا أو حماما أو رحى لما قلنا وكذا له ان يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وان كان يتأذى به جاره لما قلنا وله ان يفتح بابا أو كوة لما ذكرنا ألا ترى ان له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى وله ان يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو كرباسا وان كان يهى بذلك حائط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

لا يضمن لانه لا صنع منه فى ملك الغير والاصل ان لا يمنع الانسان من التصرف فى ملك نفسه الا ان الكف عما يؤذى الجار أحسن قال الله تبارك وتعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيأ و بالوالدين احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه سبحانه وتعالى بالامر بالاحسان اليه فلئن لا يحسن اليه فلا أقل من ان يكف عنه أذاه وعلى هذا دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان فى ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق و يتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسموا ثمن الطريق بينهم أثلاثاً وان كانت الرقبة لشريكى الدار ولصاحب الطريق حق المرور حكى القدورى عن الكرخى رحمهما الله ان لا شيء لصاحب الطريق من الثمن و يكون الثمن كله للشريكين و روى محمد ان كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة و يضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصة بغير طريق و ينظر الى قيمتها وفيها طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة اذا كان فيها طريق (وجه) ما حكى عن الكرخى رحمه الله ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعا للرقبة ألا ترى انه لو باعه وحده لم يجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد أسقط حقه أصلا فلا يقابله ثمن (وجه) ما روى عن محمد ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصودا بل يحتمله تبعا للرقبة وههنا ما بيع مقصودا بل تبعا للرقبة فيقابله الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين فيها مسيل الماء فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا بل يقسم الدار و يترك المسيل على حاله كما فى الطريق وكذلك لو كان فى الدار منزل لرجل وطريقه فى الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا ولو أراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لانه متصرف فى ملك نفسه ألا ترى ان له ان يرفع الحائط كله فهذا أولى ولو اشترى صاحب المنزل دارا من وراء المنزل وفتح بابه الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذى فى الدار الاولى لان له حق المرور فى هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر فى الطريق الذى فى الدار الاولى لانه لا حق له فى هذا الطريق فيمنع من المرور فيه دار بين رجلين فى سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح باباً أو كوة الى السكة له ذلك ولا يسع لاهل السكة منعهما لان كل واحد منهما متصرف فى ملك نفسه فيملكه ألا ترى ان له رفع الحائط أصلا فالباب والكوة أولى وعلى هذا حائط بين قسيمين ولاحد القسيمين عليه جذوع الحائط الاخر فان شرطوا قطع الجذوع فى القسمة قطعت لقول النبى عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا تركت على حالها لان الترك وان كان ضررا لكنهم لما لم يشترطوا القطع فى القسمة فقد التزم الضرر وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو اسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روشنا وقع لصاحب العلو شرعا على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل ان يقلع الروشن من غير شرط القلع لما قلنا ولو كان لاحدهما أطراف خشب على حائط صاحبه فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكلف قلعها وان كان لا يمكن كلف القلع لانه اذا أمكن أن يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبه الروشن واذا لم يمكن تعذر الحاقها بالحقوق فبقى شاغلا هو لصاحبه بغير حق فيكلف قطعها ولو كان لاحدهما شجرة أغصانها مظلة على نصيب الآخر فهل تقطع ذكر ابن سماعة رحمه الله انه لا تقطع لان فى القطع ضررا لصاحبها وذكر ابن رستم رحمه الله انه تقطع كما يقطع اطراف الخشب الذى لا يمكن تسقيفها ولو اختلف أهل طريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالتسوية على عدد الرؤس لا على ذرعان الدور والمنازل لانهم استووا فى اليد لاستوائهم فى المرور فيه الا ان يقوم لاحدهم بينة فيسقط اعتبار اليد بالبينة دار لرجل وفيها طريق بينه و بين

رجل فمات صاحب الدار فاقتسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الرؤس لان الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه وبينهم ولو لم يعرف ان الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤس لاستوائهم فى اليد على ما مر والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذى يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع (منها) ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم وبيان ذلك ان الورثة اذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون للميت مال آخر سواه واما ان لم يكن فان لم يكن له مال سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن لان الدين مقدم على الارث قليلا كان أو كثيرا قال الله تبارك وتعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لان الدين اذا كان محيطا بالتركة تبين انه لا ملك للورثة فيها الا من حيث الصورة بل هى ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير فى المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى واذا لم يكن محيطا بالتركة فملك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت فى قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فان لم يكن للميت مال آخر سواه يجعل الدين فيه وتمضى القسمة لان القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة اذا قضوا الدين من مال أنفسهم لا تنقض لان حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية فاذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لانفسهم صورة ومعنى فتبين انهم فى الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى فتبين انها وقعت صحيحة فلا تنقض وكذلك اذا أبرأه الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لان النقض لحقهم وقد أسقطوه بالابراء وكذلك اذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى دينا على الميت وأقام البينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته ابراء من الدين لان حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص واذا كان كذلك فلا يكون اقدامه على القسمة اقرارا منه لانه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضا فى دعواه فسمعت (ومنها) ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم أظهر ثم موصى له بالثلث نقضت قسمتهم لان الموصى له شريك الورثة ألا ترى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنقض فكذا هذا وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض (ومنها) ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا تنقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضا فى الدعوى اذ لا تصح قسمتهم الميراث وثم موصى له فكان اقدامه على القسمة اقرارا منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الاب لانه لا يملك ابطال حقه وكذلك لو ادعى بعض الورثة ان أخا له من أبيه وأمه ورث أباه معهم وانه مات بعد موت الاب وورثه هذا المدعى وجحد الباقون ذلك فأقام المدعى البينة لا تقبل بينته لانه مناقض فى دعواه لدلالة اقراره بانعدام وارث آخر باقدامه على القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الاقدام على القسمة والله تعالى أعلم دار بين رجلين أقر أحدهما ببيت منها لرجل وأنكر الآخر يصح اقراره لان اقرار الانسان حجة على نفسه لان هذا الاقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف واذا لم يتعلق بالعين

لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار و يجبر على القسمة ومتى قسمت فان وقع البيت المقر به فى نصيب المقر دفعه الى المقر له لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان وقع فى نصيب شريكه يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه و بين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت و يضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف عليهما الرحمة وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكله حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة أذرع عندهما لانه جميع ذرع البيت والباقى وهو خمسة وأربعون للمقر لانه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت وعند محمد رحمه الله يكون للمقر له خمسة أذرع اذ هو نصف ذرع البيت المقر به (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاقرار صادف محلا معينا مشتركا بينه و بين غيره لان كل جزأين من الدار أحدهما له والآخر لصاحبه على الشيوع فيبطل فى نصيب صاحبه و يصح فى نصيبه وذلك يوجب للمقر له نصف ذرع البيت (وجه) قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة ألا ترى انه لم يمنع صحة القسمة ولو تعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الآن يتعلق بالعين فان وقع المقر به فى نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع فى نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدله من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيأ يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشترك بينه و بين غيره أقر انه لرجل وأنكر صاحبه فيصح اقراره ولكن يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ماذكرناه فى موضعه و يلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز التسليم يكون اقرارا ببدله تصحيحا لتصرفه وصيانة لحق الغير بالقدر الممكن كالاقرار بجذع فى الدار والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ هذا الذى ذكرنا قسمة الاعيان (وأما) قسمة المنافع فهى المسماة بالمهايئات والكلام فيها فى مواضع فى بيان أنواع المهايئات وما يجوز منها وما لا يجوز وفى بيان محل المهايئات وفى بيان صفة المهايئات وفى بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايئات وما لا يملك (أما) الاول فالمهايئات نوعان نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان (أما) النوع الاول فهو أن يتهايئا فى دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وانه جائز لان المهايئات قسمة فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهايئا على أن يأخذ أحدهما السفل والآخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة فى هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة عندنا كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذلك لو تهايئا فى دارين وأخذ كل واحد منهما دارا يسكنها أو يستغلها فهو جائز بالاجماع (أما) عند أبى يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجمع فى عين الدور جائزة فكذا فى المنافع (وأما) أبو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين و بين المنفعة (وجه) الفرق له ان الدور فى حكم أجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى نفسها وبنائها وموضعها ولا تجوز قسمة الجمع فى جنسين مختلفين على ما مر (وأما) التفاوت فى المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة وكذلك لو تهايئا فى عبدين على الخدمة جاز بالاجماع (أما) عندهما فلان قسمة الجمع فى أعيان الرقيق جائزة وكذا فى منافعها (ووجه) الفرق لابى حنيفة رحمه الله على نحو ماذكرنا فى الدارين ولو تهايئا فى عبدين فأخذ كل واحد منهما عبدا يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذى يخدمه جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز (ووجهه) ان طعام كل واحد من العبدين على الشريكين جميعا على المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة بعض الطعام بالبعض وانها غير جائزة للجهالة (ووجه) الاستحسان ان هذا النوع من الجهالة لا يفضى الى المنازعة لان مبنى الطعام على المسامحة فى العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة

العبد الذي يخدمه انه لا يجوز لانه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف والعادة فكانت الجهالة في الكسوة مفضية الى المنازعة مع ما ان الجهالة في الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله تعالى أعلم (وأما) التهايؤ في الدواب بأن أخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط الاستغلال فغير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز (وجه) قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في أعيان الدواب من جنس واحد جائزة فكذا قسمة المنافع ولابي حنيفة الفرق بين المنفعة و بين المنفعة انه جوز قسمة الجمع في اعيانها ولم يجوز في منافعها (ووجه) الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يؤاجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذا في المنفعة بخلاف المهايئات في الدارين والعبدين انها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيهما يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة فجازت المهايئات (وأما) النوع الثاني وهو المهايئات بالزمان فهو ان يتهايئا في بيت صغير على ان يسكنه هذا يوما وهذا يوما أو في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أخبر سبحانه و تعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات في الشرب ولم ينكره سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم الى المهايئات بالمكان أشد لان الاعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الاعيان مالا يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه اولى والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل المهايئات فنقول ولا قوة الا بالله تعالى جل شأنه ان محلها المنافع دون الاعيان لانها قسمة المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انهما لو تهايئا في نخل أو شجر بين شريكين على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تهايئا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهم قطيعا و ينتفع بالبانها لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والثمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تهايئا في الاراضي المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها و يذرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة المهايئات فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايئات لانها كالخلف عن قسمة العين وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايئات اجبره الحاكم على القسمة فكان عقدا جائزا فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة ولا يبطل بموت أحد الشريكين بخلاف الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضي للحال ثانيا فلا يفيد

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد المهايئات اما في المهايئات بالمكان فلكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهايئات سواء شرط الاستغلال في العقد أولا وسواء تهايئا في دار واحدة أو دارين لان المنافع بعد المهايئات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره و به تبين ان المهايئات في هذا النوع ليست باعارة لان العارية لا تؤاجر (وأما) المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن أو يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهاياة بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى والاستغلال مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهايئات بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهاياة (وأما) المهاياة بالزمان فقسمة مقدرة

بالزمان فلا تصير معلومة الا بذكر زمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال فى نوبته لا خلاف فى انهما اذا لم يشترطا لم يملك فاما اذا شرطا ذكر القدورى عليه الرحمة انه لا يملك لان هذا النوع من المهايأة فى معنى الاعارة والعارية لا تؤجر وذكر الاصل ان التهايؤ فى الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة (منهم) من قال المذكور فى الاصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما انه أضاف التهايؤ الى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتمل التهايؤ حقيقة اذ هى عين والتهايؤ قسمة المنافع دون الاعيان والثانى انه ذكر فيه ان غلة الدار اذا اوصلت فى يد أحدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكان المهايأة بالمكان فى الدارين اذا تهايئا ان يأخذ كل واحد منهما وأخذه يستغلها فاستغلها ففضل من الغلة فى يد أحدهما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور فى الاصل محمولا على ما اذا اصطلحا على ان يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهايأة مجازا وان لم يكن ذلك مهايأة حقيقة فى هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور فى الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال فى الجملة وقد قام دليل ارادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايؤ اذ هى عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التى هى عين ماله وكذا التهايؤ يكون على شئ هو مقدور التهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذى هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة فى يده يشاركه فيه صاحبه محمولا على ما اذا تهايئا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفى هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما فى الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتى الحاكم وأحمد بن الحسين القدورى عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الحدود ﴾

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فبدأ بما بدأ به فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام فى الحدود يقع فى مواضع فى بيان معنى الحد لغة وشرعا وفى بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها وفى بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضى وفى بيان صفاتها وفى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان شرائط جواز اقامتها وفى بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفى بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفى بيان حكمها اذا اجتمعت وفى بيان حكم المحدود (أما) الاول فالحد فى اللغة عبارة عن المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفى الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى عز شانه بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجرى فيه العفو والصلح سمى هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف (أما) حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسنذكر ركن السرقة وشرائط الركن فى كتاب السرقة (وأما) حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما وهو الزنا وانما يختلفان فى الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والاحصان فى عرف الشرع أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح

جميعا والاصل فى اعتبار الشبهة فى هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود
بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعى جناية متكاملة والوطء فى القبل فى غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية
الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا عرف الزانى عرف الشرع فنخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبى أو المجنون اذا وطئ
امرأة أجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة اذا طاوعته عند
أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر والشافعى رضى الله عنهم عليها الحد ولا خلاف فى أن العاقل البالغ اذا زنا بصبية
أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع
كالعاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان وجوب
الحد على المرأة فى باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لانها موطوءة وليست بواطئة
وتسميتها فى الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبى والمجنون ليس
بزنا فلا تكون هى مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة مزنيا بها
الا أن الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة فى جانب الرجل فيجب وكذلك الوطء فى الدبر فى الانثى أو
الذكر لا يوجب الحد عند أبى حنيفة وان كان حراما لعدم الوطء فى القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعى يوجب
الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجلد ان كان غير محصن لا لانه زنا بل لانه فى معنى الزنا لمشاركة الزنا فى
المعنى المستدعى لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التمحض فكان فى معنى الزنا فورود النص بايجاب
الحد هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولابى حنيفة ماذكرنا ان اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم
للوطء فى قبل المرأة ألا ترى انه يستقيم ان يقال لاط وما زنا وزنا وما لاط و يقال فلان لوطى وفلان زانى فكذا
يختلفان اسما واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى حد هذا
الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت انه ليس بزنا ولا فى معنى
الزنا أيضا لما فى الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك فى هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المهين الذى
يباح مثله بالعزل وكذا ليس فى معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا
يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيار الا لداع يدعو اليه ولا داعى فى جانب المحل
أصلا وفى الزنا وجد الداعى من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن فى معنى الزنا فورود النص هناك
ليس ورودا ههنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضى الله عنهم دليل على ان الواجب بهذا الفعل هو التعزير
لوجهين أحدهما ان التعزير هو الذى يحتمل الاختلاف فى القدر والصفة لا الحد والثانى انه لا مجال للاجتهاد فى الحد
بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال فى التعزير وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء
المرأة الحية وكذا وطء البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطء فى قبل المرأة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطىء
قيل انها تذبح ولا تؤكل ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله لكن روى محمد عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه لم يحد
واطىء البهيمة وأمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطء عن اكراه لا يوجب الحد وكذلك الوطء فى دار
الحرب وفى دار البغى لا يوجب الحد حتى ان من زنا فى دار الحرب أو دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد لان الزنا
لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك وكذلك الحربى المستأمن اذا زنا بمسلمة
أو ذمية أو ذمى زنا بحربية مستأمنة لا حد على الحربى والحربية عندهما وعند أبى يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل
دار الاسلام فقد التزم أحكام الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمى ولهذا يقام عليه حد القذف كما يقام على الذمى ولهما
انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الاقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله
دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من المسلمين فقد

التزم امانهم عن الايذاء بنفسه وظهر حكم الاسلام في حقه ثم يحد المسلمة والذمية عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد و يحد الذمي بلا خلاف (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعا فلما لم يجب على الاصل لا يجب على التبع كالمطاوعة للصبي والمجنون (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان فعل الحربي حرام محض ألا ترى انه يؤاخذ فكان زنا فكانت هي مزنيا بها الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا أمر يخصه و يحد الذمي لانه بالذمة والعهد التزم أحكام الاسلام مطلقا الا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها لا يوجب الحد وان كان حراما لقيام الملك والنكاح فلم يكن زنا وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وان كان حراما وعلم بالحرمة وكذلك وطء الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمة لان له في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه أو حق الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك فلئن تقاعد عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد على ايراث الشبهة أو حق الملك وكذلك وطء جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك المولى رقبة وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين لان رقبة المأذون ملك المولى وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب و بل أولى لان كسب المأذون أقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فههنا أولى ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبه وطأ حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطء الجد اب الاب وان علا عند عدم الاب بمنزلة وطء الاب لان له ولادا فنزل منزلة الاب وكذلك الرجل من الغانمين اذا وطئ جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لا حد عليه وان علم ان وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لان العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو امة على حرة أو امة بغير اذن مولاها أو العبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل في المحل وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه أو الخامسة أو اخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبي حنيفة وان علم بالحرمة وعليه التعزير وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد والاصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة ان النكاح اذا وجد من الاهل مضافا الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا أو حراما وسواء كان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة والاصل عندهما ان النكاح اذا كان محرما على التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وان لم يكن محرما على التأبيد أو كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه (وجه) قولهم ان هذا نكاح أضيف الى غير محله فيلغو ودليل عدم المحلية ان محل النكاح هي المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم والمحارم محرمات على التأبيد لقول الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم الآية الا انه اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت أنها تحل لي سقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الاهل في المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن في حقه وان لم يكن معتبرا حقيقة اسقاطا لما يندرأ بالشبهات واذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من أهله مضافا الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح

المتعة ونحو ذلك ولا شك فى وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل على المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات سيدنا
آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول اما النصوص فقوله سبحانه وتعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
وقوله سبحانه وتعالى هو الذى خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وقوله سبحانه وتعالى وانه خلق الزوجين
الذكر والانثى جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية واما المعقول فلان الانثى
من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت
محلا لحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم
يثبت معنى التوسل الا ان الشرع أخرجها من ان تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة فقيام صورة العقد
والمحلية يورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت أو نقول وجد ركن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا
الا انه فات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا والوطء فى النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع وعلى هذا ينبغى ان يعلل
فيقال هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة ولو وطىء
جارية الاب أو الام فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها تحل لى لم يجب الحد وان لم يدع يجب وهو تفسير شبهة
الاشتباه وانها تعتبر فى سبعة مواضع فى جارية الاب وجارية الام وجارية المنكوحة وجارية المطلقة ثلاثا ما دامت
فى العدة وأم الولد ما دامت تعتد منه والعبد اذا وطىء جارية مولاه والجارية المرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب
الرهن وفى رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه اما اذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلان الرجل ينبسط
فى مال أبويه وزوجته وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية أبويه ومنكوحته من غير
استئذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعا أيضا وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا
اعتبر فى حقه لاسقاط ما يندرىء بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عرى الوطء عن الشبهة فتمحض حراما فيجب
الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أولا لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى فى المحل وهو الملك من كل وجه
أو من وجه ولم يوجد ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليهما ما لم يقرا جميعا انهما قد علما بالحرمة لان
الوطء يقوم بهما جميعا فاذا تمكنت فيه الشبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة واما من سوى
الاب والام من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطىء جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها تحل
لى لان هذا دعوى الاشتباه فى غير موضع الاشتباه لان الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا
ظنا مستندا الى دليل فلا يعتبر وكذلك اذا وطىء جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا اما اذا وطىء المطلقة ثلاثا فى العدة
فلان النكاح قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقى فى حق الفراش
والحرمة على الازواج فقط فتمحض الوطء حراما فكان زنا فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه
بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الازواج فظن انه بقى فى حق الحل أيضا وهذا وان لم
يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر فى حقه درأ لما يندرىء بالشبهات وان كان طلاقها واحدة بائنة
لم يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة
رضى الله عنهم فان مثل سيدنا عمر رضى الله عنه يقول فى الكنايات انها رواجع وطلاق الرجعى لا يزيل الملك
فاختلافهم يورث شبهة ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها فى العدة ذكر الكرخى انه ينبغى أن يكون الحكم فيه
كالحكم فى المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب
الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا فى المطلقة الثلاث . وكذلك اذا وطىء أم ولده وهى تعتد منه بأن أعتقها لان زوال
الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة وأما العبد اذا وطىء جارية مولاه فان العبد ينبسط فى مال مولاه عادة
بالانتفاع فكان وطؤه مستندا الى ما هو دليل فى حقه فاعتبر فى حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع يحد لعراء الوطء عن

الشبهة

الشبهة وأما المرتهن اذا وطئ الجارية المرهونة (فوجه) رواية كتاب الرهن أن يد المرتهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين من الجارية يداً فقد وطئ جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لى لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر فى حقه درأ للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد (وجه) رواية كتاب الحدود ان الاستيفاء فى باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء لا يتحقق الا فى الجنس ولا مجانسة بين التوثيق و بين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطئ البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه وكذلك الزوج اذا وطئ الجارية التى تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحد وان قال ظننت انها تحل لى لان هذا ظن عرى عن دليل فكان فى غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امرأته وقلن النساء ان هذه امرأتك فوطئها لا حد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغى أن لا يثبت لان النسب لا يثبت فى شبهة الاشتباه كما فيما ذكرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر وهو ان وطأها بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الاخبار بانها امرأته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطئ أجنبية وقال ظننت انها امرأتى أو جاريتى أو شبهتها بامرأتى أو جاريتى يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقاً بالعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن مالم يعرف انها امرأته بدليل إما بكلامها أو باخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لو اعتبرنا هذا الظن فى اسقاط الحد لم يتم حد الزنا فى موضع ما اذ الزانى لا يعجز عن هذا القدر فيؤدى الى سد باب الحد وهكذا روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله أنه قال لو قيل هذا لما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأة فى بيته فوقع عليها وقال ظننتها امرأتى عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون فى البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم والاجنبيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروى عن محمد فى رجل اعمى دعى امرأته فقال يافلانة فاجابت غيرها فوقع عليها انه يحد ولو أجابته غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهى كالمرأة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطؤها بنفس الاجابة مالم تقل أنا فلانة لان الاجابة قد تكون من التى ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت أنا فلانة فوطئها لانه لا سبيل للاعمى الى أن يعرف انها امرأته الا بذلك الطريق فكان معذوراً فاشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا لا يصدق على ذلك لامكان الوصول الى انها امرأته بالرؤية وروى عن زفر فى رجل أعمى وجد على فراشه أو بمجلسه امرأة نائمة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتى يدرأ عنه الحد وعليه العقر وقال أبو يوسف لا يدرأ (وجه) قول زفر انه ظن فى موضع الظن اذ الظاهر انه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها (وجه) قول أبى يوسف ان النوم على الفراش لا يدل على انها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاحصان فالاحصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف أما احصان الرجم فهو عبارة فى الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهى سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وهو ان يكونا جميعا عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً والدخول فى النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها فان تقدمها لم يعتبر مالم يوجد دخول آخر بعدها فلا احصان للصبى والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

ولا بنفس النكاح مالم يوجد الدخول ومالم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجته وهي صبية أو مجنونة أو أمة أو كتابية ثم أدركت الصبية وأفاقت المجنونة وأعتقت الامة وأسلمت الكافرة لا يصير محصناً مالم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يرجم فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصنا لان الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال أحصن أي دخل الحصن كما يقال أعرق أي دخل العراق وأشأم أي دخل الشأم وأحصن أي دخل في الحصن ومعناه دخل حصناً عن الزنا اذا دخل فيه وانما يصير الانسان داخلا في الحصن عن الزنا عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع أما العقل فلان للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة وأما البلوغ فان الصبي لنقصان عقله ولقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة وأما الحرية فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة ولهذا لما قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم آية المبايعة على النساء وبلغ الى قول الله تعالى ولا يزنين قالت هند امرأة أبي سفيان أوتزني الحرة يارسول الله وأما الاسلام فلانه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعا فلان اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين لان اقتضاء الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون الرق من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء وأما كون الدخول آخر الشرائط فلان الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التمام وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال والتمام فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام فانه روى عن أبي يوسف أنه ليس من شرائط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذمي العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يرجم في ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ماروى عن أبي يوسف يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية ويرجم الذمي به وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى واحتجا بما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين ولو كان الاسلام شرطا لما رجم ولان اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها (ولنا) في زنا الذمي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أوجب سبحانه وتعالى الجلد على كل زان وزانية أو على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة ولان زنا الكافر لا يساوي زنا المسلم في كونه جناية فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً وماذكرنا أن في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر وقوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجراً مثله وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول آية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد أهون من نسخ الكتاب العزيز واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط

لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر احصان الزانى بالبينة أو بالاقرار يرجم بالنص والمعقول أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان و زنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وكان محصنا وأما المعقول فهو أن المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا أقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية فى القبح فيجازى بما هو غاية فى العقوبات الدنيوية وهو الرجم لان الجزاء على قدر الجناية ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى توعد نساء النبى عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب اذا أتين بفاحشة لعظم جنايتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضاجعته فكانت جنايتهن على تقدير الاتيان غاية فى القبح فاوعدن بالغاية من الجزاء كذا ههنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجبان لجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما فى الجلد والرجم لكن فى حالين فيكون عملا بالحديث واذا فقد شرط من شرائط الاحصان لا يرجم بل يجلد لان الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية فى القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب اختلف فيه قال أصحابنا لا يجمع الا اذا رأى الامام المصلحة فى الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعى رحمه الله يجمع بينهما احتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه جلد وغرب وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه فعل كذا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فيكون اجماعا (ولنا) قوله عز وجل الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه عز وجل أمر بجلد الزانية والزانى ولم يذكر التغريب فمن أوجبه فقد زاد على كتاب الله عز وجل والزيادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد والثانى أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجتزاء وهو الاكتفاء فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعريض للمغرب على الزنا لانه مادام فى بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعرى الداعى عن الموانع فيقدم عليه والزنا قبيح فما أفضى اليه مثله وفعل الصحابة محمول على انهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التعزير ألا يرى أنه روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه نفى رجلا فلحق بالروم فقال لا أنفى بعدها أبداً وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال كفى بالنفى فتنة فدل ان فعلهم كان على طريق التعزير ونحن به نقول أن للامام أن ينفى ان رأى المصلحة فى التغريب و يكون النفى تعزيراً لا حداً والله سبحانه وتعالى أعلم وأما احصان القذف فنذكره فى حد القذف ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ماسوى الخمر من الاشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر والزبيب والمثلث ونحو ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوبها فمنها العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبى الذى لا يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمى والحربى المستأمن بالشرب ولا بالسكر فى ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة فى شرب الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد عقوبة محضة فتستدعى جناية محضة وفعل الصبى والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والاكراه حلال فلم

يكن جناية وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جناية وعند بعضهم وان كان حراماً لكنا نهينا على التعرض لهم ومايدينون وفى اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا يحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام فى الاديان كلها وماقاله الحسن حسن ومنها بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب فى حد المشرب لان وجوب الحد بالشرب تعلق به حتى لو خلط الخمر بالماء ثم شرب نظر فيه ان كانت الغلبة للماء لا حد عليه لان اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء وان كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لان اسم الخمر باق وهى عادة بعض الشربة انهم يشربونها ممزوجة بالماء وكذلك من شرب دردى الخمر لا حد عليه لان دردى الخمر لا يسمى خمراً وان كان لا يخلو عن أجزاء الخمر (فاما) الذكورة فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى وأما الحرية فكذلك الا أن حد الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من توجد منه رائحة الخمر لان وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها عن اكراه أو مخمصة وكذلك من تقيأ خمراً لا حد عليه لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاشربة التى تتخذ من الاطعمة كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد بشربها لان شربها حلال عندهما وعند محمد وان كان حراماً لكن هى حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حراماً أصلا فلا عبرة بنفس السكر كشرب البنج ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبه الى الزنا وفيها الحاق العار بالمقذوف فيجب الحد دفعا للعار عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبه فأنواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذى يرجع الى القاذف فانواع ثلاثة أحدها العقل والثانى البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه لان الحد عقوبة فيستدعى كون القذف جناية وفعل الصبى والمجنون لا يوصف بكونه جناية والثالث عدم اثباته باربعة شهداء فان أتى بهم لا حد عليه لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة علق سبحانه وتعالى وجوب اقامة الحد بعد الاثبات باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان فى جميع العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما أقيم حد أصلا اذ لا يقام بعد الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات وأما حرية القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط احصان المقذوف لا احصان القاذف والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف فشيئان أحدهما أن يكون محصناً رجلا كان أو امرأة وشرائط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبى والمجنون والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا أما العقل والبلوغ فلأن الزنا لا يتصور من الصبى والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً محضا فيوجب التعزير لا الحد وأما الحرية فلان الله سبحانه وتعالى شرط الاحصان فى آية القذف وهى قوله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفائف عن الزنا فدل أن الحرية شرط ولانا لو أوجبنا على قاذف المملوك الجلد لا وجبنا ثمانين وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف نسبة الى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا وأما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات والمحصنات الحرائر والغافلات العفائف عن الزنا والمؤمنات معلومة فدل أن الايمان والعفة عن

عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الآية على ان المراد من المحصنات فى هذه الآية الحرائر لا العفائف لانه سبحانه وتعالى جمع فى هذه الآية بين المحصنات والغافلات فى الذكر والغافلات العفائف فلو أريد بالمحصنات العفائف لكان تكراراً ولان الحد انما يجب لدفع العار عن المقذوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما وجب بالقذف دفعاً لعار الزنا عن المقذوف وما فى الكافر من عار الكفر أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقذوف وطئ فى عمره وطأ حراما فى غير ملك ولا نكاح أصلا ولا فى نكاح فاسد فسادا مجمعا عليه فى السلف فان كان فعل سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذى ذكرنا وان كان وطئ وطأ حراما لكن فى الملك أو النكاح حقيقة أو فى نكاح فاسد لكن فساداهو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا وطئ امرأة بشبهة بان زفت اليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام فى غير ملك ولا نكاح أصلا الا أنه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكه فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درئ الحد للشبهة وكذلك اذا وطئ جارية أبويه أو زوجته أو جارية اشتراها وهو يعلم انها للغير البائع ثم استحقت لما قلنا وكذلك لو وطئ جارية ابنه فاعلقها أو لم يعلقها لوجود الوطء المحرم فى غير ملك حقيقة ولو وطئ الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو الحرة التى ظاهر منها أو الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطء لغيره وكذا اذا وطئ مكاتبته فى قولهما واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته (وجه) قولهما ان هذا وطء حصل فى غير الملك لان عقد الكتابة أوجب زوال الملك فى حق الوطء ألا ترى أنه لا يباح له أن يطأها وكذا المهر يكون لها لا للمولى وهذا دليل زوال الملك فى حق الوطء ولنا ان الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائما وانما الزائل ملك اليد فمنع من الوطء لما فيه من استردادها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج معتدة الغير أو منكوحة الغير أو مجوسية أو أخته من الرضاع سقطت عفته سواء علم أو لم يعلم فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما اذا كان لا يعلم لا تسقط (وجه) قولهما أنه اذا لم يعلم لا يكون الوطء حراما بدليل انه لا يأثم ولو كان حراما لأثم واذا لم يكن حراما لم تسقط العفة ولابى حنيفة رحمه الله ان حرمة الوطء ههنا ثابتة بالاجماع الا ان الاثم منتف والاثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واذا كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة ولو قبل امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطئها أو تزوج بامها فوطئها لا تسقط عفته فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تسقط (وجه) قولهما ان التقبيل أو النظر أوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة مؤبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولابى حنيفة رحمه الله ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هى محل الاجتهاد فى السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج ابنتها أو أمها فوطئها سقطت عفته بالاجماع لان هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امرأة بغير شهود فوطئها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه فى السلف اذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولو تزوج أمة وحرة فى عقدة واحدة فوطئهما أو تزوج أمة على حرة فوطئهما لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعاً عليه فى السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمى امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقذفه رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول فى حال الكفر لم تسقط فى قول أبى حنيفة وعندهما تسقط هكذا ذكر الكرخى وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه يشترط احصانه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حد على من قذف امرأة محدودة

فى الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لاعنت بولد لان امارة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لاعنت بغير الولد أو مع الولد لكنه لم يقطع النسب أو قطع لكن الزوج عاد وأكذب نفسه والحق النسب بالاب حد لانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثانى أن يكون المقذوف معلوما فان كان مجهولا لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحدا أو قال ليس فيكم زان الا واحدا أو قال لرجلين أحدكما زان لان المقذوف مجهول ولو قال لرجلين أحدكما زان فقال له رجل أحدهما هذا فقال لا لا حد للآخر لانه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو فى معنى الصريح ولو قال لرجل جدك زان لا حد عليه لان اسم الجد ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المقذوف مجهولا ولو قال لرجل أخوك زان فان كان له اخوة أو أخوان سواه لا حد على القاذف لان المقذوف مجهول وان لم يكن له الا أخ واحد فعليه الحد اذا حضر وطالب لان المقذوف معلوم وليس لهذا الاخ ولاية المطالبة لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) حياة المقذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المقذوف ولا جده وان علا ولا أمه ولا جدته وان علت فان كان لا حد عليه لقول الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهى عن التأفيف نصاً نهى عن الضرب دلالة ولهذا لا يقتل به قصاصا ولقوله تبارك وتعالى وبالوالدين احسانا والمطالب بالقذف ليس من الاحسان فى شىء فكان منفياً بالنص ولان توقير الاب واحترامه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحترام فكان حراما والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف به فنوعان أحدهما أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجرى مجرى الصريح وهو نفى النسب فان كان بالكناية لا يوجب الحد لان الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا قال لرجل يا زانى أو قال زنيت أو قال أنت زانى يحد لانه أتى بصريح القذف بالزنا ولو قال يا زانئ بالهمز أو زنأت بالهمز يحد ولو قال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصدق لان العامة لا تفرق بين المهموز والملين وكذا من العرب من يهمز الملين فبقى مجرد النية فلا يعتبر ولو قال زنأت فى الجبل يحد ولو قال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصدق فى قولهما وعند محمد رحمه الله يصدق ولو قال زنأت على الجبل وقال عنيت به الصعود لا يصدق بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الزنا الذى هو فاحشة ملين يقال زنا يزنى زنا والزنا الذى هو صعود مهموز يقال زنأ يزنأ زنأ وقال الشاعر * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وأراد به الصعود الا أنه اذا لم يقل عنيت به الصعود حمل على الزنا المعروف لان اسم الزنا يستعمل فى الفجور عرفا وعادة واذا قال عنيت به الصعود فقد عنى به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره (وجه) قولهما أن اسم الزنا يستعمل فى الفجور عرفا وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين بل تستعمل المهموز ملينا والملين مهموزا فلا يصدق فى الصرف عن المتعارف كما اذا قال زنيت فى الجبل وقال عنيت به الصعود أو زنأت ولم يذكر الجبل الا أنه استعمل كلمة فى مكان كلمة على وأنه جائز قال الله سبحانه وتعالى ولاصلبنكم فى جذوع النخل أى على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معنى الملين وهو الزنا المعروف لان من العرب من يهمز الملين فيتعين معنى الملين بدلالة الحال وهى حال الغضب لان المسئلة مقصورة فيها واذا قال زنأت على الجبل وقال عنيت به الصعود لم يصدق لانه لا تستعمل كلمة على فى الصعود فلا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد فى الجبل ولو قال لرجل يا ابن الزانى فهو قاذف لابيه كانه قال أبوك زانى ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف لامه كانه قال أمك زانية ولو قال يا ابن الزانى والزانية فهو قاذف لابيه وأمه كانه قال أبواك زانيان ولو قال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفا لان معناه فى عرف الناس وعادتهم انك مخلوق من ماء الزنا ولو قال يا ابن الزانيتين يكون قذفا ويعتبر احصان أمه التى ولدته لا احصان جدته حتى لو كانت أمه مسلمة فعليه الحد وان كانت

جدته كافرة وان كانت أمه كافرة فلاحد عليه وان كانت جدته مسلمة لان أمه فى الحقيقة والدته والجدة تسمى أما مجازا وكذلك لوقال ياابن مائة زانية أو ياابن ألف زانية يكون قاذفا لامه و يعتبر فى الاحصان حال الام لما قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لاعدد الاشخاص اى امك زنت مائة مرة أو ألف مرة ولوقال ياابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة للزنا وان لم تزن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لوقال ياابن الدعية لان الدعية هى المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولوقال لرجل يازانى فقال الرجل لا بل أنت الزانى أوقال لا بل أنت يحدان جميعاً لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحا ولو قال لامرأة يازانية فقالت زنيت بك لاحد على الرجل لان المرأة صدقته فى القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحد المرأة لانها قذفته بالزنا نصا ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامرأة يازانية فقالت زنيت معك لاحد على الرجل ولا على المرأة أما على الرجل فلوجود التصديق منها إياه وأما على المرأة فلأن قولها زنيت معك يحتمل ان يكون المراد منه زنيت بك و يحتمل ان يكون معناه زنيت بحضرتك فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفى البداية بحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لان اللعان شهادات مؤكدة بالايمان والمحدود فى القذف لا شهادة له ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأته يازانية بنت الزانية فخاصمت الأم أولا فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف ولوقال لامرأته يازانية فقالت زنيت بك لاحد ولا لعان لانه يحتمل انها أرادت بقولها زنيت بك اى قبل النكاح و يحتمل انها ارادت اى مامكنت من الوطء غيرك فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان ارادت الاول لا يجب اللعان و يجب الحد لانها اقرت بالزنا وان ارادت به الثانى يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهى لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال فى ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامرأة انت زانية فقالت المرأة انت ازنى منى يحد الرجل ولا تحد المرأة اما الرجل فلأنه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المرأة فلان قولها انت ازنى منى يحتمل انها ارادت به النسبة الى الزنا على الترجيح و يحتمل انها ارادت انت اقدر على الزنا واعلم به منى فلا يحمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لانسان انت ازنى الناس أو ازنى الزناة او ازنى من فلان لاحد عليه لما قلنا وروى عن ابى يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس و بين قوله ازنى منى او من فلان فقال فى الاول يحد وفى الثانى لا يحد (ووجه) الفرق له ان قوله انت ازنى الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح فى وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس فى الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى منى او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح فى وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه او من فلان فيحمل على الترجيح فى القدرة او العلم فلا يكون قذفا بالزنا ولوقال لرجل زنيت وفلان معك كان قاذفا لهما لانه قذف أحدهما وعطف الآخر عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما رجلان استبا فقال أحدهما لصاحبه ما ابى بزان ولا امى بزانية لم يكن هذا قذفا لان ظاهره نفى الزنا عن أبيه وعن أمه الا انه قد يكنى بهذا الكلام عن نسبة اب صاحبه وامه الى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولوقال لرجل انت تزنى لاحد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال و يستعمل للحال فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لوقال انت تزنى وانا اضرب الحد لان مثل هذا الكلام فى عرف الناس لا يدل على قصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ولوقال لامرأة مارأيت زانية خيراً منك اوقال لرجل مارأيت زانيا خيراً منك لم يكن قذفا لانه ما جعل

هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيراً من الزناة وهذا لا يقتضى وجود الزنا منه ولو قال لامرأة زنا بك زوجك قبل ان يتزوجك فهو قاذف فانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج فى كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما او جامعك حراما او فجر بك أو قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطء الحرام ويجوز ان يكون الوطء حراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يازانى او ياابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف واما الرسول فان ابتدأ فقال لا على وجه الرسالة يازانى أو ياابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلنى فلان اليك وامرنى ان أقول لك يازانى او ياابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لآخر اخبرت انك زانى او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى بخبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفا ولو قال لرجل يالوطى لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا نسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضى انه يعمل عملهم وهو اللواط ولو أفصح وقال أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند أبى حنيفة أيضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند أبى حنيفة وعندهما هو فى معنى الزنا والمسئلة مرت فى موضعها ولو قال لرجل يازانى فقال له آخر صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق أما الاول فلوجود القذف الصريح منه وأما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت يحد لان هذا فى معنى الصريح ولو قال لرجل أخوك زان فقال الرجل لا بل أنت يحد الرجل لان كلمة لا بل لتأكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التأكيد وأما الاول فينظر ان كان للرجل إخوة أو اخوان سواه فلا حد عليه وان لم يكن له الا أخ واحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالبه لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست لابيك فهو قاذف لامه سواء قال فى غضب أو رضا لان هذا الكلام لا يذكر الا لنفى النسب عن الاب فكان قذفا لامه ولو قال ليس هذا أبوك او قال لست أنت ابن فلان لأبيه او قال أنت ابن فلان لاجنبى ان كان فى حال الغضب فهو قذف وان كان فى غير حال الغضب فليس بقذف لان هذا الكلام قد يذكر لنفى النسب وقد يذكر لنفى التشبه فى الاخلاق أى أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك او أخلاقك تشبه أخلاق فلان الاجنبى فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل ياابن مزيقيا او ياابن ماء السماء انه يكون قذفا فى حالة الغضب لا فى حالة الرضا لانه يحتمل انه أراد به نفى النسب ويحتمل انه أراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفائه وسخائه وعمرو بن عامر كان يسمى المزيقيا لمزقه الثياب اذ كان ذا ثروة ونخوة كان يلبس كل يوم ثوبا جديداً فاذا أمسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فيساويه فيحكم الحال فى ذلك فان كان فى حال الغضب فالظاهر انه أراد به نفى النسب فيكون قذفا وان كان فى حال الرضا فالظاهر انه أراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال لرجل أنت ابن فلان لعمه او لخاله او لزوج أمه لم يكن قذفا لان العم يسمى أبا وكذلك الخال وزوج الام قال الله سبحانه وتعالى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم وإسماعيل واسماعيل كان عم يعقوب عليه الصلاة والسلام وقد سماه أباه وقال سبحانه وتعالى ورفع أبويه على العرش وقيل انهما أبوه وخالته واذا كانت الخالة أما كان الخال أبا وقال الله تعالى ان ابنى من أهلى قيل فى التفسير انه كان ابن امرأته من غيره ولو قال لست بابن لفلان لجده لم يكن قاذفا لانه صادق فى كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى أبا حقيقة بل مجازا ولو قال للعربى يانبطى لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بنى فلان للقبيلة التى هو منها لم يكن قاذفا عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة لان بقوله يانبطى لم يقذفه ولكنه نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدى يارستاقى وكذلك اذا قال ياابن الخياط أو ياابن الاصفر أو الاسود وأبوه ليس كذلك لم يكن قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال ياابن الاقطع أو ياابن الاعور وأبوه ليس كذلك يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير ياأعمى ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله تعالى أعلم والثانى

ان

ان يكون المقـذوف به متصور الوجود من المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قاذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قال لآخر زنى فخذك أو ظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق النسب كما قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وكذلك لو قال زنيت باصبعك لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولو قال زنى فرجك يحد لان الزنا بالفرج يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولو قال لامرأة زنيت بفرس أو حمار أو بعير أو ثور لا حد عليه لانه يحتمل انه أراد به تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة و يحتمل انه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة على الزنا فان أراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير من نيابها العدم تصور الزنا من البهيمة وان أراد به الثانى يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم أو بالدنانير أو بشئ من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت بناقة أو ببقرة أو أتان أو رمكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض لان حرف الباء قد يستعمل فى الاعواض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا فى جميع ذلك سواء كان ذكرا أو أنثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطء ووطؤها لا يتصور أن يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون قذفا فوقع الاحتمال فى كونه قذفا فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا فى الذكر لا فى الانثى لان فعل الوطء من الرجل يوجد فى الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد فى الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه لا فرق بين الذكر والانثى لان الوطء يتصور فى الصنفين فى الجملة ولو قال لامرأة زنيت وأنت مكرهة أو معتوهة أو مجنونة أو نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا فى حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا ومثله لو قال لامة أعتقت زنيت وأنت أمة أو قال لكافرة أسلمت زنيت وأنت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان فى المسئلة الاولى قذفها بالحال بالزنا فى حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفى المسئلة الثانية قذفها بالحال لوجود الزنا منها فى حال يتصور منها الزنا وهى حال الرق والكفر لانهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لا حد عليه لانه كذب محض لانه نفى النسب من الام ونفى النسب من الام لا يتصور ألا ترى ان أمه ولدته حقيقة وكذلك لو قال له لست لابويك لانه نفى نسبه عنهما ولا ينتفى عن الام لانها ولدته فيكون كذبا بخلاف قوله لست لابيك لان ذلك ليس بنفى لولادة الام بل هو نفى النسب عن الاب ونفى النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لو قال له لست لابيك ولست لامك فى كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سواء ولو قال له لست لآدم أو لست لرجل أو لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل الانقطاع عن هؤلاء فكان كذبا محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يازانية انه لا يكون قذفا عندهما وعند محمد يكون قذفا (وجه) قوله ان الهاء قد تدخل صلة زائدة فى الكلام قال الله تعالى عز شأنه خبرا عن الكفار ما أغنى عنى ماليه هلك عنى سلطانيه ومعناه مالى وسلطانى والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله يازانى وقد تدخل فى الكلام للمبالغة فى الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يختل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه فى نعت المرأة لا يخل بمعنى القذف حتى لو قال لامرأة يازانى يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة فى نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور فيلغو ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لان الهاء فى الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامرأة يازانى لانه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء وهاء التأنيث قد تحذف فى الجملة كالحائض والطالق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف فيه وهو المكان فهو أن يكون القذف فى دار العدل فان كان فى دار الحرب أو فى دار البغى فلا يوجب الحد لان المقيم للحدود هم الائمة ولا ولاية لامام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البغى

فلا يقدر على الاقامة فيهما فالقذف فيهما لا ينعقد موجباً للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك لان الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان معلقا بشرط أو مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نجز القذف كما فى سائر التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدى لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال لرجل ان دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس شهر كذا فجاء الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف فى الحال وفى المآل على ما بينا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضى فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينة والاقرار لكن عند استجماع شرائطها أما شرائط البينة القائمة على الحد (فمنها) ما يعم الحدود كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض أما الذى يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى الى القاضى فى الحدود كلها لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها فى كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى لان الشهادة ههنا قامت على اسقاط الحد لا على اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لا من اسقاطه (وأما) الذى يخص البعض دون البعض (فمنها) عدم التقادم وانه شرط فى حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط فى حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عاين الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى عز وجل وأقيموا الشهادة لله وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل على ان الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول سيدنا عمر رضى الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف حد القذف لان التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هناك شرط فاحتمل ان التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعى والدعوى ليست بشرط فى الحدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا ويشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا فى الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر فى السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا بحرج فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد فى السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة فى السرقة لان دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لان المدعى فى الابتداء مخير بين أن يدعى السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا لاقامة الحد وبين أن يدعى أخذ المال ستراً على أخيه المسلم فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلا يصح اعراضه ولم يجعل قاصداً جهة الحسبة لانه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبل

الشهادة على السرقة لان قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى فبقى مدعياً أخذ المال لا غير فتقبل الشهادة حسبة اذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال بخلاف حد القذف لان المقذوف ليس بمخير بين بدل النفس و بين اقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه والشيخ منصور الماتريدي رحمه الله أشار الى معنى آخر فى شرح الجامع الصغير حكيته بلفظه وهو أن عادة السراق الاقدام على السرقة فى حال الغفلة وانتهاز الفرصة فى موضع الخفية وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم و بخبرهم فاذا كتموا أثموا وقد يعلم المدعى شهوده فى غير ذلك من الحقوق و يطلبها اذا احتاج اليها فكانوا فى سعة من تأخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت فى حق المال لان بطلانها فى حق الحد لتمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة وأما المال فيثبت معها ثم التقادم انما يمنع قبول الشهادة فى الحدود الثلاثة اذا كان التقادم فى التأخير من غير عذر ظاهر فأما اذا كان لعذر ظاهر بأن كان المشهود عليه فى موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تأخرت لان هذا موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعاً ثم لم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقادم تقديراً وفوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم فى زمانه فانه روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت فى التقادم شيأ وجهدنا به أن يوقت فأبى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بشهر فان كان شهراً أو أكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس بمتقادم لان الشهر أدنى الاجل فكان مادونه فى حكم العاجل ولابى حنيفة رحمه الله أن التأخير قد يكون لعذر والاعذار فى اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه ففوض الى اجتهاد القاضى فيما يعد ابطاء ومالا يعد واذا لم تقبل شهادة الشهود بزنا متقادم هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقى قذفا فيوجب الحد وقال الكرخى رحمه الله الظاهر أنه لا يجب عليهم الحد وهكذا ذكر القاضى فى شرحه أنه لا حد عليهم لان تأخيرهم وان أورث تهمة وشبهة فى الشهادة فاصل الشهادة باق فلما اعتبرت الشبهة فى اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة الشهادة لاسقاط حد القذف عن الشهود أولى (ومنها) قيام الرائحة وقت أداء الشهادة فى حد الشرب فى قولهما وعند محمد ليس بشرط والحجج ستأتى فى موضعها (ومنها) عدد الاربع فى الشهود فى حد الزنا لقوله عز اسمه واللاتى يأتين بفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تبارك وتعالى لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء ولان الشهادة أحد نوعى الحجة فيعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا ههنا بخلاف سائر الحدود فان عدد الاقرار الاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان اشتراط عدد الاربع فى الشهادة ثبت معدولا به عن القياس بالنص والنص ورد فى الزنا خاصة فان شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال أصحابنا يحدون وقال الشافعى رحمه الله اذا جاؤا مجىء الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما فى لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة عندنا ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال فى الابتداء أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد (وجه) قول الشافعى رحمه الله أنهم اذا جاؤا مجىء الشهود كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن جناية فلم يكن قذفا (ولنا) ماروى أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رأيت أقداما بادية ونفسا عاليا وأمرا منكرا ولا أعلم ماوراء ذلك فقال سيدنا عمر رضى الله عنه له الحمد لله الذى لم يفضح رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت آية القذف الا أنا اعتبرنا تمام عدد الاربع اذا جاؤا مجىء الشهود فقد قصدوا اقامة الحسبة واجبا حقا لله

تعالى نخرج كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعا فعند النقصان بقي قذفا حقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره تحد الثلاثة لان شهادتهم صارت قذفا لنقصان العدد ولا حد على الرابع لانه لم يقذف بل حكى قذف غيره ولو علم أن أحد الاربع عبد أو مكاتب أو صبي أو أعمى أو محدود في قذف حدوا جميعا لان الصبي والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلا ورأسا فانتقص العدد فصار كلامهم قذفا والاعمى والمحدود في القذف ليست لهم أهلية الشهادة أوان كانت لهم أهلية الشهادة تحملا وسماعا فقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم قذفا وسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء وان علم ذلك بعد الامضاء فان كان الحد جلدا فكذلك يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ماذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات وان كان رجما لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفا ومن قذف حيا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة نفر حد الثلاثة ولاعن الزوج امرأته لان قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقين فصار كلامهم قذفا فيحدون حد القذف ولو علم أن الشهود الاربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف أو عميان يحدون حد القذف وان علم أنهم فساق لا يحدون والفرق ماذكرنا أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلا والاعمى والمحدود في القذف لهما شهادة سماعا وتحملا لا اداء فكان كلامهم قذفا والفاسق له شهادة على أصل أصحابنا سماعا واداء كان كلام الفاسق شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله تعالى أعلم ولو ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال الناس أحرار الا في أربع الشهادة والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه ماذكرنا في غير موضع (ومنها) اتحاد المجلس وهو ان يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة فان جاؤا متفرقين يشهدون واحدا بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا لما ذكرنا أن كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت أداء الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا فيوجب الحد حتى لو جاؤا مجتمعين أو متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاؤا واحدا بعد واحد وشهد واجازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال لو جاء ربيعة ومضر فرادى لحددتهم عن آخرهم وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا منهم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فان كان ممن لا يتصور منه كالمجبوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف ولو كان المشهود عليه خصيا أو عنينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الآلة بخلاف المجبوب (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم لان من الجائز أنه لو كان قادرا لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم لان الاعمى قادر على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا تعمدنا النظر الى فرجها لا تبطل شهادتهم لان أداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر الى عين الفرج ويباح لهم النظر اليها لقصد اقامة الحسبة كما يباح للطبيب لقصد المعالجة ولو قالوا نظرنا متكررا بطلت شهادتهم لانه سقطت عدالتهم والله تعالى أعلم (ومنها) اتحاد المشهود وهو أن يجمع الشهود الاربعة على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف المكانين وليس

على

على أحدهما شهادة الاربع ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا وعند زفر يحدون (وجه) قوله ان عدد الشهود قد انتقص لان كل فريق شهد بفعل غير الذى شهد به الفريق الآخر ونقصان عدد الشهود يوجب صيرورة الشهادة قذفا كما لو شهد ثلاثة بالزنا (ولنا) ان المشهود به لم يختلف عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم فى المكان فثبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا فى الزمان فشهد اثنان انه زنى بها فى يوم كذا واثنان فى يوم آخر ولو شهد اثنان انه زنى فى هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زنى فى هذه الزاوية الاخرى منه يحد المشهود عليه لجواز ان ابتداء الفعل وقع فى هذه الزاوية من البيت وانتهاؤه فى زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان انها طاوعته لا حد على المرأة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعا ولم تثبت الطواعية فى حقها (وأما) الرجل فلا حد عليه أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يحد (وجه) قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع الا أنه تفرد اثنان منهم باثبات زيادة الاكراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهة ولابى حنيفة عليه الرحمة ان المشهود قد اختلف لان فعل المكره غير فعل من ليس بمكره فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الاربع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد مر الكلام فيه فى اختلافهم فى المكان والزمان والله تعالى أعلم ثم الشهود اذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضى سألهم القاضى عن الزنا ماهو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا وبمن زنا اما السؤال عن ماهية الزنا فلانه يحتمل انهم أرادوا به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وأما السؤال عن الكيفية فلانه يحتمل انهم أرادوا به الجماع فيما دون الفرج لان ذلك يسمى جماعا حقيقة أو مجازا فانه لا يوجب الحد واما السؤال عن الزمان فلانه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم والتقادم يمنع قبول الشهادة بالزنا واما السؤال عن المكان فلانه يحتمل انه زنا فى دار الحرب أو فى دار البغى وانه لا يوجب الحد واما السؤال عن المزنى بها فلانه يحتمل ان تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سألهم القاضى عن هذه الجملة فوصفوا سأل المشهود عليه أهو محصن أم لا فان أنكر الاحصان وشهد على الاحصان رجلان أو رجل وامرأتان على الاختلاف سأل الشهود عن الاحصان ماهو لان له شرائط يجوز ان تخفى على الشهود فاذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها أو باضعها صار محصنا لان هذا اللفظ فى العرف مستعمل فى الوطء فى الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصنا وهذا وقوله جامعها سواء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يصير محصنا (وجه) قوله ان هذا اللفظ يستعمل فى الوطء ويستعمل فى الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال ولهما ان الدخول بالمرأة فى عرف اللغة والشرع يراد به الوطء قال الله تعالى عز شأنه وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن حرم سبحانه وتعالى الربيبة بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطء لانها تحرم بمجرد نكاح الام من غير وطء وذكر القاضى فى شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يصير محصنا ما لم يصرح بالوطء وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصنا ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهدا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبى فى شئ من الحد ولان سبب وجوب الحد لا بد وان يكون جناية وفعل الصبى لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذبا محضاً ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار فى كتاب أو أشار اليه اشارة معلومة لا حد عليه لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهى ألا ترى انه لو أقر

بالوطء الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالصريح والكتابة والاشارة بمنزلة الكتابة فلا يوجب الحد واما البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى فى الحدود كلها كالبصير لان الاعمى لا يمنع مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق والذمى والمرأة فى جميع الحدود وعند زفر رحمه الله لا يصح اقرار العبد بشئ من أسباب الحدود من غير تصديق المولى والكلام فى التصديق على نحو ما ذكرنا فى كتاب السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) الذى يخص البعض دون البعض فمنها عدد الاربع فى حد الزنا خاصة وهو ان يقر أربع مرات وهذا عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة ليس بشرط ويكتفى باقراره مرة واحدة (وجه) قوله ان الاقرار انما صار حجة فى الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط فى سائر الحدود بخلاف عدد المثنى فى الشهادة لان ذلك يوجب زيادة ظن عليه فيها الا ان شرط العدد الاربع فى باب الزنا تعبداً فيقتصر على موضع التعبد (ولنا) ان القياس ما قاله الا انا تركنا القياس بالنص وهو ما روى ان ماعزاً جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقر بالزنا فاعرض عنه عليه الصلاة والسلام بوجهه الكريم هكذا الى الاربع فلو كان الاقرار مرة مظهراً للحد لما أخره رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للامام لا يحتمل التأخير (واما) العدد فى الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط فى الاقرار بالسرقة والشرب والسكر قال أبو حنيفة رحمه الله ليس بشرط وقال أبو يوسف رحمه الله ان كلما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار فيه كعدد الشهود وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عند أبى يوسف يشترط الاقرار مرتين فى مكانين (وجه) قوله ان حد السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فتلزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما فى الزنا الا انه يكتفى ههنا بالمرتين ويشترط الاربع هناك استدلالا بالبينة لان السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار فى الاقرار لما ذكرنا انه اخبار والخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع فى باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقر أربع مجالس واختلف المشايخ فى انه يعتبر مجالس القاضى أو مجالس المقر والصحيح انه يعتبر مجالس المقر وهكذا روى عن أبى حنيفة انه يعتبر مجالس المقر لانه عليه الصلاة والسلام اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد فى كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يختلف وقد روى عن أبى حنيفة فى تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضى ثم يجيء فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدى الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار ماعز كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو أقر فى غير مجلس القاضى وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم لانه ان كان مقرا فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرا فالانكار منه رجوع والرجوع عن الاقرار فى الحدود الخالصة حقا لله عز وجل صحيح والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الصحة فى الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر حتى لو كان سكران لا يصح اقراره اما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلان السكران من صار بالشرب الى حال لا يعقل قليلا ولا كثيرا فكان عقله زائلا مستورا حقيقة واما على أصلهما فلانه اذا غلب الهذيان على كلامه فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح ردته فيورث ذلك شبهة فى وجوب الحد وليس بشرط فى الاقرار بالحدود والقصاص لان القصاص خالص حق العبد وللعبد حق فى حد القذف فيصح مع السكر كالاقرار بالمال وسائر التصرفات واذا صحا فان دام على اقراره تقام عليه الحدود كلها وان أنكر فالانكار منه رجوع فيصح فى الحدود الخالصة وهو حد الزنا والشرب والسرقة فى حق القطع ولا يصح فى القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم ومنها ان يكون الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه فان كان لا يتصور كالمجبوب لم يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لانعدام

الآلة ويصح اقرار الخصى والعنين لتصور الزنا منهما لتحقق الآلة والذى يجن ويفيق اذا أقر فى حال افاقته فهو مثل الصحيح لانه فى حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزنى به فى الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم يكن بان اقر رجل انه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة انها زنت باخرس لم يصح اقراره لان من الجائز انه لو كان يقدر على النطق لادعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيأ فيندرئ عنه الحد لما ذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى واما حضرة المزنى بها فى الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر انه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود بالزنا بامرأة غائبة صح الاقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل لان الغائب بالغيبة ليس الا الدعوى وانها ليست بشرط ولهذا رجم ماعز من غير شرط حضور تلك المرأة وكذلك العلم بالمزنى بها ثم اذا صح اقراره بالزنا بامرأة غائبة يعرفها فحضرت المرأة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد الاقامة فان حضرت بعد الاقامة فان أقرت بمثل ما أقر به الرجل تحد أيضا كما حد الرجل وان أنكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر وان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل فان أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والعلم بالمزنى بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامرأة ولا أعرفها صح اقراره ويحد والعلم بالمشهود به شرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنى بامرأة وقالوا لا نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المقر فى الاقرار على نفسه يبنى الامر على حقيقة الحال خصوصاً فى الزنا فكان اقراره اخباراً عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة فاما الشاهد فانه بشهادته بنى الامر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فقولهم لا نعرف تلك المرأة يورث شبهة لجواز انها امرأته أو امرأة له فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق والله تعالى أعلم واما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الاقرار بالحد اما فى حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول الشهادة فاولى ان لا يكون شرطاً لصحة الاقرار وكذلك فى حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كما فى الشهادة (ولنا) الفرق بين الاقرار والشهادة وهو ان المانع فى الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد فى الاقرار لان الانسان غير متهم فى الاقرار على نفسه وكذا فى حد السرقة لما قلنا واما فى حد الشرب فشرط عندهما وعند محمد رحمه ليس بشرط بناء على ان قيام الرائحة شرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو لم يتقادم العهد ولكن ريحها لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافاً له (وجه) قول محمد رحمه الله ان حد الشرب ليس بمنصوص عليه فى الكتاب والسنة وانما عرف باجماع الصحابة واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحة فانه روى ان رجلا جاء بابن أخ له الى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بئس ولى اليتيم أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيرا ثم قال رضى الله عنه تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وأفتى رضى الله عنه بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت فتواه عند عدمها واذا لم يثبت فلا ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما تعتبر الرائحة اذا لم يكن سكران فاما اذا كان سكران فلا لان السكر أدل على الشرب من الرائحة ولذلك لو جيء به من مكان بعيد لا تبقى الرائحة بالمجيء من مثله عادة يحد وان لم توجد الرائحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله تعالى أعلم واذا أقر انسان بالزنا عند القاضى ينبغى ان يظهر الكراهة أو يطرده وكذا فى المرة الثانية والثالثة هكذا فعل عليه الصلاة والسلام بماعز وكذا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال اطردوا المعترفين أى بالزنا فاذا أقر أربعاً نظر فى حاله أهو صحيح العقل أم به آفة هكذا قال عليه الصلاة والسلام لماعز أبك خبل أم بك جنون وبعث الى قومه فسألهم عن حاله فاذا عرف انه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه وعن المزنى بها لما ذكرنا فى الشهادة

ولا يسأله عن الزمان لان السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقادم والتقادم فى الاقرار وانما يقدح فى الشهادة و يجوز ان يسأل عن الزمان أيضاً لاحتمال أنه زنى فى حال الصغر فاذا بين ذلك كله سأله عن حاله أهو محصن أم لا لان حكم الزنا يختلف بالاحصان وعدمه فان قال أنا محصن سأله عن ماهية الاحصان انه ماهو لانه عبارة عن اجتماع شرائط لا يقدر عليها كل أحد فاذا بين رجمه وأما علم القاضى فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضى بشئ من ذلك بعلمه لكنه يقضى بالمال فى السرقة لان القاضى يقضى بعلمه فى الاموال سواء علم بذلك قبل زمان القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا وسواء علم بذلك معاينة بان رأى انساناً يزنى و يشرب و يسرق أو بسماع الاقرار به فى غير مجلسه الذى يقضى فيه بين الناس فان كان اقراره فى مجلس القضاء لزمه موجب اقراره اذ لو لم يقبل اقراره لاحتاج القاضى الى ان يكون معه جماعة على الاقرار فى كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله تعالى أعلم و يظهر به حد القذف فى زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والاموال بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا فى ظهور ذلك بعلمه فى غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلائله فى كتاب آداب القاضى ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضى بالمال لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البدل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البدل والثبوت بالشبهة واما الخصومة فهل هى شرط ثبوت الحد بالشهادة والاقرار فلا خلاف فى انها ليست بشرط فى حد الزنا والشرب لانه خالص حق الله عز وجل والخصومة ليست بشرط فى الحدود الخالصة لله تعالى لانها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف فى حد السرقة ان الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لان حد السرقة وان كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت الا بعد كون المسروق ملكا للمسروق منه ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفى كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه فى كتاب السرقة ولا خلاف أيضاً فى انها شرط الظهور بالشهادة على القذف والاقرار به اما على أصل الشافعى رحمه الله فلانه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما فى سائر حقوق العباد وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وان كان هو المغلب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة واذا عرف ان الخصومة فى حد القذف شرط كون البينة والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام فى موضعين أحدهما فى بيان الاحكام التى تتعلق بالدعوى والخصومة والثانى فى بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التى هى حقها من باب الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى وقال سبحانه وتعالى ولا تنسوا الفضل بينكم واذا رفع الى القاضى يستحسن للقاضى ان يقول قبل الاتيان بالبينة أعرض عن هذا لانه ندب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن فاذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فانكر ولا بينة للمدعى فاراد استحلافه بالله تعالى ما قذفه هل يحلف ذكر الكرخى عليه الرحمة انه لا يحلف عند أصحابنا خلافاً للشافعى رحمه الله وذكر فى أدب القاضى انه يحلف فى ظاهر الرواية عندهم واذا نكل يقضى عليه بالحد وقال بعضهم يحتمل ان يحلف فاذا نكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل ترجع الى أصل وهو ان عند الشافعى رحمه الله حد القذف خالص حق العبد فيجرى فيه الاستحلاف كما فى سائر حقوق العباد واما على أصل أصحابنا ففيه حق الله تعالى عز وجل وحق العبد فمن قال منهم انه يحلف .ويقضى بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالحقه فى التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا يحلف أصلا اعتبر حق الله سبحانه وتعالى فيه لانه المغلب فالحقه بسائر حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة. بدل والحد لا يحتمل البدل وعلى أصلهما اقرار فيه شبهة العدم لانه ليس بصريح اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف و يقضى عليه بالتعزير عند النكول

دون الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من اقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز كحد السرقة انه يجرى فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمه فى القصاص فى الطرف والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضى بالقصاص بل بالدية على ماعرف وان قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف الى قيام الحاكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة أى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان أحضر البينة فيه والا خلى سبيله ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ منه الكفيل وهذا بناء على أن الكفالة فى الحدود غير جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله حيث قال فى الكتاب ولا كفالة فى حد ولا قصاص وعندهما يكفل ثلاثة أيام وذكر الجصاص فى تفسير قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان معناه لا يؤخذ الكفيل فى الحدود والقصاص جبرا فاما اذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع وظاهر اطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لان كلمة النفى اذا دخلت على الافعال الشرعية يراد بها نفى الجواز من الاصل كما فى قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهور ولا نكاح الا بشهود ونحو ذلك (وجه) قولهما ان الحبس جائز فى الحدود فالكفالة أولى لان معنى الوثيقة فى الحبس أبلغ منه فى الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز ولابى حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والاسقاط قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فان الحبس للتهمة مشروع روى انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وقد ثبتت التهمة فى هذه المسئلة بقوله لى بينة حاضرة فى المصر فجاز الحبس فاذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضى أى لم تظهر عدالتهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وان أقام شاهدا أو احدا عدلا حبس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحبس و يؤخذ منه كفيل (وجه) قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد وان كان عدلا فالحبس من أين بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجة الا ان توقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فثبتت الشبهة فيحبس (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعى لا بينة لى أو بينتى غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فان القاضى يقول له أقم البينة على صحة قذفك فان أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف و يقام حد الزنا على المقذوف وان عجز عن اقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التأجيل من القاضى وقال شهودى غيب أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهودى فى المصر أجله الى آخر المجلس ولازمه المقذوف و يقال له ابعث أحدا الى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة و يؤخذ منه الكفيل (وجه) قولهما انه يحتمل ان يكون صادقا فى اخباره ان له بينة فى المصر وربما لا يمكنه الاحضار فى ذلك الوقت فيحتاج الى التأخير الى المجلس الثانى وأخذ الكفيل لئلا يفوت حقه عسى ولابى حنيفة رحمه الله ان فى التأجيل الى آخر المجلس الثانى منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير الى آخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تأجيلا ولا منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وروى عن محمد رحمه الله انه اذا ادعى ان له بينة حاضرة فى المصر ولم يجد أحدا يبعثه الى الشهود فان القاضى يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يفر فان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بقية الجلدات ولا تبطل شهادته و يقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل ان يضرب الحد أصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته و يظهر أثر القبول فى جواز شهادة القاذف وان لا يصير مردود الشهادة لانه تبين انه لم يكن

محدوداً فى القذف حقيقة حيث تبين ان المقذوف لم يكن محصناً لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصر القاذف مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة فى اقامة حد الزنا على المقذوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلا فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المقذوف امة أو نصرانية والمقذوف يقول هى حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف اقامة البينة على الحرية والاسلام وكذلك لو قذف انسانا فى نفسه ثم ادعى القاذف ان المقذوف عبد فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المقذوف أنت حر فالقول قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاتيان بالبينة وروى عن أبى يوسف فيمن قذف أم رجل فان كان القاضى يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضى أولى لانه فوق البينة لان الحرية والاسلام من شرائط الاحصان والاحصان شرط الوجوب والقاضى يقضى بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضى بعلمه بشرط الوجوب أولى فان لم يعلم القاضى حبسه فى السجن حتى يأتى بالبينة لانه ظهر منه القذف وانه يوجب العقوبة سواء كان المقذوف أمه حرة أو أمة فجاز ان يستوثق منه بالحبس وان لم تقم بينته أخذ منه كفيلا أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فاما على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضى حكم بابطال احصان المقذوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا فى مكان القذف أو زمانه بان شهد أحدهما انه قذف فى مكان كذا وشهد الآخر انه قذف فى مكان آخر أو شهد أحدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الآخر انه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف فى هذا المكان والزمان يخالف القذف فى مكان آخر و زمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذى شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولابى حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر القذف الواحد فى مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعاد عين الاول حكما وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين وان اتفقا فى المكان والزمان واختلفا فى الانشاء والاقرار بأن شهد أحدهما انه قذفه فى هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر انه قذفه فى هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه فى قولهم جميعاً استحسانا والقياس أن تقبل ويحد (وجه) القياس ان اختلاف كلامهما فى الانشاء والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد أحدهما بانشاء البيع والآخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الانشاء مع الاقرار أمران مختلفان حقيقة لان الانشاء اثبات أمر لم يكن والاقرار اخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامرأته زنيت قبل ان أتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زنيت انشاء القذف فكان قاذفا لها للحال وهى للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وهى كانت أجنبية قبل التزوج وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المقذوف لا يخلو اما ان يكون حيا وقت القذف واما ان يكون ميتاً فان كان حيا فلا خصومة لاحد سواه وان كان ولده أو والده وسواء كان حاضراً أو غائباً لانه اذا كان حيا وقت القذف كان هو المقذوف صورة ومعنى بالحاق العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الانابة فى هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف أصحابنا فيه عندهما يجوز وقال أبو يوسف

لا يجوز والمسئلة مرت فى كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والمراد بذلك ان حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته على أن هذا الحد عنده حد المقذوف على الخلوص فتجرى فيه النيابة فى الاثبات والاستيفاء جميعا (ولنا) ان الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضر الصدق القاذف فى قذفه والحدود لا تستوفى مع الشبهات ولو كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد عندنا خلافا للشافعى بناء على ان حد القذف لا يورث عندنا وعنده يورث وستأتى المسئلة فى موضعها هذا اذا كان حيا وقت القذف (وأما) اذا كان ميتا فلا خلاف فى أن لولده ذكرا كان أو أنثى ولابن ابنه وبنت ابنه وان سفلوا ولوالده وان علا ان يخاصم القاذف فى القذف لان معنى القذف هو الحاق العار بالمقذوف والميت ليس بمحل لالحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا اليه بل الى فروعه وأصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية وقذف الانسان يكون قذفا لاجزائه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف أضيف اليه وهو كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى بالحاق العار به فانعقد القذف موجبا حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف فى أن الاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة لان القذف لم يتناوله صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف أصحابنا رضى الله عنهم فى أولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة عندهما يملكون وعند محمد لا يملكون (وجه) قوله ان ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى جده فلم يكن مقذوفا معنى بقذف جده (ولهما) أن معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصار مقذوفا معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الاقرب على الابعد قال أصحابنا رضى الله عنهم الثلاثة لا يراعى والاقرب والابعد سواء فيه حتى كان لابن الابن ان يخاصم فيه مع قيام الابن الصلبى وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وتثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لالحاق العار بالمخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد على الابعد فكان أولى بالخصومة (ولنا) ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتداء لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه الاقرب والابعد وكذا لا يراعى فيه احصان المخاصم بل الشرط احصان المقذوف عند أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو الوالد عبدا أو ذميا فله حق الخصومة وقال زفر رحمه الله احصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر أن يخاصم (وجه) قوله أن اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقذوفا معنى باضافة القذف الى الميت ولو أضيف اليه القذف ابتداء لا يجب الحد فههنا أولى (ولنا) ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقذوف وان كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يخاصم لما ذكرنا ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل أم ابنه وهى ميتة فليس للولد ان يخاصم أباه لان الاب لو قذف ولده وهو حى محصن ليس للولد ان يخاصم أباه تعظيما له ففى قذف الام الميتة أولى وكذلك المولى اذا قذف أم عبده وهى حرة ميتة فليس للعبد أن يخاصم مولاه فى القذف لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات الحدود فنقول وبالله التوفيق لا خلاف فى حد الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابراء بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجرى

فيه التداخل حتى لو زنا مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سكر مرارا لا يجب عليه الا حد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان فى الثانى والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فحد ثم زنا أو شرب أو سرق يحد ثانيا لانه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من أناس مختلفة فخاصموا جميعا فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام فى الضمان نذكره فى كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (وأما) حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والابراء والصلح وكذلك اذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعى رحمه الله يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وكذا يجرى فيه التداخل عندنا حتى لو قذف انسانا بالزنا بكلمة أو قذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الا حد واحد سواء حضر وا جميعا أو حضر واحد وقال الشافعى رحمه الله اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف آخر ضرب السوط الآخير فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطاً أخر للثانى ولو قذف رجلا فحد ثم قذف آخر يحد للثانى بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضى الله عنهم وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه فى قول وفى قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام فى هذا الفرع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أو المغلب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد أو المغلب حق العبد (وجه) قوله أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص فى العمد أو الدية فى الخطا فكان البدل حقه والجزاء الواجب على حق الانسان حقه كالقصاص والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى والدعوى لا تشترط فى حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق الا أنه لم يفوض استيفاؤه الى المقذوف لاجل التهمة لان ضرب القذف أخف الضربات فى الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه الى الامام دفعاً للتهمة لا لانه حق الله تعالى عز شأنه (ولنا) أن سائر الحدود انما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح العامة وهى دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا وجب لصيانة الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والانفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة الانفس والاموال والابضاع فى الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جناية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيداً للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود فى حد القذف لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود الا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفى كونه حقا لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطاً ثم نقول انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لان المقذوف يطالب القاذف ظاهراً وغالباً دفعاً للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما فى السرقة ولان حقوق العباد تجب بطريق المماثلة اما صورة ومعنى واما معنى لا صورة لانها تجب بمقابلة المحل جبراً والجبر لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لانها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود (ولنا) أيضا دلالة الاجماع من وجهين أحدهما أن ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما فى القصاص (والثانى) أنه يتنصف برق القاذف

وحق

وحق الله تعالى هو الذى يحتمل التنصيف بالرق لا حق العبد لان حقوق الله تعالى تجب جزاء للفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية و ينتقص بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجانى وتنتقص بنقصان حاله فاما حق العبد فانه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجانى واذا ثبت ان حد القذف حق الله تعالى خالصا أو المغلب فيه حقه فنقول لا يصح العفو عنه لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجرى فيه الارث لان الارث انما يجرى فى المتروك من ملك أو حق للمورث على ما قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فهو لورثته ولم يوجد شئ من ذلك فلا يورث ولا يجرى فيه التداخل لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب فى حد الزنا اذا لم يكن الزانى محصنا مائة جلدة ان كان حرا وان كان مملوكا فخمسون لقوله عز شأنه فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكمال حال الجانى وتنتقص بنقصان حاله والعبد أنقص حالا من الحر لاختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أنقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم يثبت على قدر العلة هذا أمر معقول الا أن التنقيص بالتنصيف فى غيره من المقادير ثبت شرعا بقوله تعالى جل شأنه فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وفى حد الشرب والسكر والقذف ثمانون فى الحر وأربعون فى العبد لما قلنا وفى حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة فى شئ من الحدود والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز اقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض أما الذى يعم الحدود كلها فهو الامامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الامام أو من ولاه الامام وهذا عندنا وعند الشافعى هذا ليس بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوكه اذا ظهر الحد عنده بالاقرار بعا عندنا ومرة عنده و بالمعاينة بان رأى عبده زنى بأجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بأن شهدوا عنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان وكذا فى اقامة المرأة الحد على مملوكها واقامة المكاتب الحد على عبد من اكسابه له فيه قولان احتج بما روى عن سيدنا على رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وهذا نص وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا زنت أمة احدكم فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضفير أى بحبل وهذا أيضا نص فى الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته ألا ترى أنه يملك الاقرار عليه بالدين و يملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيأ من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى أولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد (ولنا) أن ولاية اقامة الحدود ثابتة للامام بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الاقامة استدلالا بولاية انكاح الصغار والصغائر لانها لما ثبتت للاقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الابعد و بيان ذلك أن ولاية اقامة الحد انما ثبت للامام لمصلحة العباد وهى صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم لان القضاة يمتنعون من التعرض خوفا من اقامة الحد عليهم والمولى لا يساوى الامام فى هذا المعنى لان ذلك يقف على الامامة والامام قادر على الاقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة واتباعهم لانعدام المعارضة بينهم و بين الامام وتهمة الميل والمحاباة والتوانى عن الاقامة منتفية فى حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين وأما المولى فربما يقدر على الاقامة نفسها و ربما لا يقدر لمعارضة العبد اياه ولانه رقبانى مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد اقامة الحد عليه ان يأخذ بعض أمواله و يقصد اهلاكه و يهرب منه فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم

وقد لا يقيم لما فى الاقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة أو يخاف سراية الجلدات الى الهلاك والمرء مجبول على حب المال ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوى الامام فى تحصيل ماشرع له اقامة الحد فلا يزاحمه فى الولاية بخلاف التعزير من وجهين أحدهما أن التعزير هو التغيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعبيس الوجه وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجناية وحال الجانى لما نذكره فى موضعه والمولى يساوى الامام فى هذا لانه من باب التأديب فله قدرة التأديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه فالمولى أيضاً لا يمتنع عن هذا القدر من الايلام لانه لا يوجب نقصاناً فى مالية العبد ولا تعييباً فيه بخلاف الحد والثانى أن فى التعزير ضرورة ليست فى الحد لان أسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى الى ان يعزر مملوكه فى كل يوم وفى كل ساعة وفى الرفع الى الامام فى كل حين وزمان حرج عظيم على الموالى ففوضت اقامة الحد الى الموالى شرعاً أو صار المولى مأذوناً فى ذلك من جهة الامام دلالة وصار نائباً عن الامام فيه ولا حرج فى الحد لانه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة أسباب وجوبه وأما الحديثان فيحتمل أن يكون خطاباً بالقوم معلومين علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحى انهم يقيمون الحدود من غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للائمة فى حق عبيدهم والتخصيص للترغيب فى اقامة الحد لما أن الائمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها الى الحكام والمحتسبين وقد يجئ منهم فى ذلك تقصير ويحتمل الاقامة بطريق التسبب بالسعى لرفع ذلك الى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم فى الاقامة لاحتمال الميل والتقصير فى ذلك ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور فى الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بهما مع الاحتمال والله تعالى أعلم وللامام أن يستخلف على اقامة الحدود لانه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لان أسباب وجوبها توجد فى أقطار دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب اليها وفى الاحضار الى مكان الامام حرج عظيم فلو لم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يجعل الى الخلفاء تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيص وتولية أما التنصيص فهو أن ينص على اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها بلا شك وأما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هى أن يولى رجلا ولاية عامة مثل امارة اقليم أو بلد عظيم فيملك المولى اقامة الحدود وان لم ينص عليها لانه لما قلده امارة ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين واقامة الحدود دمعظم مصالحهم فيملكها والخاصة هى ان يولى رجلا ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحدود لان هذه التولية لم تتناول اقامة الحدود ولو استعمل أميراً على الجيش الكبير فان كان أمير مصر أو مدينة فغزا بجنده فانه يملك اقامة الحدود فى معسكره لانه كان يملك الاقامة فى بلده فاذا خرج بأهله أو ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج وأما من أخرجه أمير البلد غازياً فانما كان يملك اقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة والامام العدل له ان يقيم الحدود وينفذ القضاء فى معسكره كما له ان يفعل ذلك فى المصر لان للامام ولاية على جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضياً له أن يفعل ذلك فى المعسكر لانه نائب الامام والله تعالى أعلم وأما الذى يخص البعض دون البعض فمنها البداية من الشهود فى حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف استحساناً وروى عن أبى يوسف رواية أخرى انها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعى رحمه الله وهو القياس ووجه القياس ان الشهود فيما وراء الشهادة وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذا من الشهود ولان الرجم أحد نوعى الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه فكذا فى الرجم (ولنا) ماروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال يرجم الشهود أولا ثم الامام ثم الناس وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى

الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان فى اعتبار الشرط احتياطا فى درء الحد لان الشهود اذا بدؤا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانا انما عرفنا البداية شرطا استحسانا بالاثر فيسقط الحد عليه والاثر ورد فى الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل القياس ولان الجلد لا يحسنه كل أحد ففوض استيفاؤه الى الائمة بخلاف الرجم والله تعالى أعلم ومنها أهلية اداء الشهادة للشهود عند الاقامة فى الحدود كلها حتى لو بطلت الاهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو حد القذف بان فسق الشهود أو ارتدوا أو جنوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا حد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه لان اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الامضاء فى باب الحدود عن القضاء وأما موت الشهود وغيبتهم عند الاقامة فلا يمنعان من الاقامة فى سائر الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم أو غابوا كلهم أو بعضهم يقام الحد على المشهود عليه الا الرجم لانهما ليسا من اسباب الجرح لان أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تتناهى وتتقرر وتختم بها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفى حد الرجم انما يمنعان الاقامة لا لانهما يجرحان فى الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط جواز الاقامة ولم توجد وروى عن محمد فى الشهود اذا كانوا مقطوعين الايدى أو بهم مرض لا يستطيعون الرمى ان الامام يرمى ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذرا فى فوات البداية ولم يجعل الموت عذرا فيه وان ثبت الرجم بالاقرار يبدأ به الامام ثم الناس والله تعالى أعلم ومنها أن لا يكون فى اقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا فلا يجوز الاقامة فى الحر الشديد والبرد الشديد لما فى الاقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرأ لانه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضى النفاس لان النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم فى هذا كله الا على الحامل لان ترك الاقامة فى هذه الاحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حد مهلك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب فى عضو واحد لانه يفضى الى تلف ذلك العضو أو الى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الاعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين الا الوجه والفرج والرأس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس وفيه اهلاك الذات من وجه وقال أبو يوسف رحمه الله ايضا لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطا أو سوطين أما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رضى الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا والجواب ان الحديث ورد فى قتل أهل الحرب خصوصا قوما كانوا بالشام يحلقون أوساط رؤسهم ثم تفريق الضرب على الاعضاء مذهبنا وقال الشافعى عليه الرحمة يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد لان المأمور به هو الجلد وانه مأخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولان فى الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما كيفية اقامة الحدود فاما حد الرجم فلا ينبغى ان يربط المرجوم بشىء ولا ان يمسك ولا ان يحفر له اذا كان رجلا بل يقام قائما لان ماعزا لم يربط ولم يمسك ولا حفر له ألا يرى أنه روى أنه هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة ولو ربط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب وان كان المرجوم امرأة فان شاء الامام حفر لها وان شاء لم يحفر أما الحفر فلانه أستر لها وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام حفر للمرأة الغامدية

الى ثندوتها وأخذ حصاة مثل الحمصة ورماها بها وحفر سيدنا على رضى الله عنه لسراحة الهمذانية الى سرتها وأما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهى مستورة بثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحد ولا بأس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حد مهلك فما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامى ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه و يغنيه وقد روى أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه أبى عامر وكان مشركا فنهاه عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك وأما حد الجلد فاشد الحدود ضربا حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جناية الزنا اعظم من جناية الشرب والقذف اما من جناية القذف فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من جناية الشرب فلان قبح الزنا ثابت شرعا وعقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا لا عقلا ولهذا كان الزنا حراما فى الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المخمصة والاكراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد فى الزنا ثبت بنص الكتاب العزيز المكنون ولا نص فى الشرب وانما استخرجه الصحابة الكرام رضى الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون وقال سبحانه وتعالى جل شأنه فى حد الزنا ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله قيل فى التأويل أى بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب القذف أخف الضرب لوجهين أحدهما أن وجوده ثبت بسبب متردد لان القاذف يحتمل أن يكون صادقا فى قذفه ولا حد عليه والثانى انه انضاف اليه رد الشهادة على التأبيد فجرى فيه نوع تخفيف ويضرب قائما ولا يمد على العقابين ولا على الارض كما يفعل فى زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان المد بعد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجلاد يده الى مافوق رأسه لانه يخاف فيه الهلاك أو تمزيق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير كل ضربة بضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع وينبغى أن يكون الجلاد عاقلا بصيرا بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذى لا يوجد فيه مس ويجرد الرجل فى حد الزنا ويضرب على ازار واحد لانه أشد الحدود ضربا ومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفى حد الشرب يجرد أيضا فى الرواية المشهورة وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يجرد وجه هذه الرواية أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فلا بد من اظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة أنه قد جرى التخفيف فيه مرة فى الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يجرد فى حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روعى فى أصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا تردد فيه وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والفرو فى الحدود كلها لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك أستر لها ويفرق الضرب فى الاعضاء كلها لما ذكرنا ان الجمع فى عضو واحد يقع اهلاكا للعضو أو تمزيقا أو تخريقا للجلد وكل ذلك ليس بمشروع فيفرق على الاعضاء كلها الا الوجه والمذاكير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شىء من ذلك فى المسجد لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود فى المساجد وهذا نص فى الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفى اقامة الحدود فيه ترك تعظيمه يؤيده أن نهينا عن سل السيوف فى المساجد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم وأشريتكم وسل سيوفكم تعظيما للمسجد ومعلوم ان سل السيف فى ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره ذلك فلان يكره هذا أولى ولان اقامة الحدود فى المسجد لا تخلو عن تلويثه فتجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغى أن تقام الحدود كلها فى ملأ من الناس لقوله تبارك وتعالى عز اسمه وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والنص وان ورد فى حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون واردا فى سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك

لا يحصل الا وان تكون الاقامة على رأس العامة لان الحضور ينزجرون بأنفسهم بالمعاينة والغيب ينزجرون باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلاد من المجاوزة عن الحد الذي جعل له لانه لو جاوز لمنعه الناس عن المجاوزة وفيه أيضا دفع التهمة والميل فلا يتهمه الناس أن يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لانه يحتمل أن يكون صادقا في الرجوع وهو الانكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا في الانكار يكون كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في الاقرار فيورث شبهة في ظهور الحد والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد روى أن ماعزا لما أقر بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال عليه الصلاة والسلام لتلك المرأة أسرقت قولى لا ما اخالك سرقت وكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام تلقينا للرجوع فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى وهذا هو السنة للامام اذا أقر انسان عنده بشيء من أسباب الحدود الخالصة ان يلقنه الرجوع درأ للحد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد امضاء بعض الجلدات أو بعض الرجم وهو حي بعد لما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان أخذ الناس في رجمه فهرب ولم يرجع أو أخذ الجلاد في الجلد فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب في هذه الحالة دلالة الرجوع وروى أنه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله دل أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم ويجلد لان الاحصان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى الزنا فيجب الجلد وأما الرجوع عن الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره ومنها تصديق المقذوف القاذف في القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه في القذف ومن المحال أن يحد الصادق على الصدق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المقذوف ولما صدقه في القذف فقد التزم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المقذوف المقر في اقراره بالقذف بأن يقول له انك لم تقذفني بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب نفسه في الدعوى والدعوى شرط ظهور هذا الحد (ومنها) تكذيب المقذوف حجته على القذف وهي البينة بأن يقول بعد القضاء بالحد قبل الامضاء شهودي شهدوا بزور لانه يحتمل أن يكون صادقا في التكذيب فثبت الشبهة ولا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة (ومنها) تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بأن قال رجل زنيت بفلانة فكذبته وأنكرت الزنا وقالت لا أعرفك يسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف وذكر القاضي في شرحه قول أبي يوسف مع قول محمد (وجه) قوله ان زنا الرجل قد ظهر باقراره وامتناع الظهور في جانب المرأة لمعنى يخصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا بالفاعل والمحل فاذا لم يظهر في جانبها امتنع الظهور في جانبه هذا اذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبته ولم تدع النكاح (فأما) اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها للشبهة لاحتمال أن تكون صادقة في دعوى النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها الحد تعدى الى جانب الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم توجد وعلى هذا اذا أقرت المرأة

بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أوادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة فادعت المرأة الاستكراه يحد الرجل بالاتفاق فرق بين هذا و بين الاول (ووجه) الفرق ان المرأة في الفصل الاول أنكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى الى جانب الآخر وههنا أقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى الى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما انا لو تيقنا بالاكراه يقام الحد على الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح في الفصل الاول لا يقام الحد على الرجل والله تعالى أعلم (ومنها) رجوع الشهود بعد القضاء قبل الامضاء لان رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا الاحكام المتعلقة برجوع الشهود في باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد الامضاء بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن الشهادات (ومنها) بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الامضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم (ومنها) موتهم في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الاقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة (وأما) اعتراض ملك النكاح أو ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامرأة ثم تزوجها أو بجارية ثم اشتراها عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه ثلاث روايات روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى أبو يوسف عنه أنه يسقط وروى الحسن عنه أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط (وجه) رواية الحسن أن البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل أنها اذا وطئت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل البضع والبدل انما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة و بضع الامة يصير مملوكا للمولى بالشراء ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة فصار كالسارق اذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الامضاء (وجه) رواية أبي يوسف أن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق اذا ملك المسروق (وجه) رواية محمد رحمه الله ان الوطء حصل زنا محضا لمصادفته محلا غير مملوك له فحصل موجبا للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطا لاقتصاره على حالة ثبوته لانه يثبت بالنكاح والشراء وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به الى وقت وجود الوطء فبقي الوطء خاليا عن الملك فبقي زنا محضا موجبا للحد بخلاف السارق اذا ملك المسروق لان هناك وحد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لان الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصما بملك المسروق لذلك افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب جارية فزنا بها فماتت روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان عليه الحد وقيمة الجارية وروى الحسن عنهما ان عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخي ان هذا أصح الروايتين (وجه) رواية أبي يوسف ان الضمان لا يجب الا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد (وجه) رواية الحسن ان الضمان لا يجب بعد الهلاك وانما يجب في آخر جزء من أجزاء الحياة وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند الى وقت وجود السبب ولان حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصوداً بمبادلة مقصودة والملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت وانه يمنع وجوب الحد ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية لان ملك الضمان في الحرة لا يوجب ملك المضمون لان المحل لا يحتمل التملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الامة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود اذا اجتمعت فالاصل في أسباب الحدود اذا اجتمعت أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد الى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر ان لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وان أمكن استيفاؤها فان كان في اقامة شيء منها اسقاط البواقي يقام ذلك درأ للبواقي

لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى يقام الكل جمعا بين الحقين فى الاستيفاء واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان قذف انسانا بالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم أتى به الى الامام بدأ الامام بحد القذف فيضرب به لانه حق الله عز شانه من وجه وماسواه حقوق العباد على الخلوص فيقدم استيفاؤه ثم يستوفى حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى فلا يسقط ثم اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب ثم الامام بالخيار فى البداية ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم انما ثبت باجماع مبنى على الاجتهاد أو على خبر الواحد ولا شك أن الثابت بنص الكتاب آكد ثبوتا ولا يجمع ذلك كله فى وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برأ من الاول لان الجمع بين الكل فى وقت واحد يفضى الى الهلاك ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدرأ عنه ماسوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم فى الاستيفاء وفى اقامة حد الرجم اسقاط البواقى فيقام درأ للبواقى لان الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ الا أنه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذا لو كان مع هذه الحدود قصاص فى النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدرأ ماسوى ذلك وانما بدئ بحد القذف دون القصاص الذى هو خالص حق العبد لان فى البداية بالقصاص اسقاط حد القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدأ بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ماسوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل الا أنه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع القصاص فى النفس قصاص فيما دون النفس يحد حد القذف يقتص فيما دون النفس ويقتص فى النفس ويلغى ماسوى ذلك ولو لم يكن فى الحدود حد القذف ويقتص فيما دون النفس ثم يقتص فى النفس ويلغى ماسوى ذلك ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ماسوى ذلك لان تقديم القصاص على الحدود فى الاستيفاء واجب ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فتسقط ضرورة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود فالحد ان كان رجما فاذا قتل يدفع الى أهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى فيغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رجم ماعزا فقال عليه الصلاة والسلام اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلدا فحكم المحدود وغيره سواء فى سائر الاحكام من الشهادة وغيرها الا المحدود فى القذف خاصة فى أداء الشهادة فانه تبطل شهادته على التأبيد حتى لا تقبل وان تاب الا فى الديانات عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة وفروعها فى كتاب الشهادات والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما التعزير فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب وجوب التعزير وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان قدره وفى بيان وصفه وفى بيان ما يظهر به (أما) سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر فى الشرع سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن آذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له ياخبيث يافاسق ياسارق يافاجر يا كافر يا آكل الربا ياشارب الخمر ونحو ذلك فان قال له يا كلب ياخنزير ياحمار ياثور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان فى النوع الاول انما وجب التعزير لانه ألحق العار بالمقذوف اذ الناس بين مصدق ومكذب فعزر دفعا للعار عنه والقاذف فى النوع الثانى ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو كافرا بالغا أو صبيا بعد أن يكون عاقلا لان هؤلاء من أهل العقوبة الا الصبى العاقل فانه

يعزر تأديبا لاعقوبة لانه من أهل التأديب ألا ترى الى ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لانها تستدعى الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية بخلاف المجنون والصبي الذى لا يعقل لانهما ليسامن أهل العقوبة ولا من أهل التأديب

﴿فصل﴾ وأما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يافاسق ياخبيث ياسارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام وعلى هذا يحمل قول سيدنا عمر رضى الله عنه لعبادة بن الصامت ياأحمق ان ذلك كان على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضى الله عنه لا بأحد فضلا عن الصحابى ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال التعازير على أربعة مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقون والقواد وتعزير أشراف الاشراف وهم العلوية والفقهاء وتعزير الاوساط وهم السوقة وتعزير الاخساء وهم السفلة فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضى أمينه اليه فيقول له بلغنى أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف بالاعلام والجر الى باب القاضى والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط الاعلام والجر والحبس وتعزير السفلة الاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس فى الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية فى جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه كما اذا قال لصبى أو مجنون يازانى أولذمية أو أم ولد يازانية فالتعزير فيه بالضرب و يبلغ أقصى غاياته وذلك تسعة وثلاثون فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف خمسة وسبعون وفى رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول محمد عليه الرحمة مضطرب ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله والحاصل أنه لا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين الا أن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور فى الحديث على الاحرار وزعم أنه الحد الكامل لا حد المماليك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل فى كل باب ولان الاحرار هم المقصودون فى الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال فى رواية ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به وفى رواية قال ينقص منها خمسة وروى ذلك أثرا عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال يعزر خمسة وسبعين قال أبو يوسف رحمه الله فقلدته فى نقصان الخمسة واعتبرت عنه أدنى الحدود و روى عنه أنه قال أخذت كل نوع من بابه وأخذت التعزير فى اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه وأبو حنيفة صرفه الى حد المماليك وهو أربعون لانه ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما وأربعون حد كامل فى المماليك فينصرف اليه ولان فى الحمل على هذا الحد أخذا بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ماقاله أبو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ماقاله أبو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه أراد به حد المماليك فيصير مبلغاً غير الحد الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ واما صفته فله صفات منها انه أشد الضرب واختلف المشايخ فى المراد بالشدة المذكورة قال بعضهم أريد بها الشدة من حيث الجمع وهى ان يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة فى نفس الضرب وهو الايلام ثم انما كان أشد الضرب لوجهين أحدهما انه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام الحدود كفارات لاهلها فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الاشد أزجر فكان فى تحصيل ماشرع له أبلغ والثانى انه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد فى الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر ومنها انه يحتمل العفو

والصلح والابراء لانه حق العبد خالصا فتجرى فيه هذه الاحكام كما تجرى فى سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل لان حقوق العبد لا تحتمل التداخل بخلاف الحدود ويؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس لتعديل الشهود اما التكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان التوثيق ملائماً له بخلاف الحدود على أصل أبى حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزيرا فى نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود فانه يحبس فيها لتعديل الشهود لان الحبس لا يصلح حدا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به فنقول انه يظهر به سائر حقوق العباد من الاقرار والبينة والنكول وعلم القاضى ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى كما فى سائر حقوق العباد وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله لا يقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل فى القصاص وغيره بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب السرقة ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضى والى معرفة حكم السرقة

﴿ فصل ﴾ أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى الا من استرق السمع سمى سبحانه وتعالى أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولهذا يسمى الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة أو نهبة أو خلسة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لا سرقة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة لا شىء فيها وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع على نباش ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو فى الحرز قبل أن يخرجه فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروى عن زفر رحمه الله أنه لا يقطع (وجه) قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمى ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز فلا يكون سرقة (ولنا) ان المال فى حكم يده ما لم تثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى اليه فلا قطع على واحد منهما (أما) الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز (وأما) الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو ناول صاحبا له مناولة من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز (وجه) قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد أقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال فى يده (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا فى المسئلة المتقدمة أنه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج وأخذه لانه لما لم تثبت عليه يد غيره فهو فى حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده فى الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما فى قول أبى حنيفة وقال

أبو يوسف أقطعهما جميعا (أما) عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلعدم الاخراج من الحرز بحققه أنه لو أخرج يده وناول صاحبا له لم يقطع فعند عدم الاخراج أولى والوجوب عليه على أصل أبي يوسف رحمه الله لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة (وأما) الكلام في الخارج فمبنى على مسئلة أخرى وهي ان السارق اذا نقب منزلا وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافا وقال أبو يوسف في الاملاء أقطع ولا ابالي دخل الحرز أو لم يدخل وعلى هذا الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع (وجه) قوله ان الركن في السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال اذا كان اللص ظريفا لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفا قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لان به تتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ألا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت آخر فضاعت لم يضمن وكذا اذا أذن لانسان في دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع وان لم يأذن له بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى هذا اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع لان كل بيت حرز على حدة فكان الاخراج منه اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج به الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدار المختلفة في محلة واحدة ولو نقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما اخرج به الى السكة حملاه جميعا ينظر ان عرف الداخل منهما بعينه قطع لانه هو السارق لوجود الاخذ والاخراج منه ويعزر الخارج لانه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول ويعزران أما الخارج فلما ذكرنا وأما الداخل فلارتكابه جناية لم يستوف فيها الحد لعذر فتعين التعزير ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لانه ان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة والله تعالى أعلم وأما التسبب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعا ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فالقياس ان لا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعا (وجه) القياس ان ركن السرقة لا يتم الا بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فمعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب (وجه) الاستحسان ان الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقين وترصدهم للدفع فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا ولان الحامل عامل لهم فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى السارق وبعضها يرجع الى المسروق وبعضها يرجع الى المسروق منه

و بعضها

و بعضها يرجع الى المسروق فيه وهو المكان أما مايرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهى العقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام ان القلم مرفوع عنهما وفى ايجاب القطع اجراء القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة فيستدعى جناية وفعلهما لا يوصف بالجنايات ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود كذا هذا و يضمنان السرقة لان الجناية ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يجن مدة و يفيق أخرى فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان سرق في حال الافاقة يقطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون هو الذي تولى إخراج المتاع درئ عنهم جميعاً وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعاً الا الصبي والمجنون (وجه) قوله ان الاخراج من الحرز هو الاصل في السرقة والاعانة كالتابع فاذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع فاذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل (وجه) قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على أحد كالعامد مع الخاطئ اذا اشتركا في القطع او في القتل وقوله الاخراج أصل في السرقة مسلم لكنه حصل من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي والمجنون كاخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه انه لا قطع على أحد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يدرأ عن ذي الرحم المحرم و يجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع على أحد فاما الذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الانثى لقوله تعالى عز شأنه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكذلك الحرية فيقطع العبد والامة والمدبر والمكاتب وأم الولد لعموم الآية الشريفة و يستوى الآبق وغيره لما قلنا وذكر في الموطأ ان عبداً لعبدالله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما سرق وهو آبق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص رضى الله عنه ليقطع يده فأبى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الآبق اذا سرق فقال عبد الله في أي كتاب الله تعالى عز شأنه وجدت هذا أن العبد الآبق اذا سرق لا تقطع يده فامر به عبد الله رضى الله عنه فقطعت يده ولان الذكورة والحرية ليست من شرائط سائر الحدود فكذا هذا الحد وكذا الاسلام ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم آية السرقة

﴿ فصل ﴾ وأما مايرجع الى المسروق فأنواع (منها) ان يكون مالا مطلقا لا قصور في ماليته ولا شبهة وهو ان يكون مما يتموله الناس و يعدونه مالا لان ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم ومالا يتمولونه فهو تافه حقير وقد روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وهذا منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل في الحرز لان التافه لا يحرز عادة أولا يحرز احراز الخطر والحرز المطلق شرط على ماذكر وكذا تخل في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان أخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة في الركن والشبهة في باب الحدود ملحقة بالحقيقة و يخرج على هذا مسائل اذا سرق صبيا حراً لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبياً عبداً لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف رحمه الله لا يقطع (ووجهه) ان العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه آدمى من وجه فكان محل السرقة من وجه دون وجه فلا تثبت المحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل (ولنا) انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة كالبهيمة وكونه آدميا لا ينفى كونه مالا فهو آدمى من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافى فيتعلق القطع بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يد نفسه فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافى فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة او جلد ميتة لم يقطع لانعدام المال

ولا يقطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يظنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها عندهم بل يعدون الظنة بها من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع فى التراب والطين والجص واللبن والنورة والآجر والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب و بين الخشب حيث سوى فى التراب بين المعمول منه وغير المعمول وفرق فى الخشب لان الصنعة فى الخشب أخرجته عن حد التفاهة والصنعة فى التراب لم تخرجه عن كونه تافهاً يعرف ذلك بالرجوع الى عرف الناس وعاداتهم ومن أصحابنا من فصل فى الجواب فى الزجاج بين المعمول وغير المعمول كما فى الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع اليه الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع فى الخشب الا اذا كان معمولا بان صنع منه أبوابا أو آنية ونحو ذلك ما خلا الساج والقنا والابنوس والصندل لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافها وبالصنعة يخرج عن التفاهة فيتمول وأما الساج والابنوس والصندل فأموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت أموالا مطلقة (وأما) العاج فقد ذكر محمد أنه لا يقطع الا فى المعمول منه وقيل هذا الجواب فى العاج الذى هو من عظم الجمل فلا يقطع الا فى المعمول منه لانه لا يتمول لتفاهته و يقطع فى المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم الفيل فلا يقطع فيه أصلا سواء كان معمولا أو غير معمول لان الفقهاء اختلفوا فى ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع به فاوجب ذلك قصوراً فى المالية ولا قطع فى قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا فى الخشب ولا قطع فى القرون معمولة كانت أو غير معمولة وقال أبو يوسف ان كانت معمولة وهى تساوى عشرة دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فوضوع المسئلة على قول أبى حنيفة رحمه الله فى قرون الميتة لأنها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقهاء فى ماليتها وجواب أبى يوسف رحمه الله فى قرون المذكى فلم يوجب القطع فى غير المعمول منها لانها من أجزاء الحيوان وأوجب فى المعمول كما فى الخشب المعمول وعن محمد فى جلود السباع المدبوغة أنه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة أو بساطا قطع لان غير المعمول منها من أجزاء الصيد ولا قطع فى الصيد فكذا فى أجزائه و بالصنعة صارت شيأ آخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على أن محمدا لم يعتد بخلاف من يقول من الفقهاء ان جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع فى البوارى لانها تافهة لتفاهة أصلها وهو القصب ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد ولا فى سرقة الملاهى من الطبل والدف والمزمار ونحوها لان هذه الاشياء مما لا يتمول أو فى ماليتها قصور ألا ترى أنه لا ضمان على كاسر الملاهى عند أبى يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقهاء ولو سرق مصحفاً أو صحيفة فيها حديث أو عربية أو شعر فلا قطع وقال أبو يوسف يقطع اذا كان يساوى عشرة دراهم لان الناس يدخرونها و يعدونها من نفائس الأموال (ولنا) أن المصحف الكريم يدخر لا للتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول (وأما) دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصابا لان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغد وكذلك الدفاتر البيض اذا بلغت نصابا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كل ما يوجد جنسه تافهاً مباحا فى دار الاسلام فلا قطع فيه لان كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر فلا يتموله الناس فكان تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما نذكر ان شاء الله تعالى وعن أبى حنيفة أنه لا قطع فى عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشياء مباحة الجنس فى دار الاسلام وهى تافهة وروى عن أبى يوسف أنه لا يقطع فى العفص والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع فى طير ولا صيد وحشيا كان أو غيره لان الطير لا يتمول عادة وقد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله عنهما أنهما قالا لا قطع فى الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيودا فلا قطع على سراقه لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج

النباش أنه لا يقطع فيما أخـذ من القبور فى قولهما وقال أبو يوسف يقطع (وجـه) قوله أنه أخذ مالا من حرز مثله فيقطع كما لو أخذ من البيت ولهما ان الكفن ليس بمال لانه لا يتمول بحال لان الطباع السليمة تنفر عنه أشد النفار فكان تافها ولئن كان مالا ففى ماليته قصور لانه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى والقصور فوق الشبهـة ثم الشبهـة تنفى وجوب الحد فالقصور أولى روى الزهرى انه قال أخذ نباش فى زمن مروان بالمدينة فاجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون أنه لا يقطع وعلى هذا يخرج سرقة مالا يحتمل الادخار ولا يبقى من سـنة الى سنة بل يتسارع اليـه الفساد انه لا قطع فيه لان مالا يحتمل الادخار لا يعـد مالا فلا قطع فى سرقـة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة فى قولهما وعند أبى يوسف يقطع (وجه) قوله انه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق فكان مالا فيقطع كما فى سائر الاموال ولهما ان هذه الاشياء مما لا يتمول عادة وان كانت صالحـة للانتفاع بها فى الحال لانها لا تحتمل الادخار والامساك الى زمان حدوث الحوائج فى المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت تافهة ولو سرق تمراً من نخل أو شجر آخر معلقاً فيه فلا قطع عليه وان كان عليه حائط استوثقوا منه واحرزوه أو هناك حائط لان ما على رأس النخل لا يعد مالا ولانه ما دام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليـه الفساد وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع فى ثمر ولا كثر قال محمد الثمر ما كان فى الشجر والكثر الجمار فان كان قد جذ الثمر وجعله فى جرين ثم سرق فان كان قـد استحكم جفافه قطع لانه صار مالا مطلقاً قابلا للادخار واليـه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع فى ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فاذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع لانه لا يؤويه الجرين ما لم يستحكم جفافـه عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليـه الفساد فكان مالا مطلقا وكذلك الحنطة اذا كانت فى سنبلها فهى بمنزلة الثمر المعلق فى الشجر لان الحنطة ما دامت فى السنبل لا تعـد مالا ولا يستحكم جفافها أيضاً (وأما) الفاكهة اليابسة التى تبقى من سنة الى سنة فالصحيح من الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقطع فيما يتمول الناس اياها لقبولها الادخار فانعدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروى عنه أنه سوى بين رطب الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلـة باصلها لا يقطع لان أصـل النخلة مما لا يتمول فكان تافها وروينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع فى ثمر ولا كثر وقيل فى تفسير الكثر انه النخل الصـغار ويقطع فى الحناء والوسمة لانه لا يتسارع اليـه الفساد فلم يختل معـنى الماليـة ولا قطع فى اللحم الطرى والصفيق لانه يتسارع اليه الفساد وكذلك لا قطع فى السمك طريا كان أو مالحا لان الناس لا يعدونه مالا لتفاهتـه ولتسارع الفساد الى الطرى منه ولما انه يوجـد جنسه مباحاً فى دار الاسـلام ولا قطع فى اللبن لانه يتسارع اليـه الفساد فكان تافهاً ويقطع فى الخل والدبس لعدم التفاهة ألا ترى أنه لا يتسارع اليهما الفساد ولا قطع فى عصير العنب ونقيع الزبيب ونبيـذ التمر لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافهاً كاللبن ولا قطع فى الطلاء وهو المثلث لانه مختلف فى اباحتـه وفى كونه مالا فكان قاصراً فى معـنى المالية وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من نقيع الزبيب ونبيـذ التمر لاختلاف الفقهاء فى اباحة شربه وأما المطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب فلا شك انه لا قطع فيه لانه حرام فلم يكن مالا ويقطع فى الذهب والفضة لانهـما من أعز الاموال ولا تفاهة فيهما بوجـه وكذلك الجواهر واللآلئ لما قلنا وبهذا تبين أن التعويل فى هذا الباب فى منع وجوب القطع على معـنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحة الجنس لان ذلك موجود فى الذهب والفضة والجواهر واللآلئ وغيرها ويقطع فى الحبوب كلها وفى الادهان والطيب كالعود والمسك وما أشـبه ذلك لانعدام معـنى التفاهة ويقطع فى الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع فى جميع الاوانى من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه أو الحديد نفسه أو الرصاص لعزة هذه الاشياء وخطرها فى أنفسها كالذهب والفضة ومنها أن يكون متقوما مطلقا فلا يقطع فى سرقة الخمر من مسلم مسلما كان السارق أو ذمياً لانه لا قيمة للخمر فى حق المسلم وكذا الذمى اذا سرق من ذمى خمراً أو خنزيراً لا يقطع

لانه وان كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا يقطع فى المباح الذى ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون مملوكا فى نفسه فلا يقطع فى سائر المباحات التى لا يملكها أحد وان كانت من نفائس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم المالك وعلى هذا أيضا يخرج النباش على أصل أبى حنيفة ومحمد أنه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو اما أن يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من أهل الملك ولا وجه للثانى لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا أصلا ومنها أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا تأويل الملك أو شبهته لان المملوك أو ما فيه تأويل الملك أو الشبهة لا يحتاج فيه الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستسرار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله فى آية السرقة جزاء بما كسبا نكالا من الله فيستدعى كون الفعل جناية محضة وأخذ المملوك للسارق لا يقع جناية أصلا فالاخذ بتأويل الملك أو الشبهة لا يتمحض جناية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا فنقول لا قطع على من سرق ما أعاره من انسان أو آجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن فى يد العدل فسرقه المرتهن أو الراهن فلا قطع على واحد منهما أما الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع بأخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطئه الجارية المرهونة وان منع من الوطء (وأما) المرتهن فلان يد العدل يده من وجه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا بينه وبين المسروق منه لان المسروق ملكهما على الشيوع فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القطع بأخذه فلا يجب بأخذ الباقى لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال الخمس لان له فيه ملكا وحقا ولو سرق من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا قطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما فى يده لا يقطع أيضا (أما) على أصلهما فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك ألا ترى أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضاء دينه من مال آخر فكان فى معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يجز له أن يتزوجها فيورث شبهة أو نقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه أيضا لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء والغرماء لا يملكون أيضا فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقته كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجه أو فيه شبهة الملك له ألا ترى أنه لو كان جارية لا يحل له أن يتزوجها والملك من وجه أو شبهة الملك يمنع وجوب القطع مع ما أن هذا املك موقوف على المكاتب وعلى مولاه فى الحقيقة لانه ان ادى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه أخذ مال نفسه وان عجز فرد فى الرق تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده لان له فى مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر الاضافة اليه بلام التمليك يقتضى ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل فى الملك من وجه فيثبت أو يثبت لشبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة فى وجوبه (وأما) السرقة من سائر ذى الرحم المحرم فلا توجب القطع أيضا لكن لفقد شرط آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو دخل لص دار رجل فأخذ ثوبا فشقه فى الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم مشقوقا يقطع فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع ولو أخذ شاة فذبحها ثم أخرجها مذبوحة لا يقطع بالاجماع (وجه) قوله أن السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على أصل أصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان المسروق شاة فذبحها ثم أخرجها كذا هذا ولهما أن السرقة تمت فى ملك

المسروق

المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا ذلك لان الثوب المشقوق لا يزول عن ملكه مادام مختار اللعين وانما يزول عند
اختيار الضمان فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقا ثوبا قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا نقول في
الشاة أن السرقة تمت في ملك المسروق منه الا انها تمت في اللحم ولا قطع في اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل
الاختيار ممنوع فاذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب اليه لا يقطع لانه عند اختيار الضمان ملكه من حين وجود
الشق فتبين أنه أخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه قال
موضوع المسئلة أنه شق الثوب عرضا فاما لو شقه طولا فلا قطع لانه بالشق طولا خرقه خرقا متفاحشا فيملكه
بالضمان وذكر ابن سماعة أن السارق اذا خرق الثوب تخريقا مستهلكا وقيمته بعد تخريقه عشرة أنه لا قطع عليه في قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا يؤيد قول الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان التخريق اذا وقع استهلاكا
أوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم يقع استهلاكا كان وجوب الضمان فيه موقوفا على اختيار
المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريم له
عليه عشرة أنه لا يقطع لانه ملك المأخوذ بنفس الاخذ فصار قصاصا بحقه فلم يبق في حق هذا المال سارقا فلا يقطع ولو
كان المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل بالاستبدال والبيع فكان سارقا ملك غيره
فيقطع كالاجنبي الا اذا قال أخذته لاجل حقي على ما نذكر وههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها الى أصل آخر هو
أولى بالتخريج عليه وسنذكره ان شاء الله تعالى بعد منها أن يكون معصوما ليس للسارق فيه حق الاخذ ولا تأويل
الاخذ ولا شبهة التناول لان القطع عقوبة محضة فيستدعي جناية محضة وأخذ غير المعصوم لا يكون جناية أصلا وما
فيه تأويل التناول أو شبهة التناول لا يكون جناية محضة فلا تناسبه العقوبة المحضة ولان ما ليس بمعصوم يؤخذ
مجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل في ركن السرقة واذا عرف هذا فنقول لا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد
ولا في المباح المملوك وهو مال الحربي في دار الحرب (وأما) مال الحربي المستأمن في دار الاسلام فلا قطع فيه
استحسانا والقياس أن يقطع (وجه) القياس انه سرق مالا معصوما لان الحربي استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمي
ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمي (وجه) الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربي المستأمن
من اهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام ليقضي بعض حوائجه ثم يعود عن قريب فكونه من أهل دار الحرب
يورث شبهة الاباحة في ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة في دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصا ولانه كان مباحا وانما
تثبت العصمة بعارض أمان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الاصل المعهود ان كل
عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمي لانه من
أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة
وبخلاف ضمان المال لان الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا
لا قطع على الحربي المستأمن في سرقة مال المسلم أو الذمي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه أخذه على اعتقاد الاباحة
ولذا لم يلتزم أحكام الاسلام وعند أبي يوسف يقطع والخلاف فيه كالخلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال
الباغي لان ماله ليس بمعصوم في حقه كنفسه ولا الباغي في سرقة مال العادل لانه أخذه عن تأويل وتأويله وان كان
فاسدا لكن التأويل الفاسد عند انضمام المنعة اليه ملحق بالتأويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا الحق به في
حق منع وجوب القصاص والحد والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه ان الامر
لا يخلو اما ان كان سرق منه من جنس حقه واما ان كان سرق منه خلاف جنس حقه فان سرق جنس حقه بان سرق
منه عشرة دراهم وله عليه عشرة فان كان دينه عليه حالا لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس حقه ومن له الحق
اذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه واذا أخذه يصير مستوفيا حقه وكذلك اذا سرق منه أكثر من مقدار حقه لان

بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فالقياس أن يقطع وفي الاستحسان لا يقطع (وجه) القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل ألا ترى ان للغريم ان يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبي (وجه) الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فسبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تأثير التأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق منه دنانير او عروضا قطع هكذا أطلق الكرخي رحمه الله وذكر في كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال أخذت لاجل حقي لا يقطع فيحمل مطلق قول الكرخي على المطلق وهو ما اذا سرق ولم يقل أخذت لاجل حقي لانه اذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه ألا ترى أنه لا يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضي ولم يتأول الاخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق وهذا يدل على انه لا يعيد بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لانه قول لم يقل به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا فاؤذنا للشبهة واذا قال أخذت لاجل حقي فقد أخذه متأولا لانه اعتبر المعنى وهي المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع ولو أخذ صنفا من الدراهم أجود من حقه أو أردأ لم يقطع لان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف ألا يرى أنه لو رضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدلا حتى يجوز في الصرف والسلم مع أن الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما في الدين المؤجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم أو حليا من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه الا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا واستبدالا فأشبه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض أو الحلي ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من العين فان هذا يقطع أيضا لان المقاصد انما تقع بعد الاستهلاك فلا يوجب سوى القطع ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير أمره فصار كالاجنبي حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فان لم يكن على العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه فكان له حق أخذه وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجنبي ولو سرق من غريم ابيه أو ولده يقطع لانه لا حق له فيه ولا في قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له كما في دين نفسه والله تعالى أعلم وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبي حنيفة انه لا قطع فيه لان له تأويل الاخذ اذ الناس لا يضنون ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فاخذه الآخذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار وجميع آلات الملاهي لان آخذها يتأول انه يأخذها منع المالك عن المعصية ونهيه عن المنكر وذلك مأمور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضة لما قلنا وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حرز لانه يتأول انه أخذه للكسر (وأما) الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تأويل له في الاخذ للمنع من العبادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق في مال ثم سرقه منه سارق آخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست يدا صحيحة لما نذكره ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام فيه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث المالك فيه ما يوجب تغييره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف وبه أخذ الشافعي رحمهم الله (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فمبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسنذكر

تقريرهذا الاصل في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الكلام مع أبي يوسف (وجه) ماوى أن المحل وان سقطت قيمته الثابتة حقا للمالكية في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك ألا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو أتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع (ولنا) أن العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة ولانه سقط تقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى ألا ترى أنه لو أتلفه لا يضمن وأثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يسقط بالشبهة لما بيناهذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير (فاما) اذا احدث المالك فيه حدثا يوجب تغيره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فالاصل فيه أنه لو فعل فيه مالو فعله الغاصب في المغصوب لا وجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فعل ذلك فقد تبدلت العين وتصير في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم تتبدل وعلى هذا يخرج مااذا سرق غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا فعاد فسرقه أنه يقطع لان المسروق قد تبدل ألا ترى أنه لوكان مغصوبا لانقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ورد الى المالك فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم تتبدل ألا ترى أنه لو فعله الغاصب لا ينقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلا ثم سرقه السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا ينقطع حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ورد ها على المالك فولدت ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز والاصل في اعتبار شرط الحرز ماروى في الموطأ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لاقطع في ثمر ولا كثر حتى يؤيه الجرين فاذا أواه الجرين ففيه القطع علق عليه الصلاة والسلام القطع بايواء المراح والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل أن الحرز شرط ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة ولان القطع وجب لصيانة الاموال على أربابها قطعا لاطماع السراق عن أموال الناس والاطماع انما تميل الى ماله خطر في القلوب وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الاطماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع وبهذا لم يقطع فيما دون النصاب وماليس بمال متقوم محتمل الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره (أما) الحرز بنفسه فهو كل بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا بالاذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق (وأما) الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء ان لم يكن هنالك حافظ وان كان هنالك حافظ فهو حرز ولهذا سمى حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم سواء وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه لانه عليه الصلاة والسلام علق القطع بايواء المراح والجرين من غير شرط وجود الحافظ وروى ان صفوان رضى الله عنه كان نائما في المسجد متوسدا بردائه فسرقه سارق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعى الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سواء كان ثمة حافظ أولى لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب أولا باب له بعد أن كان محجوزا بالبناء لان البناء يقصد به الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسواء كان الحافظ مستيقظا في ذلك المكان أو نائما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعا ولا يمكن الاخذ الا بفعله ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قطع سارق صفوان وصفوان كان نائما ولو أذن لانسان بالدخول في داره فسرق المأذون له بالدخول شيأ منها لم يقطع

وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائما عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من أن تكون
حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولانه لما أذن له بالدخول فقد صار فى حكم أهل الدار فاذا أخذ شيأ فهو خائن
وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون
فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق فى الدار أو من صندوق فى بعض البيوت وهو مقفل عليه اذا كان البيت من جملة
الدار المأذون فى دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من أن تكون حرزا فى حقه فكذلك
بيوتها وما روى ان أسود بات عند سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنه فسرق حليا لهم فيحتمل أن يكون مسروقا من
دار النساء لا من دار الرجال والداران المختلفان اذا أذن بالدخول فى احداهما لا تصير الاخرى مأذونا بالدخول فيها
والمحتمل لا يكون حجة وروى عن أبى يوسف أنه قال فى رجل كان فى حمام أو خان وثيابه تحت رأسه فسرقها سارق
انه لا قطع عليه سواء كان نائما أو يقظانا وان كان فى صحراء وثوبه تحت رأسه قطع وكذلك روى عن محمد فى رجل
سرق من رجل وهو معه فى الحمام أو سرق من رجل وهو معه فى سفينة أو نزل قوم فى خان فسرق بعضهم من بعض انه
لا قطع على السارق وكذلك الحانوت لان الحمام والخان والحانوت كل واحد حرز بنفسه فاذا أذن للناس فى دخوله
خرج من أن يكون حرزا فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزا بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا يقطع لان
الناس لم يؤذنوا بالدخول فيه ليلا فأما الصحراء أو المسجد وان كان مأذون الدخول اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ
ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا فى السارق من المسجد اذا كان ثمة حافظ يقطع وان لم يخرج
من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التى فيها الحافظ هى الحرز لا كل المسجد فاذا
انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع (فأما) الدار فانما صارت حرزا بالبناء فما لم يخرج منها لم يوجد الانفصال
من الحرز وروى عن محمد فى رجل سرق فى السوق من حانوت فتح رب الحانوت وقعد للبيع وأذن للناس بالدخول
فيه انه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شئ لم يقطع لانه لما أذن للناس بالدخول فيه فقد أخرج الحانوت من
أن يكون حرزا فى حقهم وكذلك ان أخذ من بيت قبة أو صندوق فيه مقفل لان الحانوت كله حرز واحد كالدار على
ما مر وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه قال فى رجل بأرض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه
رجل شيأ أو سرق الجوالق فانى اقطعه لان الجوالق بما فيها محرز بالحافظ فيستوى أخذ جميعه وأخذ بعضه وكذلك
اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه ونام عنده يحفظه انه يقطع وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان ملفوفا كان محرزا
بالحافظ كالباب المقلوع اذا كان فى الدار فسرقه سارق واذا كان الفسطاط مضروبا كان حرزا بنفسه فاذا سرقه فقد
سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق
وأخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان أخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه أخذ نفس الحرز وكذلك اذا سرق
الجمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل لان الجمل ليس بمحرز وان ركبه صاحبه فلم يكن الجمل
حرزا للجوالق فاذا أخذ الجوالق فقد أخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعى بعيرا أو بقرة أو شاة لم يقطع سواء كان
الراعى معها أو لم يكن وان سرق من العطن أو المراح الذى يأوى اليه يقطع اذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ غير ان
الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة قادها قودا حتى أخرجها أو ساقها سوقا حتى أخرجها أو ركبها حتى
أخرجها لان المراعى ليست بحرز للمواشى وان كان الراعى معها لان الحفظ لا يكون مقصودا من الرعى وان كان قد
يحصل به لان المواشى لا تجعل فى مراعيها للحفظ بل للرعى فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن أو المراح فان ذلك
يقصد به الحفظ ووضع له فكان حرزا وقال عليه الصلاة والسلام فى حريسة الجبل غرامة مثليها وجلدات نكالا فاذا
آواها المراح وبلغت قيمتها ثمن المجن ففيها القطع والله تعالى أعلم ولا يقطع عبد فى سرقة من مولاه مكاتبا كان العبد أو
مدبرا أو تاجرا عليه دين أو أم ولد سرقت من مال مولاها لان هؤلاء مأذونون بالدخول فى بيوت ساداتهم للخدمة فلم

يكن بيت مولاهم حرزا فى حقهم وذكر فى الموطأ ان عبدالله بن سيدنا عمر والحضرمى جاآ الى عمر رضى الله عنه بعبدله
فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وماسرق قال مرآة لامرأتى ثمنها ستون درهما فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أرسله ليس
عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على
ضيف سرق متاع من أضافه ولا على أجير سرق من موضع أذن له فى دخوله لان الاذن بالدخول أخرج الموضع من أن
يكون حرزا فى حقه وكذا الاجير اذا أخذ المتاع المأذون له فى أخذه من موضع لم يأذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الاذن
بأخذ المتاع يورث شبهة الدخول فى الحرز ولان الاذن بالاخذ فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا أولى ولو سرق
المستأجر من المؤاجر وكل واحد منهما فى منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة فى الحرز وأما المؤاجر اذا سرق
من المستأجر فكذلك يقطع فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا يقطع (وجه) قولهما أن الحرز ملك السارق
فيورث شبهة فى درء الحد لانه يورث شبهة فى اباحة الدخول فيختل الحرز فلا قطع (وجه) قول أبى حنيفة أن معنى
الحرز لا تعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معد للاحراز يمنع من الدخول فيه الا بالاذن وقد وجد لان المؤاجر ممنوع عن
الدخول فى المنزل المستأجر من غير اذن فاشبه الاجنبى ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان
بينهما ولاد أولا وقال الشافعى فى الوالدين والمولودين كذلك فاما فى غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وقد
ذكرنا المسئلة فى كتاب العتاق والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل فى منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة
الاذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل يفضى الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضى الى
الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف
لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه والكلام على نحو الكلام فيما تقدم فيما اذا كان فيهم صبى أو مجنون وقد ذكرناه
فيما تقدم ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباسطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة فى هذه
القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تجب صيانتها عن القطيعة ولهذا لم يجب فى العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذى
محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذى سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائنا من
كان وقال أبو يوسف اذا سرق من أمه من الرضاع لا يقطع (وجه) قوله أن المباسطة بينهما فى الدخول ثابتة عرفا
وعادة فان الانسان يدخل فى منزل أمه من الرضاع من غير اذن كما يدخل فى منزل أمه من النسب بخلاف الاخت من
الرضاع ولهما أن الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من أم موطوءته ولهذا
يقطع فى الاخت من الرضاع ولو سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من حليلة ابنه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها
ينظر ان سرق مالهم من منزل من يضاف السارق اليه من أبيه وأمه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف لانه مأذون
بالدخول فى منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا فى حقه وان سرق من منزل آخر فان كانا فيه لم يقطع بالاجماع وان كان لكل
واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع وقال أبو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل
السارق أو منزل أبيه أو ابنه وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى قول محمد مع قول أبى يوسف رحمهم الله (وجه)
قولهما أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق وبين المسروق بل كل واحد منهما اجنبى عن صاحبه فلا يمنع وجوب
القطع كما لو سرق من أجنبى آخر (وجه) قول أبى حنيفة أن فى الحرز شبهة لان حق التزاور ثابت بينه وبين قريبه لان
كون المنزل لغير قريبه لا يقطع التزاور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع
على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذى هما فيه أو من بيت آخر لان كل واحد منهما
يدخل فى منزل صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خللا فى الحرز وفى الملك أيضا وهذا عندنا وقال الشافعى
رحمه الله اذا سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت فى كتاب الشهادة
وكذلك لو سرق أحد الزوجين من عبد صاحبه أو أمته أو مكاتبه أو سرق عبد أحدهما أو أمته أو مكاتبه من صاحبه

أوسرق خادم أحدهما من صاحبه لا يقطع لانه مأذون فى الدخول فى الحرز ولوسرقت امرأة من زوجها أوسرق رجل من امرأته ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ حين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان الابانة طارئة والاصل أن لا يعتبر الطارئ مقارنا فى الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان فى الاعتبار اسقاط الحد وفى الاعتبار ههنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولوسرق من مطلقته وهى فى العدة أوسرقت مطلقته وهى فى العدة لم يقطع واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو ثلاثا لان النكاح فى حال قيام العدة قائم من وجه أو أثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه أو قيام أثره يورث شبهة ولوسرق رجل من امرأة أجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع واما ان تزوجها بعد ماقضى عليه بالقطع فان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع لم يقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرأ على الحد والمانع الطارئ فى الحد كالمقارن لان الحدود تدرأ بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها وان تزوجها بعد ماقضى بالقطع لم يقطع عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله ان الزوجية القائمة عند السرقة انما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهى شبهة عدم الحرز أو شبهة الملك فالطارئة لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار الشبهة وانها ساقطة فى باب الحدود (وجه) قول أبى حنيفة ان الامضاء فى باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الامضاء كالمعترضة على القضاء ألا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم ان المقذوف زنى قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطارئ على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء والله تعالى أعلم وذكر فى الجامع الصغير فى الطرار اذا طر الصرة من خارج الكم انه لا قطع عند أبى حنيفة رحمه الله فان أدخل يده فى الكم فطرها يقطع وقال أبو يوسف هذا كله سواء و يقطع و بتفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف و يتفق الجواب وهو أن الطر لا يخلو اما أن يكون بالقطع واما أن يكون بحل الرباط والدراهم لا تخلو اما ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة فى باطنه فان كان الطر بالقطع والدراهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع تقع على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول أبى حنيفة رحمه الله وان كانت مصرورة فى داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع فى داخل الكم فكان الطر أخذا من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول أبى يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لو حل الرباط تقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه أخذها من غير حرز وهو تفسير قول أبى حنيفة رحمه الله وان كان اذا حل تقع الدراهم فى داخل الكم وهو يحتاج الى ادخال يده فى الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول أبى يوسف والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل أيضا يخرج النباش على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز بنفسه أصلا اذ لا تحفظ الاموال فيه عادة الا ترى أنه لو سرق منه الدراهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا بنفسه ولا بغيره أو فيه شبهة عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرزا لسائر الاموال فتمكنت الشبهة فى كونه حرزا فلا يقطع ثم اختلف أنه يعتبر فى كل شئ حرز مثله أو حرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر فى كل شئ حرز مثله كالاصطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللؤلؤة من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخى فى مختصره عن أصحابنا ان ما كان حرزا للنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سريجة البقال حرزا للجواهر فالطحاوى رحمه الله اعتبر العرف والعادة وقال حرز الشئ هو المكان الذى يحفظ فيه عادة والناس فى العادات لا يحرزون الجواهر فى الاصطبل والكرخى رحمه الله اعتبر الحقيقة لان حرز الشئ ما يحرز ذلك الشئ حقيقة وسريجة البقال تحرز الدراهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت حرزا لها والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون نصابا والكلام فى هذا الشرط يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى أصل النصاب انه شرط أم لا والثانى فى بيان

قدره والثالث فى بيان صفاته (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء أنه شرط فلا قطع فيما دون النصاب وحكى عن الحسن البصرى رحمه الله أنه ليس بشرط و يقطع فى القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما من غير شرط النصاب وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده و يسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم أن من الحبال مالا يساوى دانقا والبيضة لا تساوى حبة (ولنا) دلالة النص والاجماع من الصحابة اما دلالة النص فلان الله سبحانه وتعالى أوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاء ومسارقة الاعين وانما تقع الحاجة فى الاستخفاء فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن أخذها سرقة فكان ايجاب القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة (وأما) الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الاختلاف بينهم فى التقدير واختلافهم فى التقدير اجماع منهم على أن أصل النصاب شرط و به تبين أن ما رووا من الحديث غير ثابت أو منسوخ أو يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة و بيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقا بين الدلائل والله تعالى أعلم (وأما) الكلام فى قدر النصاب فقد اختلف فيه أيضاً قال أصحابنا رضى الله عنهم انه مقدر بعشرة دراهم فلا قطع فى أقل من عشرة دراهم وقال مالك رحمه الله وابن أبى ليلى بخمسة وذكر القدورى رحمه الله عند مالك رحمه الله بثلاثين وقال الشافعى بربع دينار حتى لو سرق ربع دينار الا حبة وهو مع نقصانه يساوى عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوى عشرة لم يقطع عندنا وعنده يقطع وقيمة الدينار عندنا عشرة وعنده اثنا عشر على مانبين فى كتاب الديات احتج من اعتبر الخمسة بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع الخمسة الا بخمسة واحتج الشافعى رحمه الله بما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع يد السارق فى ربع دينار فصاعدا وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وهى قيمة ربع دينار عنده لان الدينار على أصله مقوم باثنى عشر درهما (ولنا) ماروى محمد فى الكتاب باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان لا يقطع الا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع اليد الا فى دينار أو فى عشرة دراهم وعن ابن عباس رضى الله عنه عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع السارق الا فى ثمن المجن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن أم أيمن أنه قال ماقطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ثمن المجن وكان يساوى يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد فى الاصل أن سيدنا عمر رضى الله عنه أمر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فمر به سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال ان هذا لا يساوى الا ثمانية فدرأ سيدنا عمر القطع عنه وعن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن مسعود رضى الله عنهم مثل مذهبنا والاصل أن الاجماع انعقد على وجوب القطع فى العشرة وفيما دون العشرة اختلف العلماء لاختلاف الاحاديث فوقع الاحتمال فى وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف أن النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر فى أخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة لم يقطع لفقد الشرط وعلى هذا مسائل اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فأخذ درهما من البيت فأخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ثم أخرج العشرة من الدار قطع لان هذه سرقة واحدة لان الدار مع صحنها و بيوتها حرز واحد فمادام فى الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا أخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج فى كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز فكان

كل فعل منه معتبراً بنفسه وانه سرقة مادون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك جماعة دخلوا داراً وأخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد أخرى الى صحن الدار ثم أخرجوه من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما أخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج جملة واحدة فهو سرقة واحدة فاذا تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين مختلفين بان سرق منه درهما أو تسعة لم يقطع لانهما سرقتان مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فهتك أحدهما بما دون النصاب لا يعتبر في هتك الآخر فيبقى كل واحد منهما معتبرا في نفسه ولو سرق رجل عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد قطع وان تفرق ملا كها يعتبر في ذلك حال السارق والسارق واحد فكان النصاب كاملاً وانما اعتبر حال السارق دون المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله سبحانه وتعالى وان كان عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا اخرج بالجميع من الدار لما ذكرنا أن الدار حرز واحد وقد أخرج منها نصابا كاملا فكانت السرقة واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل واحد حجرة فسرق من كل حجرة أقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجرة حرز بانفرادها والسرقات اذا اختلفت يعتبر في كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة أنفس من رجل واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد اذا سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس أنه يقطع اذا كانت الدراهم في حرز واحد لما بينا أن المعتبر جانب السارق لا جانب المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر كمال النصاب في حق السارق لا في حق المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة أو متفرقة بعد ان كان الحرز واحدا حتى لو سرق عشرة دراهم متفرقا من كل كيس درهما من عشرة أنفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا أخرجها منه فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا آخر يساوى تسعة فاخرجه لم يقطع لانه لم يبلغ المأخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفات النصاب (فمنها) أن تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة لا يقطع الا أن تكون كثيرة تبلغ قيمة عشرة جياد وكذلك المسروق من غير الدراهم اذا كان لا تبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم جياد الا يقطع لان مطلق اسم الدراهم في الاحاديث ينصرف الى الجياد (ومنها) أن يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة كذا قالوا لان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك ألا ترى أنه قدر به النصاب في الزكوات والديات وكذا الناس أجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا أوسط المقادير لان الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا جمع صغير وكبير كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو أوسط المقادير فاعتبر به لقوله عليه الصلاة والسلام خير الامور أوساطها وهل يعتبر أن تكون مضروبة ذكر الكرخي عليه الرحمة أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روى بشر عن أبي يوسف وابن سماعة عن محمد حتى لو كان تبرا قيمته عشرة دراهم مضروبة لا يقطع وروى الحسن عن أبي حنيفة عليهم الرحمة أن السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم قطع وهذا يدل على أن كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع في المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم لهما أن تقدير نصاب السرقة وقع بالدراهم أو تقويم المجن وقع بالدراهم والدراهم اسم للمضروبة والتبر ليس بمضروب ولا في معنى المضروب في المالية أيضا لانه ينقص عنه في القيمة فأشبه نقصان الوزن وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج في معاملات الناس فأجرى به التعامل بين الناس يستوى في نصابه المضروب والصحيح والمكسر كما في نصاب الزكاة فما قاله أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى القياس وما قاله أبو يوسف ومحمد أقرب الى الاحتياط في باب الحدود ثم كمال النصاب في قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا غير أم وقت السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا تظهر فيما

اذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم نقصت انه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان العين بأن دخل المسروق عيب أو ذهب بعضه (واما) ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى وان كان نقصان السعر ذكر الكرخى رحمه الله لا يقطع فى ظاهر الرواية وتعتبر قيمته فى الوقتين جميعا وروى محمد رحمه الله انه يقطع وهكذا ذكر الطحاوى رحمه الله انه تعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعى رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يؤثر فى المحل وهذا يؤثر فيه ثم نقصان العين لم يؤثر فى اسقاط القطع فنقصان السعر أولى (وجه) ظاهر الرواية على ماذكره الكرخى رحمه الله الفرق بين النقصانين (ووجه) الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان فى المسروق وقت السرقة لان العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلا فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه فى الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة وكذا اذا سرق فى بلد فأخذ فى بلد آخر والقيمة فيه أنقص ذكر الكرخى رحمه الله انه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعا فى السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوى رحمه الله تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المسروق الذى يقطع فيه فى الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا للمقصود ولا يتعلق القطع بسرقته فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله هذا ليس بشرط والاصل فى هذا أن المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك اذا كان واحد منهما مقصودا ولا يبلغ بنفسه نصابا يكمل أحدهما بالآخر ويقطع وان كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وان كان معه غيره مما يبلغ نصابا اذا لم يكن الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تابعا فى قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا سرق اناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو ماء أو لبن أو ماء ورد أو ثريد أو نبيذ أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عندهما وعند أبى يوسف يقطع (وجه) قوله أن ما فى الاناء اذا كان مما لا يقطع فيه التحق بالعدم فيعتبر أخذ الاناء على الانفراد فيقطع فيه (وجه) قولهما ان المقصود من هذه السرقة ما فى الاناء والاناء تابع ألا يرى انه لو قصد الاناء بالاخذ لا بقى ما فيه وما فى الاناء لا يجب القطع بسرقته فاذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع والى هذا أشار محمد رحمه الله فى الكتاب فقال انما أنظر الى ما فى جوفه فان كان ما فى جوفه لا يقطع فيه لم أقطعه ولو سرق ما فى الاناء فى الدار قبل أن يخرج الاناء منها ثم أخرج الاناء فارغا منه قطع لانه لما سرق ما فيه فى الدار علم ان مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقته وبلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبيا حرا لا يعبر عن نفسه وعليه حلى وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لان له يدا على نفسه وعلى ما عليه من الحلى فلا يكون أخذه سرقة بل يكون خداعا فلا يقطع وكذلك اذا سرق عبدا صبيا يعبر عن نفسه وعليه حلى أو لم يكن لا يقطع بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع بناء على أن سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسئلة قد مرت ولو سرق كلبا أو غيره من السباع فى عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفا مفضضا أو مرصعا بياقوت لم يقطع عندهما وعند أبى يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزا قيمته تسعة دراهم وفيه عسل يساوى درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوى تسعة وعليه اكاف يساوى درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوى عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدراهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بأن كان ثوب كرباس فان كان تبلغ قيمة الثوب

نصابا بأن كان يساوى عشرة يقطع بلا خلاف لان الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وان كان لا يبلغ نصابا قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع وذكر فى الاصل ان اللص ان كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف وروى عنه انه يقطع علم بها أو لم يعلم (ووجهه) ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط أن يكون نصابا وقد وجد (وجه) رواية الاصل انه اذا كان يعلم بالدراهم كان مقصوده بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع واذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وانه لم يبلغ النصاب فلا يقطع (وجه) الرواية الاخرى لابى حنيفة عليه الرحمة ان مثل هذا الثوب اذا كان مما لا تشد به الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه بالسرقة وان لم يبلغ نصابا فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لانه تابع له ولو سرق جوالقا أو جرابا فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان الثوب لا يساوى عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير ففيما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لانا نعلم يقينا ان مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصودا بالسرقة وما فيه تابعا له ولا قطع فى المقصود لنقصان النصاب فكذا فى التابع لان التبع حكمه حكم الاصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسروق منه فهو أن يكون له يد صحيحة وهو يد الملك أو يد الامانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء أما من المالك فلا شك فيه وكذا من أمينه لان يد أمينه يده فالاخذ منه كالاخذ من المالك فأما من الغاصب فان منفعة يده عائدة الى المالك اذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب وضمان الغصب عندنا ضمان ملك فأشبه يد المشترى والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفى بخصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره ان شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لان يد السارق ليست بيد صحيحة اذ ليست يد ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان فكان الاخذ منه كالاخذ من الطريق وان كان القطع درئ عن الاول قطع الثانى لانه اذا درئ عنه القطع صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسروق فيه وهو المكان فهو أن تكون السرقة فى دار العدل فلا يقطع بالسرقة فى دار الحرب ودار البغى لانه لا يد للامام فى دار الحرب ولا على دار البغى فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع وبيان هذا فى مسائل التجار أو الاسارى من أهل الاسلام فى دار الحرب اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى دار الاسلام فأخذ السارق لا يقطعه الامام لانه لا يد للامام فى دار الحرب فالسرقة الموجودة فيهما لم تنعقد سببا لوجوب القطع فلا تستوفى فى دار الاسلام وكذلك التجار من أهل العدل فى معسكر أهل البغى أو الاسارى فى أيديهم اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى أهل العدل فأخذ السارق لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت فى موضع لا يد للامام عليه فأشبهت السرقة فى دار الحرب وكذلك رجل من أهل البغى جاء للامام تائبا وقد سرق من أهل البغى لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البغى فسرق منهم لم يقطعه الامام لان السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولانه أخذ عن تأويل لان لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغى ويحبسونها عندهم حتى يتوبوا فكان فى العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من أهل البغى اذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد الى معسكره ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لانهم يعتقدون اباحة أموالنا ولهم منعة فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف ولو أن رجلا من أهل العدل سرق من انسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع لان مجرد اعتقاد الاباحة لا عبرة به ولانا لو اعتبرنا ذلك لادى الى سد باب الحد

لان

لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما يؤدي اليه مثله

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول و بالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر بأحد أمرين أحدهما البينة والثاني الاقرار أما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها خبر يرجح فيه جنبة الصدق على جنبة الكذب فيظهر المخبر به وشرائط قبول البينة في باب السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات و بعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان في شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها فيما يحتال لدفعه و يحتاط لدرئه وكذا عدم تقادم العهد الا في حد القذف والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع و يضمن المال والاصل ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل الاقرار أيضاً والفرق ذكرناه في كتاب الحدود وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال و بعضها يخص أرباب الاموال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا انه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه و يخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة فاذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم أورث تهمة و يجوز الحبس بالتهمة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف رحمه الله رواية اخرى أنه لا يشترط و يقضى عليه بالقطع وان كان مولاه غائبا (وجه) هذه الرواية أن القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه آدمي مكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى أجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الاجانب ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضور المولى كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن هذه البينة تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شيء من رقبة العبد ولان من الجائز أنه لو كان حاضرا لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود تدرأ ما أمكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم تتمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستحلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع و يقضى بالمال لان النكول اما أن يجرى مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة والمال يحتمل البدل والاباحة واما أن يجرى مجرى اقرار فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال (وأما) الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضاً لان الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة و بل أولى لان المرء قد يتهم في حق غيره ما لا يتهم في حق نفسه وسواء كان الذي أقر بالسرقة عبدا مأذونا أو محجورا بعد ان كان من أهل وجوب القطع عليه وعند زفر رحمه الله لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى وجملة الكلام أن العبد اذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو اما ان كان مأذونا أو محجورا والمال قائم أو هالك فان كان مأذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه في اقراره أو كذبه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان المال قائما فهو للمسروق منه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه (وجه) قوله أن اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما في يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى (ولنا) أن العبد غير متهم في هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما في اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى في يد العبد في حق القطع كما لا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل اقراره كالحر و به

تبين أن اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى فى حق القطع لعدم الحق له فى حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولاه أو صدقه وان كان قائما فان صدقه مولاه تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالى اختلف فيه أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد فى الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق (وجه) قوله ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما فى يده ملك مولاه ظاهرا وغالبا واذا لم ينفذ اقراره بالمال بقى المال على حكم ملك المولى ولا قطع فى مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جائز واذا جاز اقراره بالمال لغيره تثبت السرقة منه فيقطع (وجه) قول أبى يوسف أن اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره فى حق الحد جوازه فى المال ألا ترى أنه لو قال سرقت هذا المال الذى فى يد زيد من عمرو يقبل اقراره فى القطع ولا يقبل فى المال كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن اقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا فى العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلو اما أن يقطع فى المال المقر به بعينه ويرد المسروق الى المولى واما أن يقطع فى مال بغير عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد فى مال محكوم به لمولاه لا يجوز ولا يجوز أن يقطع فى مال بغير عينه لان الاقرار صادف مالا معينا فتعين أن يقطع فى المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا اذا كان العبد بالغا عاقلا وقت الاقرار فاما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع عليه لانه ليس من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره بالمال فان كان قائما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قائما وان كان هالكا لا ضمان عليه لا فى الحال ولا بعد العتاق ولو أقر العبد بسرقة مادون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره ويرد المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطبا أو لم يكن وان كان محجورا فان صدقه مولاه فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن العبد بعد العتق ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل فى جنس هذه المسائل ان كل مالا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا أقر على عبده بالقصاص أو حد الزنا أو حد القذف أو السرقة أو القطع فى السرقة لا يصح فاذا أقر العبد بهذه الاشياء يصح (وأما) اذا أقر المولى على عبده بالجناية فيمادون النفس فيما يجب فيه الدفع أو الفداء فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيمادون النفس يسلك فيها مسلك الاموال فكأن المولى أقر عليه بالدين ولو أقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو أقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا أقر عليه بالجناية والله سبحانه وتعالى أعلم وعدم التقادم فى الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سواء تقادم عهد السرقة أو لا بخلاف البينة والفرق ذكرناه فى كتاب الحدود واختلف فى العدد فى هذا الاقرار انه هل هو شرط قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة وقال أبو يوسف رحمه الله شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين فى مكانين والدلائل ذكرناها فى كتاب الحدود وكذا اختلف فى دعوى المسروق منه انها هل هى شرط كون الاقرار مظهرا للسرقة كما هى شرط كون البينة مظهرة لها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى فى الاقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه (وجه) قوله ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والانسان يصدق فى الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو أقر بالزنا بامرأة وهى غائبة قبل اقراره وحد كذا هذا ولهما ماروى ان سمرة رضى الله عنه قال للنبى عليه الصلاة والسلام انى سرقت لآل فلان فأنفذ اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهم فقالوا انا فقدنا بعيرا لنا فى ليلة كذا فقطعه فلولا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسألهم بل كان يقطع السارق ولان كل من فى يده شئ فالظاهر انه ملكه (فأما) اذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له والغائب يجوز أن يصدقه فيه ويجوز أن يكذبه فيبقى على حكم

ملك السارق فلا يقطع ولان فى ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل أن يحضر فيكذبه فى اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامرأة غائبة انه يحد المقر وان كان يحتمل أن تحضر المرأة فتدعى شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة فى درء الحد وههنا بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق فى اقراره بالسرقة منه لم يقطع لا لمكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة الشبهة والله تعالى أعلم قال محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدرى لمن هى أو قال سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى ولان الخصومة لما كانت شرطاً فاذا كان المسروق منه مجهولا لا تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق و بالاقرار على الاختلاف فلابد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول و بالله التوفيق الاصل ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فالمالك أن يخاصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان يد المالك يد صحيحة (وأما) المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أن لهم أن يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم فى حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى أيديهم وأما فى حقوق القطع فكذلك عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله و يقطع السارق بخصومتهم وعند زفر رحمه الله لا تعتبر خصومتهم فى حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعى رحمه الله لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا لا فى حق القطع ولا فى حق ولاية الاسترداد (ووجه) قول زفر رحمه الله أن يد هؤلاء ليست بيد صحيحة فى الاصل أما يد المرتهن فظاهر لانها يد حفظ لا انه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليتمكن من التسليم من المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن يدهم يد ضمان لا يد خصومة وانما ثبت لهم ولاية الخصومة لامكان الرد الى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهى الضرورة فكانت الخصومة منعدمة فى حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا (ولنا) ان الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما نذكر على أن عدم القطع هناك لخلل فى ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وههنا لا خلل فى العصمة ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المالك وههنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له أن يخاصم السارق و يقطعه ذكر فى الجامع الصغير أن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك (وجه) رواية ابن سماعة أن ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة (وجه) رواية الجامع ان الخصومة فى باب السرقة انما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصح خصومته كما تصح خصومة المرتهن بل أولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما صحت الخصومة بيد النيابة فبيد الاصالة أولى ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب ذكر فى الجامع الصغير ان له أن يخاصم و يطالب بالقطع ولم يذكر ابن سماعة فى الغصب خلافا وذكر القدورى عليه الرحمة أنه ينبغى أن يكون الخلاف فيهما واحدا وليس للراهن أن يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخاصم لانه ثبت ولاية القبض بالفكاك قال القدورى رحمه الله وعلى قياس رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما فى المودع بل أولى لان يد المرتهن أقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه و يد المودع لغيره ولو هلك الرهن

فى يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لان المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية (فاما) الراهن فلم يبق له حق فى المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة (وأما) السارق فلا يملك الخصومة لان يده ليست بمضمونة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان ولا يد أمانة فصار الاخذ من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثانى بالقطع ولا للمالك أيضاً ولاية المخاصمة لان أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل للسارق الاول أن يطالب الثانى برد المسروق الى يده قالوا فيه روايتان فى رواية له ذلك وفى رواية ليس له ذلك (وجه) الرواية الاولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الاخذ منه كالاخذ من الطريق سواء (وجه) الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان و يترك القطع فيحتاج الى أن يسترده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان كما فى الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدورى عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك (وأما) بعد القطع فليس له ذلك لان قبل القطع يحتمل اختيار الضمان و بعده لا قال و يجوز ان يقال له ذلك بعد القطع أيضاً لان الضمان ان لم يجب عليه فى القضاء فهو واجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضى سواء استفاده قبل زمان القضاء أو فى زمان القضاء لما ذكرنا فى كتاب أدب القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال (أما) الذى يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولما روينا من الاخبار وعليه اجماع الامة فالكلام فى هذا الحكم يقع فى مواضع فى بيان صفات هذا الحكم وفى بيان محل اقامته وفى بيان من يقيمه وفى بيان ما يسقط بعد ثبوته وفى بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلا لمانع من الشبهة (أما) صفات هذا الحكم فانواع (منها) أن يبقى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع فى سرقة واحدة ولقب المسئلة أن الضمان والقطع هل يجتمعان فى سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق فى يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعى رحمه الله فيقطع و يضمن ما استهلكه (وجه) قوله أنه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعا وانما قلنا ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان لانها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه (أما) الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ الله سبحانه وتعالى اذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى (وأما) الجناية على حق العبد فباتلاف ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث انها جناية على حق الله سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث انها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمى انه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للعبد وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا والدليل عليه ان المسروق لو كان قائما يجب رده على المالك فدل انه بقى معصوما حقا للمالك (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان الله سبحانه وتعالى سمى القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف فى الخبر والثانى انه جعل القطع كل الجزاء لانه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب العزيز وأما السنة فما روى عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا قطع السارق فلا غرم عليه والغرم فى اللغة ما يلزم أداؤه وهذا نص فى الباب (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء (أما) وجه البناء فهو ان المضمونات عندنا تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الاخذ فلو ضمنا السارق

قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الاخذ فتبين انه قطع فى ملك نفسه وذلك لا يجوز (وأما) وجه الابتداء فما قاله بعض مشايخنا وهو ان الضمان انما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقا للمالك فيجب أن يكون المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل فى ضمان العدوانات والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقى معصوما حقاً للمالك لما وجب اذ الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق كحاجة المسروق منه فتتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب فينتفى الضمان ضرورة الا أنه وجب رد المسروق حال قيامه لان وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى ان من غصب خمر المسلم يؤمر بالرد اليه لقيام ملكه فيها ولو هلكت فى يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد زوال ملكه عن المحل وههنا الملك قائم فيؤمر بالرد اليه والعصمة زائلة فلا يكون مضمونا بالهلاك ويخرج على هذا الاصل مسائل اذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه يضمن (وجه) هذه الرواية ان المسروق بعد القطع بقى على ملك المسروق منه ألا ترى انه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق فى يده بمنزلة الامانة فاذا استهلكها ضمن (وجه) ظاهر الرواية ان عصمة المحل الثابتة حقا للمالك قد سقطت فى حق السارق لضرورة امكان ايجاب القطع فلا يعود الا بالرد الى المالك فلم يكن معصوما قبله فلا يكون مضمونا ولو استهلك رجل آخر يضمنه لان العصمة انما سقطت فى حق السارق لا فى حق غيره فيضمن ولو سقط القطع لشبهة ضمن لان المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائماً فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق للسارق وان كان هلك فى يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روى عن أبى يوسف أما السارق فلأن القطع ينفى الضمان (وأما) المشترى فلأنه لو ضمنه المالك لكان له أن يرجع بالضمان على السارق فيصير كأن المالك ضمن السارق وقطعه ينفى الضمان عنه وان كان استهلكه القابض كان للمالك أن يضمنه القيمة لانه قبض ماله بغير اذنه وهلك فى يده وللمشترى أن يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس بتضمين ولو اغتصبه انسان من السارق فهلك فى يده بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه (أما) السارق فلانه ليس بمالك (وأما) المالك فلان العصمة الثابتة له حقا قد بطلت قال القدورى وكان للمولى أن يضمنه الغاصب لانه لو ضمن لا يرجع بالضمان على السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه فى الدار خرقا فاحشا ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وأنه يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وان خرقه عرضا فقد مر الاختلاف فيه (ومنها) أن يجرى فيه التداخل حتى انه لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع أو رفع فى بعضها فقطع فيما رفع فالقطع للسرقات كلها ولا يقطع فى شئ منها بعد ذلك لان أسباب الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد يكتفى فيها بحد واحد كما فى الزنا وهذا لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل باقامة الحد الواحد فكان فى اقامة الثانى والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا يكتفى فى باب الزنا بالاقامة لاول حد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها اليد اليمنى لان كل سرقة وجدت ما أوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا قطعت فى واحدة منها فقد فات محل الاقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بآفة سماوية وأما حكم الضمان فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أنه اذا حضر أصحاب السرقات وخاصموا فيها فقطع بمخاصمتهم انه لا ضمان على السارق فى السرقات كلها الا ان مخاصمة المسروق منه بالقطع بمنزلة الابراء عن الضمان عندنا فاذا خاصموا جميعا فكأنهم أبرؤا واما اذا خاصم واحد فى سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيما خوصم باجماع بين أصحابنا

رضی اللہ عنہم واما فیما لم یخاصم فیه فقد اختلفوا قال أبو حنيفة رحمه الله لا ضمان عليه فی شیٔ من السرقات خاصموا أو لم يخاصموا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن فی السرقات كلها الا فيما خوصم (وجه) قولهما ان المسروق منه مخير بين ان يدعی المال يستوفی حقه وهو الضمان و بين ان يدعی السرقة ليستوفی فی حق الله سبحانه وتعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنياً علی دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خاصم منهم فقد وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم يخاصم لم يوجد منه المسقط فيبقی حقه فی الضمان كما كان ولابی حنيفة رحمه الله ان النافی للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات كلها فينفی الضمان فی السرقات كلها هذا اذا كان المسروق هالكا اما اذا كان قائما رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفی الضمان لا الرد ومنها انه لا يحتمل العفو حتى لو أمر الامام بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلا لان صحة العفو يعتمد كون المعفو عنه حقا للعافی والقطع خالص حق الله سبحانه وتعالى لا حق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله سبحانه وتعالى أعلم واما محل اقامة هذا الحكم فالكلام فيه فی موضعين أحدهما فی بيان أصل المحل ومراعاة الترتيب فيه والثانی فی بيان موضع اقامة الحكم منه اما الاول فاصل المحل عند أصحابنا طرفان فقط وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى فی السرقة الاولى وتقطع الرجل اليسرى فی السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك أصلا ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة عندنا وعند الشافعی رحمه الله الاطراف الاربعة محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى فی المرة الاولى وتقطع الرجل اليسرى فی المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى فی المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى فی السرقة الرابعة احتج الشافعی رحمه الله بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والايدی اسم جمع والاثنان فما فوقهما جماعة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وانه لم يكن لكل واحد الا قلب واحد الا ان الترتيب فی قطع الايدی ثبت بدليل آخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان تكون محلا للقطع فی الجملة وروی ان سيدنا أبا بكر رضی الله عنه قطع سارق حلی أسماء وكان أقطع اليد والرجل (ولنا) ماروی ان سيدنا عليا رضی الله عنه أتی بسارق فقطع يده ثم أتی به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أتی به الثالثة وقد سرق فقال لا أقطعه ان قطعت يده فبأی شیٔ يأكل بأی شیٔ يتمسح وان قطعت رجله بأی شیٔ يمشی انی لاستحی من الله فضربه بخشبة وحبسه وروی ان سيدنا عمر رضی الله عنه أتی بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم وأراد ان يقطعه فقال له سيدنا علی رضی الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه سيدنا عمر رضی الله عنه ولم يقطعه وسيدنا عمر وسيدنا علی رضی الله عنهما لم يزيدا فی القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضی الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا من الصحابة رضی الله عنهم (ولنا) أيضاً دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فهی انا أجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد اليسرى بل الى الرجل اليسرى ولو كان لليد اليسرى مدخلا فی القطع لكان لا يعدل الا اليها لانها منصوص عليها ولا يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل لها فی القطع بالسرقة أصلا وهذا النوع من الاستدلال ذكره الكرخی رحمه الله واما المعقول فهو ان فی قطع اليد اليسرى تفويت جنس منفعة من منافع النفس أصلا وهی منفعة البطش لانها تفوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليمنى فتصير النفس فی حق هذه المنفعة هالكة فكان قطع اليد اليسرى اهلاك النفس من وجه وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تفويت منفعة المشی لان منفعة المشی تفوت بالكلية فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من كل وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حداً فی السرقة كذا اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه فی الحدود احتياطاً ولا حجة له فی الآية الشريفة لان ابن مسعود رضی الله عنه قرأ فاقطعوا أيمانهما ولا يظن بمثله ان يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير لهم الكتاب العزيز وهكذا روی عن عبد الله بن

عباس رضى الله عنهما فى قوله عز وجل فاقطعوا أيديهما انه قال أيمانهما وهكذا روى عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وأما حديث لا قطع فقد روى الزهرى فى الموطأ عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت لما كان الذى سرق حلى أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع سيدنا أبو بكر رضى الله عنه رجله اليسرى وكانت تنكر ان يكون أقطع اليد والرجل ثم انما تقطع يده اليمنى فى الكرة الاولى اذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى فان كانت اليد اليسرى مقطوعة أوشلاء اومقطوعة الابهام أواصبعين سوى الابهام لا تقطع اليد اليمنى لان القطع فى السرقة شرع زاجرا لا مهلكا فاذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهى منفعة البطش أصلا فيقع اهلاكا للنفس من وجه فلا تقطع ولا يقطع رجله اليسرى أيضا لانه يذهب أحد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة أصبع واحدة سوى الابهام تقطع يده اليمنى لأن القطع لا يتضمن فوات جنس المنفعه وكذا ان كانت الرجل اليمنى مقطوعة أوشلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق ولا رجله اليسرى وان كانت صحيحة لانه يبقى بلا رجلين فيفوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع القيام والمشى عليها تقطع يده اليمنى لان الجنس لا يفوت وان كان لا يستطيع لا يقطع لفوات الشق ولو كانت يداه صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أوشلاء أومقطوعة الابهام أوالاصابع تقطع يده اليمنى لان جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه فوات الشق أيضا ولو سرق ويمناه شلاء أومقطوعة الابهام أوالاصابع لقوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما أى أيمانهما من غير فصل بين يمين ويمين ولانها لو كانت سليمة تقطع فالناقصة المعيبة أولى بالقطع ثم فرق بين القطع فى السرقة وبين الاعتاق فى الكفارة حيث جعل فوات اصبعين سوى الابهام من اليد اليسرى نقصانا مانعا من قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات اصبعين نقصانا مانعا من جواز الاعتاق مالم يكن ثلاثا (وجه) الفرق ان القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين اما أن قال اقطع يده مطلقا واما ان قيده فقال اقطع يده اليمنى فان أطلق فقال له اقطع يده فقطع اليسرى لا ضمان عليه للحال لانه فعل ما أمر به حيث أمره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى فان أخرج السارق يده وقال هذا هو يمينى فلا ضمان عليه أيضا لانه قطع بامره فلا يضمن كمن قال لآخر اقطع يدى فقطعه لا ضمان عليه كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ لا ضمان عليه عند أصحابنا رضى الله عنهم وعند زفر رضى الله عنه يضمن لان الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر (ولنا) ان هذا خطأ فى الاجتهاد لانه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من المجتهد فى الاجتهاد وانه موضوع وموضوع المسألة فى هذا الخطا الا فيما اذا أخطأ فظن اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمين مع ما ان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يضمن هنالك أيضا على مانبين وان قطع اليسرى عمدا لا ضمان عليه أيضا عند أبى حنيفة وعندهما يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذورا فيضمن ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أتلف وأخلف خيرا مما أتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بألفين ثم رجعا انهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه أخلف خيرا مما أتلف لانه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لانها لا تقطع بعد ذلك لانه لا يؤتى على أطرافه الاربعة واليمنى خير من اليسرى ثم على قول أبى حنيفة عليه الرحمة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعا من السرقة حتى اذا هلك المال فى يد السارق أواستهلكه لا يضمن أولا يكون من السرقة حتى يضمن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبى اذا قطع يده اليسرى فان كان خطأ تجب الدية وان كان عمدا تجب القصاص وسقط عنه القطع فى اليمين لانه لو قطع يؤدى الى اهلاك النفس من وجه على مابينا

ويرد عليه المسروق ان كان قائماً وعليه ضمانه فى الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمين فى السرقة فلم تقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمدا والارش ان كان خطأ وتقطع رجله اليسرى فى السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا أنا ههنا لا نقطع رجله اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب فى اليمين وقد فاتت فسقط الواجب كما لو ذهب بآفة سماوية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حد الله سبحانه وتعالى فكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة فى يده أو استهلك وأما الموضع الذى يقطع من اليد اليمنى فهو مفصل الزند عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا لما روى انه عليه الصلاة والسلام قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بيانا للمراد من الآية الشريفة كانه نص سبحانه وتعالى فقال فاقطعوا أيديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذى يقيمه الامام أو من ولاه لان هذا حد والمتولى لاقامة الحدود الائمة أو من ولوهم من القضاة والحكام وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام فى هذا الفصل استوفيناه فى كتاب الحدود واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فنقول ما يسقطه بعد وجوبه أنواع منها تكذيب المسروق منه السارق فى اقراره بالسرقة بان يقول له لم تسرق منى ومنها تكذيبه البينة بان يقول شهد شهودى بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان الرجوع يقبل فى الحدود ولا يقبل فى المال لانه يورث شبهة فى الاقرار والحد يسقط بالشبهة ولا يسقط المال رجلان أقرا بسرقة ثوب يساوى مائة درهم ثم قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه أو قال هذا لى درئ القطع عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما فى السرقة ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فيورث شبهة فى حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال أحدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقه قطع المقر وحده فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما (وجه) قول أبى يوسف أنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة فاذا لم تثبت فى حق شريكه بانكاره يؤثر ذلك فى حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا أقر بالزنا بامرأة فانكرت أنه يحد الرجل على أصله لان انكار المرأة لا يؤثر فى اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبه كما لو زنا بصبية أو مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من أحدهما على وجه الشركة فعدم السرقة من أحدهما يؤثر فى حق الآخر (وجه) قول أبى حنيفة أن اقراره بالشركة فى السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يؤثر فى وجود الفعل من صاحبه فبقى اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهى تجحد أنه لا يجب الحد على الرجل على أصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا أنكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة عندهما واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه أنه لا يسقط ولا خلاف فى أن الرد بعد المرافعة لا يسقط الحد (وجه) رواية أبى يوسف أن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما أن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق على المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها وقد وجدت (ومنها) ملك السارق المسروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المسروق منه

المسروق من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف وان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمهما الله احتج أبو يوسف بما روى أن سارق رداء صفوان أخذ فأتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع يده فقال صفوان يارسول الله انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتينى به فدل ان الهبة قبل القضاء تسقط و بعده لا تسقط ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا فى السرقة الموجودة فبقى القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضى وقد بطل حق الخصومة (وجه) قولهما ان القبض شرط لثبوت الملك فى الهبة والملك فى الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لان القضاء فى باب الحدود امضاؤها فما لم يمض فكأنه لم يقض ولو كان لم يقض أليس انه لا يقطع فكذا اذا لم يمض ولان الطارئ فى باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان فى الالحاق اسقاط الحد وههنا فيه اسقاط الحد فيلحق به (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لان المروى قوله هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل انه أراد به المسروق ويحتمل انه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد يدل عليه انه روى فى بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة فى الزنا فيحد (وأما) حكم السقوط بعد الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق فى ضمان السارق حتى لو هلك فى يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله تعالى أعلم والثانى وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق فى يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وروى انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروى انه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضى الله عنه عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا ببيع أو هبة أو صدقة أو تزوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم فى يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لانه ملكه اذ السرقة لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا و يرجع المشترى على السارق بالثمن الذى اشتراه به لما مر فان كان قد هلك فى يدى القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لا على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما أن أحدث حدثا أوجب النقصان واما ان أحدث حدثا أوجب الزيادة فان أحدث حدثا أوجب النقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لان القطع لا يمنع الرد ألا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان أحدث حدثا أوجب الزيادة فالاصل فى هذا ان السارق اذا أحدث فى المسروق حدثا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا الا أن فى باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وههنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخاطه قميصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا نقطع حق المغصوب منه. كذا اذا فعله السارق ولا

ضمان على السارق لما بينا ولو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يأخذ المالك الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه (وجه) قولهما انه لو وجد هذا من الغاصب لخير المالك بين أن يضمن الغاصب قيمة الثوب و بين أن يأخذ الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه الا أن التضمين ههنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الآخر وهو أن يأخذ الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه اذ الغصب والسرقة لا يختلفان في هذا الباب الا في الضمان ولأبي حنيفة الفرق بين الغصب والسرقة ههنا وهو أن حق المغصوب منه انما لم ينقطع عن الثوب بالصبغ لان أصل الثوب ملكه وهو متقوم وللغاصب فيه حق متقوم أيضاً الا انا أثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لان المالك صاحب أصل والغاصب صاحب وصف وههنا حق السارق في الصبغ متقوم وحق المالك في أصل الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لاجل القطع ألا ترى أنه لو أتلفه السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الاصل تبعا لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا ولكن لا يحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال أبو حنيفة رحمه الله لان الثوب على ملك المسروق منه الا أنه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضاء فلم يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور من غير بدل لتعذر ايجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به و يجوز أن يصير مال انسان في يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فاخذ شيأ من أموالهم لا يحكم عليه بالرد و يلزمه ذلك فيما بينه و بين الله جل جلاله وكذلك الباغي اذا أتلف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان و يفتى به فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى وكذلك الحربي اذا أتلف شيأ من مال ثم أسلم لا يحكم عليه بالرد و يفتى بذلك فيما بينه و بين الله جلت عظمته وكذلك السارق اذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفتى به فيما بينه و بين الله تعالى وكذا قاطع الطريق اذا قتل انسانا بعصا ثم جاء تائبا بطل عنه الحد و يؤمر باداء الدية الى ولي القتيل ولو قتل حربي مسلما بعصا ثم أسلم لا يفتى بدفع الدية الى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق أن القتل من الحربي لم يقع سببا لوجوب الضمان لان عصمة المقتول لم تظهر في حقه فلا يجب بالاسلام لانه يجب ماقبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف بخلاف قاطع الطريق لان فعله وقع سببا لوجوب الضمان الا أنه لا يحكم بالضمان لمانع وهو ضرورة اقامة الحد الا أن الحد اذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع في الحكم والقضاء لا في الفتوى وكذا فعل الباغي وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع وهو عدم الفائدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتا عند الله سبحانه وتعالى فيقضى به وعلى هذا يخرج ما اذا سرق نقرة فضة فضربها دراهم أنه يقطع والدراهم ترد على صاحبها في قول أبي حنيفة وعندهما ينقطع حق المالك عن الدراهم بناء على أن هذا الصنع لا يقطع حق المالك في باب الغصب عنده وعندهما ينقطع ولو سرق حديدا أو صفرا أو نحاسا أوما أشبه ذلك فضربها أواني ينظر ان كان بعد الصناعة والضرب تباع وزنا فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وان كان تباع عددا فيقطع حق المالك بالاجماع كما في الغصب وعلى هذا اذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وسنذكر جملة ذلك في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿كتاب قطاع الطريق﴾

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك في أربعة مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق

﴿فصل﴾ أما ركنه فهو الخروج على المارة لاخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور و ينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا

والحجر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبيب من البعض بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما فى السرقة ولان هذا من عادة القطاع أعنى المباشرة من البعض والاعانة من البعض بالتسمير للدفع فلو لم يلحق التسبب بالمباشرة فى سبب وجوب الحد لادى ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق وانسداحكمه وأنه قبيح ولهذا الحق التسبب بالمباشرة فى السرقة كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع فيه (اما) الذى يرجع الى القاطع خاصة فانواع (منها) أن يكون عاقلا (ومنها) أن يكون بالغا فان كان صبيا أو مجنونا فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستدعى جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يتعلق به القطع فى السرقة كذا هذا ولو كان فى القطاع صبي أو مجنون فلا حد على أحد فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي هو الذى يلى القطع فكذلك وان كان غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب السرقة (ومنها) الذكورة فى ظاهر الرواية حتى لو كانت فى القطاع امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها فى الرواية المشهورة وذكر الطحاوى رحمه الله وقال النساء والرجال فى قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى يقام الحد عليها وعلى الرجال (وجه) ماذكره الطحاوى أن هذا حد يستوى فى وجوبه الذكر والانثى كسائر الحدود ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط فى وجوبه الذكورة والانوثة كسائر الحدود فلا يشترط فى وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك كحد الزنا وهو الرجم اذا كانت محصنة (وجه) الرواية المشهورة أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من اهل الحراب ولهذا لا يقتلن فى دار الحرب بخلاف السرقة لانها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا أسباب سائر الحدود تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال (وأما) الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله سواء باشروا معها أو لم يباشروا فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين واذا باشرت المرأة تحد الرجال (ووجه) الفرق له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس لعدم الاهلية لانها من أهل التكاليف ألا ترى أنه تتعلق سائر الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا لم يوجد فى الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب لانه ليس من أهل الايجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتنع التبع ضرورة (وجه) قولهما أن سبب الوجوب شئ واحد وهو قطع الطريق وقد حصل ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب أصلا كما اذا كان فيهم صبي أو مجنون والله سبحانه وتعالى (وأما) الحرية فليست بشرط لعموم قوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا الآية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان أحدهما أن يكون مسلما أو ذميا فان كان حربيا مستأمنا فلا حد على القاطع لان مال الحربي المستأمن ليس بمعصوم مطلق بل فى عصمته شبهة العدم لانه من أهل دار الحرب وانما العصمة بعارض الامان مؤقتة الى غاية العود الى دار الحرب فكان فى عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمى لان عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأبيد فتعلق الحد بأخذه كما يتعلق بسرقته والثانى أن تكون يده صحيحة بأن كانت يد ملك أو يد أمانة أو يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على ما مر فى كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون فى القطاع ذو رحم محرم من أحد من المقطوع عليهم

فان كان لا يجب الحد لان بينهما تبسطاً فى المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد أخذ مالا لم يحرزه عنه الحرز المبنى فى الحضر ولا السلطان الجارى فى السفر فاورث ذلك شبهة فى الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفى القطاع من هوذو رحم محرم من أحدهم فأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد على الباقين وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع له فما ذكر فى كتاب السرقة وهو أن يكون المأخوذ مالا متقوماً معصوماً ليس فيه لاحد حق الاخذ ولا تأويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرزا مطلقا بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصابا كاملا عشرة دراهم أو مقدراً بها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لا حد عليهم وقد ذكرنا دلائل هذه الشرائط والمسائل التى تخرج عليها فى كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد فى نصاب قطع الطريق أن يكون عشرين درهما فصاعداً وقال عيسى بن زياد ان قتلوا قتلوا وان كان ما أخذ كل واحد منهم أقل من عشرة (وجه) قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة والواجب فيها قطع طرف الواحد وههنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون (وجه) قول عيسى رحمه الله انا أجمعنا على أنهم لو قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا قتلوا فاذا أخذوا شيأ من المال وان قل أولى أن يقتلوا (ولنا) الفرق بين النوعين وهو أنهم لما قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا علم أن مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة فى نفسها فيجازى بعقوبة متكاملة وهى القتل ولما أخذوا المال وقتلوا دل أن مقصودهم المال وانما قتلوا ليتمكنوا من أخذ المال وأخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان المأخوذ نصابا كما فى السرقة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان أحدهما ان يكون قطع الطريق فى دار الاسلام فان كان فى دار الحرب لا يجب الحد لان المتولى لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية فى دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينعقد سببا للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه فى دار الاسلام ولهذا لا يستوفى سائر الحدود فى دار الاسلام اذا وجد أسبابها فى دار الحرب كذا هذا والثانى أن يكون فى غير مصر فان كان فى مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهاراً أو ليلا وسواء كان بسلاح أو غيره وهذا استحسان وهو قولهما والقياس ان يجب وهو قول أبى يوسف (وجه) القياس أن سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان فى غير مصر (وجه) الاستحسان أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع والطريق لا ينقطع فى الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما أجاب أبو حنيفة عليه الرحمة على ما شاهده فى زمانه لان أهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم فى المصر والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجرى عليهم الحد وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجرى عليه الحد لان الغوث كان يلحق هذا الموضع فى زمانه لاتصاله بالمصر والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق والثالث أن يكون بينهم و بين المصر مسيرة سفر فان كان أقل من ذلك لم يكونوا قطاع الطريق وهذا على قولهما فاما على قول أبى يوسف فليس بشرط و يكونون قطاع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحد وروى عن أبى يوسف فى قطاع الطريق فى المصر ان قاتلوا نهارا بسلاح يقام عليهم الحد وان خرجوا بالخشب لهم لم يقم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق الغوث والخشب يلبث فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح أو بخشب يقام عليهم الحد لان الغوث قلما يلحق بالليل فيستوى فيه السلاح وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أشهر على رجل سلاحا نهارا أو ليلا فى غير مصر أو فى مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شئ عليه وكذلك ان شهر عليه عصا ليلا فى غير مصر أو فى مصر وان كان نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل فى هذا ان من قصد قتل

انسان

انسان لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شئ عليه وكذا اذا اشهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان فى المفازة أو فى المصر وان أشهر عليه نهارا فى المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان فى المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب عليه القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين فاذا أبيح قتله كان فيه اتلاف أحدهما فكان أهون ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس فى ترك الاباحة ههنا اتلاف نفس فلا يباح فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الابد فيجب القصاص والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضى فالذى يظهر به البينة أو الاقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضى على ما ذكرنا فى كتاب السرقة والله تعالى اعلم

(فصل) وأما حكم قطع الطريق فله حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال أما الذى يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام فى هذا الحكم فى مواضع فى بيان أصل هذا الحكم وفى بيان صفاته وفى بيان محل اقامته وفى بيان من يقيمه وفى بيان ما يسقطه بعد الوجوب وفى بيان حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت لمانع أما أصل الحكم الذى يتعلق بالنفس فلن يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع الطريق أربعة أنواع اما ان يكون بأخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف من غير أخذ ولا قتل فمن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال وقتل قال أبو حنيفة رضى الله عنه الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند أبى حنيفة رحمه الله هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وعندهما يقتل ولا يقطع ومن أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفى وقال مالك رحمه الله فى قاطع الطريق مخير بين الاجزية المذكورة والاصل فيه قوله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض احتج مالك رحمه الله بظاهر الآية وهو ان الله تبارك وتعالى ذكر الاجزية فيها بحرف أو وانها للتخيير كما فى كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها (ولنا) أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير فى مطلق المحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا قال الله تبارك وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فالتخيير فى الجناية القاصرة بالجزاء فى الجزاء الذى هو جزاء فى الجناية الكاملة وفى الجناية الكاملة بالجزاء الذى هو جزاء فى الجناية القاصرة خلاف المشروع يحققه ان الامة اجتمعت على ان القطاع لو أخذوا المال وقتلوا لا يجازون بالنفى وحده وان كان ظاهر الآية يقتضى التخيير بين الاجزية الاربع دل أنه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أن التخيير الوارد فى الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجرى على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما فى كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد أما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل فى نفسه كما فى قوله تعالى قلنا ياذا القرنين اما أن تعذب واما أن تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان

الحكم لكل فى نفسه لاختلاف سبب الوجوب وتأويله اما أن تعذب من ظلم أو تتخذ الحسن فيمن آمن وعمل صالحا ألا ترى الى قوله أما من ظلم فسوف نعذبه الآية وأما من آمن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الآية وقطع الطريق متنوع فى نفسه وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون بأخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفا فلا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع او يحتمل هذا او يحتمل ما ذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا لم يمكن صرف الآية الشريفة الى ظاهر التخيير فى مطلق المحارب فاما أن يحمل على الترتيب و يضمر فى كل حكم مذكور نوع من أنواع قطع الطريق كأنه قال سبحانه وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون فى الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا ان أخذوا المال وقتلوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ان أخذوا المال لا غير أو ينفوا من الارض ان أخافوا هكذا ذكر سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع أبو بردة رضى الله عنه بأصحابه الطريق على أناس جاؤا يريدون الاسلام أن من قتل قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل وأخذ المال صلب ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التأويل يذهب عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وابراهيم النخعى واما ان يعمل بظاهر التخيير بين الاجزية الثلاثة لكن فى محارب خاص وهو الذى أخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية لان الله تبارك وتعالى جمع بين القتل وقطع الطريق فى الذكر بقوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون فى الارض فسادا فالمحاربة هى القتل والفساد فى الارض هو قطع الطريق فأوجب سبحانه وتعالى أحد الاجزية من الفعلين بما ذكر وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو ما ذكر سبحانه وتعالى من المحاربة والسعى فى الارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية الى هذا التأويل يذهب الحسن وابن المسيب ومجاهد وغيرهم رضى الله عنهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بالتأويل الاول وهو تأويل الترتيب فى المحارب اذا أخذ المال وقيل انه يقتل لا غير لان سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطاع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان أخذ المال والقتل جناية واحدة وهى جناية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على انهما ان كانتا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الانفراد حقا لله تعالى لكنهما اذا اجتمعا يدخل ما دون النفس فى النفس كالسارق اذا زنى وهو محصن وكمن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنى انه يرجم لا غير كذا ههنا ولانه لا فائدة فى اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشرع وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالتأويل الثانى وهو التخيير بين الاجزية الثلاثة فى المحارب الذى جمع بين أخذ المال والقتل وهو أحق التأويلين للآية لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو المحاربة والسعى فى لارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية وانما عرفنا حكم أخذ المال وحده وحكم القتل وحده لا بهذه الآية الشريفة ولكن بحديث سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أو غيره أو بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القبول بافراد كل واحد منهما عند الانفراد و يمكن أن يقال انه يقول فى تأويل الآية الكريمة بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الآية الشريفة والقطع بالاستدلال بحالة الانفراد انه يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا ان فى بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخف ولم يقم ههنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التغليظ ألا ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل فى أخذ المال ولا يجمع بينهما فى أخذ المال فى المصر وكذلك يصلب فى القتل وحده ههنا ولم يجب ان يصلب فى غيره من القتل فى المصر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين ههنا دون سائر المواضع والله سبحانه

و تعالى اعلم وأما كيفية الصلب فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يصلب حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخى وعن أبى عبيد انه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوى رحمه الله لان الصلب حيا من باب المثلة وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن المثلة والصحيح هو الاول لان الصلب فى هذا الباب شرع لزيادة فى العقوبة تغليظا والميت ليس من أهل العقوبة ولانه لوجاز ان يقال يصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة فى الحديث قطع بعض الجوارح كذا قاله محمد رحمه الله وقيل اذا صلبه الامام تركه ثلاثة أيام عبرة للخلق ثم يخلى بينه و بين أهله لانه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس وأما النفى فى قوله تبارك وتعالى أو ينفوا من الارض فقد اختلف أهل التاويل فيه قال بعضهم المراد منه و ينفوا من الارض بحذف الالف ومعناه و ينفوا من الارض بالقتل والصلب اذا هو النفى من وجه الارض حقيقة وهذا على قول من تأول الآية الشريفة فى المحارب الذى أخذ المال وقيل ان الامام يكون مخيرا بين الاجزية الثلاثة والنفى من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة فى التخيير لان بالقتل والصلب يحصل النفى فكذا لايجوز أن يجعل النفى مشاركا الاجزية الثلاثة فى التخيير لانه لا يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل نفيه ان يطرد حتى يخرج من دار الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فى رواية أن نفيه طلبه و به قال الشافعى رحمه الله أنه يطلب فى كل بلد والقولان لا يصحان لانه ان طلب فى البلد الذى قطع الطريق ونفى عنه فقد ألقى ضرره الى بلد آخر وان طلب من كل بلد من بلاد الاسلام ونفى عنه يدخل دار الحرب وفيه تعريض له على الكفر وجعله حربا لنا وهذا لايجوز وعن النخعى رحمه الله فى رواية أخرى انه يحبس حتى يحدث توبة وفيه نفى عن وجه الارض مع قيام الحياة الا عن الموضع الذى حبس فيه ومثل هذا فى عرف الناس يسمى نفيا عن وجه الارض وخروجا عن الدنيا كما أنشد لبعض المحبوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

﴿ فصل ﴾ وأما صفات هذا الحكم فانواع منها انه ينفى وجوب ضمان المال والجراحات عمدا كانت الجراحة أو خطأ أما المال فلانه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا وأما الجراحات اذا كانت خطأ فلانها توجب الضمان وان كانت عمدا فلان الجناية فيما دون النفس يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الاصل فى كتاب السرقة ومنها أن يجرى فيها التداخل حتى لو قطع قطعات فرفع فى بعضها فقطعت يده و رجله فيما رفع فيه كان ذلك للقطعات كلها كما فى السرقة الا أن ثمة التداخل لاحتمال عدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وههنا التداخل لعدم المحل والكلام فى الضمان فيما لم يخاصم فيه ما هو الكلام فى السرقة انه اذا كان المال قائما يرده وان كان هالكا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا فى كتاب السرقة ومنها انه لا يحتمل العفو والاسقاط والابراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل او قطع او صلب يستوفى منه سواء عفا الاولياء وأرباب الاموال عن ذلك أولم يعفوا وسواء أبرؤا منه او صالحوا عليه وليس للامام أيضا اذا ثبت ذلك عنده تركه واسقاطه والعفو عنه لان الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى فلا يعمل فيها العبد ولا صلحه ولا الابراء عنها

﴿ فصل ﴾ وأما محل اقامة هذا الحكم فنقول محل اقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فان كان الحكم هو القتل بان قتل أو أخذ المال وقتل أو الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فمحل اقامته النفس وان كان الحكم هو القطع بان أخذ المال لا غير فمحل اقامته اليد اليمين والرجل اليسرى لقوله تبارك وتعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف و يعتبر فى ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا فى كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحداد اذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمدا أو مخطئا وحكم فعل الاجنبى اذا قطع اليد اليسرى خطأ أو عمدا ههنا

مثل الحكم فى السرقة وقد استوفينا الكلام فيه فى كتاب السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما فى
السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذى يقيمه الامام أو من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى
أرباب الاموال شىء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وأرباب الاموال بالاقامة أو لم يطالبوا وهذا عندنا وعند
الشافعى رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام فى هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه
فى كتاب الحدود

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب أشياء ذكرناها فى كتاب
السرقة (منها) تكذيب المقطوع عليه القاطع فى اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق (ومنها) رجوع
القاطع عن اقراره بقطع الطريق (ومنها) تكذيب المقطوع عليه البينة (ومنها) ملك القاطع المقطوع له وهو
المال قبل الترافع أو بعده على التفصيل على الاختلاف الذى ذكرناه فى كتاب السرقة (ومنها) توبة القاطع قبل
أن يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم أى رجعوا عما فعلوا
فندموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا مثله فى المستقبل فدلت هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق اذا تاب
قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد وتوبته برد المال على صاحبه ان كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله
فى المستقبل ويسقط عنه القطع أصلا ويسقط عنه القتل حداً وكذلك ان أخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان
يقتله ولكن يدفعه الى أولياء القتيل ليقتلوه قصاصاً ان كان القتل بسلاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان لم يأخذ
المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله فى المستقبل وهو ان يأتى الامام عن طوع واختيار ويظهر
التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب
السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود انها لا تسقط بالتوبة والفرق
ان الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة
تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق بخلاف سائر الحدود فان
الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحدود وفى حد القذف ان كانت شرطا لكنها لا تبطل بالتوبة
لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة
ابن زيد حارب الله ورسوله وسعى فى الارض فسادا فكتب اليه سيدنا على رضى الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان
تقدر عليه فلا تتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان أخذ
ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا أخذ المال برد المال على صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال
بل يكون استرداداً منه جبرا فلا يسقط الحد واذا لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ متهم فى اظهار التوبة فلا تتحقق توبته
والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لمانع فنقول وبالله التوفيق اذا سقط
الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه ان كان قائما وان كان هالكا أو
مستهلكا فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليقتلوه أو يعفوا عنه ومن قتل
بعصا أو حجر فعلى عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا أخذوا المال وقتلوا فحكم أخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو
حكمهما عند الانفراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل وأخذ المال
وهلاكه واستهلاكه كما هو حكمها فى غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا أخذوا المال وجرحوا أو أخذوا المال وقتلوا
وجرحوا قوما أو جرحوا قوما ولم يكن منهم أخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرنا والجراحات فيها القصاص فيما يقدر

فيه

فيه على القصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ماذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا أخذ مال وقد أخافوا قوما بجراحات يجب القصاص فيما يستطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطاع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيزاً لا حداً والتعزير لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا أو أخذوا المال أو جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فيدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص فبقي اقراره معتبراً في حقهما (وأما) اذا كان السقوط بتكذيب الحجة من الاقرار أو البينة لا شيء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلا ورأسا بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درأ للحد بالشبهة فبقي معتبراً في حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لمانع بان فات شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قائما أو يضمنون ان كان هالكاً أو مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا أو بحجر فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص منه فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطاع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في المحار بين صبي أو مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل بالغ عاقل قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون أو يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي أو مجنون فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من أهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطأ وان كانا أخذا المال ضمنا لانهما من أهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعاني رجعوا في ذلك الى حكم غير القطاع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الرد ان كان قائما بعينه ولصاحبه ان يأخذه أينما وجده سواء وجده في يد المحارب أو في يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة أو النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعا وفي بيان كيفية الجهاد وفي بيان من يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد وفي بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حال شهود الوقعة وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفي بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز وفي بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال وفي بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفي بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين وفي بيان أحكام تختلف باختلاف الدارين وفي بيان أحكام المرتدين وفي بيان أحكام الغزاة (أما) الاول فالسير جمع سيرة والسيرة في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة أي طريقة واحدة والثاني الهيأة قال الله سبحانه وتعالى سنعيدها سيرتها الاولى أي هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهيآتهم مما لهم وعليهم وأما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة أو عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية فرضية الجهاد فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان النفير عاما (واما) ان لم يكن فان لم يكن النفير عاما فهو فرض كفاية ومعناه ان يفترض على جميع من هو من أهل الجهاد لكن اذا قام به البعض سقط عن الباقين لقوله عز وجل فضل الله المجاهدين باموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله عز وجل المجاهدين والقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين فى الاحوال كلها لما وعد القاعدين الحسنى لان القعود يكون حراما وقوله سبحانه وتعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين الآية ولان ما فرض له الجهاد وهو الدعوة الى الاسلام واعلاء الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم يحصل بقيام البعض به وكذا النبى عليه الصلاة والسلام كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين فى الاحوال كلها لكان لا يتوهم منه القعود عنه فى حال ولا اذن غيره بالتخلف عنه بحال واذا كان فرضا على الكفاية فلا ينبغى للامام ان يخلى ثغرا من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غنا وكفاية لقتال العدو فاذا قاموا به يسقط عن الباقين وان ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الاقرب فالاقرب ان ينفروا اليهم وان يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا انه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد لكن الفرض يسقط عنهم بحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد ان يخرج الا باذن مولاه ولا المرأة الا باذن زوجها لان خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية وكذا الولد لا يخرج الا باذن والديه أو أحدهما اذا كان الآخر ميتا لان بر الوالدين فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية والاصل ان كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للولد ان يخرج اليه بغير اذن والديه لانهما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحل له ان يخرج اليه بغير اذنهما اذا لم يضيعهما لانعدام الضرر ومن مشايخنا من رخص فى سفر التعلم بغير اذنهما لانهما لا يتضرران بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا اذا لم يكن النفير عاما فاما اذا عم النفير بان هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من آحاد المسلمين ممن هو قادر عليه لقوله سبحانه وتعالى انفروا خفافا وثقالا قيل نزلت فى النفير وقوله سبحانه وتعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من الاعراب ان يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بأنفسهم عن نفسه ولان الوجوب على الكل قبل عموم النفير ثابت لان السقوط عن الباقين بقيام البعض به فاذا عم النفير لا يتحقق القيام به الا بالكل فبقى فرضا على الكل عينا بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير اذن مولاه والمرأة بغير اذن زوجها لان منافع العبد والمرأة فى حق العبادات المفروضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزوج شرعا كما فى الصوم والصلاة وكذا يباح للولد أن يخرج بغير اذن والديه لان حق الوالدين لا يظهر فى فروض الاعيان كالصوم والصلاة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه فنقول انه لا يفترض الا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لان الجهاد بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال أو المبالغة فى عمل القتال ومن لا وسع له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفرض على الاعمى والاعرج والزمن والمقعد والشيخ الهرم والمريض والضعيف والذى لا يجد ما ينفق قال الله سبحانه وتعالى ليس على الاعمى حرج الآية وقال سبحانه وتعالى عز من قائل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله فقد عذر الله جل شأنه هؤلاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبى والمرأة لان بنيتهما لا تحتمل الحرب عادة وعلى هذا الغزاة اذا جاءهم جمع من المشركين ما لا طاقة لهم به وخافوهم ان يقتلوهم فلا بأس لهم ان ينحازوا الى بعض أمصار المسلمين أو الى بعض جيوشهم والحكم فى هذا الباب لغالب الرأى وأكبر الظن دون العدد فان غلب على ظن الغزاة انهم يقاومونهم يلزمهم الثبات وان كانوا أقل عددا منهم وان كان غالب ظنهم انهم يغلبون فلا بأس ان ينحازوا الى المسلمين ليستعينوا بهم وان كانوا أكثر عددا من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع اثنين منهم معهما سلاح أو مع واحد منهم من الكفرة ومعه

سلاح لا بأس أن يولى دبره متحيزاً الى فئة والاصل فيه قوله تبارك وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير الله عز شأنه نهى المؤمنين عن تولية الادبار عاما بقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار وأوعد عليهم بقوله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله الآية لان فى الكلام تقديما وتأخيرا معناه والله سبحانه وتعالى أعلم يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى سبحانه وتعالى من يولى دبره لجهة مخصوصة فقال عز من قائل الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة والاستثناء من الحظر اباحة فكان المحظور تولية مخصوصة وهى ان يولى دبره غير متحرف لقتال ولا متحيز الى فئة فبقيت التولية الى جهة التحرف والتحيز مستثناة من الحظر فلا تكون محظورة ونظير هذه الآية قوله سبحانه وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتأخير على ما نذكره فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وبه تبين أن الآية الشريفة غير منسوخة وكذا قوله سبحانه وتعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وقوله وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز الى فئة خص فيها فلم تكن الآيتان منسوختين والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام للذين فروا الى المدينه وهو فيها أنتم الكرارون أنا فئة كل مسلم أخبر عليه الصلاة والسلام ان المتحيز الى فئة كرار وليس بفرار من الزحف فلا يلحقه الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة فى سفينة فاحترقت السفينة وخافوا الغرق حكموا فيه غالب رأيهم وأكبر ظنهم فان غلب على رأيهم انهم لو طرحوا أنفسهم فى البحر لينجوا بالسباحة وجب عليهم الطرح ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانبا الحرق والغرق بان كان اذا قاموا احرقوا واذا طرحوا غرقوا فلهم الخيار عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرحوا أنفسهم فى الماء (وجه) قوله انهم لو ألقوا أنفسهم فى الماء لهلكوا ولو أقاموا فى السفينة لهلكوا أيضا الا انهم لو طرحوا لهلكوا بفعل أنفسهم ولو صبروا لهلكوا بفعل العدو فكان الصبر أقرب الى الجهاد فكان أولى (وجه) قولهما انه استوى الجانبان فى الافضاء الى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز أن يكون الهلاك بالغرق أرفق قوله لو أقاموا لهلكوا بفعل العدو قلنا ولو طرحوا لهلكوا بفعل العدو أيضا اذ العدو هو الذى ألجأهم اليه فكان الهلاك فى الحالين مضافا الى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالغرق أسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم برمح فلا بأس بان يمشى الى من طعنه من الكفرة حتى يجهزه لانه يقصد بالمشى اليه بذل نفسه لاعزاز دين الله سبحانه وتعالى وتحريض المؤمنين على ان لا يبخلوا بانفسهم فى قتال أعداء الله سبحانه وتعالى فكان جائزا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى أشياء (منها) ان يؤمر عليهم أميرا لان النبى عليه الصلاة والسلام ما بعث جيشا الا وأمر عليهم أميرا ولان الحاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع فى كل حادثة الى الامام (ومنها) أن يكون الذى يؤمر عليهم عالما بالحلال والحرام عدلا عارفا بوجوه السياسات بصيرا بتدابير الحروب وأسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير (ومنها) ان يوصيه بتقوى الله عز شأنه فى خاصة نفسه وبمن معه من المؤمنين خيراً كذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا بعث جيشاً أوصاه بتقوى الله سبحانه وتعالى فى نفسه خاصة وبمن معه من المؤمنين خيرا ولان الامارة أمانة عظيمة فلا يقوم بها الا المتقى واذا أمر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يأمرهم به وينهاهم عنه لقول الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقال عليه الصلاة والسلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشى أجدع ما حكم فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نائب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها طاعة الامام الا أن يأمرهم

بمعصية فلا تجوز طاعتهم اياه فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ولو أمرهم بشئ لايدرون أينتفعون به أم لا فينبغى لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه معصية لان اتباع الامام فى محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة فى مواضع الاجتهاد والله تعالى عزشانه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة ولقاء العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقول الله تبارك وتعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تبارك وتعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وبلوغ الدعوة اياهم فضلا منه ومنة قطعاً لمعذرتهم بالكلية وان كان لا عذر لهم فى الحقيقة لما أقام سبحانه وتعالى من الدلائل العقلية التى لو تأملوها حق التأمل ونظروا فيها لعرفوا حق الله تبارك وتعالى عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين لئلا يبقى لهم شبهة عذر فيقولون ربنا لولا أرسلت الينا رسولا فنتبع آياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك فى الحقيقة لما بينا ولان القتال ما فرض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة بالبنان وهى القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الاولى لان فى القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس فى دعوة التبليغ شئ من ذلك فاذا احتمل حصول المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجة لازمة والعذر فى الحقيقة منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجاء الاجابة فى الجملة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة أفضل ثم اذا دعوهم الى الاسلام فان أسلموا كفوا عنهم القتال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وقوله عليه الصلاة والسلام من قال لا إله الا الله فقد عصم منى دمه وماله فان أبوا الاجابة الى الاسلام دعوهم الى الذمة الا مشركى العرب والمرتدين لما نذكره ان شاء الله تعالى بعد فان أجابوا كفوا عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام فان قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وان أبوا استعانوا بالله سبحانه وتعالى على قتالهم ووثقوا بعهد الله سبحانه وتعالى النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفرغوا وسعهم وثبتوا وأطاعوا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وذكروا الله كثيرا على ما قال تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين ولهم ان يقاتلوهم وان لم يبدؤا بالدعوة لقول الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسواء كان فى الاشهر الحرم أوفى غيرها لان حرمة القتال فى الاشهر الحرم صارت منسوخة بآية السيف وغيرها من آيات القتال ولا بأس بالاغارة والبيات عليهم ولا بأس بقطع أشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تبارك وتعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزى الفاسقين اذن سبحانه وتعالى بقطع النخيل فى صدر الآية الشريفة ونبه فى آخرها ان ذلك يكون كبتاً وغيظاً للعدو بقوله تبارك وتعالى وليخزى الفاسقين ولا بأس باحراق حصونهم بالنار واغراقها بالماء وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله تبارك وتعالى يخربون بيوتهم بايديهم وأيدى المؤمنين ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكبتهم وغيظهم ولان حرمة الاموال لحرمة أربابها ولا حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف لاموالهم ولا بأس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون الكفرة قلما تخلو من مسلم أسير أو تاجر فاعتباره يؤدى الى انسداد باب

الجهاد ولكن يقصدون بذلك الكفرة دون المسلمين لانه لا ضرورة في القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمي اليهم لضرورة اقامة الفرض لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان رموهم فاصاب مسلماً فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد رحمه الله تجب الدية والكفارة وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله (وجه) قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغي ان يمنع من الرمي الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة في رفع المؤاخذة لا في نفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة انه رخص له التناول لكن يجب عليه الضمان لما ذكرنا كذلك ههنا (ولنا) انه كما مست الضرورة الى دفع المؤاخذة لاقامة فرض القتال مست الضرورة الى نفي الضمان أيضاً لان وجوب الضمان يمنع من اقامة الفرض لانهم يمتنعون منه خوفاً من لزوم الضمان وايجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من التناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمنع من التناول فلا يؤدي الى التناقض ولا ينبغي للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على قتال الكفار لانه لا يؤمن غدرهم اذ العداوة الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطروا اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا يخلو اما ان يكون حال القتال أو حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاخذ والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبي ولا شيخ فان ولا مقعد ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب في صومعة ولا سائح في الجبال لا يخالط الناس وقوم في دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المرأة والصبي فلقول النبي عليه الصلاة والسلام لا تقتلوا امرأة ولا وليدا وروى انه عليه الصلاة والسلام رأى في بعض غزواته امرأة مقتولة فانكر ذلك وقال عليه الصلاة والسلام هاه ما أراها قاتلت فلم قتلت ونهى عن قتل النساء والصبيان ولان هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال أو دل على عورات المسلمين أو كان الكفرة ينتفعون برأيه أو كان مطاعاً وان كان امرأة أو صغيراً لوجود القتال من حيث المعنى وقد روى ان ربيعة بن رفيع السلمي رضي الله عنه أدرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله وهو شيخ كبير كالقفة لا ينتفع الا برأيه فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والاصل فيه ان كل من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأي والطاعة والتحريض وأشباه ذلك على ما ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذي يخالط الناس والذي يجن ويفيق والاصم والاخرس وأقطع اليد اليسرى وأقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من أهل القتال ولو قتل واحد ممن ذكرنا انه لا يحل قتله فلا شيء فيه من دية ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاسر والاخذ فكل من لا يحل قتله في حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله في حال القتال اذا قاتل حقيقة أو معنى يباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل فانه يباح قتلهما في حال القتال اذا قاتلا حقيقة ومعنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا أسرا وان قتلا جماعة من المسلمين في القتال لان القتل بعد الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة فاما القتل في حالة القتال فلدفع شر القتال وقد وجد الشر منهما فابيح قتلهما لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من أهلها والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للمسلم ان يبتدئ أباه الكافر الحربي بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا أمر سبحانه وتعالى بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروى ان حنظلة رضي الله عنه غسيل الملائكة عليهم الصلاة والسلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه فنهاه عليه الصلاة والسلام ولان الشرع أمر باحيائه بالنفقة عليه فالامر بالقتل فيه افناؤه يكون متناقضا فان قصد الاب قتله يدفعه عن

نفسه وان أتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يسع تركه فى دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما اذا كان الغزاة قادرين على حمل هؤلاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدر واعليه فان قدر واعلى ذلك فان كان المتروك ممن يولد له ولد لا يجوز تركهم فى دار الحرب لان فى تركهم فى دار الحرب عونا لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفانى الذى لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا رأى ومشورة فلا يباح تركه فى دار الحرب لما فيه من المضرة بالمسلمين لانهم يستعينون على المسلمين برأيه وان لم يكن له رأى فان شاؤا تركوه فانه لا مضرة عليهم فى تركه وان شاؤا أخرجوه لفائدة المفاداة على قول من يرى مفاداة الاسير بالاسير وعلى قول من لا يرى لا يخرجونهم لما انه لا فائدة فى اخراجهم وكذلك العجوز التى لا يرجى ولدها وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا حضورا ألا يلحقون وان لم يقدر المسلمون على حمل هؤلاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون فى دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على نقلهم فيتركون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احراقه بالنار يحرق وما لا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجدوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب من الاسلحة والخيل والرقيق من أهل الذمة وكل ما يستعان به فى الحرب لان فيه امدادهم واعانتهم على حرب المسلمين قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلا يمكن من الحمل وكذا الحربى اذا دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشترى السلاح ولو اشترى لا يمكن من ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان داخل دار الاسلام بسلاح فاستبدله فينظر فى ذلك ان كان الذى استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك أصلا وان كان من جنس سلاحه فان كان مثله أو أردأ منه يمكن منه وان كان أجود منه لا يمكن منه لما قلنا ولا بأس بحمل الثياب والمتاع والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة من تجار الاعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك أفضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان أولى واما المسافرة بالقرآن العظيم الى دار الحرب فينظر فى ذلك ان كان العسكر عظيما مأمونا عليه لا بأس بذلك لانهم يحتاجون الى قراءة القرآن واذا كان العسكر عظيما يقع الامن عن الوقوع فى أيدى الكفرة والاستخفاف به وان لم يكن مأمونا عليه كالسرية يكره المسافرة به لما فيه من خوف الوقوع فى أيديهم والاستخفاف به فكان الدخول به فى دار الحرب تعريضا للاستخفاف بالمصحف الكريم وما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يسافر بالقرآن العظيم الى أرض العدو محمول على المسافرة فى هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء مع أنفسهم الى دار الحرب على هذا التفصيل ان كان ذلك فى جيش عظيم مأمون عليه غير مكروه لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يؤمن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول ولا قوة الا بالله العلى العظيم الاسباب المعترضة المحرمة للقتال أنواع ثلاثة الايمان والامان والالتجاء الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان ما يحكم به بكون الشخص مؤمنا والثانى فى بيان حكم الايمان اما الاول فنقول الطرق التى يحكم بها بكون الشخص مؤمنا ثلاثة نص ودلالة وتبعية اما النص فهو ان يأتى بالشهادة أو بالشهادتين أو يأتى بهما مع التبرى مما هو عليه صريحا وبيان هذه الجملة ان الكفرة أصناف أربعة صنف منهم ينكرون الصانع أصلا وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم

يقرون بالصانع وينكرون توحيده وهم الوثنية والمجوس وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده وينكرون الرسالة رأساً وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده والرسالة فى الجملة لكنهم ينكرون رسالة نبينا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول والثانى فقال لا اله الا الله يحكم باسلامه لان هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلا فاذا أقروا بها كان ذلك دليل ايمانهم وكذلك اذا قال اشهد ان محمداً رسول الله لانهم يمتنعون من كل واحدة من كلمتى الشهادة فكان الاتيان بواحد منهما أيتهما كانت دلالة الايمان وان كان من الصنف الثالث فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لان منكر الرسالة لا يمتنع عن هذه المقالة ولو قال أشهد أن محمداً رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار بها دليل الايمان وان كان من الصنف الرابع فاتى بالشهادتين فقال لا اله الا الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرأ من الدين الذى عليه من اليهودية أو النصرانية لان من هؤلاء من يقر برسالة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث الى العرب خاصة دون غيرهم فلا يكون اتيانه بالشهادتين بدون التبرى دليلا على ايمانه وكذا اذا قال يهودى أو نصرانى أنا مؤمن أو مسلم أو قال آمنت أو أسلمت لا يحكم باسلامه لانهم يدعون انهم مؤمنون ومسلمون والايمان والاسلام هو الذى هم عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه قال اذا قال اليهودى أو النصرانى أنا مسلم أو قال أسلمت سئل عن ذلك أى شئ أردت به ان قال أردت به ترك اليهودية أو النصرانية والدخول فى دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لو رجع عن ذلك كان مرتدا وان قال أردت بقولى أسلمت انى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع عن دينى لم يحكم باسلامه ولو قال يهودى أو نصرانى أشهد أن لا اله الا الله وأتبرأ عن اليهودية أو النصرانية لا يحكم باسلامه لانهم لا يمتنعون عن كلمة التوحيد والتبرى عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول فى دين الاسلام لاحتمال أنه تبرأ عن ذلك ودخل فى دين آخر سوى دين الاسلام فلا يصلح التبرى دليل الايمان مع الاحتمال ولو أقر مع ذلك فقال دخلت فى دين الاسلام أو فى دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم بالاسلام لزوال الاحتمال بهذه القرينة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يحكم به بكونه مؤمناً من طريق الدلالة فنحو ان يصلى كتابى أو واحد من أهل الشرك فى جماعة ويحكم باسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن الصلاة لو صلحت دلالة الايمان لما افترق الحال فيها بين حال الانفراد وبين حال الاجتماع ولو صلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى ذلك اذا صلى بجماعة (ولنا) أن الصلاة بالجماعة على هذه الهيئة التى نصليها اليوم لم تكن فى شرائع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على الدخول فى دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده لان الصلاة وحده غير مختصة بشريعتنا وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا صلى وحده مستقبل القبلة يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام من شهد جنازتنا وصلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وعلى هذا الخلاف اذا أذن فى مسجد جماعة يحكم باسلامه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى لنا أن الاذان من شعائر الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول الاسلام ولو قرأ القرآن أو تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال أنه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير أن يعتقده حقيقة اذ لا كل من يعلم شيأ يؤمن به كالمعاندين من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر فى ذلك أن تهيأ للاحرام ولبى وشهد المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة لم تكن فى الشرائع المتقدمة فكانت مختصة بشريعتنا فكانت دلالة الايمان كالصلاة بالجماعة وان لبى ولم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب لا يحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة فى شريعتنا الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء على هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام ولو شهد شاهدان انهما رأياه يصلى سنة وما قالا رأيناه يصلى فى جماعة وهو يقول صليت صلواتى لا يحكم باسلامه لانهم يصلون أيضا فلا تكون الصلاة المطلقة دلالة الاسلام ولو شهد أحدهما وقال رأيته يصلى فى المسجد الاعظم وشهد

الآخر وقال رأيته يصلى فى مسجد كذا وهو منكر لا تقبل ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهدين اتفقا على وجود
الصلاة منه بجماعة فى المسجد لكنهما اختلفا فى المسجد وذا يوجب اختلاف المكان لا نفس الفعل وهو الصلاة
فقد اجتمع شاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تعتبر شهادتهما فى الجبر على الاسلام لا فى القتل لان فعل الصلاة
وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لاختلاف محل الفعل فاورث شبهة فى القتل والله سبحانه وتعالى اعلم وأما
الحكم بالاسلام من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعا لابويه عقل أولم يعقل مالم يسلم بنفسه اذا عقل ويحكم
باسلامه تبعا للدار أيضا والجملة فيه ان الصبي يتبع أبويه فى الاسلام والكفر ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين
أو أحدهما لانه لا بدله من دين تجرى عليه أحكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما لقصوره فلابد وان يجعل
تبعا للغير وجعله تبعا للابوين أولى لانه تولد منهما وانما الدار منشأ وعند انعدامهما فى الدار التى فيها الصبي تنتقل التبعية الى
الدار لان الدار تستتبع الصبي فى الاسلام فى الجملة كاللقيط فاذا أسلم أحد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا فى
جهة التبعية وهى التولد والتفرع فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى عليه ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا
فالولد كتابى لان الكتابى الى أحكام الاسلام أقرب فكان الاسلام منه أرجى وبيان هذه الجملة اذا سبى الصبي
وأخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان سبى مع أبويه واما ان سبى مع أحدهما واما ان سبى
وحده فان سبى مع أبويه فما دام فى دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات لا يصلى عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبى
مع أحدهما وكذلك اذا اخرج الى دار الاسلام ومعه أبواه أو أحدهما لما بينا فان مات الابوان بعد ذلك فهو على
دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم فى التبع وان أخرج
الى دار الاسلام وليس معه أحدهما فهو مسلم لان التبعية انتقلت الى الدار على ما بينا ولو أسلم أحد الابوين فى دار
الحرب فهو مسلم تبعا له لان الولد يتبع خير الابوين دينا لما بينا وكذا اذا أسلم أحد الابوين فى دار الاسلام ثم سبى
الصبي بعده وأدخل فى دار الاسلام فهو مسلم تبعا له لانه جمعهما دار واحدة لان تبعية الدار لا تعتبر مع أحد الابوين
لما ذكرنا فاما قبل الادخال فى دار الاسلام فلا يكون مسلما لانهما فى دارين مختلفين واختلاف الدار يمنع التبعية فى
الاحكام الشرعية والله سبحانه وتعالى اعلم ثم انما تعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما
اذا أسلم وهو يعقل الاسلام فلا تعتبر التبعية ويصح اسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يصح واحتج بقوله
عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر
عليه الصلاة والسلام أن الصبي مرفوع القلم والفقه مستنبط منه وهو أن الصبي لو صح اسلامه اما أن يصح فرضا
واما ان يصح نفلا ومعلوم أن التنفل بالاسلام محال والفرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام
من الاحكام الضارة فانه سبب لحرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرق بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات
الضارة ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصح اسلامه (ولنا) انه آمن بالله سبحانه
وتعالى عن غيب فيصح ايمانه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعا وهو تصديق الله سبحانه
وتعالى فى جميع ما أنزل على رسله أو تصديق رسله فى جميع ما جاؤا به عن الله تبارك وتعالى وقد وجد ذلك منه لوجود
دليله وهو اقرار العاقل وخصوصا عن طوع فترتب عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تبارك
وتعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وقال عليه الصلاة والسلام لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن
وقوله انه مرفوع القلم قلنا نعم فى الفروع الشرعية فاما فى الاصول العقلية فممنوع ووجوب الايمان من الاحكام
العقلية فيجب على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلائل وبه نقول والله سبحانه وتعالى
أعلم وأما أحكام الايمان فنقول والله سبحانه وتعالى الموفق للايمان حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثانى
يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فكينونة المؤمن من أهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جاء بالحسنة فله

خير منها وأما الذى يرجع الى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها الا أن عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس اذ النفس أصل فى التخلق والمال خلق بذله للنفس استبقاءلها فمتى ثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال تبعا الا اذا وجد القاطع للتبعية على ما نذكر فعلى هذا اذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على أموالهم على ما قلنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أسلم على مال فهو له ولو أسلم حربى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمداً أو خطأ فلا شئ عليه الا الكفارة وعند أبى يوسف عليه الدية فى الخطأ وعند الشافعى رحمه الله عليه الدية مع الكفارة فى الخطأ والقصاص فى العمد واحتجا بالعمومات الواردة فى باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل فى دار الاسلام أو فى دار الحرب (ولنا) قوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة أوجب سبحانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا لانه جعله جزاء والجزاء ينبئ عن الكفاية فاقتضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعا ولان القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى ولكم فى القصاص حياة والحاجة الى الاحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك الا عند المخالطة ولم توجد ههنا وعلى هذا اذا أسلم ولم يهاجر الينا حتى ظهر المسلمون على الدار فما كان فى يده من المنقول فهو له ولا يكون فيأ الا عبداً يقاتل فانه يكون فيأ لان نفسه استفادت العصمة بالاسلام وماله الذى فى يده تابع له من كل وجه فكان معصوما تبعاً لعصمة النفس الا عبداً يقاتل لانه اذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعاً له فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية فيكون محلا للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان فى يد مسلم أو ذمى وديعة له فهو له ولا يكون فيأ لان يد المودع يده من وجه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما فى يده معصوماً فلا يكون محلا للتملك وأما ما كان فى يد حربى وديعة فيكون فيأ عند أبى حنيفة وعندهما يكون له لان يد المودع يده فكان معصوما والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله لانه من حيث انه يحفظ له تكون يده فيكون تبعاً له فيكون معصوماً ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوماً لان نفس الحربى غير معصومة فوقع الشك فى العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فيأ عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون فى يده فيكون تبعاً له من حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس فى يده فلا يكون تبعا له فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعا له وأولاده الكبار وامرأته يكونون فيأ لانهم فى حكم أنفسهم لانعدام التبعية وأما الولد الذى فى البطن فهو مسلم تبعا لابيه ورقيق تبعا لامه وفيه اشكال وهو ان هذا انشاء الرق على المسلم وانه ممنوع والجواب ان الممتنع انشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعا هذا اذا أسلم ولم يهاجر الينا فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر الينا ثم ظهر المسلمون على الدار اما أمواله فما كان فى يد مسلم أو ذمى وديعة فهو له ولا يكون فيأ لما ذكرنا وما سوى ذلك فهو فى علما ذكرنا أيضا وقيل ما كان فى يد حربى وديعة فهو على الخلاف الذى ذكرنا وأما أولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعا لابيهم ولا يسترقون لان الاسلام يمنع انشاء الرق الا رقا ثبت حكما بان كان الولد فى بطن الام وأولاده الكبار فىء لانهم فى حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام أبيهم وكذلك زوجته والولد الذى فى البطن يكون مسلما تبعا لابيه ورقيقا تبعا لامه ولو دخل الحربى دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامرأته وما فى بطنها فىء لما لم يسلم فى دار الحرب حتى خرج الينا لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تباين الدارين وانه يمنع ثبوت التبعية ولو دخل مسلم أو ذمى دار الحرب فاصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذى

أسلم من أهل الحرب ولم يهاجر الينا سواء والله عزوجل أعلم وأما الامان فنقول الامان فى الاصل نوعان أمان مؤقت وأمان مؤبد أما المؤقت فنوعان أيضا أحدهما الامان المعروف وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار فيؤمنوهم والكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن الامان وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الامان وفى بيان صفته وفى بيان ما يبطل به الامان فاما ركنه فهو اللفظ الدال على الامان نحو قول المقاتل أمنتكم أو أنتم آمنون أو أعطيتكم الامان وما يجرى هذا المجرى وأما شرائط الركن فأنواع منها ان يكون فى حال يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة لان القتال فرض والامان يتضمن تحريم القتال فيتناقض الا اذا كان فى حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لانه اذ ذاك يكون قتالا معنى لوقوعه وسيلة الى الاستعداد للقتال فلا يؤدى الى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرف ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد رحمه الله ليس بشرط حتى ان الصبى المراهق الذى يعقل الاسلام والبالغ المختلط العقل اذا أمن لا يصح عند العامة وعند محمد يصح (وجه) قوله أن أهلية الامان مبنية على أهلية الايمان والصبى الذى يعقل الاسلام من أهل الايمان فيكون من أهل الامان كالبالغ (ولنا) أن الصبى ليس من أهل حكم الامان فلا يكون من أهل الامان وهذا لان حكم الامان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناوله ولان من شرط صحة الامان أن يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها الا بالتأمل والنظر ولا يوجد ذلك من الصبى لاشتغاله باللهو واللعب ومنها الاسلام فلا يصح أمان الكافر وان كان يقاتل مع المسلمين لانه متهم فى حق المسلمين فلا تؤمن خيانته ولانه اذا كان متهما فلا يدرى انه بنى امانه على مراعاة مصلحة المسلمين من التفرق عن حال القوة والضعف أم لا فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية فليست بشرط لصحة الامان فيصح أمان العبد المأذون فى القتال بالاجماع وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعى رحمه الله (وجه) قوله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم والذمة العهد والامان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناوله الحديث ولان حجر المولى يعمل فى التصرفات الضارة دون النافعة بل هو فى التصرفات النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولى فى أمان العبد بتعطيل منافعه عليه لانه يتأدى فى زمان قليل بل له ولسائر المسلمين فيه منفعة فلا يظهر انحجاره عنه فاشبه المأذون بالقتال (وجه) قولهما ان الاصل فى الامان أن لا يجوز لان القتال فرض والامان يحرم القتال الا اذا وقع فى حال يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة لوقوعه وسيلة الى الاستعداد للقتال فى هذه الحالة فيكون قتالا معنى اذ الوسيلة الى الشئ حكمها حكم ذلك الشئ وهذه حالة لا تعرف الا بالتأمل والنظر فى حال المسلمين فى قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لاشتغاله بخدمة المولى لا يقف عليهما فكان أمانه تركا للقتال المفروض صورة ومعنى فلا يجوز فبهذا فارق المأذون لان المأذون بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيلة الى القتال فكان اقامة للفرض معنى فهو الفرق (وأما) الحديث فلا يتناول المحجور لان الادنى اما ان يكون من الدناءة وهى الخساسة واما ان يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بمراد لان الحديث يتناول المسلمين بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خساسة مع الاسلام والثانى لا يتناول المحجور لانه لا يكون فى صف القتال فلا يكون أقرب الى الكفرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذكورة ليست بشرط فيصح أمان المرأة لانها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روى ان سيدتنا زينب بنت النبى المكرم عليه الصلاة والسلام أمنت زوجها أبا العاص رضى الله عنه وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم امانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح أمان الاعمى والزمن والمريض لان الاصل فى صحة الامان صدوره عن رأى ونظر فى الاحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه

العوارض لا تقدح فيه ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب والاسير فيها والحربي الذي أسلم هناك لان هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون للامان مصلحة ولانهم متهمون في حق الغزاة لكونهم مقهورين في أيدي الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط فيصح أمان الواحد لقوله عليه الصلاة والسلام ويسعى بذمتهم أدناهم ولان الوقوف على حالة القوة والضعف لا يقف على رأي الجماعة فيصح من الواحد وسواء أمن جماعة كثيرة أو قليلة أو أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما حكم الامان فهو ثبوت الامن للكفرة لان لفظ الامان يدل عليه وهو قوله أمنت فثبت الامن لهم عن القتل والسبي والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم واستغنام أموالهم وأما صفته فهو أنه عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة في النقض ينقض لان جوازه مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض كان للمصلحة فاذا صارت المصلحة في النقض نقض وأما بيان ما ينتقض به الامان فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الامان مطلقا واما ان كان مؤقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون بطريقين أحدهما نقض الامام فاذا نقض الامام انتقض لكن ينبغي أن يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني أن يجيء أهل الحصن بالامان الى الامام فينقض واذا جاء الامام بالامان ينبغي أن يدعوهم الى الاسلام فان أبوا فالى الذمة فان أبوا ردهم الى مأمنهم ثم قاتلهم احترازا عن الغدر فان أبوا الاسلام والجزية وأبوا أن يلحقوا بمأمنهم فان الامام يؤجلهم على ما يرى فان رجعوا الى مأمنهم في الاجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك أن يرجعوا الى مأمنهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب التزام الذمة دلالة وان كان الامان مؤقتا الى وقت معلوم ينتهي بمضي الوقت من غير الحاجة الى النقض ولهم أن يقاتلوهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا حاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فجاؤا فاستأمنوهم فاما اذا استنزلوهم عن الحكم فهذا على وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى واما ان استنزلوهم على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى جاز انزالهم عليه عند أبي يوسف والخيار الى الامام ان شاء قتل مقاتلتهم وسبي نساءهم وذراريهم وان شاء سبي الكل وان شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى الاسلام فان أبوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في وصايا الامراء عند بعث الجيش واذا حاصرتم مدينة أو حصنا فان أرادوا أن تنزلوهم على حكم الله عز وجل فانكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونبه عليه الصلاة والسلام على المعنى وهو أن حكم الله سبحانه وتعالى غير معلوم فكان الانزال على حكم الله تعالى من الامام قضاء بالمجهول وأنه لا يصح واذا لم يصح الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فيدعون الى الاسلام فان أجابوا فهم أحرار مسلمون لا سبيل على أنفسهم وأموالهم وان أبوا لا يقتلهم الامام ولا يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من الامام أن يبلغهم مأمنهم لم يجبهم اليه لانه لو ردهم الى مأمنهم لصاروا حربا لنا (وجه) قول أبي يوسف أن الاستنزال على حكم الله عز وجل هو الاستنزال على الحكم المشروع للمسلمين في حق الكفرة والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم فجاز الانزال عليه قوله ان ذلك مجهول لا يدري المنزل عليه أي حكم هو قلنا نعم لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفي لجواز الانزال عليه كما قلنا في الكفارات ان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك قوع تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار الكفر المكلف كذا هذا يدل عليه أنه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة اذ العبد لا يملك انشاء الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه أحدا وقال تبارك وتعالى ان الحكم الا لله ولكنه يظهر حكم الله عز وجل المشروع في الحادثة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت

بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة (وأما) الحديث فيحتمل أنه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ وهو حال
حياة النبي عليه الصلاة والسلام لا نعدام استقرار الاحكام الشرعية فى حياته عليه الصلاة والسلام لئلا يكون الانزال
على الحكم المنسوخ عسى لاحتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته عليه الصلاة والسلام لخروج
الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى عند أبي يوسف
فالخيار فيه الى الامام فأيما كان أفضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله سبحانه وتعالى
المشروع للمسلمين فى حق الكفرة فان أسلموا قبل الاختيار فهم أحرار مسلمون لا سبيل لاحد عليهم وعلى
أموالهم والارض لهم وهي عشرية وكذلك اذا جعلهم ذمة فهم أحرار ويضع على أراضيهم الخراج فان أسلموا قبل
توظيف الخراج صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فاما اذا كان على حكم العباد بان
استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان
لرجل سموه (واما) ان استنزلوهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين فنزلوا على حكمه
فحكم عليهم بشيء مما ذكرنا وهو رجل عاقل مسلم عدل غير محدود فى قذف جاز بالاجماع لما روى أن بني قريظة لما
حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسا وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم سعد أن تقتل رجالهم
وتقسم أموالهم وتسبى نساؤهم وذراريهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة
أرقعة فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث أخبر عليه الصلاة والسلام أن ما حكم به حكم الله
سبحانه وتعالى لان حكم الله سبحانه وتعالى لا يكون الا صوابا وليس للحاكم أن يحكم بردهم الى دار الحرب فان حكم فهو
باطل لانه حكم غير مشروع لما بينا الا انهم بالرد يصيرون حربيين لنا وان كان الحاكم عبدا أو صبيا لم يجز حكمه بالاجماع وان
كان فاسقا أو محدودا فى القذف لم يجز حكمه عند أبي يوسف وعند محمد يجوز (وجه) قول محمد رحمه الله أن الفاسق
يصلح قاضيا فيصلح حكما بالطريق الاولى (وجه) قول أبي يوسف أن المحدود فى القذف لا يصلح حكما لانه ليس من
أهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضيا وكذا الفاسق لا يصلح حكما وان صلح قاضيا لكنه لا يلزم قضاؤه ولهذا لو رفعت
قضيته الى قاض آخر ان شاء أمضاه وان شاء رده وان كان ذميا جاز حكمه فى الكفرة لانه من أهل الشهادة على
جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختاروا رجلا فان كان موضعا للحكم جاز حكمه وان كان غير موضع للحكم
لا يقبل منهم حتى يختاروا رجلا موضعا للحكم فان لم يختاروا أبلغهم الامام مأمنهم لان النزول كان على شرط وهو حكم
رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا فى يد الامام بالامان فيردهم الى مأمنهم الا أنه لا يردهم الى حصن هو أحصن من
الاول ولا الى حد يمتنعون به لان الرد الى المأمن للتحرج عن توهم الغدر وانه يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة
فى الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فللامام أن يعين رجلا صالحا للحكم فيهم أو يحكم للمسلمين بنفسه بما
هو أفضل لهم والله سبحانه وتعالى أعلم والثاني الموادعة وهي المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع الفريقان
أى تعاهدا على أن لا يغزو كل واحد منهما صاحبه والكلام فى الموادعة فى مواضع فى بيان ركنها وشرطها وحكمها
وصفتها وما ينتقض به أما ركنها فهو لفظة الموادعة أو المسالمة أو المصالحة أو المعاهدة أو ما يؤدي معنى هذه العبارات
وشرطها الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة الى قوم آخرين
فلا تجوز عند عدم الضرورة لان الموادعة ترك القتال المفروض فلا يجوز الا فى حال يقع وسيلة الى القتال لانها حينئذ
تكون قتالا معنى قال الله تبارك وتعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة
لا بأس به لقول الله تبارك وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشر سنين ولا يشترط اذن الامام بالموادعة حتى لو وادعهم
الامام أو فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول عليه كون عقد الموادعة مصلحة

للمسلمين

للمسلمين وقد وجد ولا بأس بأن يأخذ المسلمون على ذلك جعلا لان ذلك فى معنى الجزية و يوضع موضع الخراج فى بيت المال ولا بأس أن يطلب المسلمون الصلح من الكفرة و يعطوا على ذلك مالا اذا اضطروا اليه لقوله سبحانه وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها أباح سبحانه وتعالى لنا الصلح مطلقا فيجوز ببدل أوغير بدل ولان الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال فى الثانى من باب المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائزا وتجوز موادعة المرتدين اذا غلبوا على دار من دور الاسلام وخيف منهم ولم تؤمن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام وتوبتهم ولا يؤخذ منهم على ذلك مال لان ذلك فى معنى الجزية ولا يجوز اخذ الجزية من المرتدين فان أخذ منهم شيئا لا يرد لانه مال غير معصوم ألا ترى ان أموالهم محل للاستيلاء كأموال أهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لانه لما جازت موادعة الكفرة فلأن تجوز موادعة المسلمين أولى ولكن لا يؤخذ منهم على ذلك مال لان المال المأخوذ على ترك القتال يكون فى معنى الجزية ولا تؤخذ الجزية الا من كافر (وأما) حكم الموادعة فما هو حكم الامان المعروف وهو أن يأمن الموادعون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذراريهم لانها عقد أمان أيضا ولو خرج قوم من الموادعين الى بلدة أخرى ليست بينهم و بين المسلمين موادعة فغزا المسلمون تلك البلدة فهؤلاء آمنون لا سبيل لاحد عليهم لان عقد الموادعة أفاد الامان لهم فلا ينتقض بالخروج الى موضع آخر كما فى الامان المؤبد وهو عقد الذمة انه لا يبطل بدخول الذمى دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل فى دار الموادعة رجل من غير دارهم بامان ثم خرج الى دار الاسلام بغير أمان فهو آمن لانه لما دخل دار الموادعين بأمانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد الى داره ثم دخل دار الاسلام بغير أمان كان فيأ لنا أن نقتله ونأسره لانه لما رجع الى داره فقد خرج من أن يكون من أهل دار الموادعة فبطل حكم الموادعة فى حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حربى دخل دار الاسلام ابتداء بغير أمان ولو أسر واحد من المواد عين أهل دار أخرى فغزى المسلمون على تلك الدار كان فيأ وقد ذكرنا انه لو دخل اليهم تاجرا فهو آمن (ووجه) الفرق انه لما أسر فقد انقطع حكم دار الموادعة فى حقه واذا دخل تاجرا لم ينقطع والله تعالى أعلم (وأما) صفة عقد الموادعة فهو انه عقد غير لازم محتمل للنقض فللامام أن ينبذ اليهم لقوله سبحانه وتعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء فاذا وصل النبذ الى ملكهم فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لان الملك يبلغ قومه ظاهرا الا اذا استيقن المسلمون ان خبر النبذ لم يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا أحب أن يغزوا عليهم لان الخبر اذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم مناغدرا وتغريرا وكذلك اذا كان النبذ من جهتهم بان أرسلوا الينا رسولا بالنبذ وأخبروا الامام بذلك فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لما قلنا الا اذا استيقن المسلمون أن أهل ناحية منهم لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل أخذه منهم ثم بدا له أن ينقض فلا بأس به لما بينا أنه عقد غير لازم فكان محتملا للنقض ولكن يبعث اليهم بحصة ما بقى من المدة من الجعل الذى أخذه لانهم انما أعطوه ذلك بمقابلة الامان فى كل المدة فاذا فات بعضها لزم الرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على أن يكونوا مستبقين على أحكام الكفر (فاما) اذا وقع الصلح على انه يجرى عليهم أحكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لان الصلح الواقع على هذا الوجه عقد ذمة فلا يجوز للامام أن ينبذ اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما ينتقض به عقد الموادعة فالجملة فيه أن عقد الموادعة (اما) ان كان مطلقا عن الوقت (واما) ان كان موقتا بوقت معلوم فان كان مطلقا عن الوقت فالذى ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين صريحا (وأما) الدلالة فهى أن يوجد منهم ما يدل على النبذ نحو أن يخرج قوم من دار الموادعة باذن الامام و يقطعوا الطريق فى دار الاسلام لان اذن الامام بذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم من غير اذن الامام فقطعوا الطريق فى دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضا للعهد لان قطع الطريق بلا منعة لا يصلح دلالة للنقض ألا ترى انه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما فى الامان المؤبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن أهل مملكته

فالملك وأهل مملكته على موادعتهم لانعدام دلالة النقض فى حقهم ولكن ينتقض العهد فيما بين القطاع حتى يباح قتلهم واسترقاقهم لوجود دليل النقض منهم وان كان موقتا بوقت معلوم ينتهى العهد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى النبذ حتى كان للمسلمين أن يغزوا عليهم لان العقد المؤقت الى غاية ينتهى بانتهاء الغاية من غير الحاجة الى الناقض ولو كان واحد منهم دخل الاسلام بالموادعة المؤقتة فمضى الوقت وهو فى دار الاسلام فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه لان التعرض له يوهم الغدر والتغرير فيجب التحرز عنه ما أمكن والله تعالى أعلم (وأما) الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن العقد وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان صفة العقد وفى بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له (أما) ركن العقد فهو نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو لفظ يدل عليه وهو لفظ العهد والعقد على وجه مخصوص (وأما) الدلالة فهى فعل يدل على قبول الجزية نحو أن يدخل حربى فى دار الاسلام بامان فان أقام بها سنة بعد ما تقدم اليه فى أن يخرج أو يكون ذميا والاصل أن الحربى اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغى للامام أن يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضى رأيه ويقول له ان جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال له ذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضى بصيرورته ذميا فاذا أقام سنة من يوم قال له الامام أخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه قبل ذلك وان خرج بعد تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فمكث سنة صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستأمن أرضا خراجية فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج يختص بالمقام فى دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضى بكونه من أهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو باعها قبل أن يجبى خراجها لا يصير ذميا لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشراء فما لم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميا ولو استأجر أرضا خراجية فزرعها لم يصر ذميا لان الخراج على الآجر دون المستأجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا أخرجت الارض وأخذ الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستأمن أرض المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذميا لما بينا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربى المستأمن أرض خراج فزرعها فاخرجت زرعا فاصاب الزرع آفة أنه لا يصير ذميا لانه اذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كانه لم يزرعها فبقى نفس الشراء وأنه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستأمن الخراج فى أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميا حين وجوب الخراج ويؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلة لانه بوجوب خراج الارض صار ذميا كان عقد الذمة نصا فيعتبر ابتداء العقد من حين وجوب الخراج فيؤخذ خراج الرأس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحربية المستأمنة فى دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج الحربى المستأمن فى دار الاسلام ذمية لم يصر ذميا (ووجه) الفرق ان المرأة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمى فقد رضيت بالمقام فى دارنا فصارت ذمية تبعا لزوجها فأما الزوج فليس بتابع للمرأة فلا يكون تزوجه اياها دليل الرضا بالمقام فى دارنا فلا يصير ذميا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الركن فأنواع (منها) أن لا يكون المعاهد من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله تعالى فخلوا سبيلهم أمر سبحانه وتعالى بقتل المشركين ولم يأمر بتخلية سبيلهم الا عند توبتهم وهى الاسلام ويجوز عقد الذمة مع أهل الكتاب لقول الله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب الآية وسواء كانوا من العرب أو من العجم لعموم النص ويجوز مع المجوس لانهم ملحقون بأهل الكتاب فى حق الجزية لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المجوس سنوا بهم سنة أهل الكتاب وكذلك فعل سيدنا عمر رضى الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على جماجمهم والخراج على أراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركى العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركى

العجم ان أهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع فى ذلك بل للدعوة الى الاسلام ليخالطوا المسلمين فيتاملوا فى محاسن الاسلام وشرائعه و ينظروا فيها فيروها مؤسسة على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك الى الاسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجاء الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركى العرب لانهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعبدون ما سوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتأمل والنظر فى محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعوهم الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركو العجم ملحقون باهل الكتاب فى هذا الحكم بالنص الذى روينا (ومنها) أن لا يكون مرتدا فانه لا يقبل من المرتد أيضا الا الاسلام أو السيف لقول الله تبارك وتعالى تقاتلونهم أو يسلمون قيل ان الآية نزلت فى أهل الردة من بنى حنيفة ولان العقد فى حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرائعه المحمودة فى العقول الا لسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية فى حقه وسيلة الى الاسلام والله تعالى أعلم (وأما) الصابؤن فيعقد لهم عقد الذمة لما ذكرنا فى كتاب النكاح عند أبى حنيفة هم قوم من أهل الكتاب يقرؤن الزبور وعندهما قوم يعبدون الكواكب فكانوا فى حكم عبدة الاوثان فتؤخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون مؤبداً فان وقته وقتا لم يصح عقد الذمة لان عقد الذمة فى إفادة العصمة كالخلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا مؤبداً فكذا عقد الذمة والله تعالى أعلم (وأما) بيان حكم العقد فنقول و بالله التوفيق ان لعقد الذمة أحكاما (منها) عصمة النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون نهى سبحانه وتعالى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة تثبت العصمة ضرورة (ومنها) عصمة المال لانها تابعة لعصمة النفس وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال انما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا والكلام فى وجوب الجزية فى مواضع فى بيان سبب وجوب الجزية وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان وقت الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان ما يسقط به بعد الوجوب (أما) الاول فسبب وجوبها عقد الذمة وأما شرائط الوجوب فانواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين لان الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعى أهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من أهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم (ومنها) الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان المريض لا يقدر على القتال وكذلك إن مرض أكثر السنة وان صح أكثر السنة وجبت لان للاكثر حكم الكل (ومنها) السلامة عن الزمانة والعمى والكبر فى ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروى عن أبى يوسف انها ليست بشرط وتجب على هؤلاء اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هؤلاء ليسوا من أهل القتال عادة ألا ترى انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذى لا يعتمل لا قدرة له لان من لا يقدر على العمل لا يكون من أهل القتال (وأما) أصحاب الصوامع فعليهم الجزية اذا كانوا قادرين على العمل لانهم من أهل القتال فعدم العمل مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما اذا كان له أرض خراجية فلم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج والله تعالى أعلم (ومنها) الحرية فلا تجب على العبد لان العبد ليس من أهل ملك المال (وأما) وقت الوجوب فأول السنة لانها تجب لحقن الدم فى المستقبل فلا تؤخر الى آخر السنة ولكن تؤخذ فى كل شهر من الفقير درهم ومن المتوسط درهمان ومن الغنى أربعة دراهم (وأما) بيان مقدار الواجب فنقول و بالله التوفيق الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضى وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم

أهل نجران على الف ومائتى حلة وجزية يضعها الامام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الامام على أرض الكفار وأقرهم على أملاكهم وجعلهم ذمة وذلك على ثلاثة مراتب لان الذمة ثلاث طبقات أغنياء وأوساط وفقراء فيضع على الغنى ثمانية وأربعين درهماً وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهماً كذا روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه أنه أمر عثمان بن حنيف حين بعثه الى السواد أن يضع هكذا وكان ذلك من سيدنا عمر رضى الله عنه بمحضر من الصحابة من المهاجرين والانصار رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فهو كالاجماع على ذلك مع ما أنه لا يحتمل أن يكون من سيدنا عمر رضى الله عنه رأيا لان المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف فى تفسير الغنى فى هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك نصابا تجب فى مثله الزكاة على المسلمين وهو مائتا درهم فهو فقير ومن ملك مائتى درهم فهو من الاوساط ومن ملك أربعة آلاف درهم فصاعدا فهو من الاغنياء لما روى عن سيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهم انهما قالا أربعة آلاف درهم فما دونها نفقة وما فوق ذلك كنز وقيل من ملك مائتى درهم الى عشرة آلاف فما دونها فهو من الاوساط ومن ملك زيادة على عشرة آلاف فهو من الاغنياء والله تعالى أعلم (وأما) ما يسقطها بعد الوجوب فانواع (منها) الاسلام (ومنها) الموت عندنا فان الذمى اذا أسلم أو مات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تسقط بالموت والاسلام (وجه) قوله ان الجزية وجبت عوضاً عن العصمة بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله جل شأنه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أباح جلت عظمته دماء أهل القتال ثم حقنها بالجزية فكانت الجزية عوضاً عن حقن الدم وقد حصل له المعوض فى الزمان الماضى فلا يسقط عنه العوض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على مسلم جزية وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان فى الاسلام لمعاذاً ان فعل ولانها وجبت وسيلة الى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام والموت كالقتال والدليل على انها وجبت وسيلة الى الاسلام ان الاسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذى فيه ترك القتال الا لما شرع له القتال وهو التوسل الى الاسلام والا فيكون تناقضا والشريعة لا تتناقض وتعذر تحقيق معنى التوسل بعد الموت والاسلام فيسقط ضرورة وقوله انها وجبت عوضا عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الا وسيلة الى الاسلام لان تمكين الكفرة فى دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم فى الله ما لا يليق بذاته وصفاته تبارك وتعالى للوصول الى عرض يسير من الدنيا خارج عن الحكم والعقل فاما التوسل الى الاسلام واعدام الكفرة فمعقول مع ما انها ان وجبت لحقن الدم فانما تجب كذلك فى المستقبل واذا صار دمه محقونا فيما مضى فلا يجوز أخذ الجزية لاجله فتسقط (ومنها) مضى سنة تامة ودخول سنة أخرى عند أبى حنيفة وعندهما لا تسقط حتى انه اذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذى تؤخذ منه للسنة المستقبلة ولا تؤخذ للسنة الماضية عنده وعندهما تؤخذ لما مضى ما دام ذميا والمسئلة تعرف بالموانيد(١) انها تؤخذ أم لا (وجه) قولهما ان الجزية أحد نوعى الخراج فلا تسقط بالتأخير الى سنة أخرى استدلالا بالخراج الآخر وهو خراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا تسقط بالتأخير كسائر الديون ولابى حنيفة رحمه الله وجهان (أحدهما) ان الجزية ما وجبت الا رجاء الاسلام واذا لم يوجد حتى دخلت سنة أخرى انقطع الرجاء فيما مضى وبقى الرجاء فى المستقبل فيؤخذ للسنة المستقبلة والثانى ان الجزية انما جعلت لحقن الدم فى المستقبل فاذا صار دمه محقونا فى السنة الماضية فلا تؤخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة الى ذلك كما اذا أسلم أو مات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة الى الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار بخراج الارض غير سديد فان المجوسى اذا أسلم بعد مضى السنة لا يسقط عنه خراج الارض ويسقط عنه خراج الرأس بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وبه تبين ان هذا ليس كسائر الديون فبطل الاعتبار بها والله تعالى أعلم (وأما) صفة العقد فهو انه لازم فى حقنا حتى لا يملك المسلمون نقضه بحال من الاحوال وأما فى حقهم فغير لازم بل

(١) كذا فى الاصل وفى نسخة هكذا بالمواسه

يحتمل

يحتمل الانتفاع في الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد أمور ثلاثة أحدها ان يسلم الذمي لما مر ان الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام وقد حصل المقصود والثاني أن يلحق بدار الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد الا ان الذمي اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شاء الله تعالى (والثالث) ان يغلبوا على موضع فيحاربون لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل الحرب وينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذمي من اعطاء الجزية لا ينتقض عهده لان الامتناع يحتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبي عليه الصلاة والسلام لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر على كفر والعقد يبقى مع اصل الكفر فيبقى مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلماً او زنى بمسلمة لان هذه معاص ارتكبوها وهي دون الكفر في القبح والحرمة ثم بقيت الذمة مع الكفر فمع المعصية أولى والله تعالى أعلم (وأما) بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض فنقول وبالله التوفيق ان اهل الذمة يؤخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يتركون يتشبهون بالمسلمين في لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيؤخذ الذمي بان يجعل على وسطه كشحا مثل الخيط الغليظ ويلبس قلنسوة طويلة مضربة ويركب سرجا على قربوسه مثل الرمانة ولا يلبس طيلسانا مثل طيالسة المسلمين ورداء مثل أردية المسلمين والاصل فيه ما روي ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر على رجال ركوب ذوي هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من أصحابه أصلحك الله تدري من هؤلاء فقال من هم فقال هؤلاء نصارى بني تغلب فلما أتى منزله أمر أن ينادي في الناس أن لا يبقى نصراني الا عقد ناصيته وركب الاكاف ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون كالاجماع ولان السلام من شعائر الاسلام فيحتاج المسلمون إلى إظهار هذه الشعائر عند الالتقاء ولا يمكنهم ذلك إلا بتمييز أهل الذمة بالعلامة ولان في إظهار هذه العلامات إظهار آثار الذلة عليهم وفيه صيانة عقائد ضعفة المسلمين عن التغيير على ما قال سبحانه وتعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون وكذا يجب أن تتميز نساؤهم عن نساء المسلمين في حال المشي في الطريق ويجب التمييز في الحمامات في الازر فيخالف ازرهم أزر المسلمين لما قلنا وكذا يجب أن تميز الدور بعلامات تعرف بها دورهم من دور المسلمين ليعرف السائل المسلم انها دور الكفرة فلا يدعو لهم بالمغفرة ويتركون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشترون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام في أمصار المسلمين أبلغ الى هذا المقصود وفيه أيضاً منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمور والخنازير فيها ظاهراً لان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لانهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح عند أهل الاصول على ما عرف في موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنزير منهم اظهاراً للفسق فيمنعون من ذلك وعندهم ان ذلك مباح فكان اظهار شعائر الكفر في مكان معد لاظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين فيمنعون من ذلك وكذا يمنعون من ادخالها في امصار المسلمين ظاهراً وروي عن أبي يوسف أني أمنعهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما في الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم ذلك في الخنزير ولا يمكنون من إظهار صليبهم في عيدهم لانه اظهار شعائر الكفر فلا يمكنون من ذلك في أمصار المسلمين ولو فعلوا ذلك في كنائسهم لا يتعرض لهم وكذا لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعائر لم يتحقق فان ضربوا به خارجا منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعائر ولا يمنعون من اظهار شيء مما ذكرنا من بيع الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس في قرية أو موضع ليس من أمصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من أهل الاسلام وانما يكره ذلك في أمصار المسلمين وهي التي يقام فيها الجمع والاعياد والحدود لان المنع من اظهار هذه الاشياء لكونه اظهار شعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الاسلام فيختص المنع بالمكان المعد لاظهار الشعائر وهو المصر الجامع (وأما) اظهار فسق يعتقدون حرمته كالزنا وسائر الفواحش التي هي حرام في دينهم فانهم يمنعون من ذلك سواء كانوا في أمصار المسلمين أو في أمصارهم

ومدائنهم وقراهم وكذا المزامير والعيدان والطبول فى الغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله فى الامصار والقرى لانهم يعتقدون حرمة هذه الافعال كما نعتقدها نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها (وأما) الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم شئ منها (واما) احداث كنيسة أخرى فيمنعون عنه فيما صار مصراً من أمصار المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا كنيسة فى الاسلام الا فى دار الاسلام ولو انهدمت كنيسة فلهم ان يبنوها كما كانت لان لهذا البناء حكم البقاء ولهم ان يستبقوها فلهم ان يبنوها وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع آخر لان التحويل من موضع الى موضع آخر فى حكم احداث كنيسة أخرى (وأما) فى القرى أو فى موضع ليس من أمصار المسلمين فلا يمنعون من احداث الكنائس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمور والخنازير لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من أهل الحرب فرأى أن يجعلهم ذمة و يضع على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنائس والبيع واظهار بيع الخمر والخنزير لان الممنوع اظهار شعائر الكفر فى مكان اظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين ولم يوجد بخلاف ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من أهل الحرب منا أن يصيروا ذمة يؤدون عن رقابهم وأراضيهم شيئاً معلوما ونجرى عليهم أحكام الاسلام فصالحناهم على ذلك فكانت أراضيهم مثل أراضى الشام مدائن وقرى و رساتيق وأمصار انه لا يتعرض لكنائسهم القديمة ولكنهم لو أرادوا أن يحدثوا شيأ منها يمنعوا من ذلك لانها صارت مصراً من أمصار المسلمين واحداث الكنيسة فى مصر من أمصار المسلمين ممنوع عنه شرعا فان مصر الامام مصراً للمسلمين كما مصر سيدنا عمر رضى الله عنه الكوفة والبصرة فاشترى قوم من أهل الذمة دوراً وأرادوا أن يتخذوا فيها كنائس لا يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تخلى رجل فى صومعته منع من ذلك لان ذلك فى معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من أمصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة وجعلهم ذمة فما كان فيه كنيسة قديمة منعهم من الصلاة فى تلك الكنائس لانه لما فتح عنوة فقد استحقه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها و يأمرهم ان يتخذوها مساكن ولا ينبغى ان يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصرا ولو عطل الامام هذا المصر وتركوا اقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لاهل القرية ان يحدثوا ما شاؤا لانه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب فى بيته لان نصب الصليب كنصب الصنم وتصلى فى بيته حيث شاءت هذا الذى ذكرنا حكم أرض العجم (وأما) أرض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر والخنزير مصراً كان أو قرية أو ماء من مياه العرب و يمنع المشركون ان يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا كذا ذكره محمد تفضيلا لارض العرب على غيرها وتطهيراً لها عن الدين الباطل قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب وأما الالتجاء الى الحرم فان الحربى اذا التجأ الى الحرم لا يباح قتله فى الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم وعند الشافعى رحمه الله يقتل فى الحرم واختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقتل فى الحرم ولا يخرج منه أيضا وقال أبو يوسف رحمه الله لا يباح قتله فى الحرم ولكن يباح اخراجه من الحرم للشافعى رحمه الله قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر به عن المكان فكان هذا اباحة لقتل المشركين فى الاماكن كلها (ولنا) قوله تبارك وتعالى أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا هذا اذا دخل ملتجئا اما اذا دخل مكابراً أو مقاتلا يقتل لقوله تعالى ولا تقاتلوهم عند المسجد حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم ولانه لما دخل مقاتلا فقد هتك حرمة الحرم فيقتل تلافيا للهتك زجر الغيره عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من أهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو انهزموا من المسلمين فلا شئ على المسلمين فى قتلهم واسرهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول و بالله التوفيق ههنا ثلاثة أشياء النفل والفيء والغنيمة فلا بد من بيان معانى هذه الالفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والاحكام (أما) النفل فى اللغة فعبارة عن الزيادة ومنه سمى ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبى وسميت نوافل العبادات لكونها زيادات على الفرائض وفى الشريعة عبارة

عما خصه الامام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال سمى نفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الامام من أصاب شيأ فله ربعه أو ثلثه أو قال من أصاب شيأ فهو له أو قال من أخذ شيأ أو قال من قتل قتيلا فله سلبه أو قال لسرية ما أصبتم فلكم ربعه أو ثلثه أو قال فهو لكم وذلك جائز لان التخصيص بذلك تحريض على القتال وانه أمر مشروع ومندوب اليه قال الله تعالى عز شأنه يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال الا انه لا ينبغى للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان التنفيل بكل المأخوذ قطع حق الغانمين عن النفل أصلا لكن مع هذا لو رأى الامام المصلحة فى ذلك ففعله مع سرية جاز لان المصلحة قد تكون فيه فى الجملة ويجوز التنفيل فى سائر الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لان معنى التحريض على القتال يتحقق فى الكل والسلب هو ثياب المقتول وسلاحه الذى معه ودابته التى ركبها بسرجها وآلاتها وما كان معه من مال فى حقيبة على الدابة أو على وسطه (وأما) حقيبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلب ولو اشتركا فى قتل رجل كان السلب بينهما فان بدأ أحدهما فضربه ثم أجهزه الآخر بان كانت الضربة الاولى قد أثخنته وصيرته الى حال لا يقاتل ولا يعين على القتال فالسلب للاول لانه قتيل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصيره الى هذه الحالة فالسلب للثانى لانه قتيل الثانى ولو قتل رجل واحد قتيلين أو أكثر فله سلبه وهل يدخل الامام فى التنفيل ان قال فى جميع ذلك منكم لا يدخل لانه خصهم وان لم يقل منكم يدخل لانه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيأ فقتل رجل من الغزاة قتيلا لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان قتله مدبرا منهزما لم يختص بسلبه وان قتله مقبلا مقاتلا يختص بسلبه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فله سلبه وهذا منه عليه الصلاة والسلام نصب الشرع ولانه اذا قتله مقبلا مقاتلا فقد قتله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله موليا منهزما فانما قتله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة مقسومة (ولنا) ان القياس يأبى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلاء والاصابة والاخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضى الاستحقاق للكل فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغى أن لا يجوز الا انا استحسنا الجواز بالنص وهو قوله تبارك وتعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال والتنفيل تحريض على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غناء وفضل شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح وتعريض النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لانه يحتمل انه نصب ذلك القول شرعا ويحتمل أن يكون نصبه شرطا ويحتمل أنه نفل قوما باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له انه لم يجعله أبو حنيفة حجة لملك الارض المحياة بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط جوازه فهو أن يكون قبل حصول الغنيمة فى يد الغانمين فاذا حصلت فى أيديهم فلا نفل لان جواز التنفيل للتحريض على القتال وذا لا يتحقق الا قبل أخذ الغنيمة فان قيل أليس أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل بعد احراز الغنيمة فالجواب أنه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام انما نفل من الخمس أو من الصفى الذى كان له فى الغنائم ويحتمل أنه كان مما أفاء الله تعالى عليه فسماه الراوى غنيمة والله تعالى أعلم (وأما) حكم التنفيل فنوعان أحدهما اختصاص النفل بالمنفل حتى لا يشاركه فيه غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام ففيه كلام نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والثانى انه لا خمس فى النفل لان الخمس انما يجب فى غنيمة مشتركة بين الغانمين والنفل ما أخلصه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشارك المنفل له الغزاة فى أربعة اخماس ما أصابوا لان الاصابة أو الجهاد حصل بقوة الكل الا أن الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقين عنه فبقى حق الكل متعلقا بما وراءه فيشاركهم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) الفىء فهو اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الاموال المبعوثة بالرسالة الى امام المسلمين والاموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب ولا خمس فيه لانه ليس بغنيمة اذ هى للمأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفىء لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه أو يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى عز شأنه وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شىء قدير وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت خالصة له وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقى جعله فى الكراع والسلاح ولهذا كانت فدك خالصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم اذ كانت لم يوجف عليها الصحابة رضى الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روى أن أهل فدك لما بلغهم أهل خيبر انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجليهم ويحقن دماءهم ويخلوا بينه وبين أموالهم بعثوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وصالحوه على النصف من فدك فصالحهم عليه الصلاة والسلام على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الأئمة فى المال المبعوث اليهم من أهل الحرب انه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام انما أشرك قومه فى المال المبعوث اليه من أهل الحرب لان هيبة الأئمة بسبب قومهم فكانت شركة بينهم (وأما) هيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت بما نصر من الرعب لا بأصحابه كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهرين لذلك كان له ان يختص لنفسه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا دخل حربى فى دار الاسلام بغير أمان فاخذه واحد من المسلمين يكون فيأ لجماعة المسلمين ولا يختص به الآخذ عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يكون للآخذ خاصة (وجه) قولهما ان سبب الملك وجد من الآخذ خاصة فيختص بملكه كما اذا دخلت طائفة من أهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سرية من أهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون بملكها والدليل عن ان سبب الملك وجد من الآخذ خاصة ان السبب هو الاخذ والاستيلاء هو اثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الآخذ خاصة وأهل الدار ان كانت لهم يد لكنها يد حكمية ويد الحربى حقيقية لانه حر والحر فى يد نفسه واليد الحكمية لا تصلح مبطلة لليد الحقيقية لانها دونها ونقض الشىء بما هو مثله أو بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما يد الآخذ فيد حقيقة وهى محقة ويد الحربى مبطلة فجاز ابطالها بها (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه انه وجد سبب ثبوت الملك لعامة المسلمين فى محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا للكل كما اذا استولى جماعة على صيد وانما قلنا ذلك لانه كلما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد أهل الدار عليه لان الدار فى أيديهم فما فى الدار يكون فى أيديهم أيضا ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغانمين فى الغنائم ماداموا فى دار الحرب كذا ههنا قوله يد أهل الدار يد حكمية ويد الحربى حقيقية فلا تبطلها قلنا يد أهل الدار حقيقية أيضا لان المعنى من اليد فى هذه الابواب القدرة من حيث سلامة الاسباب والآلات ولاهل الدار آلات سليمة لو استعملوها فى التصرف عليه لحدثت لهم بمجرى العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مع انه اذا ثبت يد الآخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد أهل الدار لان يده يد أهل الدار لان أهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب فاخذ واحد منهم شيأ من أموال الكفرة فان المأخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما السريتان اذا التقتا فى دار الاسلام فأخذ منها سرية الامام فانما اختصوا بملكها للحاجة والضرورة وهى ان بالامام حاجة الى بعث السرايا لحراسة الحوزة وحماية البيضة عن شر الكفرة اذا الكفرة يقصدون دار الاسلام والدخول فى حدودها بغتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيئهم للذب عن حريم الاسلام قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محروسة فلو لم يختصوا بالمأخوذ لما انقاد طبعهم لكفاية هذا الشغل فتمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا نفل الامام سرية فاصابوا شيأ يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة

شجاعة لانه لا ينقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بزيادة من المصاب بالتنفيل كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب في الغنائم والغنيمة اسم للمال المأخوذ عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب ولم يوجد لحصوله في أيديهم بغير قتال فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات وكذا روى عن محمد روايتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده يثبت بأخذه وانما أخذه على سبيل القهر والغلبة فكان في حكم الغنائم ولو دخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يؤخذ ثم أخذه واحد من المسلمين يكون فيأ لجماعة المسلمين أيضا عند أبي حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيل لاحد عليه وهذا فرع الاصل الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله كما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه في يد أهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان حرا قبله حيث وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوت الملك على ما مر ولو رجع هذا الحربي الى دار الحرب خرج من ان يكون فيأ بالاجماع اما عند أبي حنيفة فلان حق أهل دار الاسلام لا يتأكد الا بالاخذ حقيقة ولم يوجد واما عندهما فلانه لم يثبت الملك أصلا الا بحقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا انفلت واحد من الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحق بمنعتهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا. ولو ادعى هذا الحربي بامان لم يقبل قوله عند أبي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان دخول دار الحرب سبب ثبوت الملك والامان عارض مانع من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض الا بحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فتقبل وكذلك لو قال الآخذ انى امنته لم يقبل قوله عند أبي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير متهم في حق نفسه ولو دخل هذا الحربي الحرم قبل ان يؤخذ فهو فيء عند أبي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنه لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم أولى ولان الاسلام أعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيأ الا بحقيقة الاخذ فيبقى على أصل الحرية ولا يتعرض له لكنه لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم ولو أمنه رجل من المسلمين في الحرم أو بعد ما خرج من الحرم قبل ان يؤخذ لم يصح عند أبي حنيفة وعندهما يصح و يرد الى مأمنه لان عنده صار فيأ لجماعة المسلمين بنفس دخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيأ الا بحقيقة الاخذ فاذا أمنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو أخذه رجل في الحرم وأخرجه منه فقد أساء وكان فيأ لجماعة المسلمين عند أبي حنيفة وعندهما يكون لمن أخذه اما عنده فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فالاخذ في الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك وان كان يثبت بالاخذ وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سببا للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو أخذه في الحرم ولم يخرجه فينبغي ان يخلي سبيله في الحرم رعاية لحرمة الحرم ما دام فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الغنيمة فالكلام فيها في مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم وفي بيان مكان قسمة الغنائم وفي بيان ما يباح الانتفاع به من الغنائم وفي بيان كيفية قسمة الغنائم وفي بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما بحقيقة المنعة أو بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي رحمه الله هي اسم للمأخوذ من أهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط له المنعة أصلا و بيان ذلك في مسائل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا أموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنائم بالاجماع سواء دخلوا باذن الامام أو بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القائمة مقام المقاتلة حقيقة واقل المنعة أربعة في ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام خير الاصحاب أربعة وروى عن أبي يوسف انها تسعة ولو دخل من لا منعة له باذن الامام كان المأخوذ غنيمة في ظاهر الرواية عن أصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما

نذكره ولودخل بغيراذن الامام لم يكن غنيمة عندنا لانعدام المنعة أصلا وعند الشافعى رحمه الله يكون غنيمة
والصحيح قولنا لان الغنيمة والغنم والمغنم فى اللغة اسم لمال أصيب من أموال أهل الحرب وأوجف عليه المسلمون
بالخيل والركاب وكذا اشارة النص دليل عليه وهى قوله سبحانه وتعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم
عليه من خيل ولا ركاب أشار سبحانه وتعالى الى انه مالم يوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب لا يكون غنيمة
واصابة مال أهل الحرب بايجاف الخيل والركاب لا يكون الا بالمنعة اما حقيقة أو دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه الاخذ
على طريق القهر والغلبة فلم يكن المأخوذ غنيمة بل كان مالا مباحا فيختص به الآخذ كالصيد الا ان أخذاه جميعا
فيكون المأخوذ بينهما كما لوأخذا صيدا اما عند وجود المنعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنعة
فظاهرة وكذا دلالة المنعة وهى اذن الامام لانه لما أذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة بالمدد والنصرة عند الحاجة
فكان دخوله باذن الامام امتناعا بالجيش الكثيف معنى فكان المأخوذ مأخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة
فهو الفرق ولو اجتمع فريقان أحدهما دخل باذن الامام والآخر بغير اذنه ولا منعة لهم فالحكم فى كل فريق عند
الاجتماع ماهو الحكم عند الانفراد انه ان تفرد كل فريق باخذ شىء فلكل فريق ما أخذ كما لوا تفرد كل فريق بالدخول
فاخذ شيأ فان اشترك الفريقان فى الاخذ فالمأخوذ بينهم على عدد الآخذين ثم ما أصاب المأذون لهم يخمس ويكون
أربعة أخماسه بينهم مشتركة فيه الآخذ وغير الآخذ لانه غنيمة وهذا سبيل الغنائم وما أصاب الذين لم يؤذن لهم لا
خمس فيه فيكون بين الآخذين ولا يشاركهم الذين لم يأخذوا لانه مال مباح وهذا حكم المال المباح على ما بينا هذا اذا
اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما اذا اجتمعوا وكان لهم باجتماعهم منعة فما أصاب واحد منهم أو جماعتهم يخمس وأربعة
أخماسه بينهم لان المأخوذ غنيمة لوجود المنعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو كان الذين دخلوا باذن
الامام لهم منعة ثم لحقهم لص أو لصان لا منعة لهما بغير اذن الامام ثم لقوا قتالا وأصابوا مالا وأصابوا غنائم فما أصاب
العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه وما أصابوه بعد ان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم
لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنية عن معونة اللص
فكان دخوله فى الاستيلاء على المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد انه
يشاركهم فيما أصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصلا بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحوق
حصلت باستيلاء الكل لذلك شاركهم بخلاف اللص والله تعالى أعلم ولو أخذ واحد من الجيش شيأ من المتاع
الذى له قيمة وليس فى يد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك غنيمة وفيه الخمس وذلك الواحد
انما أخذه بمنعة الجماعة وقوتهم فكان مالا مأخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن لذلك الشىء فى دار
الحرب وفى دار الاسلام قيمة فهو له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لا يقع فيه تمانع وتدافع فلا يقع أخذه على سبيل
القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو أخذ شيأ له قيمة فى دار الحرب نحو الخشب فعمله آنية أو غيرها رده الى الغنيمة لانه
اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل له فان لم يكن ذلك الشىء متقوما فهو له خاصة لما قلنا ولا خمس فيما يؤخذ على
موادعة أهل الحرب لانه ليس بمأخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين
لا خمس فيه لما قلنا ولو حاصر المسلمون قلعة فى دار الحرب فافتدوا أنفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه
ماخوذا على سبيل القهر والغلبة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ما يملكه الامام من التصرف فى الغنائم فجملة
الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة المتاع والاراضى
والرقاب اما المتاع فانه يخمس ويقسم الباقى بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضى فللامام فيها خياران ان
شاء خمسها ويقسم الباقى بين الغانمين لما بينا وان شاء تركها فى يد أهلها بالخراج وجعلهم ذمة ان كانوا بمحل الذمة بان كانوا
من أهل الكتاب أو من مشركى العجم ووضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم وهذا عندنا وعند

الشافعي رحمه الله ليس للامام ان يترك الاراضي في أيديهم بالخراج بل يقسمها (وجه) قوله ان الاراضي صارت ملكا للغزاة بالاستيلاء فكان الترك في أيديهم ابطالا لملك الغزاة فلا يملكه الامام كالمتاع (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الاراضي في أيديهم وضرب على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما الرقاب فالامام فيها بين خيارات ثلاث ان شاء قتل الاسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبى النساء والذرارى لقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الاعناق وهذا بعد الاخذ والاسر لان الضرب فوق الاعناق هو الابانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حال القتال ويقدر عليه بعد الاخذ والاسر وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم في أسارى بدر فأشار بعضهم الى الفداء وأشار سيدنا عمر رضي الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جاءت من السماء نار ما نجى الا عمر أشار عليه الصلاة والسلام الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روى انه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر وبقتل هلال بن خطل ومقيس بن صبابة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استئصالهم فكان للامام ذلك وان شاء استرق الكل فخمسهم وقسمهم لان الكل غنيمة حقيقة لحصولها في أيديهم عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب فكان له ان يقسم الكل الا رجال مشركى العرب والمرتدين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم (وجه) قوله انه يجوز استرقاق مشركى العجم وأهل الكتاب من العجم والعرب فكذا استرقاق مشركى العرب والمرتدين وهذا لان للاسترقاق حكم الكفر وهم في الكفر سواء فكانوا في احتمال الاسترقاق سواء (ولنا) قوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله سبحانه وتعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولان ترك القتل بالاسترقاق في حق أهل الكتاب ومشركى العجم للتوسل الى الاسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركى العرب والمرتدين على نحو ما بينا من قبل واما النساء والذرارى منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركى العجم وذراريهم لان النبي عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذراريهم وهم من صميم العرب وكذا الصحابة استرقوا نساء المرتدين من العرب وذراريهم وان شاء من عليهم وتركهم أحرارا بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق الا مشركى العرب والمرتدين فانه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما بينا ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم أهل الحرب فان جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لان شهادة أهل الذمة مقبولة في الجملة فاما شهادة أهل الحرب فغير مقبولة أصلا وليس للامام ان يمن على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى المنعة فيصير حربا علينا فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير بن باطال من بني قريظة وكذا من على أهل خيبر فالجواب انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير ولم يقتله اما الا انه لم يثبت انه تركه بالجزية أم بدونها فاحتمل انه تركه بالجزية وبعقد الذمة وأما أهل خيبر فقد كانوا أهل الكتاب فتركهم ومن عليهم ليصيروا كرة للمسلمين ويجوز المن لذلك لان ذلك في معنى الجزية فيكون تركا بالجزية من حيث المعنى وهل للامام ان يفادى الاسارى اما المفاداة بالمال فلا تجوز عند أصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذى لا يرجى له ولد تجوز وعند الشافعي رحمه الله تجوز المفادات بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسارى بدر بالمال وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز والاباحة (ولنا) ان قتل الاسرى مأمور به لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وانه منصرف الى ما بعد الاخذ والاسترقاق لما قلنا وقوله سبحانه وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل الى الاسلام فلا يجوز تركه الا لما شرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمفاداة فلا يجوز

ترك المفروض لاجله و يحصل بالذمة والاسترقاق لما بينا فكان اقامة للفرض معنى لا تركا له ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حرباً علينا وهذا لا يجوز ومحمد رحمه الله يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذي لا يرجى منه ولد فجاز فداؤه بالمال ولكنا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق آخر وهو الرأى والمشورة وتكثير السواد وأما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء فقد قال بعض أهل التفسير أن الآية منسوخة بقوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية لان سورة براءة نزلت بعد سورة محمد عليه الصلاة والسلام ويحتمل ان تكون الآية فى أهل الكتاب فيمن عليهم بعد أسرهم على ان يصيروا كرة للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر أو ذمة كما فعل سيدنا عمر رضى الله عنه باهل السواد و يسترقون (وأما) أسارى بدر فقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحى فعوتب عليه بقوله سبحانه وتعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم فيه عذاب عظيم حتى قال عليه الصلاة والسلام لو أنزل الله من السماء نارا ما نجى الا عمر رضى الله عنه يدل عليه قوله تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يثخن فى الارض على أحد وجهى التأويل أى ما كان لنبى أن يأخذ الفداء فى الاسارى حتى يثخن فى الارض أى حتى يغلب فى الارض منعة عن أخذ الفداء بها وأشار الى أن ذلك ليغلب فى الارض اذ لو أطلقهم لرجعوا الى المنعة وصار واحربا على المسلمين فلا تتحقق الغلبة و يحتمل أن المفاداة كانت جائزة ثم انتسخت بقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الاعناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما عوتب عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لخطر المفاداة بل لانه عليه الصلاة والسلام لم ينتظر بلوغ الوحى و عمل باجتهاده أى لولا من حكم الله تعالى أن لا يعذب أحدا على العمل بالاجتهاد لمسكم العذاب بالعمل بالاجتهاد وترككم انتظار الوحى والله تعالى أعلم وكذا لا تجوز مفاداة الكراع والسلاح بالمال لان كل ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب وتجوز مفاداة أسارى المسلمين بالدراهم والدنانير والثياب ونحوها مما ليس فيها اعانة لهم على الحرب ولا يفادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب والله تعالى أعلم (وأما) مفاداة الاسير بالاسير فلا تجوز عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد تجوز (وجه) قولهما أن فى المفاداة انقاذ المسلم وذلك أولى من اهلاك الكافر ولابى حنيفة ما ذكرنا أن قتل المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة الفرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون تركا معنى وذا لا يحصل بالمفاداة و يحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا ولما ذكرنا أن فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربا على المسلمين ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما قال أبو يوسف تجوز المفاداة قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد تجوز فى الحالين (وجه) قول محمد أنه لما جازت المفاداة قبل القسمة فكذا بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا قيام الملك (وجه) قول أبى يوسف أن المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز فى الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثابت حق غير متقرر فجاز أن يكون محتملا للابطال بالمفاداة والله تعالى أعلم ولا يجوز أن يعطى رجل واحد من الاسارى و يؤخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد يغلب اثنين وأكثر من ذلك فيؤدى الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغى أن يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من أنواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى بنى قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح ولا تمثلوا بهم لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصايا الامراء ولا تمثلوا ولا ينبغى للرجل أن يقتل أسير صاحبه لانه له ضرب اختصاص به حيث أخذه وأسره فلم يكن لغيره أن يتصرف فيه كما لو التقط شيأ والافضل

ان

أن يأتى به الامام ان قدر عليه حتى يكون الامام هو الحكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ اما بالسن أو بالاحتلام على قدر ما اختلف فيه فامامن لم يبلغ أوشك فى بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذى لا يعقل لما بينا من قبل فلو قتل رجل من المسلمين أسيرا فى دار الحرب أو فى دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شئ فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان كان بعد القسمة أو بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم أو باعهم فقد صار دمهم معصوما فكان مضمونا بالقتل الا أنه لا يجب القصاص لقيام شبهة الاباحة كالحربى المستأمن ثم ماذكرنا من خيار القتل للامام فى الاسارى قبل القسمة اذا لم يسلموا فان أسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان فيهم ان شاء استرقهم فقسمهم وان شاء تركهم أحرارا بالذمة ان كانوا بمحل الذمة والاسترقاق لان الاسلام لا يرفع الرق اما لا يرفعه لان الرفع فيه ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز (وأما) بيان قسمة الغنائم فنقول وبالله التوفيق القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك (أما) قسمة الحمل فهى ان عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جائزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقتسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك وتكون قسمة ملك فكذا هذا (وأما) قسمة الملك فلا تجوز فى دار الحرب عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبنى على أصل وهو أن الملك هل يثبت فى الغنائم فى دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك أصلا فيها لا من كل وجه ولا من وجه ولكن ينعقد سبب الملك فيها على أن تصير علة عند الاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عندنا وعنده يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بعد الفراغ من القتال قولا واحدا وله فى حال فور الهزيمة قولان ويبنى على هذا الاصل مسائل (منها) أنه اذا مات واحد من الغانمين فى دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله تعالى أعلم (ومنها) أن المدد اذا لحق الجيش فاحرزوا الغنائم جملة الى دار الاسلام يشاركونهم فيها عندنا وعنده لا يشاركونهم (ومنها) أنه اذا أتلف واحد من الغانمين شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن (ومنها) أن الامام اذا باع شيأ من الغنائم لا لحاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز (ومنها) أن الامام اذا قسم الغنائم فى دار الحرب مجازفا غير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا تجوز عندنا وعنده تجوز (فاما) اذا رأى الامام القسمة فقسمها نفذت قسمته بالاجماع وكذلك لو رأى البيع فباعها لانه حكم امضاه فى محل الاجتهاد بالاجتهاد فينفذ (وجه) قول الشافعى رحمه الله ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وقسم غنائم أوطاس باوطاس وقسم غنائم بنى المصطلق فى ديارهم وقسم غنائم بدر بالجعرانة وهى وادى من أودية بدر وأدنى ما يحمل عليه فعل النبى عليه الصلاة والسلام هو الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استدلالا بالاستيلاء على الحطب والحشيش ولا شك أن المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهزامهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر (ولنا) أن الاستيلاء انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ههنا لان ملك الكفرة قائم لان ملك الكفرة كان ثابتا لهم والملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بازالته أو بخروج المحل من أن يكون منتفعا به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شئ من ذلك (أما) الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم (واما) قدرة الكفرة على الانتفاع باموالهم فلان الغزاة ماداموا فى دار الحرب فالاسترداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالا على السواء والملك كان ثابتا لهم فلا يزول مع الاحتمال وأما الاحاديث فاما غنائم خيبر وأوطاس والمصطلق فانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام (وأما) غنائم بدر فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج

به مع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للغزاة فى الغنائم فى دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بها من غير حاجة على ما ذكره ولولا تعلق الحق لجاز لانه يكون مالا مباحا وكذا لووطئ واحد من الغزاة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة فى درء الحد ولا يجب عليه العقر أيضاً لانه بالوطء أتلف جزأ من منافع بضعها ولو أتلفها لا يضمن فههنا أولى ولا يثبت النسب أيضاً لوادعى الولد لان ثبات النسب معتمد الملك أو الحق الخاص ولا ملك ههنا والحق عام وكذا لو أسلم الاسير فى دار الحرب لا يكون حرا ويدخل فى القسمة لتعلق حق الغانمين به بنفس الاخذ والاستيلاء فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا أسلم قبل الاسر أنه يكون حرا ولا يدخل فى القسمة لان عند الاخذ والاسر لم يتعلق به حق أحد فكان الاسلام دافعا الحق لا رافعا اياه على ما بينا (وأما) بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك أو يتأكد الحق ويتقرر لان الاستيلاء الثابت انعقد سببا لثبوت الملك أو تأكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المتلف وتنقطع شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبداً من المغنم لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان نفاذ الاعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وانه لا يحتمل الاعتاق لكنه يحتمل الارث والقسمة ويكفى لايجاب الضمان وانقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد استحسانا لما بينا ان إثبات النسب وأمومية الولد يقفان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر لان الملك العام أو الحق الخاص يكون مضمونا بالاتلاف (وأما بعد) القسمة فيثبت الملك الخاص لكل واحد منهم فى نصيبه لان القسمة افراز الانصباء وتعيينها ولو قسم الامام الغنائم فوقع عبد فى سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ إعتاقه لان الاعتاق صادف ملكا خاصاً فاما اذا وقع فى سهم جماعة منهم عبد فأعتقه أحدهم ينفذ اعتاقه عند أبى حنيفة قل الشركاء أو كثروا (وروى) عن أبى يوسف ان كانوا عشرة أو أقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا أكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة رحمه الله نظر فى خصوص الملك الى القسمة وأبو يوسف الى العدد والصحيح نظر أبى حنيفة لان القسمة تميز وتعيين فكانت قاطعة لعموم الشركة مخصصة للملك وان كثر العدد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أخذ المسلمون غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من أيديهم ثم جاء عسكر آخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظر فى ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للآخرين لان الاولين لم يثبت لهم الامجرد حق غير متقرر وقد ثبت للآخرين ملك عام أو حق متقرر يجرى مجرى الملك فكانوا أولى بالغنائم وان كان الاولون قد اقتسموها فالقسمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها بالقسمة ملكا خاصاً فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على أملاكهم فان وجدوها فى يد الآخرين قبل القسمة أخذوها بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان شاؤا كما فى سائر أموالهم التى استولى عليها العدو ثم وجدوها فى يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم أحرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسمة الآخرين فالآخرون أولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين ملك عام أو حق متقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص أولى (وأما) اذا وجدها قبل قسمة الآخرين ففيه روايتان ذكر فى الزيادات أن الاولين أولى وذكر فى السير الكبير ان الآخرين أولى (وجه) رواية الزيادات ان الثابت لكل واحد من الفريقين وان كان هو الحق المتأكد لكن نقض الحق بالحق جائز لان الشيء يحتمل الانتقاض بمثله كما فى النسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك (وجه) الرواية الاخرى ان حق الآخرين ثابت متقرر وحق الاولين زائل ذاهب فاستصحاب الحالة الثابتة أولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس فى الملك فكان ينبغى ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت نصاً (بخلاف) القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار أحرزوا الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى أخذها الفريق الآخر من المسلمين منهم

في

فى دار الاسلام فالغنائم للاولين سواء قسمها الآخرون أولم يقسموها لان الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنائم فى حكم يد الاولين ما دامت فى دار الاسلام فكان الآخرون أخذوه من أيدى الاولين فيلزمهم الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الآخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس الاخذ والاستيلاء وان كانوا فى دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمة فى محل الاجتهاد فتنفذ وتكون للآخرين والله تعالى أعلم هذا الذى ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام شرطاً لثبوت الملك فى الغنائم المشتركة (وأما) الغنائم الخالصة وهى الانفال فهل هو شرط فيها (قال) بعض المشايخ انه شرط عند أبى حنيفة حتى لا يثبت الملك بينهما فيها قبل الاحراز بدار الاسلام (وعند) محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالا بمسئلة ظهر فيها اختلاف وهى ان الامام اذا نفل فقال من أصاب جارية فهى له فاصاب رجل من المسلمين جارية فاستبرأها فى دار الحرب بحيضة لا يحل له وطؤها (عند) أبى حنيفة وعند محمد يحل (وقال) بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك فى الانفال بالاجماع واختلافهما فى تلك المسئلة لا يدل على الاختلاف فى ثبوت الملك لانه كما ظهر الاختلاف بينهما فى النفل فقد ظهر الاختلاف فى الغنيمة المقسومة فان الامام اذا قسم الغنائم فى دار الحرب فاصاب رجلا جارية فاستبرأها بحيضة فهو على الاختلاف وكذا لو رأى الامام بيع الغنائم فباع من رجل جارية فاستبرأها المشترى بحيضة فهو على الاختلاف (ولا خلاف) بين أصحابنا فى الغنائم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام دل ان منشأ الخلاف هناك شىء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك فى النفل لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة لان سبب الملك قد تحقق وهو الاخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم عن سببه الا لضرورة وفى الغنائم المقسومة ضرورة وهى خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد الى إحراز نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة فى الانفال لانها خالصة غير مقسومة فلا معنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على التفرقة بينهما ان المدد اذا لحق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا لو مات المنفل له يورث نصيبه كما لو مات بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل ان الملك فى النفل لا يقف على الاحراز بالدار بلا خلاف بين أصحابنا إلا ان هذا النوع من الملك لا يظهر فى حق حل الوطء عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على عدم الملك أصلا ألا ترى ان حل الوطء قد يمتنع مع قيام الملك لعوارض من الحيض والنفاس والحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم إنما لم يثبت الحل هناك مع ثبوت الملك لانه ملك متزلزل غير متقرر لاحتمال الزوال ساعة فساعة لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائما ومتى استردوا يرتفع السبب من حين وجوده و يلتحق بالعدم اما من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه انه لا يحل وطؤها بعد قسمة الامام و بيعه اذا رأى ذلك وان وقعت قسمته جائزة و بيعه نافذاً مفيداً للملك فى هذه الصورة كما ذكرنا من المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان) ما يجوز به الانتفاع من الغنائم وما لا يجوز فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى بيان ما ينتفع به منها (والثانى) فى بيان من ينتفع به (أما الاول) فلا بأس بالانتفاع بالمأكول والمشروب والعلف والحطب منها قبل الاحراز بدار الاسلام فقيراً كان المنتفع أو غنيا لعموم الحاجة الى الانتفاع بذلك فى حق الكل فانهم لو كلفوا حملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وايابهم ومقامهم فيها لوقعوا فى حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فسقط اعتبار حق كل واحد من الغانمين فى حق صاحبه والتحق بالعدم شرعا والتحقت هذه الحال بالمباحات الاصلية لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان مأكولا مثل السمن والزيت والخل لا

بأس أن يتناول الرجل و يدهن به نفسه ودابته لان الحاجة الى الانتفاع بهذه الاشياء قبل الاحراز بدار الاسلام لازمة وما كان من الادهان لا يؤكل مثل البنفسج والخيرى فلا ينبغى أن ينتفع به لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغى أن يبيعوا شيأ من الطعام والعلف وغيرذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض لان اطلاق الانتفاع واسقاط اعتبار الحقوق والحاقها بالعدم للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة فى البيع ولان محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لان الاحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فان باع رجل شيأ رد الثمن الى الغنيمة لان الثمن بدل مال تعلق به حق الغانمين فكان مردودا الى المغنم ولو أحرز واشيأ من ذلك بدار الاسلام وهو فى أيديهم وان كانت لم تقسم الغنائم ردوها الى المغنم لاندفاع الضرورة وان كانت قد قسمت الغنيمة فان كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وان كانوا فقراء انتفعوا به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقلته فاشبه اللقطة والله سبحانه وأعلم هذا اذا كانت قائمة بعد القسمة فان كان انتفع بها بعد القسمة فان كان غنيا تصدق بقيمته على الفقراء لانه أكل مالا لو كان قائما لكان سبيله التصدق لكونه مالا يتعلق به حق الغانمين وتعذر صرفه اليهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وان كان فقيرا لم يجب عليه شئ لانه أكل مالا لو كان قائما لكان له ان يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما ماسوى المأكول والمشروب والعلف والحطب فلا ينبغى أن ينتفعوا به لان حق الغانمين متعلق به وفى الانتفاع ابطال حقهم الا أنه اذا احتاج الى استعمال شئ من السلاح أو الدواب أو الثياب فلا بأس باستعماله بأن انقطع سيفه فلا باس بأن يأخذ سيفا من الغنيمة فيقاتل به لكنه اذا استغنى عنه رده الى المغنم وكذا اذا احتاج الى ركوب فرس أو لبس ثوب اذا دفع حاجته بذلك رده الى المغنم لان هذا موضع الضرورة أيضا لكن الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة حتى انه لو أراد أن يستعمل شيئا من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانة لها فلا ينبغى له ذلك لانعدام تحقق الضرورة وهكذا اذا ذبحوا البقر أو الغنم وأكلوا اللحم وردوا الجلود الى المغنم لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان من ينتفع بالغنائم فنقول أنه لا ينتفع بها الا الغانمون فلا يجوز للتجار أن يأكلوا شيأ من الغنيمة الا بثمن لان سقوط اعتبار حق كل واحد من الغانمين فى حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة فى حق غيرهم وللغانمين أن يأكلوا و يطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لان انفاق الرجل على هؤلاء انفاق على نفسه لان نفقتهم عليه والاصل أن كل من عليه نفقته فله أن يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة أن يأكل منه لان نفقته على نفسه لا عليه وللمرأة اذا دخلت دار الحرب لمداواة المرضى والجرحى أن تأكل وتعلف دابتها وتطعم رقيقها لان المرأة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغانمين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية قسمة الغنائم و بيان مصارفها فنقول و بالله التوفيق الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لاربابه وأربعة أخماسها للغانمين أما الخمس فالكلام فيه فى بيان كيفية قسمة الخمس وفى بيان مصرفه فنقول لا خلاف فى أن خمس الغنيمة فى حال حياة النبى عليه الصلاة والسلام كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبى عليه الصلاة والسلام وسهم لذوى القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل قال الله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول ولذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل واضافة الخمس الى الله تعالى يحتمل أن يكون لكونه مصروفا الى وجوه القرب التى هى لله تبارك وتعالى وهى قوله سبحانه وتعالى وللرسول ولذى القربى الآية على ما تضاف المساجد والكعبة الى الله سبحانه وتعالى لكونها مواضع اقامة العبادات والقرب التى هى لله تعالى ويحتمل أن يكون تعظيما للخمس على ما والاصل فى اضافة جزئية الاشياء الى الله سبحانه وتعالى انها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله ناقة الله و بيت الله ويحتمل أن يكون لخلوصه لله تعالى بخروجه عن تصرف الغانمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله والملك فى كل الايام كلها لله تعالى لكن خص سبحانه وتعالى ذلك اليوم بالملك له

فيه لانقطاع تصرف الاغيار والله تعالى أعلم ثم اختلف العلماء فى سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى سهم ذوى القربى بعد وفاته أما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماؤنا رحمهم الله انه سقط بعد وفاته عليه الصلاة والسلام وقال الشافعى رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء لانه عليه الصلاة والسلام انما كان يأخذه كفاية له لاشتغاله بمصالح المسلمين والخلفاء بعده مشغولون بذلك فيصرف سهمه اليهم كفاية لهم (ولنا) أن ذلك الخمس كان خصوصية له عليه الصلاة والسلام كالصفى الذى كان له خاصة والفىء وهو المال الذى لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لاحد خصوص من الفىء والصفى فكذا يجب أن لا يكون لاحد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده بحققه أنه لو بقى بعده لكان بطريق الارث وقد قال عليه الصلاة والسلام انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) سهم ذوى القربى فقد قال الشافعى رحمه الله انه باق ويصرف الى أولاد بنى هاشم من أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها وغيرها يستوى فيه فقيرهم وغنيهم (وأما) عندنا فعلى الوجه الذى كان بقى واختلف المشايخ فيه أنه كيف كان والصحيح أنه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لا لقرابتهم وقد بقى كذلك بعد وفاته فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوز لهم من الخمس أيضا لا حظ لهم من الصدقات لكن يجوز أن يعطى غيرهم من فقراء المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل ويدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم شىء وعند الشافعى رحمه الله لذوى القربى سهم على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احتج الشافعى رحمه الله بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسة وللرسول ولذى القربى الآية فان الله تعالى جعل سهما لذوى القربى وهم القرابة من غير فصل بين الفقير والغنى وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم الخمس على خمسة أسهم وأعطى سهما منها لذوى القربى ولم يعرف له ناسخ فى حال حياته ولا نسخ بعد وفاته (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن فى كتاب السير ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا رضى الله عنهم قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينكر عليهم أحد فيكون اجماعا منهم على ذلك وبه تبين أن ليس المراد من ذوى القربى قرابة الرسول عليه الصلاة والسلام اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسوله عليه الصلاة والسلام فى فعله ومنع الحق عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم السكوت عما لا يحل مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر وكذا ظاهر الآية الشريفة يدل عليه لان اسم ذوى القربى يتناول عموم القرابات ألا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين لم ينصرف الى قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روى أنه قسم عليه الصلاة والسلام الخمس على خمسة أسهم فأعطى عليه الصلاة والسلام ذا القربى سهما فنعم لكن الكلام فى أنه أعطاهم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم لفقرهم وحاجتهم أو لقرابتهم وقد علمنا بقسمة الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم أنه أعطاهم لحاجتهم وفقرهم لا لقرابتهم والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام كان يشدد فى أمر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال ما يحل لى من غنائمكم ولا وزن هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة لم يخص عليه الصلاة والسلام القرابة بشىء من الخمس بل عم المسلمين جميعا بقوله عليه الصلاة والسلام والخمس مردود فيكم فدل أن سبيلهم سبيل سائر فقراء المسلمين يعطى من يحتاج منهم كفايته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعطى أى فريق اتفق ممن سماهم الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم شيأ بل لتعيين المصرف حتى لا يجوز الصرف الى غير هؤلاء

كما فى الصدقات والله تعالى أعلم وأما الكلام فى الاربعة الاخماس ففى موضعين فى بيان من يستحق السهم منها ومن لا يستحق وفى بيان مقدار الاستحقاق أما الاول فالذى يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو ان يكون من أهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال وسواء قاتل أو لم يقاتل لان الجهاد والقتال ارهاب العدو وذا كما يحصل بمباشرة القتل يحصل بثبات القدم فى صف القتال ردأ للمقاتلة خشية كر العدو عليهم وكذا روى أن أصحاب بدر كانوا اثلاثا ثلث فى نحر العدو يقتلون و يأسرون وثلث يجمعون الغنائم وثلث يكونون ردا لهم خشية كر العدو عليهم وسواء كان مريضا أو صحيحا شابا أو شيخا حرا أو عبدا مأذونا بالقتال لانهم من أهل القتال (فاما) المرأة والصبى العاقل والذمى والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لانهم ليسوا من أهل القتال ألا ترى أنه لا يجب القتال على الصبى والذمى أصلا ولا يجب على المرأة والعبد الا عند الضرورة وهى ضرورة عموم النفير ولذلك لم يستحقوا كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعطى العبيد والصبيان والنسوان سهما كاملا من الغنائم وكذا لا سهم للتاجر لانه لم يدخل الدار على قصد القتال الا اذا قاتل مع العسكر فانه يستحق ما يستحقه العسكر لانه تبين انه دخل الدار على قصد القتال فكان مقاتلا ولا سهم للاجير لانعدام الدخول على قصد القتال فان قاتل نظر فى ذلك ان ترك الخدمة فقد دخل فى جملة العسكر وان لم يترك فلا شئ له أصلا لانه اذا لم يترك تبين انه لم يدخل على قصد القتال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان مقدار الاستحقاق وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول وبالله التوفيق المقاتل اما ان يكون راجلا (واما) ان يكون فارسا فان كان راجلا فله سهم واحد وان كان فارسا فله سهمان عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وبه أخذ الشافعى رحمه الله وروايات الاخبار تعارضت فى الباب روى فى بعضها انه عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين وفى بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم له ثلاثة أسهم الا أن رواية السهمين عاضدها القياس وهو ان الرجل أصل فى الجهاد والفرس تابع له لانه آلة ألا ترى ان فعل الجهاد يقوم بالرجل وحده ولا يقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعا فى باب الجهاد ولا يجوز تنفيل التبع على الاصل فى السهم وأخبار الآحاد اذا تعارضت فالعمل بما عاضده القياس أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى فيه العتيق من الخيل والفرس والبرذون لانه لا فضل فى النصوص بين فارس وفارس ولان استحقاق سهم الفرس لحصول ارهاب العدو به والله سبحانه وتعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله تبارك وتعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لاكثر من فرس واحد عند أبى حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وعند أبى يوسف يسهم لفرسين (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الغازى تقع الحاجة له الى فرسين يركب أحدهما ويجنب الآخر حتى اذا أعيى المركوب عن الكر والفر تحول الى الجنيبة (وجه) قولهم ان الاسهام للخيل فى الاصل ثبت على مخالفة القياس لان الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذا الخيل الا أن الشرع ورد به كفرس واحد فالزيادة على ذلك ترد الى أصل القياس على ان ورود الشرع ان كان معلولا بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف سائر الآلات فالمعتبر هو أصل الارهاب بدليل انه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجماع مع أن معنى الارهاب يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف فى حال المقاتل من كونه فارسا أو راجلا فى أى وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب أم وقت شهود الوقعة فعندنا يعتبر وقت دخول دار الحرب اذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعى رحمه الله يعتبر وقت شهود الوقعة حتى ان الغازى اذا دخل دار الحرب فارسا فمات فرسه أو نفر أو أخذه العدو فله سهم الفرسان عندنا وعنده له سهم الرجالة واحتج بما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان استحقاق الغنيمة بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لان الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب المقاتلة (ولنا) أن الله تبارك وتعالى جعل الغنائم للمجاهدين قال سبحانه وتعالى فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا

وقال

وقال تعالى عزشأنه واعلموا انما غنمتم من شئ وقال جلت عظمته وكبرياؤه وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها وقال سبحانه وتعالى واذ يعدكم الله احدى الطائفتين انها لكم وغير ذلك من النصوص والذى جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين أحدهما أن المجاوزة على هذا الوجة ارهاب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارهاب العدو وانه جهاد قوله عز وجل ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان دار الحرب لاتخلو عن عيون الكفار وطلائعهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس يخبرونهم بذلك فيقع الرعب فى قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هرابا الى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال ارهاب العدو وانه جهاد والثانى ان فيه غيظ الكفرة وكبتهم لان وطء أرضهم وعقر دارهم مما يغيظهم قال الله تبارك وتعالى ولا يطؤن موطئاً يغيظ الكفار وفيه قهرهم وما الجهاد الا قهر أعداء الله تعالى لاعزاز دينه واعلاء كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارساً على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارساً فله سهم الفرسان ومن جاهد راجلا فله سهم الرجالة بقوله عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم وأما أمر سيدنا عمر رضى الله عنه فيحتمل انه قال ذلك فى وقعة خاصة بان وقع القتال فى دار الاسلام أو فى أرض فتحت عنوة وقهراً ثم لحق المدد أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان المدد لا يشاركونهم فى الغنيمة فى تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلا ثم اشترى فرساً أو استأجر أو استعار أو وهب له فله سهم الرجال عندنا لاعتبار وقت الدخول وعند الشافعى له سهم الفرسان لاعتبار وقت الشهود وقال الحسن رحمه الله فى هذه الصورة اذا قاتل فارساً فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارسا ثم باع فرسه أو آجره أو وهبه أو أعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره فى السير الكبير وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان له سهم فارس وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارسا على قصد القتال دليل الجهاد فارسا ولما باع فرسه تبين انه لم يقصد به الجهاد فارسا بل قصد به التجارة وكذا هذا فى الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لان البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغازى لا يبيع فرسه ذلك الوقت لقصد التجارة عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامة ما فى وسعه وامكانه والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان كيفيته أما الاول فنقول لا خلاف فى أن الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما فى أيديهم لا يصير ملكا لهم وعليهم ردها الى أربابها بغير شئ وكذا لو قسموها فى دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فاخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شئ لان قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنائم فى دار الحرب انها جائزة وان لم يثبت الملك فيها فى دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز عندنا اذا اجتهد وأفضى رأيه الى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من امام جائز القضاء ولم يوجد ههنا ولا خلاف فى انهم أيضا اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتبيهم انهم لا يملكونهم وان أحرزوهم بالدار واختلف فيما اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب قال علماؤنا يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبدا فاعتقه الحربى أو باعه أو كاتبه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها جاز ذلك خاصة وقال الشافعى رحمه الله لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلاء المسلم على مال المسلمين واستيلائهم على الرقاب وانما قلنا ذلك لان عصمة مال المسلم ثابتة فى حقهم لانهم مخاطبون بالحرمات اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفا فى العبادات والاستيلاء يكون محظوراً والمحظور

لا يصلح سبباً للملك (ولنا) انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فتزول العصمة ضرورة بزوال الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في المحل وقد زال ذلك بالاحراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقاء النفس في التهلكة وغيره قد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفر به ولو ظفر به فقلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم وأهل الدار يذبون عن دارهم فاذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيدنا فهو على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتمليك بالاستيلاء ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك بخلاف الاحرار والمدبرين والمكاتبين وأمهات الاولاد وهذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرزوهم بدار الحرب فاما اذا أبق عبد أو أمة ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهما انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياساً على الدابة التي ندت من دار الاسلام الى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التي استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا في المسألة الاولى وزوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق (وجه) قول أبي حنيفة ان الاستيلاء لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياساً على الاستيلاء على الاحرار والمدبرين والمكاتبين وأمهات الاولاد ودلالة ان الاستيلاء لم يصادف محله ان محل الاستيلاء هو المال ولم يوجد لان المالية في هذا المحل انما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغانمين لان الاصل فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا في المسألة المتقدمة فتزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته فكان ينبغي ان يزول الرق أيضا الا انه بقي شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص بخلاف الدابة لان المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك وبخلاف الآبق المتردد في دار الاسلام لان الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك فكان ينبغي ان يثبت الملك للحال لوجود سببه الا أنه تأخر الى وقت الاحراز بالدار لمانع وهو ملك المالك فاذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع لزوال الملك فيعمل الاستيلاء السابق وعمله في اثبات الملك والملك لا يثبت الا في المال فبقيت المالية ضرورة المرء ههنا لا استيلاء حال كونه مالا أصلا وبعد ما وجد الاستيلاء لا مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجه له حق الاعادة اما بعوض أو بغير عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون فاخذوها وأحرزوها بدار الاسلام ثم ان وجده المالك القديم قبل القسمة أخذه بغير شيء سواء كان من ذوات القيم أو من ذوات الامثال وان وجده بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا يأخذه لانه لو أخذه لاخذه بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال يأخذه بقيمته ان شاء لان الاخذ بالقيمة مراعاة الجانبين جانب الملك القديم بايصاله الى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بغير عوض وجانب الغانمين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الاخذ بالقيمة نظراً للجانبين ومراعاة الحقين بخلاف ما اذا وجده قبل القسمة انه يأخذه بغير شيء لان الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتأكد أو الملك العام فكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى وقد روي أن بعيراً لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه في المغنم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربي باع المأخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم

الملك فبقى كذلك ولو كان المستولى عليه مدبراً أومكاتباً أوأم ولد ثم ظهر عليه المسلمون فاخرجوه الى دار الاسلام أخذه المالك القديم بغير شئ قبل القسمة و بعدها لانه حر من وجه والحر من وجه أومن كل وجه لا يحتمل التملك بالاستيلاء ولهذا لا يحتمله بسائر أسباب الملك فاذا حصلوا فى أيدى الغانمين وجب ردهم الى المالك القديم ولو وهب الحربى ما ملكه بالاستيلاء لرجل من المسلمين أخذه المالك القديم بالقيمة ان شاء لان فيه نظراً للجانبين على ما بينا وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر أو خنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد لان تسمية الخمر والخنزير لم تصح فكان هذا بيعا فاسداً والبيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كانه اشتراه بقيمته ولو لم يكن العوض فاسدا اخذه بالثمن الذى اشتراه به ان شاء ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الاخذ عند اختلاف الجنس مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه يأخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذا ربا لان الربا فضل مال قصد استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا يأخذه بطريق البيع بل بطريق الإعادة الى قديم ملكه فلا يتحقق الربا وان كان اشتراه بجنسه بمثله قدراً لا يأخذه لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو ثم باعه من رجل آخر ثم حضر المالك القديم أخذه من الثانى بالثمن الثانى وليس له ان ينقض البيع الثانى و يأخذ بالثمن الاول من المشترى الاول فى ظاهر الرواية وروى عن محمد رحمه الله فى النوادر ان المالك بالخيار ان شاء نقض البيع وأخذه بالثمن الاول وان شاء أخذه بالثمن الثانى (وجه) رواية النوادر أن أخذ المالك القديم تملك ببدل فاشبه حق الشفعة ثم حق الشفيع مقدم على حق المشترى فكذا حقه والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشترى والسبق من أسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية أنه لا ملك للمالك القديم فى المحل بوجه بل هو زائل من كل وجه وانما الثابت له حق الاعادة وانه ليس بمعنى فى المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فان الشفيع يملك نقض المشفوع فيقتضى الاخذ بالشفعة تمليك البائع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم بشراء المأسور وترك الطلب زمانا لا يبطل حقه لان هذا الاخذ ليس فى معنى الاخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على سبيل المواثبة وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على المواثبة وكذلك هذا الحق يورث فى ظاهر الرواية حتى لو مات المالك القديم كان لورثته أن يأخذوه وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا الاخذ ليس ابتداء تملك بل هو اعادة الى قديم الملك بخلاف الأخذ بالشفعة وحق الاعادة الى قديم الملك مما يحتمل الارث كحق الرد بالعيب وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون البعض لانه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولو اشترى المأسور رجل فادخله دار الاسلام ثم اشتراه العدو ثانياً فاشتراه رجل آخر فادخله دار الاسلام فالمشترى الاول أحق من المالك القديم وليس للمالك القديم أن يأخذه من المشترى الثانى لانه لما أسر من يد المشترى الاول نزل المشترى الاول منزلة المالك القديم فكان حق الاخذ له لكن اذا أخذه المشترى الاول فللمالك القديم أن يأخذه بالثمنين ان شاء أو يدع لانه لما أخذه المشترى الاول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكأنه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الاسر أصلا ولو أعتق الحربى العبد المأسور فى دار الحرب أو دبره أو كاتبه أو كانت أمة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها فذلك كله جائز وعتقت هى وأولادها وكذا المدبر والمكاتب (أما) اذا أعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصل فى يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحربى اذا خرج الينا مسلما والاستيلاد فرع النسب والنسب يثبت فى دار الحرب وقهر الحربى كونه وان مات عتقت أم ولده كما اذا غاب عليه وعتق المدبر لهذا المعنى والمكاتب صار فى يد نفسه لزوال يد المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولانه اذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان المأسور حراً فاشتراه مسلم وأخرجه الى دار الاسلام فلا شئ للمشترى على الحر لانه ما اشتراه حقيقة اذ الحر لا يحتمل التملك لكنه بذل مالا لاستخلاص الاسير بغير اذنه فكان متطوعاً فيه فلا يملك الرجوع عليه وان أمره الحر بذلك ففعله بامره رجع

عليه لانه لما أمره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال فاقرضه اياه ثم أمره أن يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو أسلم أهل الحرب ومتاع المسلمين الذى أحرزوه فى أيديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال أسلموا عليه ومن أسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذى ذكرنا حكم استيلاء الكافر فاما حكم الشراء فنقول الحربى اذا خرج الينا فاشترى عبداً مسلما ثبت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج الينا بعبده فاسلم فى يده يجبر على البيع وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز شراء الكافر العبد المسلم وهى مسئلة كتاب البيوع فان لم يبعه حتى دخل دار الحرب به عتق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يعتق وجه قولهما أن لا احراز الكافر ماله بدار الحرب أثرا فى زوال العصمة لا فى زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول أبى حنيفة رحمه الله ان الثابت للحربى بالشراء ملك مجبور على ازالته فلو لم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعاً بهذه الصفة لتعذر الجبر بالاحراز بوجه فيؤدى الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم طريق الزوال هو الاحراز بالدار وان كان هو فى الاصل شرط زوال الملك والعصمة فى استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقيم الشرط مقامه على الاصل المعهود من اقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى عبداً ذميا فهو على هذا الاختلاف أيضا لان الحربى مجبور على بيع الذمى أيضا ولا يترك ليدخل دار الحرب ولو أسلم عبد لحربى فى دار الحرب لا يعتق وهو عبد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الازالة لكن لا طريق للزوال ههنا فبقى على حاله ولو خرج هذا العبد الينا فان خرج مراغماً لمولاه ولحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه مراغماً اياه فصار مستوليا على نفسه مستغنيا اياها فيزول ملك المالك عنه وقد روى انه عليه الصلاة والسلام قال فى أباق الطائف هؤلاء عتقاء الله سبحانه وتعالى ولو خرج غير مراغم فان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه لكن يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه أما كونه عبد المولاه فلأنه لم يخرج قاهر امستوليا ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام وأما وقف ثمنه لمولاه فلانه باعه على ملكه وكذا ولو لم يخرج مراغما ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق أيضا لانه لما أسلم فقد بقى عليه ملك مستحق الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احراز نفسه بمنعه المسلمين وانه اسبق من احراز المسلمين اياه بدار الاسلام لتملكوه فكان أولى ولو لم يخرج ولم يظهر على الدار ولكن باعه الحربى من مسلم أو حربى عتق عند أبى حنيفة قبل المشترى البيع أو لم يقبل وعندهما لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البائع عنه فقد ثبت ملك المشترى فيه فلا يعتق وجه قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ما ذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف زواله على سبب الزوال أو شرط الزوال على ما بينا فاذا عرضه على البيع والبيع سبب لزوال الملك فقد رضى بزواله الى غيره فكان بزواله اليه أرضى لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال ولو أسلم حربى فى دار الحرب وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافرا كان أو مسلما فهو عبد لمولاه لان خروجه الى مولاه كخروجه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبد المولاه كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان الاحكام التى تختلف باختلاف الدارين فنقول لا بد أولا من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر لتعرف الاحكام التى تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة ما به تصير الدار دار اسلام أو دار كفر فنقول لا خلاف بين أصحابنا فى ان دار الكفر تصير دار اسلام بظهور أحكام الاسلام فيها واختلفوا فى دار الاسلام انها بماذا تصير دار الكفر قال أبو حنيفة انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرائط أحدها ظهور أحكام الكفر فيها والثانى ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمناً بالامان الاول وهو أمان المسلمين وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها (وجه) قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة دار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدار الى الاسلام أو الى الكفر

لظهور الاسلام أو الكفر فيها كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في النار
وظهور الاسلام والكفر بظهور أحكامهما فاذا ظهر أحكام الكفر في دار فقد صارت دار كفر فصحت الاضافة
ولهذا صارت الدار دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها من غير شريطة أخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور
أحكام الكفر فيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام
والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها
على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهي دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق
والخوف للمسلمين على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على الامان والخوف لا على الاسلام والكفر
فكان اعتبار الامان والخوف أولى فما لم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستئمان بقي الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا
تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق لا يزول الا بالمتاخمة لدار الحرب فتوقف صيرورتها دار الحرب
على وجودهما مع ما ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبوت الامن
فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئمان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار
الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير ما به دار الاسلام بيقين دار الكفر
بالشك والاحتمال على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير
دار الاسلام لظهور أحكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام
يعلو ولا يعلى فزال الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر أحكام الكفر الا عند
وجود هذين الشرطين أعني المتاخمة وزوال الامان الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا منعة الا بهما والله سبحانه وتعالى
أعلم وقياس هذا الاختلاف في أرض لاهل الاسلام ظهر عليها المشركون وأظهروا فيها أحكام الكفر أو كان أهلها
أهل ذمة فنقضوا الذمة وأظهروا أحكام الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت
دار الحرب فحكمها اذا ظهرنا عليها وحكم سائر دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها الامام ثم جاء أربابها فان كان
قبل القسمة أخذوا بغير شيء وان كان بعد القسمة أخذوا بالقيمة ان شاؤا لما ذكرنا من قبل وعاد المأخوذ على حكمه
الاول الخراجي عاد خراجيا والعشري عاد عشريا لان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود
بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود عشريا لان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية
فلا يحتمل النقض والله تعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع منها ان المسلم اذا زنا في دار الحرب أو سرق
أو شرب الخمر أو قذف مسلما لا يؤخذ بشيء من ذلك لان الامام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية
ولو فعل شيأ من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقام عليه الحد أيضا لان الفعل لم يقع موجبا أصلا ولو فعل في دار
الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجبا للاقامة فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذلك
اذا قتل مسلما لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمدا لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة
ولان كونه في دار الحرب أورث شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطأ كان أو عمدا
وتكون في ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على القاتل ابتداء أولان القتل وجد منه ولهذا وجب القصاص
والكفارة على القاتل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه ابتداء وهو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون
لما يصل اليه بحياته من المنافع من النصرة والعز والشرف بكثرة العشائر والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعاني
لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان أميرا على سرية أو أمير جيش وزنا رجل
منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلما خطأ أو عمدا لم يأخذه الامير بشيء من ذلك لان الامام ما فوض اليه اقامة

الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها فى دار الحرب الا أنه يضمنه السرقة ان كان استهلكها و يضمنه الدية فى باب القتل لانه يقدر على استيفاء ضمان المال ولو غزا الخليفة أو أمير الشام ففعل رجل من العسكر شيأ من ذلك أقام عليه الحد واقتص منه فى العمد وضمنه الدية فى ماله فى الخطأ لان اقامة الحدود الى الامام وتمكنه الاقامة بماله من القوة والشوكة باجتماع الجيوش وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذ رجل من العسكر ففعل شيأ من ذلك درئ عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام على المعسكر وعلى هذا يخرج الحربى اذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمداً أو خطأً لانه لا قصاص عليه عندنا على ماذكرنا وهذا مبنى على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعى رحمه الله التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يعرف ان عليه صلاة ولا صياما ثم خرج الى دار الاسلام فليس عليه قضاء مامضى وقال أبو يوسف أستحسن ان يجب عليه القضاء (وجه) قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت عن وقتها تقضى كالذمى اذا أسلم فى دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه أوقات صلوات ثم علم (وجه) قول أبى حنيفة ان وجوب الشرائع يعتمد البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلفا فى وجوب الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك فى دار الاسلام لانها دار العلم بالشرائع ولم يوجد فى دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها على الشرع بل تجب بمجرد العقل عندنا فان أبا يوسف روى عن أبى حنيفة رحمه الله هذه العبارة فقال كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول لا عذر لاحد من الخلق فى جهله معرفة خالقه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب سبحانه وتعالى وتوحيده لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وسائر ماخلق الله سبحانه وتعالى فاما الفرائض فمن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تقم عليه حجة حكمية بلفظه وعلى هذا اذا دخل مسلم أو ذمى دار الحرب بامان فعاقد حربيا عقد الربا أو غيره من العقود الفاسدة فى حكم الاسلام جاز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك لو كان أسيراً فى أيديهم أو أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فعاقد حربياً وقال أبو يوسف لا يجوز للمسلم فى دار الحرب الا ما يجوز له فى دار الاسلام (وجه) قوله ان حرمة الربا ثابتة فى حق العاقدين أما فى حق المسلم فظاهر وأما فى حق الحربى فلان الكفار مخاطبون بالحرمات وقال تعالى جل شانه وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمى والحربى الذى دخل دارنا بامان (وجه) قولهما ان أخذ الربا فى معنى اتلاف المال واتلاف مال الحربى مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحربى فكان المسلم بسبيل من أخذه الا بطريق الغدر والخيانة فاذا رضى به انعدم معنى الغدر بخلاف الذمى والحربى المستأمن لان أموالهما معصومة على الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذى دخل بامان مسلماً أسلم هناك ولم يهاجر الينا جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا أسيرين أو دخلا بامان للتجارة فتعاقدا عقد الربا أو غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق (وجه) قولهما ان أخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان تطيب نفسه بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من زاد واستزاد فقد أربى والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء فاشبه تعاقد الاسيرين والتاجرين (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان أخذ الربا فى معنى اتلاف المال ومال الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا غير مضمون بالاتلاف بدل عليه ان نفسه غير مضمونة بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجرين والاسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فادانه حربى أو ادان حربيا ثم خرج المسلم وخرج الحربى مستأمناً فان القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيأ لا يقضى بالغصب لان المداينة فى دار الحرب وقعت هدراً

لا نعـدام ولا يتناعليهم وانعدام ولا يتهم أيضاً فى حقنا وكذا غصب كل واحـد منهما صاحبه مالا غير مضـمون
فلم ينعـقد سبباً لوجوب الضمان وكذلك لو كانا حربيين داين أحدهما صاحبـه ثم خرجا مستأمنين ولو خرجا
مسـلمين لقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا الا ان المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بان يرد عليهم
ولا يقضى عليه لانه صار غادراً بهم ناقضاً عهـدهم فتلزمه التوبة ولا تتحقق التوبة الا برد المغصوب برده وعلى هـذا
مسـلمان دخـلا دار الحرب بامان بان كانا تاجرين مثلا فقتل أحـدهما صاحبه عمـدا لا قصاص على القاتل
لما بينا وان كان خطأ فعليـه الدية فى ماله والكفارة لانهما من أهـل دار الاسـلام وانما دخلا
دار الحـرب لعارض أمر الا انه يجب القصاص للشبهة أو لتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا أسـيرين أو
كان المقتول أسـيرا مسلماً فلا شىء على القاتل الا الكفارة فى الخطا عنـد أبى حنيفة رضى الله عنه وعنـدهما عليه
الـكفارة والدية (وجـه) قولهما ان الاسيرين من أهـل دار الاسلام كالمستأمنين وانما الاسر أمر عارض
ولابى حنيفة رضى الله عنـه ان الاسـير مقهور فى يد أهل الحرب فصار تابعاً لهم فبطل تقومه والله سـبحانه وتعالى
أعلم وعلى هذا الحربى اذا أعتق عبده الحربى فى دار الحرب لا ينفذ عنـدهما وعند أبى يوسف رحمه الله ينفذ وقيل
لا خلاف فى العتق أنه ينفذ انما الخلاف فى الولاء انه هل يثبت منه عندهما لا يثبت وعنده يثبت (وجه) قوله ان ركن
الاعتاق صدر من أهل الاعتاق فى محل مملوك للمعتق فيصح كما لو أعتق فى دار الاسلام (وجـه) قولهما ان الاعتاق
فى دار الحرب لا يفيـد زوال الملك لان الملك فى دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملـوك وكل قاهر مالك
هذا ديانتهم فانهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى ان العبد منهم اذا قهر مولاه يصير هو مالكا ومولاه مملوكا وهـذا
لا يفيده الاعتاق فى دار الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا لابى حنيفة رضى الله عنه معتق
بلسانه مسترق بيـده وكذلك لو اشـترى قريباً لا يعتـق عليـه لانه لا يعتق بصريح الاعتاق فـكيف يعتق بالشراء
وكذلك لو دبره أو كاتبه فى دار الحرب حتى لو دخل دار الاسلام ومعه مدبر أو مكاتب دبره أو كاتبه فى دار الحرب جاز
بيعه لان التدبير اعتاق مضاف الى ما بعد الموت والـكتابة تعليق العتق بشرط اداء بدل الـكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز
فـكذا المعلق والمضاف ولو استولد أمته فى دار الحرب صح استيلاده إياها حتى لو خرج الينا بها الى دار الاسـلام
لا يجوز بيعها لان الاستيلاد اكتساب ثبات النسب للولد والحربى من أهل ذلك ألا ترى ان أنساب أهل الحرب
ثابتة واذا ثبت النسب صارت أم ولد له فخرجت عن محلية البيع لـكونها حرة من وجـه قال عليـه الصلاة والسلام
أعتقها ولدها ولو دخل الحربى الينا بامان ففعل شيأ من ذلك نفذ كله لانه لما دخل بامان فقد لزمه أحكام الاسـلام ما
دام فى دار الاسـلام ومن أحكام الاسـلام أن لا يملك المعتق أن يسترق بيده ما أعتقه بلسانه ولو دبر عبـده فى دار
الاسـلام ثم رجع الى دار الحرب وخلف المدبر أو خلف أم ولده التى استولدها فى دار الاسـلام أو فى دار الحرب ثم
مات على كفره أو قتل أو أسر يحكم بعتقهما أما اذا مات أو قتـل فظاهر لان أم الولد والمدبر يعتقان بموت سـيدهما
والمقتول ميت باجله وان رغم أنف المعتزلة (وأما) اذا أسر فلانه صار مملوكا فلم يبق مالكا ضرورة وأما مكاتبه
الذى كاتبه فى دار الاسـلام ودخل هو الى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبدل الـكتابة عليـه لورثته اذا مات
وكذلك الرهون والودائع والديون التى له على الناس وما كان للناس عليه فهى كلها على حالها اذا مات لانه دخـل دار
الاسلام بامان ومعه هـذه الاموال فكان حكم الامان فيها باقياً وكذلك لو ظهر على الدار فظهر الحربى أو قتـل ولم
يظهر على الدار فملكه على حاله يعود فيأخذ أو يجىء ورثته فيأخذونه له اما اذا هرب ولم يقتل ولم يؤسر فظاهر واما اذا
قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثا لورثته فيجيؤن فيأخذونه والمكاتب على حاله يؤدى الى ورثته فيعتق فاما اذا ظهر
وأسر او أسر ولم يظهر أو ظهر وقتل يعتق مكاتبه اما اذا ظهر وأسر أو أسر ولم يظهر فظاهر لانه ملك بالاسر وكذا اذا
ظهر وقتل لان القتل بعد الظهور قتل بعد الاسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرنا انه بالاسر صار مملوكا فلم يبق مالكا

فسقطت ديونه ضرورة ولا يصير مالكا للاسر لان الدين فى الذمة وما فى الذمة لا يعمل عليه الاسر وكذلك ماعليه من الديون يسقط أيضاً لانه لو بقى لتعلق برقبته فلا يخلص السبى للسابى وأما ودائعه فهى فى جماعة المسلمين وروى عن أبى يوسف رحمه الله انها تكون فيئا للمودع (ووجهه) ان يده عن يد الغانمين أسبق والمباح مباح لمن سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ظاهر الرواية ان يد المودع يده تقديرا فكان الاستيلاء عليه بالاسر استيلاء على ما فى يده تقديرا ولا يختص به الغانمون لانه مال لم يؤخذ على سبيل القهر والغلبة حقيقة فكان فيئا حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع الفئ وأما الرهن فعند أبى يوسف يكون للمرتهن بدينه والزيادة له وعند محمد رحمه الله يباع فيستوفى قدر دينه والزيادة فى جماعة المسلمين والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحكام المرتدين فالكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن الردة وفى بيان شرائط صحة الركن وفى بيان حكم الردة اما ركنها فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان يسمى ردة فى عرف الشرع واما شرائط صحتها فانواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية خصوصاً فى الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يجن ويفيق فان ارتد فى حال جنونه لم يصح وان ارتد فى حال افاقته صحت لوجود دليل الرجوع فى احدى الحالتين دون الاخرى وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانا والقياس ان تصح فى حق الاحكام (وجه) القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما فى القلب اذ هو أمر باطن لا يوقف عليه (وجه) الاستحسان ان أحكام الكفر مبنية على الكفر كما ان أحكام الايمان مبنية على الايمان والايمان والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران الذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره وأما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ليس بشرط فتصح ردة الصبى العاقل وقال أبو يوسف رحمه الله شرط حتى لا تصح ردته (وجه) قوله ان عقل الصبى فى التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وتبرعاته والردة مضرة محضة فاما الايمان فيقع محض لذلك صح ايمانه ولم تصح ردته (وجه) قولهما انه صح ايمانه فتصح ردته وهذا لان صحة الايمان والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية وهما أفعال خارجة القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح والاقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدههنا الا انه مع وجود هما منه حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذكر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بلا خلاف بين أصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المرأة عندنا لكنها لا تقتل بل تجبر على الاسلام وعند الشافعى رحمه الله تقتل وستأتى المسألة فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحسانا اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان والقياس ان تصح فى أحكام الدنيا وسنذكر وجه القياس والاستحسان فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وأما حكم الردة فنقول وبالله تعالى التوفيق ان للردة أحكاما كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده أما الذى يرجع الى نفسه فانواع منها اباحة دمه اذا كان رجلا حراً كان أو عبدا لسقوط عصمته بالردة قال النبى صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتلهم ومنها انه يستحب أن يستتاب ويعرض عليه الاسلام لاحتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغته فان أسلم فمرحباً واهلا بالاسلام وان أبى نظر الامام فى ذلك فان طمع فى توبته أو سأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام وان لم يطمع فى توبته ولم يسأل هو التأجيل قتله من ساعته والاصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل عندكم من مغربة خبر قال نعم رجل كفر بالله تعالى بعد اسلامه فقال سيدنا عمر رضى الله عنه ماذا

فعلتم

فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هلا طينتم عليه بيتا ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع الى الله سبحانه وتعالى اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى وهكذا روى عن سيدنا على كرم الله وجهه انه قال يستتاب المرتد ثلاثا وتلى هذه الآية ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ولان من الجائز انه عرضت له شبهة حملته على الردة فيؤجل ثلاثا لعلها تنكشف فى هذه المدة فكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة الى الاسلام عسى فندب اليها فان قتله انسان قبل الاستتابة يكره له ذلك ولا شئ عليه لزوال عصمته بالردة وتوبته ان يأتى بالشهادتين ويبرأ عن الدين الذى انتقل اليه فان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه فى المرة الثانية كحكمه فى المرة الاولى انه ان تاب فى المرة الثانية قبلت توبته وكذا فى المرة الثالثة والرابعة لوجود الايمان ظاهرا فى كل كرة لوجود ركنه وهو اقرار العاقل وقال الله تبارك وتعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا فقد أثبت سبحانه وتعالى الايمان بعد وجود الردة منه والايمان بعد وجود الردة لا يحتمل الرد الا انه اذا تاب فى المرة الرابعة يضربه الامام ويخلى سبيله وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه اذا تاب فى المرة الثالثة حبسه الامام ولم يخرجه من السجن حتى يرى عليه أثر خشوع التوبة والاخلاص وأما المرأة فلا يباح دمها اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكنها تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام ان تحبس وتخرج فى كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا حبست ثانيا هكذا الى أن تسلم أو تموت وذكر الكرخى رحمه الله وزاد عليه تضرب أسواطا فى كل مرة تعزيرا لها على ما فعلت وعند الشافعى رحمه الله تقتل لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولان علة إباحة الدم هو الكفر بعد الايمان ولهذا قتل الرجل وقد وجد منها ذلك بخلاف الحربية وهذا لان الكفر بعد الايمان أغلظ من الكفر الاصلى لان هذا رجوع بعد القبول والوقوف على محاسن الاسلام وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن من الوقوف دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقتلوا امرأة ولا وليدا ولان القتل انما شرع وسيلة الى الاسلام بالدعوة اليه بأعلى الطريقين عند وقوع اليأس عن اجابتها بأدناهما وهو دعوة اللسان بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنساء اتباع الرجال فى اجابة هذه الدعوة فى العادة فانهن فى العادات الجارية يسلمن باسلام أزواجهن على ما روى ان رجلا أسلم وكانت تحته خمس نسوة فاسلمن معه واذا كان كذلك فلا يقع شرع القتل فى حقها وسيلة الى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم تقتل الحربية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع رأى غيره خصوصا فى أمر الدين بل يتبع رأى نفسه فكان رجاء الاسلام منه ثابتا فكان شرع القتل مفيدا فهو الفرق والحديث محمول على الذكور عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام ولكن يجبرها مولاها ان احتاج الى خدمتها ويحبسها فى بيته لان ملك المولى فيها بعد الردة قائم وهى مجبورة على الاسلام شرعا فكان الرفع الى المولى رعاية للحقين ولا يطؤها لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك الصبى العاقل لا يقتل وان صحت ردته عند أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما لان قتل البالغ بعد الاستتابة والدعوة الى الاسلام باللسان واظهار حججه وايضاح دلائله لظهور العناد ووقوع اليأس عن فلاحه وهذا لا يتحقق من الصبى فكان الاسلام منه مرجوا والرجوع الى الدين الحق منه مأمولا فلا يقتل ولكن يجبر على الاسلام بالحبس لان الحبس يكفيه وسيلة الى الاسلام وعلى هذا صبى أبواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هى اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ أصلا لانعدام دليله وهو الاقرار حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه بوجود دليلها وهو الاقرار فلم يكن الموجود منه ردة حقيقة فلا يقتل ولكنه يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ ألا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم فى اكسابه كالحكم فى اكساب المرتد لانه مرتد حكما وسنذكر الكلام فى اكساب المرتد فى موضعه ان شاء الله تعالى ومنها حرمة الاسترقاق

فان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف لقوله سبحانه وتعالى تقاتلونهم أو يسلمون وكذا الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا عليه فى زمن سيدنا أبى بكر رضى الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على ما مر من قبل ولهذا لم يجز ابقاؤه على الحرية بخلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر الا مع الجزية أو مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاؤها على الكفر مع الرق أنفع للمسلمين من ابقائها من غير شئ وكذا الصحابة رضى الله عنهم استرقوا نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان أم محمد ابن الحنفية وهى خولة بنت اياس كانت من سبى بنى حنيفة ومنها حرمة أخذ الجزية فلا تؤخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جنايته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجناية على الجانى وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد أحد الزوجين ثم ان كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل ففيه خلاف مذكور فى كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام ولو ارتد الزوجان معا أو أسلما معا فهما على نكاحهما عندنا وعند زفر رحمه الله فسد النكاح ولو أسلم أحدهما قبل الآخر فسد النكاح بالاجماع وهى من مسائل كتاب النكاح ومنها انه لا يجوز انكاحه لانه لا ولاية له ومنها حرمة ذبيحته لانه لا ملة له لما ذكرنا ومنها انه لا يرث من أحد لانعدام الملة والولاية ومنها انه تحبط أعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعى رحمه الله بشريطة الموت عليها وهى مسألة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شئ من العبادات عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هى عبادات عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب عليه وهى من مسائل أصول الفقه وأما الذى يرجع الى ماله فثلاثة أنواع حكم الملك وحكم الميراث وحكم الدين أما الاول فنقول لا خلاف فى أنه اذا أسلم تكون أمواله على حكم ملكه ولا خلاف أيضا فى أنه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب تزول أمواله عن ملكه واختلف فى أنه تزول بهذه الاسباب مقصورا على الحال أم بالردة من حين وجودها على التوقف فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت أو القتل أو باللحاق بدار الحرب وعند أبى حنيفة رضى الله عنه الملك فى أمواله موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل بنى حكم تصرفات المرتد انها جائزة عندهما كما تجوز من المسلم حتى لو أعتق أو دبر أو كاتب أو باع أو اشترى أو وهب نفذ ذلك كله وعنده تصرفاته موقوفة لوقوف أملاكه فان أسلم جاز كله وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل كله (وجه) قولهما ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهى الحرية والردة لا تؤثر فى شئ من ذلك ثم اختلفا فيما بينهما فى كيفية الجواز فقال أبو يوسف رحمه الله جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد رحمه الله جواز تصرفات المريض مرض الموت (وجه) قول محمد رحمه الله ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبه المريض مرض الموت وجه قول أبى يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيخلص عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فانى يتشابهان (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب بامواله لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته فكان ينبغى ان يحكم بزوال ملكه للحال الا انا توقفنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام لانه اذا عاد ترتفع الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف فى الزوال للحال لاشتباه العاقبة فان أسلم تبين ان الردة لم تكن سببا لزوال الملك لارتفاعها من الاصل فتبين ان تصرفه صادف محله فيصح وان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين انها وقعت سببا للزوال من حين وجودها فتبين ان الملك كان زائلا من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا فكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة وأجمعوا على انه يصح استيلاده حتى انه لو استولد امته فادعى ولدها انه يثبت

النسب وتصيير الجارية أم ولد له أما عندهما فلان المحل مملوك له ملكا تاما (وأما) عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن الملك الموقوف لا يكون أدنى حالا من حق الملك ثم حق الملك يكفي لصحة الاستيلاد فهذا أولى وأجمعوا على انه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لان الردة لا تؤثر في ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتمل الارث ومعاوضته موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة (وأما) المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها بلا خلاف فتجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لأنها لا تقتل فلم تكن ردتها سببا لزوال ملكها عن أموالها بلا خلاف فتجوز تصرفاتها واذا عرف حكم ملك المرتد وحال تصرفاته المبنية عليه فحال المرتد لا يخلو من ان يسلم أو يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب فان أسلم فقد عاد على حكم ملكه القديم لان الردة ارتفعت من الاصل حكما وجعلت كأن لم تكن أصلا وان مات أو قتل صار ماله لورثته وعتق أمهات أولاده ومدبروه ومكاتبوه اذا أدى الى ورثته وتحل الديون التي عليه وتقضى عنه لان هذه أحكام الموت وكذلك اذا لحق بدار الحرب مرتدا أو قضى القاضي بلحاقه لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الاسلام لان زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحاق لان المال الذي في دار الاسلام خرج من ان يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق بمنزلة الموت في كونه مزيلا للملك فاذا قضى القاضي باللحاق يحكم بعتق أمهات أولاده ومدبريه ويقسم ماله بين ورثته وتحل ديونه المؤجلة لان هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى وأما المكاتب فيؤدى الى ورثته فيعتق واذا عتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام مسلما فهذا لا يخلو من أحد وجهين أحدهما ان يعود قبل قضاء القاضي بلحاقه بدار الحرب والثاني ان يعود بعد ذلك فان عاد قبل ان يقضي القاضي بلحاقه عاد على حكم أملاكه في المدبرين وأمهات الاولاد وغير ذلك لما ذكرنا ان هذه الاحكام متعلقة بالموت واللحوق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكنه يلحق بالموت اذا اتصل به قضاء القاضي باللحاق فاذا لم يتصل به لم يلحق فاذا عاد يعود على حكم ملكه وان عاد بعد ما قضى القاضي باللحاق فما وجد من ماله في يد ورثته بحاله فهو أحق به لان ولده جعل خلفا له في ماله فكان تصرفه في ماله بطريق الخلافة له كأنه وكيله فله ان يأخذ ما وجده قائما على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو بالعتق فلا رجوع فيه لان تصرف الخلف كتصرف الاصل بمنزلة تصرف الوكيل وأما ما أعتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبريه فلا سبيل عليهم لان الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب اذا كان أدى المال الى الورثة لا سبيل عليه أيضا لان المكاتب عتق باداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما أدى الى الورثة ان كان قائما أخذه وان زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أموالهما بيناوان كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة وان عجز عاد رقيقا له ولو رجع كافرا الى دار الاسلام وأخذ طائفة من ماله وأدخلها الى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فان رجع بعد ما قضى بلحاقه فالورثة أحق به وان وجدته قبل القسمة أخذته مجانا بلا عوض وان وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة في ذوات القيم لانه اذا لحق وقضى بلحاقه فقد زال ملكه الى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجده المالك القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وان رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان في رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سواء وفي رواية انه يكون فيأ لا حق للورثة فيه أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى المرتد جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد الينا تائبا فما كان من حقوق العباد كالقتل والغصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تبارك وتعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط عنه لان اللحاق يلتحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيأ من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم مات لم يؤخذ بشيء منه لان فعله لم ينعقد موجبا لصيرورته في حكم أهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلفه في دار الاسلام وأما الذي لحق به في دار

الحرب فهوملكه حتى لوظهر المسلمون عليه يكون فيأ لان ملك الورثة لم يثبت فى المال المحمول الى دار الحرب فبقى على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلاء اسائر أموال أهل الحرب وأما حكم الميراث فنقول لاخلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى ان المال الذى اكتسبه فى حالة الاسلام يكون ميراثا لورثته المسلمين اذامات أوقتل أولحق وقضى باللحاق وقال الشافعى رحمه الله هوفىء واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لايرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفى ان يرث المسلم الكافر ووارثه مسلم فيجب أن لايرثه (ولنا) ماروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه قتل المستورد العجلى بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر منكر عليه فيكون اجماعا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولان الردة فى كونها سببا لزوال الملك كالموت على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه على ماقررناه فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فكان هذا ارث المسلم من المسلم لامن الكافر فقد قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى وأما على أصلهما فالردة ان كانت لاتوجب زوال الملك يمكن احتمال العود الى الاسلام ألا ترى انه يجبر على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام فى حق حكم الارث وذلك جائز ألا ترى انه بقى على حكم الاسلام فى حق المنع من التصرف فى الخمر والخنزير فجاز ان يبقى عليه فى حق حكم الارث أيضا فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملا بالحديث أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم واختلفوا فى المال الذى اكتسبه فى حال الردة قال أبو حنيفة رضى الله عنه هوفىء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هوميراث (وجه) قولهما ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك فى محل قابل ولا شك ان المرتد أهل الملك لان أهلية الملك بالحرية والردة لاتنافيها بل تنافى ماينافيها وهو الرق اذ المرتد لايحتمل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت أوماهو فى معنى الموت على مابينا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ماذكرنا ان الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على مابينا ولا وجود للشئ مع وجود سبب زواله فكان الكسب فى الردة مالا لامالك له فلا يحتمل الارث فيوضع فى بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلفوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهى أهلية الوراثة وقت الردة أم وقت الموت أم من وقت الردة الى وقت الموت فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر أهلية الوراثة وقت الموت لان ملك المرتد انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الاهلية فى ذلك الوقت لاغير وعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان فى رواية يعتبر وقت الردة لاغير حتى لوكان أهلا وقت الردة ورث وان زالت أهليته بعد ذلك وفى رواية يعتبر دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت (وجه) هذه الرواية ان الارث يثبت بطريق الاستناد لابطريق الظهور لان الموت أمر لابد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا وجد الموت يثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الاهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لوكان بعض الورثة مسلما وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل موت المرتد لايورث وكذا اذا مات قبل موته أو المرأة انقضت عدتها قبل موته (وجه) الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت وجودها فيثبت الارث فى ذلك الوقت بطريق الظهور وقوله هذا ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد الموت لان الردة فى معنى الموت لانها تعمل عمل الموت فى زوال الملك على مابينا فكانت الردة موتا معنى وكذا اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى باللحاق انه تعتبر أهلية الوراثة وقت القضاء باللحاق أم وقت اللحاق فعند أبى يوسف رحمه الله وقت القضاء وعند محمد رحمه الله تعتبر وقت اللحاق (وجه) قول محمد ان وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول باللحاق لان به يعجز عن الانتفاع بماله المتروك فى دار الاسلام الا ان العجز قبل القضاء غير متقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر العجز وصار العود بعده كالممتنع عادة فكان العامل فى زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الاهلية وقتئذ (وجه) قول

ابى

أبي يوسف ان الملك لا يزول الا بالقضاء فكان المؤثر في الزوال هو القضاء وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب لان المعنى لا يوجب الفصل ولو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على ردته فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين الردة يرثه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا من حين الردة لم يرثه لانه يحتمل انه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الام مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعا لامه فيرث أباه ولو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهرنا على الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم تبعا لابيه ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم مرقوق مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان ولو تزوج المرتد مسلمة فولدت له غلاما أو وطئ أمة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعا للام ويرث أباه لثبوت النسب وان كانت الام كافرة لا يحكم باسلامه لانه لم يوجد اسلام أحد الابوين والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الدين فعند أبي يوسف ومحمد ديون المرتد في كسب الاسلام والردة جميعا لان كل ذلك عندهما ميراث وأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فقد ذكر أبو يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يفي به فيقضي الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن رحمه الله عنه انه في كسب الاسلام الا ان لا يفي به فيقضي الباقي من كسب الردة وقال الحسن رحمه الله دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر رحمه الله والصحيح رواية الحسن لان دين الانسان يقضى من ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه لان قيام الدين يمنع زوال ملكه الى وارثه بقدر الدين لكون الدين مقدما على الارث فكان قضاء دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما كسب الردة فمال جماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام مست الضرورة فيقضى الباقي منه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم ولد المرتد فولد المرتد لا يخلو من ان يكون مولودا في الاسلام أو في الردة فان كان مولودا في الاسلام بان ولد للزوجين ولد وهما مسلمان ثم ارتدا لا يحكم بردته مادام في دار الاسلام لانه لما ولد وأبواه مسلمان فقد حكم باسلامه تبعا لابويه فلا يزول بردتهما لتحول التبعية الى الدار اذ الدار وان كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتداء عند استتباع الابوين تصلح للابقاء لانه أسهل من الابتداء فما دام في دار الاسلام يبقى على حكم الاسلام تبعا للدار ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولد له ولد وكبر ثم ظهر عليهم أما حكم المرتد والمرتدة فمعلوم وقد ذكرنا ان المرتد لا يسترق ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجبر على الاسلام بالحبس وأما حكم الاولاد فولد الاب يجبر على الاسلام ولا يقتل لانه كان مسلما باسلام أبويه تبعا لهما فلما بلغ كافرا فقد ارتد عنه والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية لا حقيقية لوجود الايمان حكما بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام لكن بالحبس لا بالسيف اثباتا للحكم على قدر العلة ولا يجبر ولد ولده على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام اذ لو كان لذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من أولاد آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام فينبغي ان تجرى عليهم أحكام أهل الردة وليس كذلك بالاجماع وان كان مولودا في الردة بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت المرأة من زوجها بعد ردتها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة أبويه له حكم الردة حتى لو مات لا يصلى عليه لان المرتد لا يرث أحدا ولو لحقا بهذا الولد بدار الحرب فبلغ وولد له أولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعا يجبر ولد الاب وولد ولده على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد في كتاب السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد ولده على الاسلام (وجه) ما ذكر في السير ان ولد الاب تبع لابويه فكان محكوما بردته تبعا لابويه وولد الولد تبع له فكان محكوما بردته تبعا له والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل

(وجه) المذكور في الجامع ان هذا الولد انما صار محكوما بردته تبعا لابيه والتبع لا يستتبع غيره وأما حكم الاسترقاق فذكر في السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من أولاده لان أمهم مرتدة وهي تحتمل الاسترقاق والولد كما تبع الام في الرق يتبعها في احتمال الاسترقاق وأما الكبار فلا يسترقون لانقطاع التبعية بالبلوغ ويجبرون على الاسلام وذكر في الجامع الصغير الولدان فيء أما الاول فلان أمه مرتدة وأما الآخر فلانه كافر أصلي لان تبعية الابوين في الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافرا أصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امرأة وهي حامل ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وهي حامل كان ولدها فيئا لان السبي لحقه وهو في حكم جزء الام فلا يبطل بالانفصال من الام والذمي الذي نقض العهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتد في سائر الاحكام من الارث والحكم بعتق أمهات الاولاد والمدبرين ونحو ذلك لان المعنى الذي يوجب لحاقه اللحاق بالموت في الاحكام التي ذكرنا لا يفصل الا انهما يفترقان من وجه وهو ان الذمي يسترق والمرتد لا يسترق ووجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه رجع بعد ما ذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجى فلاحه بخلاف الذمي والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحكام البغاة فالكلام فيه في مواضع في تفسير البغاة وفي بيان ما يلزم امام أهل العدل عند خروجهم عليه وفي بيان ما يصنع بهم وباموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم وفي بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفي بيان حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين وفي بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين وفي بيان حكم قضايا إمامهم أما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رأيهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت أو صغيرة يخرجون على امام أهل العدل ويستحلون القتال والدماء والاموال بهذا التأويل ولهم منعة وقوة وأما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فنقول وبالله التوفيق ان علم الامام ان الخوارج يشهرون السلاح ويتأهبون للقتال فينبغي له ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة لانه لو تركهم لسعوا في الارض بالفساد فيأخذهم على أيديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤه لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فلم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغي له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى رأي الجماعة أولا لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما في حق أهل الحرب وكذا روي ان سيدنا عليا رضي الله عنه لما خرج عليه أهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان أجابوا كف عنهم وان أبوا قاتلهم لقوله تعالى فان بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله وكذا قاتل سيدنا علي رضي الله عنه أهل حروراء بالنهروان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم تصديقا لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا علي انك تقاتل على التأويل كما تقاتل على التنزيل والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج ويدل الحديث على امامة سيدنا علي رضي الله عنه لان النبي عليه الصلاة والسلام شبه قتال سيدنا علي رضي الله عنه على التأويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون سيدنا علي محقا في قتاله بالتأويل فلو لم يكن امام حق لما كان محقا في قتاله اياهم ولانهم ساعون في الارض بالفساد فيقتلون دفعا للفساد على وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا بأس بذلك لان الدعوة قد بلغتهم لكونهم في دار الاسلام ومن المسلمين أيضا ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله سبحانه وتعالى الموفق وما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعوه الى القتال وأما اذا كان فدعاه يفترض عليه الاجابة لما ذكرنا وأما بيان ما يصنع بهم وباموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم فنقول الامام اذا قاتل أهل البغي فهزمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فئة ينحازون اليها فينبغي لاهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على

جريحهم لئلا يتحيزوا الى الفئة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فان شاء الامام قتله استئصالا لشأفتهم وان شاء حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فئة يتحيزون اليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفئة (وأما) أموالهم التى ظهر أهل العدل عليها فلا بأس بان يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم كسرا لشوكتهم فاذا استغنوا عنها أمسكها الامام لهم لان أموالهم لا تحتمل التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين ولكن يحبسها عنهم الى ان يزول بغيهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ماسوى الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن يمسك و يحبس عنهم الى ان يزول بغيهم فيدفع اليهم لما قلنا و يقاتل أهل البغى بالمنجنيق والحرق والغرق وغير ذلك مما يقاتل به أهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك وللامام ان يوادعهم لينظر فى أمورهم ولكن لا يجوز ان يأخذوا على ذلك مالا لما ذكرنا من قبل (وأما) بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان والنسوان والاشياخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البغى لان قتالهم لدفع شر قتالهم فيختص باهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون الا اذا قاتلوا فيباح قتلهم فى حال القتال و بعد الفراغ من القتال الا الصبيان والمجانين على ما ذكرنا فى حكم أهل الحرب والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) العبد المأسور من أهل البغى فان كان قاتل مع مولاه يجوز قتله وان كان يخدم مولاه لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يزول بغيهم فيرد عليهم (وأما) الكراع فلا يمسك ولكنه يباع و يحبس ثمنه لمالكه لان ذلك أنفع له ولا يجوز للعادل أن يبتدئ بقتل ذى رحم محرم منه من أهل البغى مباشرة واذا أراد هو قتله له أن يدفعه وان كان لا يندفع الا بالقتل فيجوز له أن يتسبب ليقتله غيره بأن يعقر دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف أهل الحرب فانه يجوز قتل سائر ذوى الرحم المحرم منه مباشرة وتسببا ابتداء الا الوالدين (ووجه) الفرق ان الشرك فى الاصل مبيح لعموم قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الا أنه خص منه الابوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا فبقى غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البغى لان الاسلام فى الاصل عاصم لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم والباغى مسلم الا أنه أبيح قتل غير ذى الرحم المحرم من أهل البغى دفعا لشرهم لا لشوكتهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبيب ليقتله غيره فبقيت العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم (وأما) بيان حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين فنقول لا خلاف فى أن العادل اذا أصاب من أهل البغى من دم أو جراحة أو مال استهلكه انه لا ضمان عليه (وأما) الباغى اذا أصاب شيأ من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا ان ذلك موضوع وقال الشافعى رحمه الله انه مضمون (وجه) قوله ان الباغى جان فيستوى فى حقه وجود المنعة وعدمها لان الجانى يستحق التغليظ دون التخفيف (ولنا) ما روى عن الزهرى أنه قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ومثله لا يكذب فانعقد الاجماع من الصحابة رضى الله عنهم على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى فى المسئلة ما نبه عليه الصحابة رضى الله عنهم وهو ان لهم فى الاستحلال تأويلا فى الجملة وان كان فاسدا لكن لهم منعة والتأويل الفاسد عند قيام المنعة يكفى لرفع الضمان كتأويل أهل الحرب ولان الولاية من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيدا لتعذر الاستيفاء فلم يجب ولو فعلوا شيأ من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وتفرق الجمع يؤخذون به لان المنعة اذا انعدمت الولاية و بقى مجرد تأويل فاسد فلا يعتبر فى دفع الضمان ولو قتل تاجر من أهل العدل تاجرا آخر من أهل العدل فى عسكر أهل البغى أو قتل الاسير من أهل العدل أسيرا آخر أو قطع ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه لان الفعل لم يقع موجبا لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية كما لو قطع فى دار الحرب لان عسكر أهل البغى فى حق انقطاع الولاية

ودار الحرب سواء والله عز وجل أعلم ثم لا خلاف في أن العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس بغير حق لسقوط عصمة نفسه وأما الباغي اذا قتل العادل يحرم الميراث عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد ان قال قتلته وكنت على حق وأنا الآن على حق لا يحرم الميراث وان قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم (وجه) قول أبي يوسف ان تأويله فاسد الا أنه ألحق بالصحيح عند وجود المنعة في حق الدفع لا في حق الاستحقاق فلا يعتبر في حق استحقاق الميراث (وجه) قولهما انا نعتبر تأويله في حق الدفع والاستحقاق لان سبب استحقاق الميراث هو القرابة وانها موجودة الا أن قتل نفس بغير حق سبب الحرمان فاذا قتله على تأويل الاستحلال والمنعة موجودة اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فأشبه الضمان الا أنه اذا قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم الميراث لان التأويل الفاسد انما يلحق بالصحيح اذا كان مصراً عليه فاذا لم يصر فلا تأويل له فلا يندفع عنه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين فنقول وبالله تعالى التوفيق (أما) قتلى أهل العدل فيصنع بهم ما يصنع بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا ينزع عنهم الا ما لا يصلح كفنا ويصلى عليهم لانهم شهداء لكونهم مقتولين ظلما وقد روى ان زيد بن صرحان اليمني كان يوم الجمل تحت راية سيدنا علي رضي الله عنهما فأوصى في رمقه لا تنزعوا عنى ثوبا ولا تغسلوا عنى دما وارمسونى في التراب رمساً فانى رجل محاج أحاج يوم القيامة (وأما) قتلى أهل البغي فلا يصلى عليهم لانه روى ان سيدنا عليا رضي الله عنه ما صلى على أهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون لان ذلك من سنة موتى بني سيدنا آدم على الصلاة والسلام ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث الى الآفاق وكذلك رؤس أهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه منهى لقوله عليه الصلاة والسلام لا تمثلوا فيكره الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس به لما روى ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جز رأس أبي جهل عليه اللعنة يوم بدر وجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبا جهل كان فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه ويكره بيع السلاح من أهل البغي وفي عساكرهم لانه اعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد ونحوه لانه لا يصير سلاحا الا بالعمل ونظيره انه يكره بيع المزامير ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزمار وهو الخشب والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان حكم قضاياهم فنقول الخوارج اذا ولوا قاضياً فالامر لا يخلو من أحد وجهين اما ان ولوا رجلا من اهل البغي واما ان ولوا رجلا من أهل العدل فان ولوا رجلا من أهل البغي فقضى بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا فاحتمل انه قضى بما هو باطل على رأى الجماعة فلا يجوز له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضى أهل البغي الى قاضى أهل العدل بكتاب فان علم انه قضى بشهادة أهل العدل أنفذه لانه تنفيذ الحق ظاهراً وان كان لا يعلم لا ينفذه لانه لا يعلم كونه حقا فلا يجوز تنفيذه لقوله تبارك وتعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وان ولوا رجلا من أهل العدل فقضى فيما بينهم بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل نفذها لان التولية اياه قد صحت ولانه يقدر على تنفيذ القضايا بمنعتهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر انه قضى على رأى أهل العدل فلا يملك ابطاله كما اذا رفعت قضايا قاضى أهل العدل الى بعض قضاة أهل العدل وما أخذوا من البلاد التي ظهروا عليها من الخراج والزكاة التي ولاية أخذها للامام لا يأخذه الامام ثانيا لان حق الاخذ للامام لمكان حمايته ولم توجد الا أنهم يفتون بان يعيدوا الزكاة استحسانا لان الظاهر انهم لا يصرفونها الى مصارفها فأما الخراج فمصرفه المقاتلة وهم يقاتلون أهل الحرب والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الاتلاف وبدأ بمسائل الغصب فنبدأ بما بدأ به

فنقول

فنقول و بالله التوفيق معرفة مسائل الغصب فى الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (أما) حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال وقال محمد رحمه الله الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصبا وقال الشافعى رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط (أما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فهو احتج لتمهيد أصله بقوله سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا جعل الغصب مصدر الاخذ فدل ان الغصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا أن الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعا واعارة وابضاعا فى عرف الشرع واذا كان بغير اذن المالك يسمى فى متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعديا فيكون سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزائل محال والله سبحانه وتعالى أعلم (ولنا) الاستدلال بضمان الغصب من وجهين أحدهما ان المالك استحق ازالة يد الغاصب عن الضمان فلا بد وأن يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تبارك وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثانى ان ضمان الغصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر واما ان يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من أهل الزجر ولان الانزجار لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعى الفوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له فى الآية لان الله تعالى فسر أخذ الملك تلك السفينة بغصبه اياها كأنه قال سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يغصب كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل أخذ غصب بل هى حجة عليه لان غصب ذلك الملك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة أيدى المساكين عنها فدل على ان الغصب اثبات على وجه يتضمن الازالة (وأما) قوله الغصب انما أوجب الضمان لكونه تعديا فمسلم لكن التعدى فى الازالة لا فى الاثبات لان وقوعه تعديا بوقوعه ضارا بالمالك وذلك باخراجه من أن يكون منتفعا به فى حق المالك واعجازه عن الانتفاع به وهو تفسير تفويت اليد وازالتها (فاما) مجرد الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعديا وعلى هذا الاصل يخرج زوائد الغصب انها ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة أو متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن فى يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد الغصب وهل تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبرا (أما) المنفصلة فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أنها تصير مضمونة بها (وأما) المتصلة فذكر فى الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة اذا غصب جارية قيمتها الف درهم فازدادت فى بدنها خيرا حتى صارت قيمتها الفى درهم فباعها وسلمها الى المشترى فهلكت فى يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمتها الفى درهم وان شاء ضمن البائع فان اختار تضمين المشترى ضمنه قيمتها يوم القبض الفى درهم وان اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الفى درهم أيضا كذا ذكر فى الاصل ولم يذكر الخلاف وحكى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله الخلاف ان على قول أبى حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم القبض الفى درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس له أن يضمنه زيادة بالبيع والتسليم وكذا ذكره الحاكم الشهيد فى المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوى فى مختصره الا أنه ذكر الاستهلاك مطلقا فقال الا أن يستهلكها وفسره الجصاص فى شرحه مختصر الطحاوى فقال الا أن يكون عبدا أو جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبدا أو جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زائدة فى ثلاث سنين (وجه) قولهما ان البيع والتسليم غصب لانه تفويت امكان الاخذ لان المالك

كان متمكنا من أخذه منه قبل البيع والتسليم و بعد البيع والتسليم لم يبق متمكنا وتفويت امكان الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا للضمان وهذا لان تفويت يد المالك انما كان غصبا موجبا للضمان لكونه اخراج المال من أن يكون منتفعا به فى حق المالك واعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت امكان الاخذ فيوجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشترى من الغاصب كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الاصل مضمون بالغصب الاول فلا يقع البيع والتسليم غصبا له لان غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فان افرادها بالغصب بدون الاصل متصور فلم تكن مغصوبة بالغصب الاول لانعدامها فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق بين الزيادتين و بخلاف القتل لان قتل المغصوب متصور لان محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل الا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير ولان الاصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكا للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله (وأما) الزيادة المتصلة فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لانها نماء ملكه فتكون ملكه فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك فى غير بنى آدم تصرفا فى ملك نفسه فلا يكون مضمونا عليه كما لو تصرف فى سائر أملاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لانا أثبتنا الملك بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجه و يقتصر على الحال من وجه فيعمل بشبهة الظهور فى الزوائد المتصلة و بشبهة الاقتصار فى المنفصلة اذ لا يكون العمل به على العكس ليكون عملا بالشبهين بقدر الامكان (واما) على طريق الظهور المحض فتخريجهما مشكل والله تعالى الموفق بخلاف القتل لان العبد انما يضمن بالقتل من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من وقت الغصب من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى لانه من حيث انه آدمى لا يحتمل التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفا فى ملك نفسه لهذا افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ثم على أصلهما اذا اختار المالك تضمين البائع هل يثبت له الخيار بين أن يضمنه ألفى درهم وقت البيع و بين أن يضمنه ألف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت وهذا غير سديد لان التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه بخلاف التخيير بين البائع والمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله لان هناك الذمة مختلفة فمن الجائز أن يكون أحدهما مليأ والآخر مفلسا فكان التخيير مفيدا أو بخلاف القتل لان ضمان القتل ضمان الدم وانه مؤجل الى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال وانه حال فكان التخيير مفيدا ثم اذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل ملكه وان ضمن المشترى قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشترى بالثمن على البائع لانه تبين انه أخذه بغير حق وليس له ان يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من انسان شيأ فجاء آخر وغصبه منه فهلك فى يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى أما تضمين الاول فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك وأما تضمينه الثانى فلانه فوت يد الغاصب الاول و يده يد المالك من وجه لانه يحفظ ماله و يتمكن من رده على المالك و يستقر بهما الضمان فى ذمته فكانت منفعة يده عائدة الى المالك فاشبهت يد المودع وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان الا أن المضمون واحد فخيرنا المالك لتعين المستحق فان اختار أن يضمن الاول رجع بالضمان على الثانى لانه ملك المغصوب من وقت غصبه فتبين ان الثانى غصب ملكه وان اختار تضمين الثانى لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا وكذلك ان استهلكه الغاصب الثانى ومتى اختار تضمين أحدهما هل يبرأ الآخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر فى الجامع انه يبرأ حتى لو أراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة رحمه الله فى نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى به عليه (وجه) رواية النوادر ان عند وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذى ضمنه لانه باعه منه فلا يملك

الرجوع

الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذى ضمنه لانه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فأما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد منه التمليك من أحدهما فله ان يملكه من أيهما شاء (وجه) رواية الجامع ماذكرنا انه باختياره تضمين الغاصب الآخر أظهر انه راض بأخذ الاول وانه بمنزلة المودع وباختيار تضمين الاول أظهر ان الثانى ما أتلف عليه شيأ لانه لم يفوت يده والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع الغاصب المغصوب من الثانى فهلك فى يده يتخير المالك فيضمن أيهما شاء فان ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لماذكرنا وان ضمن المشترى بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكنه يرجع بالثمن عليه لماذكرنا وكذلك لو استهلكه المشترى ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه المشترى من الغاصب ثم أجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا ينفذ قياسا ولا خلاف فى أنه لو باعه المشترى ثم أجاز المالك البيع الاول أنه لا ينفذ البيع الثانى (وجه) القياس ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك للمشترى فى العبد لانه ملك المغصوب منه فلا ينعقد اعتاقه فيه فينفذ عليه عند الاجازة ولهذا لم ينفذ بيعه (وجه) الاستحسان ان اعتاق المشترى صادف ملكا على التوقف فينعقد على التوقف كالمشترى من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين اذا أعتقه ثم أبرأ الغرماء الميت عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادف ملكا على التوقف أن سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالى عن الشرط ممن هو من أهل البيع فى محل قابل الا أنه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه فى التوقف فيتوقف واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شروطا أخر ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغرر وفى توقيف نفاذ البيع الاول تحقيق معنى الغرر ولو أودع الغاصب المغصوب فهلك فى يد المودع يتخير المالك فى التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لانه تبين انه أودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع على الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام فى الحقيقة ولو استهلكه المودع فالجواب على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع لم يرجع على الغاصب لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو آجر الغاصب المغصوب أو رهنه من انسان فهلك فى يده يتخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه آجر ورهن ملك نفسه الا ان فى الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن والمرتهن يرجع بدينه أيضا أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرورا وأما رجوع المستأجر فلانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرور فاشبه المودع ولو استهلكه المستأجر أو المرتهن يتخير المالك الا أنه ان ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه آجر ملك نفسه ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستأجر والمرتهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعاره الغاصب فهلك فى يد المستعير يتخير المالك وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما الغاصب فلا شك فيه لانه أعار ملك نفسه فهلك فى يد المستعير وأما المستعير فلانه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج منافع الاعيان المنقولة المغصوبة انها ليست بمضمونة عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمونة نحو ما اذا غصب عبدا أو دابة فامسكه أياما ولم يستعمله ثم رده على مالكه لانه لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض تحدث فشيأ على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة فى يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد فى المنافع والمنفعة مال بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنها فى الاجارة وتصلح مهرا فى النكاح فتحقق الغصب فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب دارا أو عقارا فانهدم شئ من

البناء أوجاء سيل فذهب بالبناء والاشجار أوغلب الماء على الارض فبقيت تحت الماء انه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وأبي يوسف الآخر وعند محمد وهوقول أبي يوسف الاول يضمن وهوقول الشافعي رحمه الله أما الشافعي فقد مر على أصله في تحديد الغصب انه اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول وأما محمد رحمه الله تعالى فقد مر على أصله في حد الغصب انه ازالة يد المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لان ذلك عبارة عن اخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المالك أو اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسئلة ذكرناها في الرجوع عن الشهادات وهي ان من ادعى على آخر داراً فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار والمنقول في ضمان الرجوع فدل ان الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فمرا على أصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل وعلى انهما ان سلما تحقق الغصب في العقار فالاصل في الغصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان لان أخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا ترى أنه تزول يده وملكه عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه اما حقيقة أو تقديراً لان الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل والتغييب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديراً فينتفي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف اذا غصب عقاراً فجاء انسان فأتلفه فالضمان على المتلف عندهما لان الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فان اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وان اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه (وأما) مسئلة الرجوع عن الشهادة فمن أصحابنا من منعها وقال ان محمداً رحمه الله بنى الجواب على أصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبياً حراً من أهله فمات في يده من غير آفة اصابته بان مرض في يده فمات أنه لا يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب والحر ليس بمال ولو مات في يده بآفة بان عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبيباً والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيباً على ما نذكره في مسائل الاتلاف ان شاء الله تعالى ولو غصب مدبراً فهلك في يده يضمن لان المدبر مال متقوم الا انه امتنع جواز بيعه اذا كان مدبراً مطلقاً مع كونه مالا متقوماً لانعقاد سبب الحرية للحال وفي البيع ابطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتباً فهلك في يده لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوماً ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبي حنيفة فكان مضموناً بالغصب كالمكاتب وعلى أصلهما هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب أم ولد انسان فهلكت عنده لم يضمن عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يضمن وأم الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعاً ثم أعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيأً ولا تسعى هي في شيء أيضاً عنده وعندهما يضمن في ذلك كله كالمدبر ولقب المسئلة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث انها مال أم لا ولا خلاف انها متقومة بالقتل ولا خلاف في أن المدبر متقوم (وجه) قولهما انها كانت مالا متقوما والاستيلاد لا يوجب المالية والتقوم لانه

لا يثبت به الا حق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاستيلاد اعتاق لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في جاريته مارية أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا أنه تأخر في حق بعض الاحكام فمن ادعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلا وانما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي أو لمسلم فهلك في يده أو استهلكه أنه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الاديان كلها ولو دبغه الغاصب وصار مالا فحكمه نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم أو خنزيرا له فهلك في يده انه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمرا أو خنزير الذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذميا أو مسلما غير ان الغاصب ان كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا من كان (وجه) قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمر رانه رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا تختلف باختلاف الشخص وقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها أخبر عليه الصلاة والسلام كونها محرمة وجعل علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق (ولنا) ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المعروف فاعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمي الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهم منتفع به حقيقة لانه صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ولانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان أحدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك للحال ألا ترى ان المهر والجحش ومالا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير لما روى عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال أمرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وبقي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم أنه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها ذمي أو مسلم فهلكت عند الغاصب أو خللها فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلا مثلها لان الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع آخر لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن وان استهلكه فقد وجد منه

صنع آخر سوى الغصب وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصرانى صليباً له فهلك فى يده يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعثه فى حاجة أو قاد دابة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير اذن صاحبها انه ضامن بذلك سواء عطب فى تلك الخدمة أو فى مضيه فى حاجته أو مات حتف أنفه لان يد المالك كانت ثابتة عليه واذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير اذنه وليس فى الدار أحد فهلك فى يده لم يضمن فى قولهما وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير اذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الغصب فله فى الاصل حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثانى يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فهو الاثم واستحقاق المؤاخذة اذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وان فعله لا عن علم بان ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبى عليه الصلاة والسلام بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (وأما) الذى يرجع الى الدنيا فأنواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب و بعضها يرجع الى حال هلاكه و بعضها يرجع الى حال نقصانه وبعضها يرجع الى حال زيادته (أما) الذى يرجع الى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع فى بيان سبب وجوب الرد وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان ما يصير المالك به مسترداً أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير اذنه لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لاعبا ولا جاداً فاذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليرد عليه ولان الاخذ على هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب وذلك برد المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الاصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لانها من ضرورات الرد فاذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما فى رد العارية (وأما) شرط وجوب الرد فقيام المغصوب فى يد الغاصب حتى لو هلك فى يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواة فغرسها حتى نبتت أو باقلة فغرسها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضنها حتى صارت دجاجة أو قطناً فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطه قميصا أو لحماً فشواه أو طبخه أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سمسما فعصره أو عنبا فعصره أو حديدا فضربه سيفاً أو سكيناً أو صفراً أو نحاسا فعمله آنية أو ترابا له قيمة فلبنه او اتخذه خزفا أو لبنا فطبخه آجراً ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيأ من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة وعند الشافعى له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله ان ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لان الملك فى المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (ولنا) أن فعل الغاصب فى هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب اما صورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيأ آخر بتخليق الله تعالى وايجاده لانه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له فى بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها

ومعانيها

ومعانيها المطلوبة منها وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكا
للمغصوب صورة ومعنى أو معنى فيبطل حق الاسترداد اذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي ولانه اذا حصل
الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى في الهالك كما في الهالك الحقيقي فتنقطع ولاية الاسترداد ضرورة
ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو اضرارا به وهذا توجب زوال ملكه عن
المغصوب لما نذكره ان شاء الله تعالى واذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب
الثبوت في محل قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لاحد وبه تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح
لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبنا أو آجرا أو ساجة فادخلها في بنائه انه لا يملك
الاسترداد عندنا وتصير ملكا للغاصب بالقيمة خلافا للشافعي رحمه الله فهو على أصله المعهود في جنس هذه المسائل أن
فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعا فبقي ملك
المغصوب منه كما كان (ولنا) أن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيأ آخر غير الاول لاختلاف
المنفعة اذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد فصار بها تبعا له فكان الادخال اهلاكا معنى فيوجب زوال
ملك المغصوب منه ويصير ملكا للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال
ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع ولهذا
لو غصب من آخر خيطا فخاط به بطن نفسه أو دابته ينقطع حق المالك كذا هذا وذكر الكرخي رحمه الله أن موضوع
مسألة الساجة ما اذا بنى الغاصب في حوالي الساجة لا على الساجة فاما اذا بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك
المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان البناء اذا لم يكن على نفس الساجة لم يكن الغاصب
متعديا بالبناء لينقض ازالة للتعدي واذا كان البناء عليها كان متعديا على الساجة فيزال تعديه بالنقض والصحيح أن
الجواب في الموضعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجة الا بنقض البناء ولزوم ضرر
معتبر هذا موضوع المسألة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بيعت الدار
في حياة الغاصب أو بعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن فلا يكون أخص بشيء من ذلك لان
ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصا فجعله زنبيلا لا سبيل
للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجة اذا جعلها بناء ولو غصب نخلة فشقها فجعلها جذوعا كان له أن يأخذ
الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فرق الاجزاء فاشبه الثوب اذا قطعه ولم يخطه ولو غصب أرضا فبنى عليها أو
غرس فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر
شيأ آخر ألا ترى أنها لم تتركب بشيء وانما جاورها البناء والغرس بخلاف الساجة لانها ركبت وصارت من جملة
البناء ألا يرى انه يسمى الكل بناء واحدا فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء
والغرس مقلوعا ويكون له البناء والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك أيضا
يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب أو فضة فصاغه اناء أو ضرب به دراهم أو
دنانير فللمغصوب منه أن يأخذه ولا يعطيه شيأ لاجل الصياغة على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا سبيل له على
ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب وأجمعوا على أنه اذا سبكه ولم يصغه أو جعله مربعا أو مطولا أو مدورا ان له أن
يسترده ولا شيء عليه (وجه) قولهما أن صنع الغاصب وقع استهلاكا لان المغصوب بالصياغة صار شيأ آخر
فاشبه ما اذا غصب حديدا فاتخذه سيفا أو سكينا وجه قوله أن استهلاك الشيء اخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة
موضوعة له مطلوبة منه عادة ولم يوجد ههنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية بعدما استحدث الصنعة
فلم يتحقق الاستهلاك فبقي على ملك المغصوب منه ولو غصب صفرا أو نحاسا أو حديدا فضرب به آنية ينظران

كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الذهب والفضة لانه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن وان كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بلا خلاف لانه خرج عن كونه موزونا بخلاف الذهب والفضة لان الوزن فيهما أصل لا يتصور سقوطه أبداً ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك إذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعييب فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) بيان ما يصير المالك به مستردا للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الاصل أن المالك يصير مستردا للمغصوب باثبات يده عليه لانه صار مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا أثبت يده عليه فقد اعاده الى يده فزالت يد الغاصب ضرورة الا أن يغصبه ثانيا وعلى هذا تخرج المسائل اذا كان المغصوب عبدا فاستخدمه أو ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو حمل عليها صار مستردا له ويبرأ الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لان اثبات اليد على العين أمر حسى لا يختلف بالعلم أو الجهل ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب فلا يكون شرطا لبطلانه وكذلك لو كان طعاما فأكله لانه أثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذا اذا أطعمه الغاصب يبرأ عن الضمان عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يبرأ وجه قوله أنه غره فى ذلك حيث أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه فلا يسقط عنه الضمان (ولنا) أنه أكل طعام نفسه فلا يستحق الضمان على غيره كما لو كان فى يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذى اغتر بنفسه حيث تناول من غير بحث انه ملكه أو ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبدا فآجره من الغاصب للخدمة أو ثوبا فآجره منه للبس أو دابة للركوب وقبل الغاصب الاجارة برئ عن الضمان لان الاجارة اذا صحت صارت يد الغاصب على المحل يد اجارة وأنها يد محقة فتبطل يد الغصب ضرورة فيبرأ عن الضمان حين وجبت عليه الاجارة بالاجارة وقالوا فى الغاصب اذا آجر العبد المغصوب من مولاه ليبنى له حائطا معلوماً أنه يسقط ضمان الغصب حين يبتدئ بالبناء لان البراءة عن الضمان فى الموضعين جميعا متعلقة بوجوب الاجرة والاجرة فى استئجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية وههنا تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الامة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف يبرأ بناء على أن المشترى هل يصير قابضا بالتزويج أم لا وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع فى بيان حكم البيع ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملا من الاعمال فهو جائز لكنه لا يصير مستردا للعبد ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو فى يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ فى ذلك العمل أو بعده ضمن وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب لان الاجارة ههنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الاجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقى فى يد الغصب كما كان فبقى مضمونا كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا واذا رد الغاصب الثانى المغصوب على الغاصب الاول برئ لان يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذى يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان احدهما وجوب الضمان على الغاصب والثانى ملك الغاصب المضمون (أما) وجوب الضمان فالكلام فيه فى مواضع فى بيان كيفية الضمان وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان وقت وجوبه وفى بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته (اما) الاول فالمغصوب لا يخلو اما أن يكون مما له مثل واما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لان ضمان الغصب ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل قال الله تبارك وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل الى القيمة الا عند التعذر وقال زفر رحمه الله الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع وان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لانه تعذر ايجاب المثل صورة ومعنى لانه لا مثل له فيجب

المثل معنى وهو القيمة لانها المثل الممكن والاصل فى ضمان القيمة ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذى لم يعتق والنص الوارد فى العبد يكون واردا فى اتلاف كل مالا مثل له دلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المغصوب فما دام قادرا على رده على الوجه الذى أخذه لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب لان بالرد يعود عين حقه اليه وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما يصار الى الخلف عند العجز عن رد الاصل وسواء عجز عن الرد بفعله بان استهلكه أو بفعل غيره بان استهلكه غيره أو بآفة سماوية بان هلك بنفسه لان المحل انما صار مضمونا بالغصب السابق لان فعله ذلك لا بالهلاك لان الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدقه المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان أقامها والا حبسه القاضى مدة يغلب على ظنه انه لو كان فى يده لاظهره ثم قضى عليه بالضمان لان بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعى الافلاس ومن شرط الخطاب باداء الضمان أن يكون المثل موجودا فى أيدى الناس حتى لو غصب شيأ له مثل ثم انقطع عن أيدى الناس لا يخاطب باداء المثل لانه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما فى حال انقطاعه عن أيدى الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وجه قوله أن الغصب أوجب المثل على الغاصب والمصير الى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه فى ذلك الوقت وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الواجب كان مثل المغصوب وبالانقطاع عن أيدى الناس لم يبطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت يبقى لتوهم الفائدة وتوهم العود ههنا ثابت ألا ترى ان للمالك أن يختار الانتظار الى وقت ادراكه فيأخذ المثل واذا بقى المثل واجبا بعد الانقطاع فانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المغصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أخذ مالا على وجه يحق له أخذه ظاهرا وفى الباطن بخلافه كما اذا اشترى شيأ أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لان العلم ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذة قال الله سبحانه وتعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (وأما) وقت وجوب الضمان فوقت وجود الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر لان السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضا لان تراجع السعر لفتور يحدثه الله سبحانه وتعالى فى قلوب عباده (وأما) بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذى يخرج به عن عهدته شيئان أحدهما اداء الضمان الى المالك أو من يقوم مقامه لان الاصل فى طريق الخروج عن عهدة الواجب اداؤه ولو هلك المغصوب فى يد الغاصب الثانى فادى القيمة الى الغاصب الاول يبرأ عن الضمان فى الرواية المشهورة وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يبرأ الا بقضاء القاضى وجه هذه الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الى المالك وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برئ عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعنى والثانى الابراء وهو نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (اما) الاول فنحو أن يقول ابرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لانه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط وأما الثانى فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر لان اختيار تضمين احدهما ابراء للآخر دلالة لما ذكرنا فيما تقدم

فيبرأ اما بنفس الاختيار أو بشريطة رضا من اختار تضمينه أو القضاء على اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما ولو أبرأه عن ضمان العين وهى قائمة فى يده صح الابراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يصح وجه قوله ان الابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم و بقيت العين مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن (ولنا) ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب لان الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو أجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب صح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالا بالقرض (ولنا) أن عدم اللزوم فى القرض لكونه جاريا مجرى الاعارة لما بين فى كتاب القرض والاجل لا يلزم فى العوارى وهذا المعنى لا يوجد فى الغصب فيلزمه وهذا لان الاصل هو لزوم التأجيل لانه تصرف صدر من أهله فى محله وهو الدين الا أن عدم اللزوم فى باب القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد ههنا فيلزم على الاصل والله تعالى أعلم (وأما) ملك الغاصب المضمون فالكلام فى هذا الحكم فى مواضع فى بيان أصل الحكم انه سبب أم لا وفى بيان وقت ثبوته وفى بيان صفة الحكم الثابت (أما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتداء وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت أصلا حتى ان من غصب عبدا واكتسب فى يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعنده ملك للمالك ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده الى المالك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر الى ان يظهر وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه قيمته ثم ظهر العبد ينظر ان أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التى سماها ورضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبرا يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله أن المالك لا بد له من سبب والغصب لا يصلح سببا لانه محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور ولان ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفائتة فلا تملك به العين كما فى غصب المدبر (ولنا) ان ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولانه اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل فى ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لاحد فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش باثبات يده عليهما وبه تبين ان ما هو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداء وههنا بخلافه والله تعالى أعلم ولو أخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب بان اختلفا فى القيمة وقضى القاضى بالقيمة بقول الغاصب و بيمينه ثم ظهر العبد ذكر فى ظاهر الرواية ان المغصوب منه بالخيار ان شاء رضى بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وان شاء رد المأخوذ وأخذ العبد لانه تبين ان المأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار وان أراد استرداد العبد فللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد فى يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان فى قيمة العبد فضل على ما أخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شىء سوى له القيمة و روى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا ظهر العبد وقيمته أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما اذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخى رحمه الله لانه رضى بزوال ملكه بهذا البدل وفى ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا فى زيادة القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه انها كانت قبله كان الجصاص يقول من تلقاء نفسه ان القول قول الغاصب لان التمليك قد صح فلا يفسخ بالشك (وأما) وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لان الملك فى الضمان يستند الى وقت وجود الغصب فكذا

في المضمون فيظهر في الكسب والغلة والربح وأما شرط ثبوت الملك في المضمون فما هو شرط ثبوت الملك في الضمان وهو اختيار الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو أراد أن لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب في القيمة له ذلك وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعاً وعلى هذا الاصل يبنى الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له على اضعاف قيمته انه جائز عنده وعندهما لا يجوز (ووجه) البناء أنه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو مال مقدر والزيادة عليه تكون رباو لما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه الاختيار كان الصلح تقدير القيمة المغصوب هذا القدر وتمليكا للمغصوب به كانه باعه من الغاصب به فجاز والله تعالى أعلم (وأما) صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون فلا خلاف بين أصحابنا في أن الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ التصرفات حتى لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما تنفذ هذه التصرفات في المشتري شراء فاسداً واختلفوا في أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل اداء الضمان فاذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال أبو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وان كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف رحمه الله يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل ان كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهو القياس وقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسان (وجه) القياس ان المغصوب مضمون لا شك فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل أصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما في سائر أملاكه ويطيب له الربح لانه ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر فربح المملوك المضمون أولى (وجه) الاستحسان ما روى انه عليه الصلاة والسلام أضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه فقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها فقال عليه الصلاة والسلام اطعموها الاسارى أمر عليه الصلاة والسلام بأن يطعموها الاسارى ولم ينتفع به ولا أطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا طيبا لأطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق وفي هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وجه فكان في وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولان الملك من وجه حصل بسبب محظور أو وقع محظورا بابتدائه فلا يخلو من خبث ولان اباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدي الى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها أنه لا يحل له الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال أبو حنيفة ومحمد يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال أبو يوسف لا يكره له الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل فظاهر هذا الاطلاق يدل على ان عندهما يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه باداء الضمان وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن فقال في الطحن مثل قولهما أنه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان الحنطة لم تهلك بالطحن وانما تغيرت صفتها من التركيب الى التفريق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائما بخلاف الزرع لان البذر يهلك بالزراعة لانه يغيب في الارض فيخرج من أن يكون مالا متقوما فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله فيمن غصب نوى فصار نخلا انه يحل الانتفاع به كما في الحنطة اذا زرعها وقال في الودي اذا غرسه فصار نخلا أنه يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان النوى يعفن ويهلك والودي يزيد في نفسه وروى عن أبي حنيفة في الشاة اذا ذبحها فشواها انه لا يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحدا حتى يضمن القيمة وان كان صاحبها غائبا أو حاضرا لا يرضى بالضمان لا يحل له أكلها واذا دفع الغاصب

قيمتها يحل له الاكل كذلك اذا ضمنه المالك القيمة أوضمنه الحاكم وهذا عندي ليس باختلاف رواية بل هذه الرواية تفسير للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه بحله يحتمل الارضاء باداء الضمان ويحتمل الارضاء باختيار الضمان فالمذكور ههنا مفسر فيحمل المجمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضاء باختيار الضمان ورضاه لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده سواء أدى الضمان أولا وهذا قولهما وهو قياس قول أبي يوسف رحمه الله في الشاة المشوية أنه يحل له الانتفاع بها فيأكلها ويطعمها من شاء سواء أدى الضمان أم لا ولا خلاف في انه اذا أدى الضمان أنه يحل له الاكل وكذلك اذا أبرأه عن الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة أوضمنه القاضي لان القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا للضمان ورضا به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة أنه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله هي طيبة أما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما أتلف ويطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن الربح (وأما) الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله للمالك وهي فريعة مسئلة المنافع وقد مرت في موضعها (وأما) التصدق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصدق ولابي يوسف أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون والجواب أن التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك فوق الضمان ولو غصب أرضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار يغرم النقصان ويأخذ رأس المال ويتصدق بالفضل أما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف واما التصدق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في ارض الغصب وان كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهي ورد عن الربح وذا ليس بربح فلم يحرم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الفا فاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يلزمه التصدق بشئ لانه ربح مضمون مملوك لانه عند أداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ومجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا اجتمع الضمان والملك وهما يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفي هذا الملك شبهة العدم على ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوى الفين فوهبها أو اشترى به طعاما يساوى الفين فأكله لم يتصدق بشئ لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة توجب التصدق اما لا توجب التضمين وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدى الوديعتين بالاخرى خلطا لا يتميزان المخلوط يصير ملكا له عند أبي حنيفة رحمه الله لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولو اشترى بالدراهم المغصوبة شيأ هل يحل له الانتفاع به أو يلزمه التصدق ذكر الكرخي رحمه الله وجعل ذلك على أربعة أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما أن يشير اليها وينقد من غيرها واما أن يشير الى غيرها وينقد منها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها واثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد منها وذكر أبو نصر الصفار والفقيه أبو الليث رحمهما الله انه يطيب في الوجوه كلها وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح (وجه) قول أبي نصر وأبي الليث رحمهما الله تعالى ان الواجب في ذمة المشترى دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما في الذمة أما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث المشترى والكرخي كذلك يقول اذا لم تتأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه فكان المنقود بدل المشترى فكان خبيثا (وجه) قول أبي بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة

فيثبت الخبث وهذا لانه ان أشار الى الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين فى حق الاستحقاق يتعين فى حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشترى من وجه نقدمنها أو من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشترى فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى فى زماننا بقول الكرخى تيسيرا للامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتب أقرب الى التنزه والاحتياط والله تعالى أعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان المشترى كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امرأة وسعه ان يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينفسخ الشراء والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المغصوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسعه ان يطأها ولو تزوج عليه امرأة حل له وطؤها لما قلنا والله عز وجل أعلم وأما الذى يتعلق بحال نقصان المغصوب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثانى فى بيان طريق معرفة النقصان أما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض فى يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المغصوب والعارض لا يخلو اما ان يكون بغير السعر واما أن يكون فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فان كان بغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل لفتور يحدثه الله تعالى عز شأنه فى قلوب العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون من غير أموال الربا واما ان يكون من أموال الربا فان كان من غير أموال الربا يكون مضمونا اذا لم يكن للمغصوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المغصوب صورة ومعنى أو معنى لا صورة وهلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المغصوب فى يد الغاصب بآفة سماوية أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر انه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه فى يد المولى أو أقلع الحمى رد على الغاصب ما أخذه منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابق المغصوب من يد الغاصب من عبد أو أمة اذا لم يكن ابق قبل ذلك أو زنت الجارية المغصوبة أو سرقت اذا لم تكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبا موجبة للرد فى باب البيع وجعل الآبق على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع وقال محمد رحمه الله يرجع (وجه) قوله ان الجعل من ضرورات رد المغصوب لان رد المغصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه مؤنة الرد (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الجعل انما يجب بحق الملك والملك للمغصوب منه فيكون الجعل عليه كمداواة الجراحة ولو قتل العبد المغصوب أو الجارية المغصوبة فى يد الغاصب قتيلا أو جنى على حر أو عبد فى نفس أو ما دونها جناية رد الى مولاه ويقال له ادفعه بجنايته أو أفده لان الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان فى ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يخاطب المولى بالبيع أو الفداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما أداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المغصوب نفسه فى يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف انفه ولو كان المغصوب أمة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الام ولا يضمن قيمة الولد لانه أمانة وكذلك اذا كبر المغصوب فى يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا شابا فشاخ فى يد الغاصب أو جارية شابة فصارت

عجوزاً في يده ضمن النقصان لان الكبر يوجب فوات جزء أو صفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية ناهداً فانكسر ثديها في يد الغاصب لان نهود الثديين صفة مرغوب فيها ألا يرى الى قوله عز وجل وكواعب أترابا وأمانبات اللحية للامرد فليس بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال ألا ترى ان حلق اللحية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبداً قارئاً فنسي القرآن العظيم أو محترفا فنسي الحرفة يضمن لان العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه وأما حبل الجارية المغصوبة بان غصب جارية فحبلت في يده فان كان المولى أحبلها في يد الغاصب لا شيء على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كانه حصل منه أو حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر الى ما نقصها الحبل والى أرش عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا وروى عن محمد رحمه الله انه أخذ بالقياس (وجه) القياس ان الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرد بضمان على حدة (وجه) الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصانا بسبب على حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب أحدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملا فماتت في يد المولى من الولادة فبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة (وجه) قولهما ان الرد وقع صحيحا من الغاصب في القدر المردود وهو ماوراء الفائت بالحبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو ماتت بسبب آخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البائع بشيء كذا هذا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل أو الزنا لان ذلك أفضى الى الولادة والولادة أفضت الى الموت فكان الموت مضافا الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من جميع الوجوه فصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لان الواجب هناك هو التسليم ابتداء لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف الحرة اذا زنا بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير مضمونة بالاخذ ليلزمه الرد على وجه الاخذ بخلاف الامة ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب الاكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما ليس عليه الا نقصان الزنا (وجه) قولهما ان النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان النقصان حصل بسبب كان في ضمان الغاصب فيضاف الى حين وجود السبب في يد الغاصب بسبب وجد في يده وهو الضرب فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو حصل في يد المالك فابو حنيفة رضي الله عنه نظر الى وقت وجود السبب وهما نظرا الى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن اشترى عبداً فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض العقد ويرجع على البائع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقا فقطع في يده رجع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم على الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البائع بنقصان العيب فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضربا جارحا فكيف يضاف نقصان الجرح اليه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا اذا رجعوا بعد اقامة الجلدات انهم لا يضمنون بنقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب ضربا جارحا فلم يضف نقصان الجرح اليها كذا هذا قيل له ان النقصان لا يضاف الى السبب

السابق ههنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان ههنا لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان فى يد الغاصب ولا يستند اليه أثره فيصير كأنها ضربت فى يد الغاصب فانجرحت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن الغاصب كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان النقصانين جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله تعالى أعلم ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت فى يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام فى هذه المسألة فى الطرفين جميعا على نحو الكلام فى المسألة الاولى الا ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون أكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل فى الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون أكثر من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتباره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حمت الجارية المغصوبة فى يد الغاصب فردها على المولى فماتت فى يده من الحمى التى كانت فى يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى فى قولهم جميعا لان الموت يحصل بالآلام التى لا تتحملها النفس وانها تحدث شيأ فشيأ الى ان يتناهى فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان فى ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمومة أو حبلى أو بها جراحة أو مرض آخر سوى الحمى فماتت من ذلك فى يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت فى يد المولى بحبل كان فى يد الغاصب حيث جعل هنالك موتها فى يد المالك كموتها فى يد الغاصب ولم يجعل ههنا موتها فى يد الغاصب كموتها فى يد المالك (ووجه) الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان فى ضمان الغاصب وهو الحبل لانه يفضى اليه فاضيف اليه كانه حصل فى يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ههنا ان حصل بسبب كان فى يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان فى ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخولها فى ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلك فى يده تقرر الضمان لكن منقوصا عما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل فى ضمان الغصب الا كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت فى يد الغاصب ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سمينة فى يده فردها لا شئ عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان لم يكن أصلا وكذا اذا قلعت سنها فى يده فنبتت فردها لانها لما نبتت ثانيا جعل كانها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها فى يده فردها مع الارش لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم الفوات من حيث المعنى وجملة الكلام فى الجارية المغصوبة اذا نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام أو الولد جميعا قائمين فى يد الغاصب واما ان هلكا جميعا فى يده واما ان هلك أحدهما وبقى الآخر فان كانا قائمين ردهما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان فى قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة انجبر به ولا شئ على الغاصب وان لم يكن فى قيمته وفاء بالنقصان انجبر بقدره وضمن الباقى استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله ولو لم يكن فى الولد وفاء بالنقصان وقت الرد ثم حصل به وفاء بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل فى ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت فى يد الغاصب فردها الى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفى الولد وفاء لا يضمن الغاصب شيأ خلافا لزفر رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا وهى حامل فولدت فى يد المشترى ونقصتها الولادة وفى الولد وفاء فرد المشترى الجارية مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيأ خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فحال عليها الحول وقيمتها ألف درهم فولدت فنقصتها الولادة مائتى درهم وفى الولد وفاء بالنقصان انه يبقى الواجب فى جميع الالف ولا يسقط منه شئ وعند

زفر رحمه الله يبقى فيما وراء النقصان و يسقط بقدره (وجه) قول زفر رحمه الله فى مسألة الغصب انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبراله لان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت وقد حصل الفوات فلابد له من جابر والولد لا يصلح جابراله لان الفائت ملك المغصوب منه والولد ملكه أيضا ولا يعقل ان يكون ملك الانسان جابرا لملكه فلزم جبره بالضمان (ولنا) ان هذا نقصان صورة لامعنى فلا يكون مضمونا كنقصان السن والسمن والقطع وقدم والدليل على ان هذا ليس نقصانا معنى ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الفائت فالسبب الذى فوت أفاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل الفوات الا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة فى ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ماذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمتنع تحقق الفوات من حيث المعنى فلا حاجة الى الجابر وان هلكا جميعاً فى يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندنا لانه غير مغصوب وعند الشافعى رحمه الله يضمن لوجود الغصب فيه وقد مرت المسئلة فى صدر الكتاب وان كان الغاصب قتل الولد أو باعه ضمن قيمته مع قيمة أمه لان الولد ان كان أمانة فى يد الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت قيمة الام الف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوى مائتين ضمن قيمة الام يوم الغصب الف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف فى قيمة الام وان شئت ضمنته قيمة الام يوم ولدت وقيمة الولد بامه وكل ذلك سواء لان النقصان اذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان فى الحاصل الف ومائة فان اعتبرت قيمة الام تامة بقى نصف قيمة الولد وان اعتبرت قيمة الام تسعمائة بقى كل قيمة الولد وان هلك أحدهما و بقى الآخر فان هلك الولد قبل الرد رد الام وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندنا لانه هلك أمانة فان هلكت الام و بقى الولد ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الام بالولد وان كان فى قيمة الولد وفاء بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالولد لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم توجد ههنا لان الولادة سبب لحصول الولد وليست سبباً لهلاك الام لانها لا تفضى الى الهلاك غالباً فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه ان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان غير ان النقصان ان كان يسيراً لا خيار للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشاً بان قطعه قباء أو قميصا فهو بالخيار ان شاء أخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب ألا ترى انه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان استهلاكا له من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر فى الاصل وسواء سلخها الغاصب وأربها أولا بعد ان لم يكن شواها ولا طبخها و روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه ان شاء أخذ الشاة ولا شىء له غيرها وان شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب (وجه) هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح وسيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسنا فى الذبح وقد قال الله تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل فاذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شىء آخر الا انه ثبت له خيار الترك عليه و يضمنه القيمة لفوات مقصود ما فى الجملة (وجه) رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد أخر من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح تفويتاً لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصا لها واستهلاكا من وجه فيثبت له خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما فى مسألة الثوب وعلى هذا

الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم أو من ذوات الامثال ونقلها الى بلدة أخرى فالتقيا والعين
فى يد الغاصب وقيمتها فى ذلك المكان أقل من قيمتها فى مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه فى ذلك المكان
بقيمتها التى فى مكان الغصب لان قيم اعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان
وقيمتها فيه أقل من قيمتها فى مكان الغصب فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو أجبر على أخذ العين لتضرر به من جهة
الغاصب فيثبت له الخيار ان شاء طالبه بالقيمة التى فى مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف
ما اذا وجده فى البلد الذى غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له خيار لان النقصان هناك ما حصل بصنعه لانه
حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد فى ذلك بل هو محض صنع الله عز وجل أعنى مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت
قيمة العين فى المكان المنقول اليه مثل قيمتها فى مكان الغصب أو أكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلى
للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وههنا يمكن الوصول الى العين من غير ضرر
يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان
الدراهم والدنانير جعلت أثمان الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها
وقلتها عادة فلم يكن النقل نقصانا لها باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة
وله ان يطالبه بردعينها لانه هو الحكم الاصلى للغصب والمصير الى القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا
كانت العين المغصوبة قائمة فى يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم أخذ قيمتها التى كانت
وقت الغصب لانها اذا هلكت تبين ان الغصب السابق وقع اتلافا من حين وجوده والحكم يثبت من حين وجود
سببه وان كان من ذوات الامثال ينظر ان كان سعرها فى المكان الذى التقيا فيه أقل من سعرها فى مكان الغصب
فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القيمة التى للعين فى مكان الغصب وان شاء انتظر ولا يجبر على أخذ المثل فى هذا
المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشياء التى لها حمل ومؤنة يختلف
باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ فى هذا المكان يكون اضرارا به فيثبت له الخيار ان شاء
أخذ القيمة وان شاء انتظر كما لو كانت العين قائمة وقيمتها فى هذا المكان أقل وان كانت قيمتها فى هذا المكان مثل
قيمتها فى مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على أحد وان كانت قيمتها فى
مكان الخصومة أكثر من قيمتها فى مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شاء أعطى المثل فى مكان الخصومة وان
شاء أعطى القيمة فى مكان الغصب لان فى الزام تسليم المثل فى مكان الخصومة ضررا بالغاصب ولا وفى التأخير الى
العود الى مكان الغصب ضررا بالمغصوب منه فيسلم اليه فى هذا المكان القيمة التى له فى مكان الغصب الا ان
يرضى المغصوب منه بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المغصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا كالمكيلات والموزونات فانتقص فى يد الغاصب بصنعه أو بغير صنعه فليس للمغصوب منه
أن يأخذه منه ويضمنه قيمة النقصان لانه يؤدى الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعفنت فى يد
الغاصب أو ابتلت أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شاء أخذها بعينها
ولا شىء له غيرها وان شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصبت وليس له ان يأخذها ويضمنه النقصان وهذا
عندنا وعند الشافعى رحمه الله له ذلك بناء على ان الجودة بانفرادها لا قيمة لها فى أموال الربا عندنا وعنده لها قيمة
والمسألة مرت فى كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم
تكن متقومة تؤدى الى الربا ولو غصب درهما صحيحا أو دينارا صحيحا فانكسر فى يده أو كسره ان كان فى موضع
لا يتفاوت الصحيح والمكسر فى القيمة لا شىء على الغاصب وان كان فى موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان
شاء أخذه بعينه ولا شىء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له ان يأخذه بعينه ويضمنه

النقصان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله بناء على الاصل الذي ذكرنا وان كان المغصوب اناء فضة أو ذهب فانهشم في يد الغاصب أو هشمه فالمالك بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها فاما مع الاصل فمتقومة خصوصا اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه يؤدي الى الربا فلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب فلا يعدل عن الاصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر رحمه الله يبطل لانه صرف وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبة والرصاص ان كانت تباع وزنا فهي وآنية الذهب والفضة سواء لانها اذا كانت تباع وزنا لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من أموال الربا كالذهب والفضة فاذا انهشمت في يد الغاصب نفسه أو غيره فحدث فيها عيب فاحش أو يسير ان شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه بالقيمة من الدراهم والدنانير ولا يكون التقابض فيه شرطا بالاجماع وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون اذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وان كانت تباع عددا فانكسرت أو كسرت ان كان ذلك لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه فيه خيار الترك ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة وان كان أورث عيبا فاحشا فصاحبها بالخيار ان شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا في يده أو لبنا حليبا فصار مخيضا أو عنبا فصار زبيبا أو رطبا فصار تمرا ان المغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لان هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة فلا تكون متقومة وان شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم وأما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صحيحا ويقوم وبه العيب فيجب قدر ما بينهما الا انه لا يمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول وبالله التوفيق اذا حدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو اما ان كانت منفصلة عن المغصوب واما ان كانت متصلة به فان كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن والصوف أو ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر أو غير متولدة منه أصلا كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لان المتولد منها نماء ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه وأما بدل المنفعة وهو الاجرة بان آجر الغاصب المغصوب يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به خلافا للشافعي رحمه الله بناء على ان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف وانما يتقوم بالعقد وانه وجد من الغاصب وعنده هي أموال متقومة بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم وان كانت متصلة به فان كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها أخذها المالك مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب لانها نماء ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظر ان كانت الزيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان لم تكن عين مال متقوم قائم أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وان كانت عين مال متقوم ولكنه ليس بتبيع للمغصوب بل هي أصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب للضمان وبيان هذا في مسائل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه أحمر أو اصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الالوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب فلان الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه واما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل الى ابطال

ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذلا يمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة مازاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث وهو ان له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب و يقسم الثمن على قدر حقهما كما اذا انصبغ لا بفعل أحد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ ملك الغاصب والتمييز متعذر فصارا شريكين فى الثوب فيباع الثوب و يقسم الثمن بينهما على قدر حقيهما وانما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ لان الثوب أصل والصبغ تابع له فتخيير صاحب الاصل أولى من ان يخير صاحب التبع وليس للغاصب ان يحبس الثوب بالعصفر لانه صاحب تبع وان صبغه اسود اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله صاحب الثوب بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب ولا شئ للغاصب بل يضمنه النقصان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد وسائر الالوان سواء وهذا بناء على أن السواد نقصان عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كسائر الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم فى الحقيقة وجواب أبي حنيفة رحمه الله فى سواد ينقص وجوابهما فى سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصاناً فى زمنه و زمنهما كان يعد زيادة فكان اختلاف زمان والله سبحانه وتعالى أعلم وأما العصفر اذا نقص الثوب بأن كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان فى ثوب يزيده هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيده قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة الثوب أبيض ثلاثين درهما وان شاء أخذ الثوب وأخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصفر نقص من هذا الثوب عشرة دراهم الا أن يقدر خمسة فيه صبغ فانجبر نقصان الخمسة به أو صارت الخمستان قصاصاً و بقي نقصان خمسة دراهم فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو صبغ الثوب المغصوب بعصفر نفسه و باعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب و يستوثق منه بكفيل أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا ان الثوب أصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى وأما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المغصوب فى صبغ انسان فصبغ به أو هبت الريح بثوب انسان فالقته فى صبغ غيره فانصبغ به فان كان الصبغ عصفرا أو زعفرانا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد الصبغ فيه لما مر وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض لان حقه فى الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ فى الثوب وهو قيمة مازاد الصبغ فيه لان حقه فى الصبغ القائم فى الثوب لا فى الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سواداً أخذه صاحب الثوب ولا شئ عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصباً لان النقصان حصل فى ضمانه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حكمه حكم سائر الالوان على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب أو يخلط به فالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصل والسمن كالتابع له ألا ترى انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت وأما العسل اذا خلط بالسمن أو اختلط به فكلاهما أصل واذا خلط المسك بالدهن أو اختلط به فان كان يزيد الدهن و يصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط ولا تزيد قيمته كالادهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب من انسان ثوبا ومن انسان صبغاً فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه لانه أتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل فبعد ذلك حكمه

وحكم ما اذا اصبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن آخر صبغا فصبغه فيه ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل أحد سواء استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل (وجه) القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف منه فملكه بالضمان وزال عنه ملك صاحبه (وجه) الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتبار فعله في ادارة الحكم عليه فيجعل كانه حصل لا بصبغ أحد ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه به فالمغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويبرى الغاصب من الضمان في العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب عصفرا مثله ثم يصير كانه صبغ ثوبه بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه أتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب (وجه) الاستحسان ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط مال المغصوب منه بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكا له بل يكون نقصانا فاذا اختار أخذ الثوب فقد أبرأه عن النقصان ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذاه كما يأخذ الواحد ان لو كانا له فليس لهما ذلك لان المالك ههنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب انسان عصفرا وصبغ به ثوب نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لان الثوب أصل والعصفر تبع له والسواد في هذا بمنزلة العصفر في قول أبي حنيفة رضي الله عنه أيضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك سواء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما زاد التجصيص فيها الا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب جصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض. فيخير صاحب الدار لانه صاحب أصل فان شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن يأخذ جصه ولو غصب مصحفا فنقطه روى عن أبي يوسف رحمه الله أن لصاحبه أخذه ولا شئ عليه وقال محمد رحمه الله صاحبه بالخيار ان شاء أعطاه ما زاد النقط فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط (وجه) قوله ان النقط زيادة في المصحف فأشبه الصبغ في الثوب (وجه) ما روى عن أبي يوسف أن النقط أعيان لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم بقي مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد ولان النقط في المصحف مكروه ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال جردوا القرآن واذا كان التجريد مندوبا اليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف أخذه ولو غصب حيوانا فكبر في يده أو سمن أو ازدادت قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما الزيادة نماء ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما نفق لانه أنفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطلع فابره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه أو جد من الثمر شيأ أو جز الصوف أو حلب كان ضامنا لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا ففتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء للغاصب لانه ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فيه أما الفتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة (وأما) الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادة له في الحالة الاولى والصابون أو الحرض فيه يتلف ولا يبقى وأما القصارة فانها تسوية أجزاء الثوب فلم يحصل في المغصوب زيادة عين مال متقوم قائم فيه ولو غصب من مسلم خمرا فخللها فلصاحبها أن يأخذ الخل من غير شيء لان الخل ملكه لان الملك كان ثابتا له في الخمر واذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم لان الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخللت بنفسها في يده ولو كان كذلك لاخذه من غير شيء كذا

هذا وقيل موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشىء له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه ان دبغه بشىء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه و بعد ماصار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا أخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالقاء فى الطريق اباحة للاخذ كالقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشىء لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب بالغصب السابق واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل الى الثانى لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ و بعد ماصار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغه بشىء متقوم كالقرظ والعفص ونحوهما فلصاحبه أن يأخذه و يغرم له مازاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك فى يده بعد ما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر فى ظاهر الرواية أن على قولهما يضمن قيمته مدبوغا و يعطيه المالك مازاد الدباغ فيه وذكر الطحاوى رحمه الله فى مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ (وجه) قولهما انه أتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشىء لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما (وأما) الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ و بعده بقى على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ ومازاد الدباغ مضمون فيه فكذا ماهو تابع له يكون ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه بشىء لا قيمة له لان هناك مازاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له ان يضمن الغاصب شيأ لان الجلد قائم لم ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه مازاد الدباغ فيه لما ذكرنا فى الثوب المغصوب اذا صبغه أصفر أو أحمر بصبغ نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد أديما أو زقا أو دفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيأ آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكا له معنى ثم ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شىء ولو غصب عصير المسلم فصار خمرا فى يده أو خلا ضمن عصيرا مثله لانه هلك فى يده بصيرورته خمرا أو خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قال الغاصب هلك المغصوب فى يدى ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فان القاضى يحبس الغاصب مدة لو كان قائما لاظهره فى تلك المدة ثم يقضى عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم ان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فما لم يثبت العجز عن الاصل لا يقضى بالقيمة التى هى خلف ولو اختلفا فى أصل الغصب أو فى جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول فى ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعى عليه الضمان وهو ينكر فكان القول قوله

اذ القول فى الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعى المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجود الضمان منه فهو بقوله رددت عليك يدعى ا نه ساخ السبب فلا يصدق من غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب ان المغصوب منه هو الذى أحدث العيب فى المغصوب لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه فى ضمانه فهو يدعى احداث العيب من المغصوب منه ويدعى خروج بعض اجزائه عن ضمانه فلا يصدق الا ببينة ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب الدابة و نفقت عنده وأقام الغاصب البينة انه ردها اليه وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود المغصوب منه اعتمدوا فى شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الامر على ظاهر بقاء المغصوب فى يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا فى شهادتهم بالرد حقيقة الامر وهو الرد لانه أمر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما فى شهود الجرح مع شهود التزكية و روى عن أبى يوسف رحمه الله ان الغاصب ضامن والله تعالى أعلم ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام الغاصب البينة ان العبد مات فى يد مولاه قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لان موته فى يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغصوب منه ولان من الجائز ان شهود الغاصب اعتمدوا استصحاب الحال وهو حال اليد التى كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود المغصوب منه اعتمدوا فى شهادتهم تحقق الغصب فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب لا يتعلق بها حكم فالتحقت بالعدم فبقيت بينة المغصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد رحمه الله فى الاملاء اذا أقام الغاصب البينة أنه مات فى يد المغصوب منه وأقام المغصوب منه البينة أنه مات فى يد الغاصب فالبينة بينة الغاصب لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات أمر لم يكن وهو الرد و بينة المغصوب منه قامت على ابقاء ما كان على ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقام المغصوب منه البينة ان الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه لانها قامت على رد المغصوب ومن الجائز أنه ردها ثم غصبها ثانياً و ركبها فنفق فى يده فأمكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب أنه ردها اليه لما قلنا كما اذا قال رجل لآخر غصبنا منك الفا ثم قال كنا عشرة قال أبو يوسف رحمه الله لا يصدق وقال زفر رحمه الله يصدق (وجه) قوله ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ واجب وفى الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق (وجه) قول أبى يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما أمكن وههنا لا يمكن لان قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته لالغينا كلامه ولا شك ان العمل بالمجاز أولى من الالغاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما مسائل الاتلاف فالكلام فيها ان الاتلاف لا يخلو اما ان ورد على بنى آدم واما ان ورد على غيرهم من البهائم والجمادات فان ورد على بنى آدم فحكمه فى النفس وما دونها نذكره فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى وان ورد على غير بنى آدم فانه يوجب الضمان اذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان كونه سببا لوجوب الضمان وفى بيان شرط وجوب الضمان وفى بيان ماهية الضمان الواجب (أما) الاول فلا شك ان الاتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشىء اخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء واضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

ما اعتدى

ما اعتدى عليكم وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام وقد تعذر نفى الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفى الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف أولى لانه فى كونه اعتداء واضرارا فوق الغصب فلما وجب بالغصب فلان يجب بالاتلاف أولى سواء وقع اتلافا له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع أو معنى باحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتداء واضرار وسواء كان الاتلاف مباشرة بايصال الآلة بمحل التلف أو تسبيباً بالفعل فى محل يفضى الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب الضمان وبيان ذلك فى مسائل اذا قتل دابة انسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة انسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه ضمن سواء كان المتلف فى يد المالك أو فى يد الغاصب لتحقق الاتلاف فى الحالين غير ان المغصوب ان كان منقولا وهو فى يد الغاصب يخير المالك ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك المغصوب بالضمان فتبين ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على أحد وان كان عقاراً ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله الجواب فيه وفى المنقول سواء بناء على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أيهما شاء كما فى المنقول وكذلك اذا نقص مال انسان بما لا يجرى فيه الربا ضمن النقصان سواء كان فى يد المالك أو فى يد الغاصب لان النقص اتلاف جزء منه وتضمينه ممكن لانه لا يؤدى الى الربا فيضمن قدر النقصان بخلاف الاموال الربوية على مامر غير ان النقصان ان كان بفعل غير الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذى نقص وان شاء ضمن الذى نقص وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولو غصب عبداً قيمته الف درهم فازداد فى يد الغاصب حتى صارت قيمته الفين فقتله انسان خطأ فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سببا وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة الحادثة فى يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهى مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب الفاً والقاتل الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على أحد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالفين ويتصدق بالفضل على الالف وأما الرجوع عليهم بالفين فلانه ملك المغصوب بالضمان فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته وأما التصدق بالفضل على الالف فلتمكن الخبث فيه لاختلال الملك وينبغى ان يكون هذا على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اظهر فأما على أصل أبى يوسف رحمه الله فالفضل طيب له ولا يلزمه التصدق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب الف درهم وان شاء ضمن عاقلته قيمته يوم القتل الفى درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب اذا كان حيوانا سوى بنى آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب ألف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم ولو قتل العبد نفسه فى يد الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألفاً لان قتله نفسه يهدر فيلحق بالعدم كانه مات بنفسه ولو كان كذلك يضمن قيمته يوم الغصب ألف درهم كذا هذا ولو كانت الجارية ولدت ولدا فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها هدر ولا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف أنفه فهلك أمانة وبقيت الام مضمونة بالغصب ولو أودع رجلان رجلا كل واحد منهما الف درهم فخلط المستودع أحد الالفين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما الفاً وملك المخلوط فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الخلط وقع اتلافا معنى وعندهما هما بالخيار بين أن يأخذا ذلك ويقتسماه بينهما وبين أن يضمناه والمسئلة مرت فى كتاب الوديعة ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدى مثلها الى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه

لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خبث فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولو ان رجلا له كران اغتصب رجل أحدهما أو سرقه ثم ان المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الآخر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقي الكر المضمون وكر الامانة في يده على حالهما فصار كأنهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لانه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصارا شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز والله عز وجل أعلم ولو صب ماء في طعام في يد انسان فافسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاما مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء في دهن أو زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله والله تعالى أعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما وقال محمد رحمه الله يضمن وقال الشافعي رحمه الله ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لا يضمن (وجه) قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافا للطير تسبيبا لان الطيران للطير طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي رحمه الله ايضا الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافا الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان (وجه) قولهما ان الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيبا (أما) المباشرة فظاهرة الانتفاء (وأما) التسبيب فلان الطير مختار في الطيران لانه حي وكل حي له اختيار فكان الطيران مضافا الى اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع الا على نقض العادة فكان الفتح تسبيبا للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة أو فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذائبا فسال منه ضمن وان كان السمن جامدا فذاب بالشمس وزال لم يضمن لما ذكرنا ان المائع يسيل بطبعه اذا وجد منفذا بحيث يستحيل استمساكه عادة فكان حل الرباط اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المائع لا طبع الجامد وهو وان صار مائعا لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا اليه لا مباشرة ولا تسبيبا فلا يضمن والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبيا صغيرا حرا من أهله فعقره سبع أو نهشته حية أو وقع في بئر أو من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبيبا لانه كان محفوظا بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتلافا تسبيبا والحر ان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا بالاتلاف مباشرة كان أو تسبيبا ولو قتله انسان خطأ في يد الغاصب فلاوليائه أن يتبعوا أيهما شاؤا الغاصب أو القاتل (أما) القاتل فلوجود الاتلاف منه مباشرة (وأما) الغاصب فلوجود الاتلاف منه تسبيبا لما ذكرنا والتسبب ينزل منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغصب باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر أن يقوم مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده

واختار

واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن و يرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتله انسان في يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاؤا اقتلوا القاتل و برئ الغاصب وان شاؤا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته و يرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص (أما) ولاية القصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالى عن الموانع (وأما) ولاية اتباع الغاصب بالدية فلوجود الاتلاف منه تسبيبا على ما بينا فان قتلوا القاتل برئ الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكا لهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولى في ملك القصاص فسقط القصاص و ينقلب مالا والمال يحتمل التمليك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولى في ملك المال ولو قتل الصبى انسانا في يد الغاصب فرده على الولى وضمن عاقلة الصبى لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسبيبا بجناية غيره عليه لا بجنايته على غيره ولو قتل الصبى نفسه أو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فالقى نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبى يوسف وعند محمد لا يضمن وجه قول محمد أن فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كانه مات حتف انفه أو سقطت يده بآفة سماوية ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا لو جنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول أبى يوسف أن الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة أو تسبيبا وقد وجد التسبيب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسبيبا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبى بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب مدبرا فمات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب أم ولد فماتت في يده من غير آفة لم يضمن عند أبى حنيفة وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو ماتت في يده بآفة على الوجه الذى بينا أنه يضمن في الصبى الحر فان الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله لوجود الاتلاف منه تسبيبا وأم الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبى الحر ففى أم الولد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب هذا الضمان فمنها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم ولو أتلف مسلم أو ذمى على ذمى خمرا أو خنزيرا يضمن عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والدلائل مرت في مسائل الغصب ولو أتلف ذمى على ذمى خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما أما في الخنزير فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذى لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم أو دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير (وأما) في الخمر فان أسلما جميعا أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو أسلم المطلوب أولا ثم أسلم الطالب أو لم يسلم ففى قول أبى يوسف وهو روايته عن أبى حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو أسلم الطالب وعند محمد و زفر وعافية بن زيد القاضى وهو روايتهم عن أبى حنيفة لا يبرأ المطلوب و يتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها للذمى فكذا اذا أتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع ولو كسر على انسان بربطا أو طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا عند أبى حنيفة رحمه الله وذكر في المنتقى خشبا ألواحا وعندهما

لا يضمن وجه قولهما ان هذا آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولابى حنيفة رحمه الله أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو أراق لانسان مسكرا أو منصفا فهو على هذا الاختلاف والمسألة قد ذكرناها فى كتاب البيوع ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة لنقش التماثيل لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تمثالا بلا رأس ألا ترى انه ليس بمحظور فكان النقش منقوشا ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على البساط ليس بمحظور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لان الصور على البيت لا قيمة لها لانه محظور فاما الصبغ فتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محظور وهذا اذا كان الغناء زيادة فى الجارية فاما اذا كان نقصانا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا تخرج المباحات التى ليست بمملوكة لاحد لانها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذ التقوم يبنى على العزة والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء (وأما) المباح المملوك وهو مال الحربى فلا يجب الضمان باتلافه أيضا وان كان متقوما فالقد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت ومنها أن يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التى لا يملكها أحد والتخريج على شرط التقوم أصح لان كون الشئ مملوكا فى نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا أرض بين شريكين زرعها أحدهما وتراضيا على ان يعطى الذى لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو (اما) ان كان الزرع نبت (واما) ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا يدرى ما بقى تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذى لم يزرع القسمة قسم وأمر الذى زرع ان يقلع ما فى نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفريغه وتضمينه نقصان الزراعة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو أتلفت مال انسان بهيمة لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدرا ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه ومنها أن يكون فى الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحربى باتلاف مال المسلم فى دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال الباغى ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل لانه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا أن الصبى مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف فى حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع اباحة التناول وكذا كسر آلات الملاهى مباح وهى مضمونة بالاتلاف عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يلزم اذا أتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله عز شأنه أعلم وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أتلف مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن لان الاتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم كما فى الغصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا فى مسائل الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ماهية الضمان الواجب باتلاف ما سوى بنى آدم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مثليا وضمان القيمة ان كان مما لا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما فى الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب

﴿ كتاب الحجر والحبس ﴾

في هذا الكتاب فصلان فصل في الحجر وفصل في الحبس أما الحجر فالكلام فيه يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أسباب الحجر والثاني في بيان حكم الحجر والثالث في بيان ما يرفع الحجر (أما) الاول فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة ما لها رابع الجنون والصبا والرق وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى والسفه والتبذير ومطل الغني وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والاقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضا فيجري عندهم في السفيه المفسد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفي المبذر الذي يسرف في النفقة و يغبن في التجارات وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه اذا ظهر مطله عند القاضي وطلب الغرماء من القاضي ان يبيع عليه ماله و يقضي به دينه وفيمن ركبته الديون وله مال فخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضي وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا ان يلجئ أمواله فطلبوا من القاضي أن يحجره عن الاقرار الا للغرماء فيجري الحجر في هذه المواضع عندهم وعنده لا يجري وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان لا يجري الحجر الا على ثلاثة المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وليس المراد منه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما أراد به الحجر حقيقة وانما أراد به المنع الحسي أي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان المفتي الماجن يفسد أديان المسلمين والطبيب الجاهل يفسد أبدان المسلمين والمكاري المفلس يفسد أموال الناس في المفازة فكان منعهم من ذلك من باب الامر بالمعرف والنهي عن المنكر لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقض بحمد الله تعالى عز شأنه ولو حجر القاضي على السفيه ونحوه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا محل الاجتهاد لان الحجر من القاضي قضاء منه وقضاء القاضي في المجتهدات انما ينفذ و يصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس القضاء محل الاجتهاد فاما اذا كان فلا بخلاف سائر المجتهدات التي لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء وقد ذكرنا الفرق في كتاب أدب القاضي واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في السفيه انه هل يصير محجورا عليه بنفس السفه أم يقف الانحجار على حجر القاضي قال أبو يوسف لا يصير محجورا الا بحجر القاضي وقال محمد ينحجر بنفس السفه من غير الحاجة الى حجر القاضي وحجة العامة قوله تبارك وتعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل جعل الله سبحانه وتعالى لكل واحد من المذكورين وليا منهم السفيه وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ولي للسفيه لانه اذا كان له ولي دل انه مولى عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبي والمجنون وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهى عن اعطاء الاموال السفهاء وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وان كان سفيها وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته وهذا نص في الباب لان البيع عليه لا يذكر الا في غير موضع الرضا ولان التصرفات شرعت لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة و بالحجر أخرى والمصلحة ههنا في الحجر ولهذا اذا بلغ الصبي سفيها يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بلا خلاف ولهذا حجر على الصبي والمجنون لكون الحجر مصلحة في حقهما كذا ههنا ولابي حنيفة رضي الله عنه عمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل الله البيع وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الى قوله عز شأنه ولا يبخس منه شيأ أجاز الله تعالى المداينين حيث ندب الى الكتابة وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالاملاء ونهى عن البخس عاما من غير تخصيص وقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم و بيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز و بيع السفيه ماله تجارة عن تراض فيجوز وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم عاما وشهادة الانسان على نفسه اقرار وقوله تبارك وتعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها أو ردوها وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وآية الظهار وآية كفارة اليمين شرع الله تعالى هذه التصرفات عاما والحجر عن المشروع متناقض وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحرير على المظاهر والحالف الحانث وجوازه عن الكفارة عاما وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب التحرير على السفيه ولو حرر لا يجزيه عن الكفارة لانه تجب السعاية على العبد فيكون اعتاقا بعوض فلا يقع التحرير تكفيرا فكانت الآية حجة عليهما ولان بيع السفيه مال نفسه تصرف صدر من الاهل ركنه في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره من أهله وحلوله في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وانه لا ينفذ كالفضولي (وأما) الآية فقد قال بعض أهل التأويل السفيه هو الصغير وبه نقول وقيل ان الولي ههنا هو من له الحق يملي بالعدل عند حضرة من عليه الدين لئلا يزيد على ما عليه شيأ ولو زاد أنكر عليه وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم فقد قال بعض أهل التأويل المراد من السفهاء النساء والاولاد الصغار يؤيده في سياق الآية قوله فارزقوهم منه واكسوهم ورزق النساء والاولاد الصغار هو الذي يجب على الاولياء والازواج لا رزق السفيه وكسوته فان ذلك يكون من مال السفيه على ان في الآية الشريفة أن لا تؤتوهم مال أنفسكم لانه سبحانه وتعالى أضاف الاموال الى المعطى لا الى المعطى له وبه نقول (وأما) بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان برضاه اذ لا يظن به انه يكره بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويمتنع بنفسه عن قضاء الدين مع ما أنه قد روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته كما روى عن جابر رضي الله عنه انه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديونا فطلب جابر من النبي عليه الصلاة والسلام ان يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضيا وكان كما ظن والاستدلال بمنع المال اذا بلغ سفيها لا يستقيم لان المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس أعظم خطرا من المال فثبوت أدنى الولايتين لا يدل على ثبوت أعلاهما ثم نقول انما يمنع عن ماله نظرا له تقليلا للسفه لما أن السفه غالبا يجرى في الهبات والتبرعات فاذا منع منه ماله ينسد باب السفه فيقل السفه (فاما) المعاوضات فلا يغلب فيها السفه فلا حاجة الى الحجر لتقليل السفه وانه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضررا بابطال أهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا من أهل التصرف فلم يتضمن الحجر ابطال الاهلية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فاما المجنون فانه يمنع عنه ماله مادام مجنونا وكذلك الصبي الذي لا يعقل لان وضع المال في يد من لا عقل له اتلاف المال (وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله الى أن يؤنس منه رشده ولا بأس للولي أن يدفع اليه شيأ من أمواله ويأذن له بالتجارة للاختبار عندنا لقوله تعالى وابتلوا اليتامى أذن سبحانه وتعالى للاولياء في ابتلاء اليتامى والابتلاء الاختبار وذلك بالتجارة فكان الاذن بالابتلاء اذنا بالتجارة واذا اختبره فان آنس منه رشدا دفع الباقي اليه لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال واصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيأ من أمواله اليه وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسألة نذكرها في كتاب المأذون ان شاء الله تعالى وان لم يأنس منه رشدا منعه منه الى أن يبلغ فان بلغ رشيدا دفع اليه وان بلغ سفيها مفسدا مبذرا فانه يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بالاجماع فاذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع اليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع اليه مادام سفيها (وأما) الرقيق فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال وانما يظهر في التصرفات هذا حكم الحجر في مال المحجور (وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو اما ان يكون من

الاقوال واما أن يكون من الافعال (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته واقراره ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الاجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذي لا يعقل لأن الاهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل (وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والاجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه فان أجاز جاز وان رد بطل وعند الشافعي رحمه الله لا تنعقد أصلا وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل وقد مرت في موضعها (وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وأما) اقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفا على اجازة المولى ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها (وأما) التصرفات الفعلية وهي الغصوب والاتلافات فهذه العوارض وهي الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيأ فضمانه في مالهما وكذا العبد اذا أتلف مال انسان فانه يؤاخذ به لكن بعد العتاق (وأما) السفيه فعند أبي حنيفة عليه الرحمة ليس بمحجور عن التصرفات أصلا وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان الا في وجه واحد وهو ان الصبي اذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة واذا بلغ رشيدا يدفع اليه ماله (فاما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيها ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد ان دفع المال اليه عنده (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه واجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ (وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتدبيره واستيلاده وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه والزكاة في ماله وحجة الاسلام وينفق على زوجاته وأقاربه ويؤدي الزكاة من ماله ولا يمنع من حجة الاسلام ولا من العمرة ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدى على يد أمين لينفق عليه في الطريق ولا ولاية عليه لابيه وجده ووصيهما ويجوز اقراره على نفسه بالحدود والقصاص وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد الا أنه اذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة واذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما الله انه رجع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فاما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرا اجازه وما كان فيه مضرة رده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع الحجر (أما) الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شيئان أحدهما اذن الولي اياه بالتجارة والثاني بلوغه الا أن الاذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها الا بالبلوغ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يزول الحجر عن الصبي الا بالبلوغ وقد مرت المسألة ثم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيدا أو سفيها وكذا عند أبي يوسف الا أن يحجر عليه القاضي بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ينحجر الصبي عن التصرف بحجر القاضي لكن يمنع ماله الى خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعي لا يزول الا ببلوغه رشيدا ثم البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شئ من ذلك فيعتبر بالسن (أما) معرفة البلوغ بالاحتلام فلما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتلم جعل عليه الصلاة والسلام الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ يثبت بالاحتلام ولان البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال وذلك بكمال القدرة والقوة والقدرة

من حيث سلامة الاسباب والآلات هي امكان استعمال سائر الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام فان قيل الادراك امكان استعمال سائر الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الآلة المخصوصة وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال فليس بثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب لنزول الماء على الاغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالى أمر بابتغاء الولد وأخبرانه مكتوب له بقوله تبارك وتعالى وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغاء الولد انما يتوجه في وقت لو ابتغى الولد لوجد ولا يكون ذلك الا في خروج الماء للشهوة وذلك في حق الصبي بالاحتلام في المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيز الاولاد ويدخل في حيز الآباء حتى يسمى أبا فلان لا ولد فلان في المتعارف لان عنده يصير من أهل العلوق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالانزال لان ماذكرنا من المعاني يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا أن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة فعلق الحكم به وكذا الاحبال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شيء مماذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلماء في أدنى السن التي يتعلق بها البلوغ قال أبو حنيفة رضي الله عنه ثماني عشرة سنة في الغلام وسبع عشرة في الجارية وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله خمس عشرة سنة في الجارية والغلام جميعا وجه قولهم ان المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الاصل في الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشر سنة عادة فاذا لم يحتلم الى هذه المدة علم أن ذلك لآفة في خلقته والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الاحكام وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه فقد جعل عليه الصلاة والسلام خمس عشرة حدا للبلوغ ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التي ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وانما يقع اليأس بهذه المدة لان الاحتلام الى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال على هذا أصول الشرع فان حكم الحيض لما كان لازما في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق في حق العنين لا يثبت مادام طمع الوصول ثابتا بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع اليأس الآن يحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى باظهار الحجج في حق الكفار والدعاء الى الاسلام الى أن يقع اليأس عن قبولهم فلم يقع اليأس لا يباح لنا القتال فكذلك ههنا مادام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا يأس بعد مدة خمس عشرة الى هذه المدة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده (وأما) الحديث فلا حجة فيه لانه يحتمل انه أجاز ذلك لما علم عليه الصلاة والسلام انه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا له على سبيل الاعتياد للجهاد كما أمرنا باعتبار سائر القرب في أول أوقات الامكان والاحتمال لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا أشكل أمر الغلام المراهق في البلوغ فقال قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا وأنه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله كما في الاخبار عن الطهر والحيض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المجنون فلا يزول الحجر عنه الا بالافاقة فاذا أفاق رشيدا أو سفيها فحكمه في ذلك حكم الصبي وقد ذكرناه (وأما) الرقيق فالحجر يزول عنه بالاعتاق مرة وبالاذن بالتجارة أخرى الا أن الاعتاق يزيل الحجر عنه على الاطلاق والاذن بالتجارة لا يزيل الا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) السفيه فلا حجر عليه عن التصرف أصلا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يتصور الزوال (وأما) على مذهبهم فزواله عند أبي يوسف بضده وهو الاطلاق من القاضي فكما لا ينحجر الا بحجره

لا ينطلق الا باطلاقه وعند محمد والشافعي رحمهما الله زوال الحجر على السفيه بظهور رشده لان الحجارة كان بسفهه فانطلاقه يكون بضده وهو رشده والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الفصل الثاني وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون بما عليه من الدين وحبس العين بالدين أما الاول فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب الحبس وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ما يمنع عنه المحبوس وما لا يمنع أما سبب وجوب الحبس فهو الدين قل أو كثر وأما شرائط الوجوب فأنواع بعضها يرجع الى الدين و بعضها يرجع الى المديون و بعضها يرجع الى صاحب الدين (أما) الذي يرجع الى الدين فهو أن يكون حالا فلا يحبس في الدين المؤجل لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين هو الذي أخر حق نفسه بالتأجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل ولا يمكن منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضي في سفره الى ان يوفيه دينه (وأما) الذي يرجع الى المديون فنها القدرة على قضاء الدين حتى لو كان معسرا لا يحبس لقوله سبحانه وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم بايصال حقه اليه ولو ظلم فيه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً لان الحبس شرع للتوسل الى قضاء الدين لا لعينه ومنها المطل وهو تأخير قضاء الدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم فيحبس دفعاً للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس وقوله عليه الصلاة والسلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة وما لم يظهر منه المطل لا يحبس لانعدام المطل واللى منه ومنها ان يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان علوا بدين المولودين وان سفلوا لقوله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وقوله تعالى و بالوالدين احسانا وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين الا أنه اذا امتنع الوالد من الانفاق على ولده الذي عليه نفقته فان القاضي يحبسه لكن تعزيراً لا حبساً بالدين (وأما) الولد فيحبس بدين الوالد لان المانع من الحبس حق الوالدين وكذا سائر الاقارب يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان و يستوي في الحبس الرجل والمرأة لان الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانوثة و يحبس ولي الصغير اذا كان ممن يجوز له قضاء دينه لانه اذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتأخير ظالما فيحبس ليقضي الدين فيندفع الظلم (وأما) الذي يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي فما لم يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه و وسيلة حق الانسان حقه وحق المرء انما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه فان ثبت عند القاضي السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضي حاله في يساره واعساره ولم يقم عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فانه يحبسه ليتعرف عن حاله انه فقير أم غني فان علم انه غني حبسه الى أن يقضي الدين لانه ظهر ظلمه بالتأخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس فيطلقه ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم الا اذا قضى القاضي بالانظار لاحتمال ان يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا اذ المال غاد و رائح وعند زفر رحمه الله لا يلازمونه لقوله تبارك وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفاء فثبت من غير قضاء القاضي (ولنا) ان النظرة هي التأخير فلا بد وان يؤخر وهو ان يؤخره القاضي أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر فاذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص واذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله في اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبراء حاله وابلاء عذره والثلاثة الاشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وابلاء العذر فيطلقه لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيلازمونه لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر على ما ذكرنا ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال الطالب هو موسر وقال المطلوب انا معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الطالب لانها تثبت

زيادة وهى اليسار وان لم يقم لهما بينة فقد ذكر محمد فى الكفالة والنكاح والزيادات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاقدة كالبيع والنكاح والكفالة والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع أو ثبت تبعا فيما هو معاقدة كالنفقة فى باب النكاح فالقول قول الطالب وكذا فى الغصب والزكاة وان ثبت الدين بغير ذلك كاحراق الثوب أو القتل الذى لا يوجب القصاص و يوجب المال فى مال الجانى وفى الخطا فالقول قول المطلوب وذكر الخصاف رحمه الله فى آداب القاضى انه ان وجب الدين عوضا عن مال سالم للمشترى نحو ثمن المبيع الذى سلم له البيع والقرض والغصب والسلم الذى أخذ المسلم اليه رأس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض أصلا كاحراق الثوب أوله عوض ليس بمال كالمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يحبس لان الفقر أصل فى بنى آدم والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم القول قول الطالب على كل حال لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم يحكم زيه اذا كان زيه زى الاغنياء فالقول قول الطالب وان كان زيه زى الفقراء فالقول قول المطلوب وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه يحكم زيه فيؤخذ بحكمه فى الفقر والغنا الا اذا كان المطلوب من الفقهاء أو العلوية أو الاشراف لان من عاداتهم التكلف فى اللباس والتجمل بدون الغنا فيكون القول قول المديون انه معسر (وجه) ماذكره الخصاف رحمه الله ان القول فى الشرع قول من يشهد له الظاهر واذا وجب الدين بدلا عن مال سلم له كان الظاهر شاهدا للطالب لانه ثبتت قدرة المطلوب بسلامة المال وكذا فى الزكاة انها لا تجب الا على الغنى فكان الظاهر شاهدا للطالب (وجه) قول محمد رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب فيما ذكرنا أيضا من طريق الدلالة وهو اقدامه على المعاقدة فان الاقدام على التزوج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان لا يتزوج حتى يكون له شئ ولا يتزوج أيضا حتى يكون له قدرة على المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المرأة لا تخالع عادة حتى يكون عندها شئ وكذا الصلح لا يقدم الانسان عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهدا للطالب فى هذه المواضع فكان القول قوله والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه ومالا يمنع فالمحبوس ممنوع عن الخروج الى أشغاله ومهماته والى الجمع والجماعات والاعياد وتشييع الجنائز وعيادة المرضى والزيارة والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضاء الدين فاذا منع عن اشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع الى قضاء الدين ولا يمنع من دخول أقاربه عليه لان ذلك لا يخل بما وضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة والاقرار لغيرهم من الغرماء حتى لو فعل شيأ من ذلك تقذ ولم يكن للغرماء ولاية الابطال لان الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات ولو طلب الغرماء الذين حبس لاجلهم من القاضى ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة وغيرها لم يجبهم الى ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ان يجيبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضى بيع ماله عليه مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يجيبهم اليه عندهما وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يجيبهم الى ذلك وهى مسألة الحجر لكن اذا كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضى يقضى بها دينه لانها من جنس حقه وان كان دينه دراهم وعنده دنانير باعها القاضى بالدراهم وقضى بها دينه وكذا اذا كان دينه دنانير وعنده دراهم باعها القاضى بالدنانير وقضى بها دينه فرق بين الدنانير والدراهم و بين سائر الاموال انه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين ولا يبيع سائر الاموال (ووجه) الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه بدليل انه يكمل نصاب أحدهما بالآخر فى باب الزكاة والمؤدى عن أحدهما كان مؤدى عن الآخر عند الهلاك فكان بينهما مجانسة من وجه فصار كل واحد منهما كعين الآخر حكما وليس بين العروض و بين الدراهم والدنانير مجانسة بوجه فلا يملك التصرف على المحبوس ببيعهما بها ولان العروض اذا بيعت لقضاء الدين فانها لا تشترى مثل ما تشترى فى سائر الاوقات بل دون

ذلك

ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر فى الدراهم والدنانير لانها لا تتفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت ان القاضى يبيع جميع ماله لقضاء دينه لان بيع القاضى ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت ولانه رضى بذلك فى آخر جزء من أجزاء حياته هذا هو الظاهر لان قضاء الديون من حوائجه الاصلية فكان راضيا بقضاء الدين من أى مال كان تخليصاً لنفسه عن عهدة الدين عند ما سده عن حياته والله سبحانه وتعالى أعلم ويتفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شئ من التصرفات الشرعية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين فى الاصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو أمانة والمضمون على نوعين أيضاً مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالمبيع فى يد البائع حتى لو هلك سقط الثمن لانه لو بقى لطالبه البائع به فيطالبه المشترى بتسليم المبيع لان البيع تمليك بازاء تمليك وتسليم بازاء تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا يملك مطالبته فلا يملك البائع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفائدة فى البقاء ولان المبيع فى يد البائع لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى الا ان ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة ههنا وانعدام التسمية هنالك أصلا وأما الوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من مال نفسه فحبس السلعة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك فان كان قبل الطلب يهلك أمانة عند أصحابنا رحمهم الله الثلاثة وعند زفر رحمه الله يهلك مضمونا ولو كان بعد الطلب يهلك مضمونا لكن ضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ضمان الرهن وعند زفر رحمه الله ضمان الغصب وقد ذكرنا المسألة فى كتاب الوكالة وأما المضمون بالقيمة فكالمبيع بيعا فاسداً اذا لم يكن من ذوات الامثال اذا فسخ البائع البيع والمبيع فى يد المشترى فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك فى يده يهلك بقيمته ويتقاصان ويترادان الفضل وكذا المرهون مضمون عندنا لكن بالاقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعى رحمه الله ليس بمضمون أصلا وهى مسألة كتاب الرهن وأما المحبوس الذى هو أمانة فنحو نماء الرهن فانه محبوس بالدين لكنه أمانة فى يد المرتهن حتى لو هلك لا يسقط شئ من الدين وكذا المستأجر دابة اجارة فاسدة اذا كان عجل الاجرة فحبسها لاستيفاء الاجرة المعجلة حتى هلكت فى يده تهلك أمانة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاكراه ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الاكراه لغة وشرعا وفى بيان أنواع الاكراه وفى بيان شرائط الاكراه وفى بيان حكم ما يقع عليه الاكراه اذا أتى به المكره وفى بيان ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه (أما) الاول فالاكراه فى اللغة عبارة عن اثبات الكره والكره معنى قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم ولهذا قال أهل السنة ان الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصى أى لا يحبها ولا يرضى بها وان كانت الطاعات والمعاصى بارادة الله عز وجل وفى الشرع عبارة عن الدعاء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها التى نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أنواع الاكراه فنقول انه نوعان نوع يوجب الالجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى اكراهاً تاما ونوع لا يوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشياء أعنى الحبس والقيد والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكره ونوع يرجع الى المكره (أما) الذى يرجع الى المكره فهو ان يكون قادرا على تحقيق ما أوعد لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انه يتحقق من السلطان وغيره (وجه) قولهما ان الاكراه ليس الا ايعاد بالحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد لان المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه فاذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثا وقيل انه لا خلاف بينهم فى المعنى انما هو خلاف زمان ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال فى زمانهما فغير الفتوى على حسب الحال والله سبحانه وتعالى أعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقق الاكراه حتى يتحقق من الصبى العاقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتميز المطلق ليس بشرط فيتحقق الاكراه من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا (وأما) النوع الذى يرجع الى المكره فهو ان يقع فى غالب رأيه وأكثر ظنه انه لو لم يجب الى مادعى اليه تحقق ما أوعد به لان غالب الرأى حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى التعين حتى انه لو كان فى أكثر رأى المكره ان المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الايعاد لان الضرورة لم تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن فى أكثر رأى المكره انه لو لم يفعل تحقق ما أوعد يثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة ولهذا انه لو كان فى أكثر رأيه انه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه الجوع المهلك لا يزيل عنه الاكراه لا يباح له ان يعجل بتناولها وان كان فى أكثر رأيه انه وان صبر الى تلك الحالة لما ازيل عنه الاكراه يباح ان يتناولها للحال دل ان العبرة لغالب الرأى وأكثر الظن دون صورة الايعاد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الاكراه فى الاصل نوعان حسى وشرعى وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه أما الحسى المعين فى كونه مكرها عليه فالاكل والشرب والشتم والكفر والاتلاف والقطع عينا وأما الشرعى فالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء والبيع والشراء والهبة والاجارة والابراء عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة وترك طلبها ونحوها والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق اما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة الثانى يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فنقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التى يقع عليها الاكراه فى حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع نوع هو مباح ونوع هو مرخص ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مرخص (أما) النوع الذى هو مباح فاكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان بوعيد تلف لان هذه الاشياء مما تباح عند الاضطرار قال الله تبارك وتعالى الا ما اضطررتم اليه أى دعتكم شدة المجاعة الى أكلها والاستثناء من التحريم إباحة وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له التناول بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يؤاخذ به كما فى حالة المخمصة لانه بالامتناع عنه صار ملقيا نفسه فى التهلكة والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا يرخص أيضا لأنه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قائمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا والا لاجيعنك لا يحل له ان يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لان الضرورة لا تتحقق الا فى تلك الحالة والله تعالى أعلم (وأما) النوع الذى هو مرخص فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاما وهو محرم فى نفسه مع ثبوت الرخصة فاثر الرخصة فى تغير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا فى تغير وصفه وهو الحرمة لان كلمة الكفر مما لا يحتمل الاباحة بحال فكانت الحرمة

قائمة الا انه سقطت المؤاخذة لعذر الاكراه قال الله تبارك وتعالى من كفر بالله من بعد إيمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان على التقديم والتأخير فى الكلام والله سبحانه وتعالى أعلم والامتناع عنه أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجورا لانه جاد بنفسه فى سبيل الله تعالى فيرجو ان يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال عليه الصلاة والسلام من قتل مجبرا فى نفسه فهو فى ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم النبى عليه الصلاة والسلام مع اطمئنان القلب بالايمان والاصل فيه ماروى أن عمار بن ياسر رضى الله عنهما لما أكرهه الكفار ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ماوراءك ياعمار فقال شر يارسول الله ماتركونى حتى نلت منك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص عليه الصلاة والسلام فى اتيان الكلمة بشريطة اطمئنان القلب بالايمان حيث أمره عليه الصلاة والسلام بالعود الى ماوجد منه لكن الامتناع عنه أفضل لما مر ومن هذا النوع شتم المسلم لان عرض المسلم حرام التعرض فى كل حال قال النبى عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الاكراه وأثر الرخصة فى سقوط المؤاخذة دون الحرمة والامتناع عنه حفظاً لحرمة المسلم وايثاراً له على نفسه أفضل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف لعذر الاكراه حال المخمصة على ماذكر ولو امتنع حتى قتل لا يأثم بل يثاب لان الحرمة قائمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مأزورا وكذلك اتلاف مال نفسه مرخص بالاكراه لكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا يأثم بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالاكراه ألا ترى انه أبيح له الدفع قال النبى عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا من أصابته المخمصة فسأل صاحبه الطعام فمنعه فامتنع من التناول حتى مات انه لا يأثم لما ذكرنا انه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الاكراه تاما فان كان ناقصا من الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له أصلا ويحكم بكفره وان قال كان قلبى مطمئنا بالايمان فلا يصدق فى الحكم على ماذكر ويأثم بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وكذا اذا كان الاكراه تاما ولكن فى أكبر رأى المكره ان المكره لا يحقق ما أوعده لا يرخص له الفعل أصلا ولو فعل يأثم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الاكراه شرعا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الذى لا يباح ولا يرخص بالاكراه أصلا فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الاكراه ناقصا أو تاما لان قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الاباحة بحال قال الله تبارك وتعالى ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال الله سبحانه وتعالى والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإثما مبيناً وكذلك ضرب الوالدين قل أو كثر قال الله تعالى ولا تقل لهما اف والنهى عن التأفيف نهى عن الضرب دلالة بالطريق الاولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم يأثم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فيرجى ان لا يؤاخذ به وكذا الحبس والقيد لان ضرره دون ضرر المكره بكثير فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لاحياء أخيه ولو أذن له المكره عليه أو قطعه أو ضربه فقال للمكره افعل لا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح بالاباحة ولو فعل فهو آثم ألا ترى انه لو فعل بنفسه أثم فبغيره أولى وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وان كان تاما ولو فعل يأثم لان حرمة الزنا ثابتة فى العقول قال الله سبحانه وتعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا فدل انه كان فاحشة فى العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضا حرة كانت أو أمة أذن لها مولاها لان الفرج لا يباح بالاباحة وأما المرأة فيرخص لها لان الذى يتصور منها ليس الا التمكين وهى مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندى فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى

سماها زانية الا ان زنا الرجل بالايلاج و زناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة فينبغى ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحكم الذى يرجع الى الدنيا فى الانواع الثلاثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع زاجرا عن الجناية فى المستقبل والشرب خرج من ان يكون جناية بالاكراه وصار مباحا بل واجبا عليه على مامر واذا كان ناقصا يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الاكراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثانى فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان بخلاف المكره على الايمان أنه يحكم بايمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الايمان فى الحقيقة تصديق والكفر فى الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والاكراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مؤمنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا أن عبارة اللسان جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهرا حالة الطوع وقد بطلت هذه الدلالة بالاكراه فبقى الايمان منه والكفر محتملا فكان ينبغى أن لا يحكم بالاسلام حالة الاكراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا انه حكم بذلك لوجهين أحدهما انا انما قبلنا ظاهر ايمانه مع الاكراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيؤل أمره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعا ولا غالبا وهذا جائز ألا ترى ان الله تبارك وتعالى أمرنا فى النساء المهاجرات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب لقوله عز شأنه فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار كذا ههنا وهذا المعنى لا يتحقق فى الاكراه على الكفر والثانى أن اعتبار الدليل المحتمل فى باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق وان اعتبار الغالب يرجع الى ضده واعلاء الدين الحق واجب قال النبى عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء الدين الحق وذلك فى الحكم بايمان المكره على الايمان والحكم بعدم كفر المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اكره على الاسلام فأسلم ثم رجع يجبر على الاسلام ولا يقتل بل يحبس ولكن لا يقتل والقياس أن يقتل لوجود الردة منه وهى الرجوع عن الاسلام (وجه) الاستحسان انا انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهرا طمعا للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فينجع التصديق فى قلبه على مامر فاذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعا عن الاسلام بل اظهار الما كان فى قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا أسلم وله أولاد صغار حتى حكم باسلامهم تبعا لابيهم فبلغوا كفارا يجبرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اكره على أن يقر أنه أسلم أمس فاقر لا يحكم باسلامه لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا لم يحكم بكفره باجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امرأته والقياس أن تثبت البينونة لوجود سبب الفرقة وهو الكلمة أو هى من أسباب الفرقة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكره فكذا حكم هذه (وجه) الاستحسان ان سبب الفرقة الردة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع ولم يبق دليلا حالة الاكراه فلم تثبت الردة فلا تثبت البينونة ولو قال المكره خطر ببالى فى قولى كفرت بالله ان أخبر عن الماضى كاذبا ولم أكن فعلت لا يصدق فى الحكم ويحكم بكفره لانه دعى الى انشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طائع فيه ولو قال طائعا كفرت بالله ثم قال عنيت به الاخبار عن الماضى كاذبا ولم أكن فعلت لا يصدق فى القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو اكره على الاخبار فيما مضى ثم قال ما أردت به الخبر عن الماضى فهو كافر فى القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى لانه لم يجبه الى مادعاه اليه بل أخبر انه انشأ الكفر طوعا ولو قال لم

يخطر

يخطر بباله شيء آخر لا يحكم بكفره لانه اذا لم يرد شيأ يحمل على الاجابة الى ظاهر الكلمة مع اطمئنان القلب بالايمان فلا يحكم بكفره وكذلك لو أكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة فينبغي أن ينوي بالصلاة أن تكون لله عز وجل فاذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء ويحكم بكفره لانه أتى بغير ما دعي اليه فكان طائعا والطائع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله عز شأنه لانه نوى ما يحتمله فعله ولو صلى للصليب ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى للصليب طائعا مع امكان الصلاة لله تعالى وان كان مستقبل الصليب فان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمئن بالايمان لا يحكم بكفره ويحمل على الاجابة الى ظاهر ما دعي اليه مع سكون قلبه بالايمان وكذلك لو أكره على سب النبي عليه الصلاة والسلام فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد فسبه وأقر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه اذا خطر بباله رجل آخر فهذا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا آخر فسب النبي عليه الصلاة والسلام فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله جل شأنه ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الاكراه على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الكفر تاما فاما اذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بمكره في الحقيقة لانه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمئنا بالايمان لا يصدق في الحكم لانه خلاف الظاهر كالطائع اذا أجرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمئنا بالايمان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى (وأما) المكره على اتلاف مال الغير اذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره اذا كان الاكراه تاما لان المتلف هو المكره من حيث المعنى وانما المكره بمنزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار ايثارا وارتضاء وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضرب به على المال فامكن جعله آلة المكره فكان التلف حاصلا باكراهه فكان الضمان عليه وان كان الاكراه ناقصا فالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لانه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الاتلاف من المكره فكان الضمان عليه وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه لان هذا النوع من الفعل وهو الاكل مما لا يعمل عليه الاكراه لانه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائعا فيه فكان الضمان عليه ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه فأكل أو على أن يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تخرق لا يجب الضمان على المكره لان الاكراه على أكل مال غيره لما لم يوجب الضمان على المكره فعلى مال نفسه أولى مع ما أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال نفسه الى مصلحة بقائه ومن صرف مال نفسه الى مصلحته لا ضمان له على أحد ولو أذن صاحب المال المكره باتلاف ماله من غير اكراه فاتلفه لا ضمان على أحد لان الاذن بالاتلاف يعمل في الاموال لان الاموال مما تباح بالاباحة واتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثالث فأما المكره على القتل فان كان الاكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر ويجب على المكره وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضي الى زهوق الحياة عادة وقد وجد في كل واحد منهما الا انه حصل من المكره مباشرة ومن المكره تسبيبا فيجب القصاص عليهما جميعا (وجه) قول زفر رحمه الله ان القتل وجد من المكره حقيقة حسا ومشاهدة وانكار المحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكره اذ الاصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها الا بدليل (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان المكره ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقتل وانما القاتل هو المكره حقيقة ثم لما لم يجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكره أولى

(وجه) قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وعفوا الشئ عفوعن موجبه فكان موجب المستكره عليه معفوا بظاهر الحديث ولان القاتل هو المكره من حيث المعنى وانما الموجود من المكره صورة القتل فاشبه الآلة اذا القتل مما يمكن اكتسابه بآلة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل ألا ترى انه اذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة أمر لا بد منه فى باب القصاص قال الله تعالى ولكم فى القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص فى حق المكره واستيفائه منه على مامر فى مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره وان كان الاكراه ناقصا وجب القصاص على المكره بلا خلاف لان الاكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكره صبيا أو معتوها يعقل ما أمر به فالقصاص على المكره عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما ذكرنا ولو كان الصبى المكره يعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلته الدية لان عمد الصبى خطأ ولو قال المكره على قتله للمكره اقتلنى من غير اكراه فقتله لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص وكذا لا قصاص على المكره عندنا وفى وجوب الدية روايتان وموضع المسئلة كتاب الديات ومن الاحكام التى تتعلق بالاكراه على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقته بل هو فى معنى الآلة فكان القتل مضافا الى المكره ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعى رحمهما الله يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص (وأما) المكره فيحرم الميراث عند أبى حنيفة ومحمد والشافعى رضى الله عنهم لوجوب القصاص عليه وعند أبى يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره بالغا فان كان صبيا وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل جازما أن يكون حراما وفعل الصبى لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره أولى وكذلك المكره على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى القتل غير أن صاحب اليد اذا كان اذن للمكره بقطع يده من غير اكراه فقطع لا ضمان على أحد وفى باب القتل اذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية فى وجوب الدية على المكره والله سبحانه وتعالى أعلم والفرق ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مبيح فالاذن باتلاف ماله حكم المال فى الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطعن يدك والا لاقتلنك كان فى سعة من ذلك ولا يسعه ذلك فى النفس والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا اذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة والاكراه لا يؤثر فيه فكان طائعا فى الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يجىء من السلطان لا يجب والفرق لابى حنيفة ماذكرنا من قبل ان المكره يلحقه الغوث اذا كان الاكراه من غير السلطان ولا يجد غوثا اذا كان الاكراه منه (وأما) قوله ان الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم لكن ليس كل من تنتشر آلته يفعل فكان فعله بناء على اكراهه فيعمل فيه لضرورته مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا فى دار الاسلام لا يخلو عن احدى الغرامتين وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة غيره والاصل ان كل ما لا يتصور تحصيله بآلة الغير فضمانه على المكره وما يتصور تحصيله

بآلة

بالة الغير فضمانه على المكره كذلك المرأة اذا أكرهت على الزنا لاحد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكين خوفا من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما فى جانب الرجل بل أولى لان الموجود منها ليس الا التمكين ثم الاكراه لما أثر فى جانب الرجل فلان يؤثر فى جانبها أولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاما فاما اذا كان ناقصا بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد لما مر ان الاكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعا الى فعل ما أكره فبقى مختارا مطلقا فيؤاخذ بحكم فعله (وأما) فى حق المرأة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدرأ الحد عنها فى نوعى الاكراه لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرأ عنها الحد هذا الذى ذكرنا اذا كان المكره عليه معينا فاما اذا كان مخيرا فيه بان أكره على أحد فعلين من الانواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق أما الحكم الذى يرجع الى الآخرة وهو ما ذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمة المطلقة فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص انه يبطل حكم الرخصة أعنى به ان كل ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير وكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين لا يباح ولا يرخص حالة التخيير وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيير الا اذا كان التخيير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا أكره على أكل ميتة أو قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا أكره على أكل ميتة أو أكل مال لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشتم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح له شىء من ذلك ولا يرخص كما فى حالة التعيين ولو امتنع من الاكل حتى قتل يأثم كما فى حالة التعيين ولو أكره على القتل والزنا لا يرخص له ان يفعل أحدهما ولو امتنع عنهما لا يأثم اذا قتل بل يثاب كما فى حالة التعيين ولو أكره على القتل أو الاتلاف لمال انسان رخص له الاتلاف ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأثم بل يثاب كما فى حالة التعيين وكذا اذا أكره على قتل انسان وإتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما فى حالة التعيين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأثم وكذا لو أكره على القتل أو الكفر يرخص له ان يجرى كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور كما فى حالة التعيين فاما اذا أكره على أكل ميتة أو الكفر لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب وينبغى ان لا يرخص له كلمة الكفر أصلا كما لا يرخص له القتل لان الرخصة فى اجراء الكلمة لمكان الضرورة ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجراء الكلمة حاصلا باختياره مطلقا فلا يرخص له والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الحكم الذى يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه لو أكره على أكل الميتة أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يجب القصاص على المكره لانه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلا باختياره من غير ضرورة فيؤاخذ بالقصاص ولو أكره على القتل أو الكفر فلم يأت بالكلمة وقتل فالقياس ان يجب القصاص على المكره لانه مختار فى القتل حيث آثر الحرام المطلق على المرخص فيه وفى الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الدية فى ماله ان لم يكن عالما ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدل بهذه اللفظة على انه لو كان عالما ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص على المكره لانه أخرجها مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم أو لم يعلم وجه الاستحسان ما ذكر فى الكتاب ان أمر هذا الرجل محمول على انه ظن ان اجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل فاورث شبهة الرخصة فى القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالما يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حرف الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دارئة للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وانما وجبت الدية فى ماله لا على العاقلة لانه عمد (وقال) عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا يرجع على المكره لان القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو أكره على القتل أو الزنا فزنا القياس ان يجب عليه الحد وفى الاستحسان يدرأ عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على المكره ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير ويقتص من المكره كما فى حالة التعيين على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا كله اذا كان الاكراه على الافعال

الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية فنقول و بالله التوفيق التصرفات الشرعية فى الاصل نوعان انشاء واقرار والانشاء نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله أما الذى لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الاكراه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبى والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (ولنا) ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضى شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد (أما) الطلاق فلقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمعتوه ولان الفائت بالاكراه ليس الا الرضا طبعاً وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعا وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفائقة حسناً وجمالا الرائقة تغنجاً ودلالا لخلل فى دينها وان كان لا يرضى به طبعاً و يقع الطلاق عليها وأما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان القوم كانوا حديثى العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهراً يومئذ وكان يجرى على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهواً فعفا الله جل جلاله عن ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما انا نقول بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة لكنا لا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولى مستكره عليه وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً فكان كل متكلم مختارا فيما يتكلم به فلا يكون مستكرها عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث وقوله القصد الى ما وضع له التصرف بشرط اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطاً فهو موجود ههنا لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصدا اليه ضرورة ثم لا يخلو اما ان أكره على تنجيز الطلاق أو على تعليقه بشرط أو على تحصيل الشرط الذى علق به وقوع الطلاق وحكم الجواز لا يختلف فى نوعى التنجيز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة و يختلف أخرى وسنذكر تفصيل هذه الجملة فى فصل الاكراه على الاعتاق وانما نذكر ههنا حكم جواز التطليق المنجز فنقول اذا جاز طلاق المكره فان كان قبل الدخول بها يجب عليه نصف المفروض ان كان المهر مفروضاً والمتعة اذا لم يكن مفروضاً لان هذا حكم الطلاق قبل الدخول و يرجع به على المكره لانه هو الذى دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه واذا كان بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره لان المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع على وجه لا يحتمل السقوط وهو الذى استوفى المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا كان الاكراه ناقصا لا سبيل على المكره لانه لا يخل باختيار المكره أصلا على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله الوكيل فحكمه يذكر فى فصل الاكراه على الاعتاق ان شاء الله تعالى وأما العتاق فلما روى ان رجلا جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وقال علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال عليه الصلاة والسلام لا عتق النسمة ان تفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى عتقها وغيره من الاحاديث التى فيها الندب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطائع ولان الاعتاق تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق ثم لا يخلو اما ان كان على تنجيز العتق أو على تعليقه بشرط أو على شرط العتق المعلق به أما اذا كان الاكراه على تنجيز العتق فاعتق يضمن المكره قيمة العبد موسرا كان أو معسرا ولا يرجع المكره على العبد بالضمان ولا سعاية على العبد والولاء لمولاه أما وجوب الضمان على المكره فلأن العبد آدمى هو مال والاعتاق اتلاف المالية والاموال مضمونة على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما فى سائر الاموال و يستوى فيه يساره واعساره

لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره فلا معنى للرجوع الى غيره والولاء للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف الى المكره لاستحالة ورود الاكراه على الاقوال فكان الولاء له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما لتخريجه الى العتق تكميلا له واما لتعليق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكميل وكذا لاحق لاحد تعلق به فلا سعاية عليه ولو أكره على شراء ذى رحم محرم منه عتق عليه لان شراء القريب اعتاق بالنص والاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن لا يرجع المكره ههنا بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فأكره أحدهما على اعتاقه فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يعتق كله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ ولا يضمن الشريك المكره للشريك الآخر نصيبه ولكن يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المال مضاف الى المكره فكان المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سواء كان موسرا أو معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه أحد الشريكين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وههنا يضمن موسرا كان أو معسرا لان الضمان الواجب على المكره ضمان اتلاف على مامر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فالواجب على أحد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه فى نصيب شريكه أما على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وأما على أصلهما فان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف فى ملك نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كمن حفر بئرا فى دار نفسه فوقع فيها غيره أو سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان على أحد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المكره أو موسرا وان شاء ضمن المكره ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار طريق الضمان وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان كان المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمنه لا غير وان كان معسرا فله ان يستسعى العبد لا غير كما فى حالة الاختيار وموضع المسئلة فى كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله تعالى الموفق (وأما) التدبير فلان التدبير تحرير قال النبى عليه الصلاة والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال تحرير من وجه والاكراه لا يمنع نفاذ التحرير من كل وجه فلا يمنع نفاذ التحرير من وجه بالطريق الاولى ويرجع المكره على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعد موته يرجع ورثته على المكره ببقية قيمته لان التدبير للحال اثبات الحرية من وجه وانما تثبت الحرية من كل وجه فى آخر جزء من أجزاء حياته فكان الاكراه على التدبير اتلافا للمال المكره للحال من وجه فيضمن بقدره من النقصان ثم يتكامل الاتلاف فى آخر جزء من أجزاء حياته فيتكامل الضمان عند ذلك وذلك بقية قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى الموفق هذا اذا أكره على تنجيز العتق فاما اذا أكره على تعليق العتق بشرط أما حكم الجواز فلا يختلف فى النوعين لما ذكرنا وأما حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا أكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان فعلا لا بد منه بان كان مفروضا عليه أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان على المكره لان الاكراه على تعليق العتق بفعل لا بد له منه اكراه على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان فعلا له منه بد كتقاضى دين الغريم أو تناول شىء له منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه بتركه كثير ضرر فاشبه الاكراه الناقص فلا يكون الاكراه على تعليق

العتق به اكراهاً عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك أملكه فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك بشراء او هبة أو صدقة او وصية لا ضمان على المكره لانه انما ملكه باختياره فيقطع اضافة اكراه الاتلاف الى المكره وان ملك بارث فكذلك فى القياس وفى الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره فى الارث فبقى الاتلاف مضافا الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبده ان شئت فانت حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكره لان مشيئة المكره العتق توجد غالبا فأشبه التعليق بفعل لا بد منه فكان الاكراه على الاعتاق اكراها عليه هذا اذا اكره على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذى علق به العتق عن طوع بأن قال رجل لعبد ان ملكتك فانت حر فاكره على الشراء فاشتراه حتى عتق لا يرجع على المكره بشىء لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء وانما ثبت بالكلام السابق وهو طائع فيه وكذا اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره فى جميع ما وصفنا اذا كان الاكراه تاما فاما اذا كان ناقصاً فلا ضمان لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع الاضافة عن المكره بوجه فلا يوجب الضمان على المكره والله تعالى أعلم هذا الذى ذكرنا اذا أكره على الاعتاق المطلق عيناً فاما اذا أكره على أحدهما غير عين بان أكره على ان يعتق عبده أو يطلق امرأته فان لم تكن المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما غرم المكره الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما اذا فعل أقلهما ضمانا فظاهر لانه ما أتلف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل أكثرهما ضمانا لانه أمكنه دفع الضرورة باقل الفعلين ضمانا فاذا فعل أكثرهما ضمانا كان مختاراً فى الزيادة لانعدام الاضطرار فى هذا القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكره وان كانت المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما لا شىء على المكره أما اذا طلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا أعتق لانه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلا وهو الطلاق فكان مختاراً فى الاعتاق فلا يكون الاتلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك اذا كانت المرأة غير مدخول بها ولكن الاكراه ناقص ففعل المكره أحدهما لا ضمان على المكره لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة لا تتحقق به فكان مختاراً مطلقا فيه فلا يؤاخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتاق فاما اذا أكره على التوكيل بالاعتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل فالقياس ان لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل الفسخ فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكراه كما لا يصح البيع وفى الاستحسان يجوز لان الاكراه لا يمنع صحة الاعتاق فلا يمنع صحة التوكيل بالاعتاق بخلاف البيع فان الاكراه يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به وأما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكنه تصرف قولى فلا يعمل عليه الاكراه كما لا يعمل على الاعتاق والطلاق والنكاح وغيرها بخلاف البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطى وانما الايجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الاكراه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا نفذ اعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الاكراه على التوكيل بالاعتاق لا على الاعتاق وانما الاعتاق حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافا الى المكره كشهود التوكيل بالاعتاق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة بالاعتاق كذا ههنا وجه الاستحسان ان الاكراه على التوكيل بالاعتاق اكراه على الاعتاق لانه اذا وكل بالاعتاق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان الاتلاف مضافا الى المكره فيؤاخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعل بامره أمراً صحيحاً وان كان الاكراه ناقصاً فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة وأما النكاح فلعموم قوله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق والعتاق ثم اذا اجاز النكاح مع الاكراه فلا يخلو اما ان أكره الزوج أو المرأة فان أكره الزوج

فلا يخلو اما ان يكون المسمى فى النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون أقل من مهر المثل واما ان يكون أكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لانه ما أتلف عليه ماله حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت أموالا متقومة شرعا عند دخولها فى ملك الزوج لكونها سببا لحصول الآدمى تعظيما للآدمى وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الاتلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية الزيادة على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كأنه لم يفرض الا قدر مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يؤثر فى النكاح ويؤثر فى ايجاب المال كما يؤثر فى الاقرار بالمال فكان ينبغى ان لا تصح تسمية المهر أصلا الا انها صحت فى قدر مهر المثل شرعا لان الشرع لو أبطل هذا القدر لاثبته ثانيا فلم يكن الابطال مفيدا فلم يبطل لئلا يخرج الابطال مخرج العبث ولا ضرورة فى الزيادة فلا تصح تسميتها هذا اذا أكره الزوج على النكاح فاما اذا أكرهت المرأة فان كان المسمى فى النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى أقل من مهر المثل بان أكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا وليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شىء لان المكره ما أتلف عليها مالا لان منافع البضع ليست بمتقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود أيضا لانه لما لم يجب على المكره فلأن لا يجب على الشهود أولى ثم ينظر ان كان الزوج كفأ فقال للزوج ان شئت فكمل لها مهر مثلها والا فنفرق بينكما فان فعل لزم النكاح وان أبى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها فى كمال مهر مثلها حقا لانها تعير بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول بها لا شىء على الزوج لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ولو رضيت بالنقصان صريحا أو دلالة بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها فى التفريق لكن بقى حق الاولياء فيه عند أبى حنيفة فلهم ان يفرقوا وعندهما ليس للاولياء حق التفريق لنقصان المهر على ما عرف فى كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل لان ذلك دلالة اختيار التكميل وان لم يكن الزوج كفأ فللمرأة خيار التفريق لانعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضا وكذا الاولياء عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة أما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط أحد الخيارين عنها يبقى لها حق التفريق لبقاء الخيار الآخر وان سقط الخياران جميعا فللاولياء خيار عدم الكفاءة بالاجماع وفى خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار النقصان وبقى لها عدم خيار الكفاءة ولو رضيت بعدم الكفاءة أيضا صريحا ودلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعا وبطل حقها فى التفريق أصلا لكن للاولياء الخياران جميعا وعندهما أحدهما دون الآخر ولو فرق بينهما قبل الدخول بها لا شىء على الزوج لان الفرقة ما جاءت من قبله بل من قبل غيره فلا يلزمه شىء وأما الرجعة فلعموم قوله تبارك وتعالى وبعولتهن أحق بردهن عاما من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والاكراه لا يعمل على النوعين فلا يمنع جوازها والله سبحانه وتعالى أعلم وأما اليمين والنذر بأن أكره على ان يوجب على نفسه صدقة أو حجا أو شيأ من وجوه القرب والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء فلعمومات النصوص الواردة فى هذه الابواب من غير تخصيص الطائع قال الله تبارك وتعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقال سبحانه وتعالى وليوفوا نذورهم وقال جل شأنه يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أى بالعهود ولان النذر يمين وكفارته كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سبحانه وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال جلت عظمته وكبر ياؤه للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه

بطريق الظهور واما بطريق الاستناد على ماعرف فى مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وههنا بخلافه على مامر واذا قال البائع أجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا اذا قبض الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كالفضولى اذا باع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشترى الاول ولكن أعتقه المشترى قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أو لا لان شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشترى الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض ولو أعتقه المشترى الاخير ثم أجاز البائع العقد الاول لم تجز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان شاء رجع بها على المكره والمكره يرجع على المشترى الاول وان شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان أما الرجوع على المكره فلما ذكرنا فى اعتاق المشترى الاول انه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره أن يرجع بذلك على المشترى الاول لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان فكذا له ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء لان كل واحد منهما فى حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشترى الاول برئ المكره وصحت البياعات كلها لانه ملك المشترى الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين المشترى الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك و بطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع مالا يملكه البائع فبطل والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره هو البائع فأما اذا كان المكره هو المشترى دون البائع فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض و بعد القبض حق الفسخ للمشترى دون البائع لما ذكرنا فى اكراه البائع وللمشترى أن يجيز هذا العقد كما للبائع اذا كان مكرها ولو أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن والمشترى عبد فاعتقه المشترى فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تحتمل الفسخ بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للملك كالمشترى بشرط الخيار اذا فعل شيأ من ذلك وكذلك لو كان المشترى أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو نقض البيع لتبين ان الوطء صادف ملك الغير وذلك حرام والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه عليه التزاما للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشترى حتى أعتقه البائع نفذ اعتاقه لانه على ملكه قبل التسليم وان أعتقه المشترى نفذ اعتاقه استحسانا والقياس أن لا ينفذ وجه القياس ظاهر لانه أعتق مالا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجه) الاستحسان أن المشترى يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا لان تصرف العاقل تجب صيانته عن الالغاء ما أمكن ولا صحة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضى الاعتاق اجازة هذا العقد سابقا عليه أو مقارنا له تصحيحا له كما فى قوله لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ولهذا نفذ اعتاق المشترى بشرط الخيار كذا هذا هذا اذا أعتقه المشترى وحده ولو أعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البائع أولى لوجهين أحدهما ان ملك البائع ثابت مقصودا وملك المشترى يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق البائع أولى والثانى أن ملك البائع ثابت فى الحال وملك المشترى يثبت فى الثانى فاعتبار الموجود للحال أولى هذا اذا كان المكره هو البائع أو المشترى فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشراء فلكل واحد منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد فى حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فكان بمحل الفسخ والاجازة فان أجازا جميعا جاز وان أجاز أحدهما دون الآخر جاز فى جانبه وبقى الخيار فى حق صاحبه ولو أعتقه المشترى قبل وجود الاجازة من أحدهما أصلا نفذ اعتاقه ولزمه القيمة لان الاعتاق تصرف لا يحتمل النقض فكان اقدامه عليه التزاما للبيع فى جانبه ولا تجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من أن يكون محلا للاجازة بالاعتاق لما ذكرنا أن قيام المحل وقت الاجازة شرط صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشترى ولكن أجاز أحدهما البيع ثم اعتقاه معا نفذ اعتاق البائع و بطل

اعتاق المشترى لانه لايخلو اما ان كانت الاجازة من المشترى أو من البائع فان كانت من المشترى نفذ اعتاق البائع لان اجازة المشترى لم تعمل فى جانب البائع فبقى البائع على خياره فاذا أعتق نفذ اعتاقه و بطل اعتاق المشترى لانه أبطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البائع فتنفيذ اعتاقه أولى أيضا لما ذكرنا من الوجهين فى اكراه المشترى ولو أجاز البائع البيع ثم أعتق المشترى ثم أعتق البائع بعده نفذ اعتاق المشترى ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع أما نفوذ اعتاق المشترى فلبقاء الخيار له وأما عدم نفوذ اعتاق البائع فلسقوط خياره بالاجازة (وأما) لزوم الثمن المشترى فللزوم البيع فى الجانبين جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى أيضا فى باب البيع والشراء الاكراه التام والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوى فى الاكراه على البائع تسمية المشترى وترك التسمية حتى يفسد البيع فى الحالين جميعا لان غرض المكره فى الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع من أى انسان كان ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوما أو القيد يوما فليس ذلك من الاكراه فى شئ لان ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل هذا اذا ورد الاكراه على البيع والتسليم فأما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبده فولى العبد بالخيار ان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن الوكيل أو المشترى فان ضمن الوكيل رجع على المشترى وان ضمن المشترى لا يرجع على أحد أما ولاية تضمين المكره فلان الاكراه على التوكيل بالبيع اكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبيب الى ازالة اليد وانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه الواسطة مضافا الى المكره فكان له ولاية تضمين المكره وأما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشترى وقبض مال الانسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء فان ضمن الوكيل يرجع عن المشترى بقيمة العبد لانه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما ملكه باداء الضمان لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نفاذه على اجازة من وقع له العقد وهو المالك لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه باداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضا قبل أداء الضمان لان الغاصب انما يملكه بأداء الضمان ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار تضمين المشترى لا يرجع المشترى على أحد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشترى يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شئ والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان كالاكراه تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكره بالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل أو المشترى لما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الاكراه على الهبة فيوجب فسادها كالاكراه على البيع حتى انه لو وهب مكرها وسلم مكرها ثبت الملك كما فى البيع الا انهما يفترقان من وجه وهو ان فى باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز البيع وفى باب الهبة مكرها لا يجوز سواء سلم مكرها أو طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الاكراه لان الشفعة فى معنى البيع ألا ترى انه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الاكراه على الابراء عن الحقوق لان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح فى المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك الابراء عن الكفالة بالنفس ابراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذى هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذى هو تمليك المال فيعمل عليه الاكراه كما يعمل على البيع والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الانشاء فأما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضى بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم وانما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم

بالصدق وحال الاكراه لا يدل على الصدق لان الانسان لا يتحرج عن الكذب حالة الاكراه فلا يثبت الرجحان
ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على
أنفسكم والشهادة على أنفسهم ليس الا الاقرار على أنفسهم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الاكراه ولو أكره على
الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة
فلما لم يصح هناك فلأن لا يصح ههنا أولى ولو أكره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل أن يقر به ثم أخذه فأقر به من
غير تجديد الاكراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكره حين ما خلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث
من أخذه ورده اليه فان كان قد توارى عن بصره ثم أخذه فاقر اقرارا مستقبلا جاز اقراره لانه لما خلى سبيله حتى توارى
عن بصره فقد زال الاكراه عنه فاذا أقر به من غير اكراه جديد فقد أقر طائعا فصح وان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده
اليه فأقر به من غير تجديد الاكراه لم يصح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الاكراه الاول ولو أكره على الاقرار
بالقصاص فاقر به فقتله حين ما أقر به من غير بينة فان كان المقر معروفا بالذعارة يدرأ عنه القصاص استحسانا وان لم
يكن معروفا بها يجب القصاص والقياس ان لا يجب القصاص كيف ما كان وجه القياس ان الاقرار عنه الاكراه لما لم
يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتداء وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع
الاكراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة اذا كان المقر معروفا بالذعارة لوجود دليل الصدق في الجملة وذا يورث شبهة
في وجوب القصاص فيدرأ للشبهة واذا لم يكن معروفا بالذعارة فاقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب ومثال هذا
اذا دخل رجل على رجل في منزله فخاف صاحب المنزل انه ذاعر دخل عليه ليقتله ويأخذ ماله فبادره وقتله فان كان
الداخل معروفا بالذعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن معروفا بالذعارة يجب القصاص عليه كذا
هذا واذا لم يجب القصاص يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن
أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يجب الارش أيضا اذا كان معروفا بالذعارة

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص
عنه فنقول وبالله التوفيق العدول عما وقع عليه الاكراه الى غيره لا يخلو من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات
أو بالفعل في المعاملات أما حكم العدول عما وقع عليه الاكراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرناها فيما تقدم (وأما)
العدول الى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل في المعاملات فنقول اذا عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل جاز
ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو أكره على بيع جاريته فوهبها جاز لانه عدل عما أكره عليه لتغاير البيع والهبة
وكذلك لو طولب بمال وذلك المال أصله باطل وأكره على ادائه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع لانه
في بيع الجارية طائع ولو أكره على الاقرار بألف درهم فاقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه جاز لانه طائع
فيما أقر به وهذا بخلاف ما اذا أكره على أن يبيع عبده من فلان بالف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع فاسد
استحسانا جائز قياسا فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين في الاقرار قياسا واستحسانا واعتبرهما جنسا
واحدا في الانشاء استحسانا لانهما جنسان مختلفان حقيقة الا انهما جعلا جنسا في موضع الانشاء بل مخالفة الحقيقة
لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان الفائت بالاكراه هو الرضا طبعا والاكراه على البيع بالف درهم كما يعدم الرضا بالبيع
بالف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته الف لاتحاد المقصود منها وهو الثمنية فكان انعدام الرضا بالبيع
باحدهما دليل على انعدام الرضا بالبيع بالآخر فكان الاكراه على البيع باحدهما اكراها على البيع بالآخر بخلاف
ما اذا أكره على البيع بالف فباعه بمكيل أو موزون آخر سوى الدراهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم يكن
كراهة البيع باحدهما كراهة البيع بالآخر وهذا المعنى لا يوجد في الاقرار لان بطلان اقرار المكره لانعدام
رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اختياره بدلالة الاكراه فيختص بمورد الاكراه وهو الدراهم فكان

صادقا في الاقرار بالدنانير لانعدام المانع من الرجحان فيه فهو الفرق (وأما) اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه بان أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بألفين جاز اقراره بالف و بطل بالف لانه في الاقرار بالالف الزائد طائع فصح ولو أكره على الاقرار لفلان فأقر له ولغيره فان صدقه الغير في الشركة لم يجز أصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجه قول محمد أن المانع من الصحة عند التصديق هو الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه شائعا فاذا كذبه لم يثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما أقر له به طائع وجه قولهما أن الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به ألف مشتركة فلو صح اقراره لغير المقر له بالاكراه لم يكن المخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه فريعة اختلافهم في المريض مرض الموت اذا أقر لوارثه ولاجنبي بالدين انه لا يصح اقراره أصلا بالاجماع ان صدقه الاجنبي بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أكره على هبة عبده لعبد الله فوهبه لعبد الله و زيد فسدت الهبة في حصة عبد الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة عبد الله لورود الاكراه على كل العبد والاكراه على كل الشيء اكراه على بعضه فلم تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد وأنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فصحت في حصته ولو كان مكان العبد الف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين أصحابنا أما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره أولى (وأما) على أصلهما فلانه لما وهب الالف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واهبا نصف الالف من الآخر وهذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وانه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطواعية والله تعالى أعلم هذا اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه فأما اذا نقص عنه بأن أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بخمسمائة فاقراره باطل لان الاكراه على الف اكراه على خمسمائة لانها بعض الالف والاكراه على كل شيء اكراه على بعضه فكان مكرها بالاقرار بخمسمائة فلم يصح ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم فباعها بالفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد استحسانا جائز قياسا وجه القياس أن المكره عليه هو البيع بالف فاذا باع باقل منه فقد عقد عقدا آخر اذ البيع بالف غير البيع بخمسمائة فكان طائعا فيه فجاز وجه الاستحسان ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان قل الثمن فكان الاكراه على البيع بالف اكراها على البيع بأقل منه فيبطل بخلاف ما اذا باعه بالفين لان حال المكره دليل على أنه لا يأمره بالبيع بأوفر الثمنين فكان طائعا في البيع بالفين فجاز والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب المأذون ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الاذن بالتجارة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك وفي بيان ما يملك المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك حكم تصرفه وفي بيان حكم الغرور في العبد المأذون وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون وفي بيان ما يبطل به الاذن و يصير محجورا وفي بيان حكم تصرف المحجور (أما) الاول فنقول و بالله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان صريح ودلالة والصريح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما أنواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت (أما) الخاص المنجز فهو أن يأذن له في شيء بعينه مما لا يؤذن في مثله للتجارة عادة بان يقول له اشتر لي بدرهم لحما أو اشتر لي طعاما رزقا لي أولاهلي أولك أو اشتر لي ثوبا أولاهلي أولاهلك أو اشتر ثوبا فاقطعه قميصا ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة و يصير مأذونا فيما تناوله الاذن خاصة استحسانا والقياس أن يصير مأذونا بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما لا يتجزى فكان الاذن في تجارة اذنا في الكل وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه الاستخدام عرفا وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع ما انه لو جعل الاذن بمثله اذنا

بالتجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذونا فى التجارة وفيه سد باب استخدام المماليك و بالناس حاجة اليه فاقتصر على مورد الضرورة (وأما) العام المنجز فهو أن يقول أذنت لك فى التجارات أو فى التجارة و يصير مأذونا فى الانواع كلها بالاجماع (وأما) اذا أذن له فى نوع بان قال اتجر فى البر أو فى الطعام أو فى الدقيق يصير مأذونا فى التجارات كلها عندنا وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصير مأذونا الا فى النوع الذى تناوله ظاهر الاذن وكذلك اذا قال له اتجر فى البر ولا تتجر فى الخز لا يصح نهيه وتصرفه و يصير مأذونا فى التجارات كلها وعلى هذا اذا أذن له فى ضرب من الصنائع بان قال له اقعد قصارا أو صباغا يصير مأذونا فى التجارات والصنائع كلها حتى كان له أن يقعد صيرفيا وصائغا وكذلك اذا أذن له أن يتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا مالم يحجر عليه وجه قولهما ان العبد متصرف عن اذن فلا يتعدى تصرفه مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه (ولنا) أن تقييد الاذن بالنوع غير مفيد فيلغو استدلالا بالمكاتب وهذا لان فائدة الاذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح وهذا فى النوعين على نمط واحد وكذا الضرر الذى يلزمه فى العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر فى أحد النوعين رضا به فى النوع الآخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيدا فيلغو و يبقى الاذن بالتجارة عاما فيتناول الانواع كلها مع ما أنه وجد الاذن فى النوع الآخر دلالة لان الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان فى احتمال الربح على السواء فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة ولهذا يملك قبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى صريحا لوجوده دلالة كذا ههنا (وأما) الخاص المعلق بشرط فهو ان يقول ان قدم فلان فاشتر لى بدرهم لحما ونحو ذلك والمضاف الى وقت أن يقول اشتر لى بدرهم لحما غدا أو رأس شهر كذا (وأما) العام المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت أن يقول أذنت لك بالتجارة غدا أو رأس شهر كذا وكل واحد من النوعين يصح معلقا ومضافا كما يصح مطلقا بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافة الى وقت بان يقول للمأذون ان قدم فلان فانت محجور أو فقد حجرت عليك غدا أو رأس شهر كذا ووجه الفرق أن الاذن تصرف اسقاط لان انحجار العبد ثبت حقا لمولاه و بالاذن أسقطه والاسقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثبات لا يحتمل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها ولهذا قال أصحابنا ان الاذن لا يحتمل التوقيت حتى لو أذن لعبده بالتجارة شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا مالم يوجد المبطل للاذن كالحجر وغيره الا أن يؤقت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذا مضى شهر أو سنة فقد حجرت عليك أو حجرت عليك رأس شهر كذا والحجر لا يحتمل الاضافة الى الوقت فلغت الاضافة و بقى الاذن بالتجارة مطلقا الى أن يوجد المبطل (وأما) الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع و يشترى فلا ينهاه و يصير مأذونا فى التجارة عندنا الا فى البيع الذى صادفه السكوت وأما فى الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصير مأذونا وجه قولهما أن السكوت يحتمل الرضا و يحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن مع الاحتمال ولهذا لم ينفذ تصرفه الذى صادفه السكوت (ولنا) أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط لانه لو لم يكن راضيا لنهاه اذ النهى عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالا مرجوحا فكان ساقط الاعتبار شرعا (وأما) التصرف الذى صادفه السكوت فان كان شراء ينفذ وان كان بيعا قائما لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما نذكره ان شاء الله تعالى وسواء رآه يبيع بيعا صحيحا أو بيعا فاسدا اذا سكت ولم ينهه يصير مأذونا لان وجه دلالة السكوت على الاذن لا يختلف وكذلك لو رآه المولى يبيع مال أجنبى فسكت يصير مأذونا وان لم يجز البيع لما قلنا وكذلك لو باع مال مولاه والمولى حاضر فسكت لم يجز ذلك البيع و يصير مأذونا فى التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب مالم يكن لا بازالة الملك عن مال كائن ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن لان الناس رغائب فى الاعيان ما ليس فى ابدالها حتى لو كان شراء ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا فى مواضع

منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشراء وقد ذكرناه (ومنها) سكوت البالغة البكر عند استئمار الولى أنه يكون اذنا وقت العقد و بعده يكون اجازة (ومنها) سكوت الشفيع اذا علم بالشراء انه يكون تسليما للشفعة (ومنها) سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضرته أن يكون اذنا بالقبض (ومنها) سكوت المجهول النسب اذا باعه انسان بحضرته وقال له قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت انه يكون اقرارا منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك (وأما) سكوت البائع بيعا صحيحا بثمن حال عند قبض المشترى بحضرته هل يكون اذنا بالقبض ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يكون اذنا كما فى البيع الفاسد ودلائل هذه المسائل نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قال لعبده أد الى كل يوم كذا أو كل شهر كذا يصير مأذونا لانه لا يتمكن من اداء الغلة إلا بالكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبده أد الى الفا وانت حر أو قال ان اديت الى ألفا فانت حر يصير ماذونا لان غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن من تحصيله الا بالتصرف فكان التعليق دليلا على الاذن وكذلك اذا قال له ادلى الفا وأنت حر فهذا والاول سواء لانه يستعمل فى التعليق عرفا وعادة ولو قال له أد وأنت حر لا يصير ماذونا و يعتق للحال لان هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير ماذونا لانه لما كاتبه فقد جعله أحق بكسبه ولا يكون ذلك الا بالتجارة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لان الاذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن للعبد بالغاً كان أو صبياً بعد ان كان يعقل البيع والشراء لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لانه عليه الصلاة والسلام ما كان ليجيب دعوة المحجور و يأكل من كسبه فتعين المأذون وكذا الاذن للامة والمدبرة وأم الولد بعد ان عقلوا التجارة لان اسم المملوك يتناول الكل وكذا يجوز الاذن للصبى الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الاذن للصبى بالتجارة بحال حراً كان أو عبداً وكذا سلامة العقل عن الفساد أصلا ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بالتجارة وعنده شرط (وجه) قوله ان الصبى ليس من أهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لان أهلية التجارة بالعقل الكامل لانها تصرف دائرة بين الضرر والنفع فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبى ناقص فلا يكفى لاهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عقله فى الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا (ولنا) قوله تبارك وتعالى وابتلوا اليتامى أمر سبحانه وتعالى الاولياء بابتلاء اليتامى والابتلاء هو الاظهار فابتلاء اليتيم اظهار عقله بدفع شىء من أمواله اليه لينظر الولى انه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك الا بالتجارة فكان الامر بالابتلاء اذنا بالتجارة ولان الصبى اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهراً فكان أهلا للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات الضارة المحضة لكونها ازالة ملك لا الى عوض فلم يجعل الصبى أهلا لها نظراً ودفعاً للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة فى أحد نوعى الاذن بلا خلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام فى الكتاب فالخاص ان يقول أذنت لعبدى فى التجارة لا على وجه ينادى أهل السوق فيقول بايعوا عبدى فلانا فانى قد أذنت له فى التجارة ولا خلاف فى ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن فى هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام والفعل لا يعرف اعلاما الا بعد تعلقه بالمعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت فى حق المأذون الا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطاً لصحتها على ماذكرنا فى كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وأما فى الاذن العام فقد ذكرنا فى كتاب المأذون انه يصير مأذوناً وان لم يعلم به العبد وذكر فى الزيادات فيمن قال لاهل السوق بايعوا ابنى فلانا فبايعوه والصبى لا يعلم

بالاذن انه لا يصير مأذونا مالم يعلم باذن الاب منهم من أثبت اختلاف الروايتين فى جواز الاذن القائم من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبي فجعل العلم شرطاً فى الصبي دون العبد (ووجه) الفرق ان انحجار العبد لحق مولاه فاذا أذن له فك عما يعته فقد أسقط حق نفسه فانفك الحجر فصار مأذونا بخلاف الصبي لان انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق أبيه ألا ترى ان العهدة تلزمه دون أبيه فشرط علمه بالاذن الذى هو ازالة الحجر ليكون لزوم العهدة فى التجارة مضافا اليه و يحتمل ان يفرق بينهما من وجه آخر وهوان الاذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعاً الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا لضرورة والضرورة فى حق العبد دون الصبي لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد المأذون لان الاذن للعبد بالتجارة من عادات التجار واذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالبا فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بمأذون لانعدام العلم حقيقة فتتعلق ديونهم بذمة المفلس وتتأخر الى ما بعد العتق فيؤدى الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس أيضا لا يعاملون الصبيان عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان أحدهما من جهة المولى والثانى من جهة العبد أما الذى من جهة المولى فهو تشهيره الاذن واشاعته بان ينادى أهل السوق انى قد أذنت لعبدى فلان بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن العام وأما الذى من جهة العبد فهو اخباره عن كونه مأذونا بالتجارة بان لم يكن الاذن من المولى عاما أو قدم مصرا لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاى أذن لى فى التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين أما الاول فلا شك فيه لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن ولغير السامعين بالنقل بطريق التواتر وأما الثانى فلان خبر الواحد مقبول فى المعاملات ولا يشترط فيه العدد ولا العدالة ألا ترى انه لو جاء عبد أو أمة الى انسان فقال هذه هدية بعثنى بها مولاى اليك جاز له القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات فى العادات يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس فى الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم على الاذن العام فعاملوه فلحقه دين يباع فيه كسبه ورقبته بدين التجارة وان عاملوه بناء على اخباره فلحقه دين يباع كسبه بالدين ولا تباع رقبته مالم يحضر المولى فيقر باذنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف ومالا يملكه فنقول وبالله تعالى التوفيق كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أوضروراتها يملكه المأذون ومالا فلا لان كل ذلك داخل فى الاذن بالتجارة فيملك الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض لان كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار وكذلك يملك البيع والشراء بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى ملكه الاب والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما لا يملك (وجه) قولهما أن البيع بغبن فاحش فى معنى التبرع ألا يرى أنه لو فعله المريض يعتبر من الثلث كما فى سائر التبرعات والمأذون لا يملك التبرع (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان هذا بيع وشراء على الاطلاق لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقا فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة رحمه الله بين المأذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء فى المأذون وفرق بينهما فى الوكيل حيث قال ان المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالاجماع (ووجه) الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش فى باب الوكالة لمكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يجز للتهمة حتى ان الوكيل لو كان وكل بشراء شئ بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك الشراء لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر فى المأذون لانه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء وهل يملك المأذون ان

يبيع شيأ من مولاه فان لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز وان باعه بأقل من قيمته لم يجز عند أبي حنيفة أصلا وعندهما لا يجوز بقدر المحاباة وكذلك لو باع المولى شيأ منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعاً لما قلنا وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو بأقل من قيمته جاز وان باعه بأكثر من قيمته لم يجز البيع عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى المولى داراً بجنب دار العبد ان لم يكن على العبد دين فالشفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار الذي في يد العبد خالص ملك المولى فلو أخذها بالشفعة لاخذها هو فكيف يأخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبد دين فله ان يأخذها بالشفعة ولو اشترى العبد داراً بجنب دار المولى فان لم يكن على العبد دين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان يأخذها بالشفعة وكذلك الصبي المأذون في الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد المأذون على الاتفاق والاختلاف وهذا اذا باع من أجنبي أو اشترى منه فان باع من أبيه شيأ أو اشترى منه فان باع بمثل القيمة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز ولو كان فيه غبن فان كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل أبيه كانه نائبه في التصرف فصار كالواشترى الاب شيأ من مال ابنه بنفسه لنفسه أو اشترى شيأ من ماله بنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه أو اشترى منه فان لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالاجماع وان كان فيهما نفع ظاهر فان كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز وللمأذون أن يسلم فيما يجوز فيه السلم ويقبل السلم فيه لان السلم من قبل المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشراء لان ذلك من عادات التجار أو التاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة وكذا له ان يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر ان وكله ان يشتري أشياء بالنقد جاز استحسانا دفع اليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا تجوز هذه الوكالة (ووجهه) انها لو جازت للزمه العهدة وهي تسليم الثمن فيصير في معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته (وجه) الاستحسان ان التوكيل بالشراء بالنقد في معنى التوكيل بالبيع ألا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا في معنى البيع لا في معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشراء شيء نسيئة فاشترى لم يجز حتى كان الشراء للعبد دون الآخر لان الثمن اذا كان نسيئة لا يملك حبس المشتري الاستيفائه بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته في هذه الصورة التزام الثمن فكانت كفالة معنى فلا يملكها المأذون وله ان يستأجر انسانا يعمل معه أو مكاناً يحفظ فيه أمواله أو دوابا يحمل عليها أمتعته لان استئجار هذه الاشياء من توابع التجارة وكذا له ان يؤاجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من التجارة حتى كان الاذن بالاجارة اذناً بالتجارة وله ان يرهن ويرتهن ويعير ويودع ويقبل الوديعة لان ذلك كله من عادات التجار ويحتاج اليه التاجر أيضا وله ان يدفع المال مضاربة ويأخذ من غيره مضاربة لما قلنا ولان الاخذ والدفع من باب الاجارة والاستئجار والمأذون يملك ذلك كله وله ان يشارك غيره شركة عنان لانها من صنيع التجار ويحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لان المفاوضة تتضمن الكفالة له ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة فاذا فاوض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفاوضة ولو اشترك عبدان مأذونان شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة جاز ما اشتريا بالنقد وما اشتريا بالنسيئة فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل المأذون عن غيره بالشراء نقداً ولا يجوز ان يتوكل لغيره بالشراء نسيئة ويملك الاقرار بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لامتنع الناس عن مبايعته خوفا من تواء أموالهم بالانكار عند تعذر اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح ويملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشراء

كثير من الاشياء بظر وفيها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتئم أمر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقراراً على نفسه فلم يصح أصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء وهل يصح اقراره بافتضاض أمة باصبعه غصبا قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لا يصح وقال أبو يوسف رحمه الله يصح سواء كان عليه دين أولا ويضرب مولى الامة مع الغرماء في ثمن العبد وهذا الخلاف مبني على ان هذا الاقرار بالجناية أم بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا أقر بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فان لم يصدقه المولى لم يصح اقراره حتى لا يؤاخذ به للحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة ولا هو في معنى التجارة فيستوي فيه اقرار المأذون والمحجور وان صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء لان تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فيباع في دين الغرماء فان فضل شئ منه يصرف الى دين المرأة والا فيتأخر الى ما بعد العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالمأذون أولى واذا أقر به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفاء بلا خلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره في موضعه وهل يملك تأخير دين له وجب على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التأخير يحتاج اليه وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل آخر دين على انسان فاخر المأذون نصيب نفسه فالتأخير باطل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائز (وجه) قولهما ان التأخير منه تصرف في ملك نفسه فيصح كما لو كان كل الدين له فاخره (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان التأخير لو صح لا يخلو اما ان يصح في نصيب شريكه واما أن يصح في نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان لا يصح في غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثاني لانه قسمة الدين قبل القبض ألا ترى ان شريكه لو قبض شيأ من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشاركه فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقسوم وقد وجد فثبت ان هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكمي في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل أحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الاعيان القائمة فيحتاج الى الاستقراض والشراء بثمن دين فاعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فبقي في حق القسمة على أصل العدم والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله فلو أخذ شريكه من الدين كان المأخوذ بينهما على الشركة كما قبل التأخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتأخير أسقط حق نفسه والمطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شاء شاركه في المقبوض وان شاء أخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول الاجل ولو كان الدين في الاصل منهما جميعاً مؤجلا فاخذ أحدهما شيأ قبل حل الاجل شاركه فيه صاحبه لانه لما أخذ شيأ قبل حل الاجل فقد سقط الاجل عن قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا فيشاركه فيه صاحبه كما في الدين الحال ولو كان الدين كله بينهما مؤجلا الى سنة فاخره العبد سنة أخرى لم يجز التأخير عند أبي حنيفة وعندهما يجوز حتى لو أخذ شريكه من الغريم شيأ في السنة الاولى شاركه فيه عنده وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يملك الابراء عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك الحط فان كان الحط من غير عيب لا يملكه أيضا لما قلنا وان كان الحط من عيب بان باع شيأ ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز لان مثل هذا الحط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشا جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا أصل المسئلة فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض

حقه فان كان له عليه بينة لا يملكه لانه حط بعض الدين والحط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وان لم يكن له عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له الا الخصومة والحلف والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار فكان داخلا تحت الاذن بالتجارة ويملك الاذن بالتجارة بان يشترى عبدا فيأذن له بالتجارة لان الاذن بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون لان الكتابة ليست من التجارة بل هى اعتاق معلق بشرط اداء بدل الكتابة فلا يملكها ويملك الاستقراض لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون أن يقرض لان القرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا تجوز كفالته أصلا على ما مر فى كتاب الكفالة ولا يهب درهما تاما لا بغير عوض ولا بعوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا يكسو ثوبا لانه تبرع ويجوز تبرعه بالطعام اليسير اذا وهب أو أطعم استحسانا والقياس أن لا يجوز لانه تبرع وان قل الا انا استحسنا الجواز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن فيه ثابتا بطريق الدلالة فيملكه ولهذا ملكت المرأة التصدق بشئ يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها لكونها مأذونة فى ذلك دلالة كذا هذا ولا يتزوج من غير اذن مولاه لان التزوج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدون أحد الملكين منفى شرعا وسواء أذن له المولى بالتسرى أو لم يأذن له لما ذكرنا أن العبد لا يملك شيأ لانه مملوك فيستحيل أن يكون مالكا وبالاذن لا يخرج عن كونه مملوكا فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان التزويج ليس من التجارة وفيه أيضا ضرر بالمولى وهل له أن يزوج أمته قال أبو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال أبو يوسف يزوج (وجه) قوله أن هذا تصرف نافع فى حق المولى لانه مقابلة ما ليس بمال فكان أنفع من البيع لانه يملك البيع فالنكاح أولى وجه قولهما أن الداخل تحت الاذن هو التجارة وانكاح الامة وان كان نافعا فى حق المولى فليس بتجارة إذ التجارة مبادلة مال بمال ولم توجد فلا يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال ألا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتاق على مال وان أعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على إجازة المولى بالاجماع فان أجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى نشاء العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق الاولى وولاية قبض العوض للمولى لا للعبد لما ذكر وأن لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرماء حق فى هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتاق وأن أجاز المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتاق كتابة ان عندهما يتعلق حق الغرماء بالبدل وههنا لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذلك كسب الرقيق وحق الغريم يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكاتب سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتاق معلق بالشرط وهو لا يملك الاعتاق فان كاتب فان لم يكن عليه دين وقف على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك المولى لا حق لاحد فيه فيملك الاجازة ألا ترى أنه يملك الانشاء فالاجازة أولى فان أجاز نفذ وصار مكاتبا للمولى وولاية قبض بدل الكتابة للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى فى الكتابة وحقوق الكتابة ترجع الى المولى لا الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون قبض بدل الكتابة وملكه المولى ولو لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرماء فيما على المكاتب حق لانه لما صار مكاتبا للمولى فقد صار كسبا منتزعا من يد المأذون فلا يكون للغرماء عليه سبيل وان كان المكاتب قد أدى جميع بدل الكتابة الى المأذون قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لانعدام شرط النفاذ وهو الاجازة وان كان عليه دين محيط برقبته وبما فى يده لا تصح اجازة المولى عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لا يعتق اذا أدى البدل

لان كسب العبد المأذون الذى عليه دين محيط لا يكون ملكا للمولى عنده ولهذا لا يملك انشاء الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح اجازته كما يصح انشاء الكتابة منه و يعتق اذا أدى و يضمن المولى قيمته للغرماء لتعلق حقهم به فصار متلفا عليهم حقهم وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفى منه الدين عندهما لتعلق حق الغرماء به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة فى معنى انشاء الكتابة ولو أنشأ ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطا برقبته و بما فى يده جازت اجازته بالاجماع و يضمن قيمته للغرماء لاتلاف حقهم والله الموفق للصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المأذون وكسبه ومالا يملك و بيان حكم تصرفه فنقول و بالله التوفيق ان المولى يملك اعتاق عبده المأذون سواء لم يكن عليه دين أو كان عليه دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا أنه اذا لم يكن على العبد دين لا شئ على المولى وان كان عليه دين فالغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين لانه تصرف فى ملك نفسه وأتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق و يراعى جانب الحق بايجاب الضمان مراعاة للجانبين عملا بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت أقل منه غرم ذلك القدر لانه ما أتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤاخذ المولى بذلك و يتبع الغرماء العبد بالباقى وان شاؤا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعوه فيه لان كل الدين كان واجبا عليه لمباشرة سبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة الا أن رقبته تعينت لاستيفاء قدر ما يحتمله من الدين منها بتعيين المولى أو شرعا على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى فبقيت الزيادة على ذلك فى ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وأيهما اختاروا اتباعه لا يبرأ الآخر لان اختيار التضمين فى باب الغصب يتضمن المغصوب والتمليك بعوض لا يحتمل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع أحدهما ههنا لا يوجب ملك الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبداً آخر خطأ وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختاراً للفداء يغرم المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير القيمة بان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر غرم عشرة آلاف الا عشرة فرق بين الجناية والدين اذا أعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين أو لم يعلم وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالما بالجناية ووجه أن الفرق موجب جناية العبد على المولى وهو الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفداء بجميع الارش فاذا أعتقه مع العلم بالجناية فقد صار مختاراً للفداء فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المقتول الا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر فينقص منه عشرة اذ لا مزيد لدية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقا للغرماء الا أن القيمة التى فى مالية الرقبة فانها تعلق بها و بالاعتاق ما أبطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم فيضمنه والزيادة بقيت فى ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل حرا خطأ فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر لان الاعتاق مع العلم بالجناية دليل اختيار الفداء ودية الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم فيغرمها المولى هذا اذا أعتقه المولى وهو عالم بالجناية فاما اذا لم يكن عالما بالجناية يغرم قيمة عبده لاولياء الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفداء لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم و يلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصلى على المولى هو دفع العبد بالجناية ألا ترى أنه لو هلك العبد قبل اختيار الفداء لا شئ على المولى وانما ينتقل من العين الى الفداء باختيار الفداء فاذا لم يكن الاعتاق قبل العلم دليل الاختيار بقى الدفع واجبا وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليته اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية فانه يغرم لاصحاب الدين قيمته كاملة و يغرم لاصحاب الجناية قيمة أخرى الا أن تكون قيمته عشرة آلاف أو أكثر فينقص منها عشرة لان حق أصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق أصحاب الجناية قد تعلق بالعين والمولى بالاعتاق

أبطل الحقين جميعاً فيضمنها ولوقتله أجنبي يضمن قيمة واحدة لان الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعدد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاعتاق فضمان ابطال الحق فيتعدد ضمانه فهو الفرق والله تعالى الموفق فان قيل لم لا يشارك أصحاب الدين أصحاب الجناية فالجواب لاختلاف محل الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذرت المشاركة والله تعالى أعلم وكذلك يملك اعتاق المدبر وأم الولد المأذونين في التجارة لما قلنا ولو أعتقهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد لان دين التجارة لم يتعلق برقبتهما لخروجهما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتاق كسب عبده المأذون لا خلاف في انه اذا لم يكن على المأذون دين أصلا يملك وينفذ اعتاقه ولا شئ عليه لان الاعتاق صادف محلا هو خالص ملكه لا حق لاحد فيه فينفذ ولا يضمن شيأ وان كان عليه دين فان كان كثيرا يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة رضي الله عنه الا أن يسقط حق الغرماء بان يقضي المولى دينهم أو تبرئه الغرماء من الدين أو يشتريه المولى من الغرماء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى العبد فيه ويرجع على المالك والمسألة تعرف بان المولى يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما أن رقبة المأذون وأن تعلق بها حق الغرماء فهي ملك المولى ألا ترى أنه ملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العبد ثبت معدولا به عن الاصل انه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تبارك وتعالى وأن ليس للانسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا أن الكسب الفارغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكا للمولى فبقي الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص هذا اذا كان الدين محيطا بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطا بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى (وأما) أبو حنيفة رضي الله عنه فقد كان يقول أولا يمنع حتى لا يصح اعتاقه شيأ من كسبه ثم رجع وقال لا يمنع وجه قوله الاول ما ذكرنا أن الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعا وجه قوله الآخر أن المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولا لحاجة العبد وبعضه مشغول وبعضه فارغ (فاما) أن يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له في كله (واما) أن يعتبر جانب الفراغ في ايجاب الملك له في كله واعتبار جانب الفراغ أولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق الملك باثبات الملك له وحق الغرماء باثبات الحق لهم فاذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرماء وأبطلنا حق المالك أصلا فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملا بالدليلين بقدر الامكان ولهذا أثبت الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطا بها كذا هذا ولو أعتقه ثم قضى المولى دين الغرماء من خالص ملكه أو أبرأه الغرماء نفذ اعتاقه عند عامة أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا ينفذ وجه قول الحسن أن الاعتاق صادف كسبا مشغولا بحاجة العبد لان الملك ثبت مقصورا على حال القضاء والابراء فيمنع النفاذ كما اذا أعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ اعتاقه كذا هذا (ولنا) أن النفاذ كان موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط حقهم بالقضاء والابراء فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف ما اذا أعتق عبدا من أكساب مكاتبه لان المكاتب أحق باكسابه من المولى لانه فيما يرجع الى اكسابه كالحر وبالعجز لا يتبين انه لم يكن أحق بكسبه فلم ينفذ اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف لو أعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه أو أبرأ الغرماء الميت من الدين انه ينفذ اعتاقه خلافا للحسن ولو وطئ المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت

الجارية أم ولد له وغرم قيمة الجارية للغرماء ولا يغرم لهم شيأ من عقرها قليلا ولا كثيراً أما صحة الدعوة فلان ملك المولى ان لم يظهر فى الكسب فى الحال عند أبى حنيفة رضى الله عنه فله فيه حق الملك فصحت دعوته (وأما) لزوم قيمة الجارية للغرماء فلانه بالدعوة أبطل حقهم (وأما) عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه فى الكسب حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين انه وطئ ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو أعتق المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى صحت دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرماء لما قلنا لان الاعتاق السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق الملك ثابتا له الا أن الجارية ههنا تصير حرة بالاعتاق السابق وعلى المولى العقر للجارية أما مصيرورتها حرة بالاعتاق السابق فلان الاعتاق السابق كان نفاذه موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط بدعوة المولى فنفذ فصارت حرة بذلك الاعتاق (وأما) لزوم العقر للجارية فلان الوطء صادف الحرة من وجه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ويملك المولى بيع العبد المأذون اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك بيعه الا باذن الغرماء أو باذن القاضى بالبيع للغرماء أو بقضاء الدين ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لا يملك بيعه الا باجازة الباقين لما نذكره فى بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه دين لانه فارغ عن حاجته فكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالمأخوذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغا عند الاخذ وقد وجد ولو كان الكسب فى يد العبد ولا دين عليه فلم يأخذ المولى حتى لحقه دين ثم أراد أن يأخذه لا يملك أخذه لانه لم يوجد الفراغ عند الاخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين وفى يده كسب لا يملك أخذه لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرماء به ولو أخذه المولى فللغرماء أن يأخذوه منه ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم بالمأخوذ فعليه رد عينه أو بدله ولو لحقه دين آخر بعد ما أخذه المولى اشترك الغرماء الاولون والآخرون فى المأخوذ وأخذوا عينه أو قيمته لان زمان الاذن مع تعدده حقيقة فى حكم زمان واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحدا لذلك اشتركوا فيه ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد فى كل شهر فلحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين ينظر ان كان يأخذ عليه مثله جاز له ذلك استحسانا والقياس أن لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا الجواز نظراً للغرماء لان الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلو منع المولى عن أخذ غلة المثل لحجره عن التجارة فلا يتمكن من الكسب فيتضرر به الغرماء فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيلا للغلة من حيث المعنى وليس له ان يأخذ أكثر من غلة المثل ولو أخذ رد الفضل على الغرماء لان امتناع ظهور حقهم فى غلة المثل للضرورة ولا ضرورة فى الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان فى اطلاق ذلك اضرارا بالغرماء لان المولى يوظف عليه غلة تستغرق كسب الشهر فيتضرر به الغرماء وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفى يده مال فاختلف العبد والمولى فالقول قول العبد ويقضى منه الدين لان الكسب فى يده والمأذون فى اكسابه التى فى يده كالحر ولو كان المال فى يدهما فهو بينهما لاستوائهما فى اليد وان كان ثمة ثالث فهو بينهم أثلاثا لما قلنا ولو لم يكن عليه دين فاختلف العبد والمولى وأجنبى فهو بين المولى والاجنبى لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليده فكانت يده ملحقة بالعدم فبقيت يد المولى والاجنبى فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد فى منزل المولى فان كان فى منزل المولى وفى يده ثوب فاختلفا فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لانهما استويا فى ظاهر اليد وترجح يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى ولو كان العبد راكبا على دابة أو لابسا ثوبا فهو للعبد سواء كان من تجارته أو لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف فكانت أولى من يد المولى ولو تنازع المأذون وأجنبى فيما فى يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع الى السيد كالحر ولو آجر الحر أو المأذون نفسه من خياط يخيط معه أو من تاجر يعمل معه وفى يد الاجير ثوب واختلفا فقال المستأجر هو لى وقال الاجير هو لى فان كان الاجير فى حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط

وان لم يكن فى منزله وكان فى السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان فى دار الخياط ودار الخياط فى يد الخياط كان الاجير مع ما فى يده فى يد الخياط ضرورة واذا كان فى السكة لم يكن هو فى يده فكذا ما فى يده كما لو كان مكان الاجير أجنبى ولو آجر المولى عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستأجر فهو للمستأجر سواء كان العبد فى منزل المستأجر أو لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن فى منزل المستأجر أنه يكون للاجير دون المستأجر (ووجه) الفرق بان يد العبد يد نيابة عن المولى وقد صار مع ما فى يده بالاجارة فى يد المستأجر فكان القول قول صاحب اليد فاما يد الاجير فيد اصالة اذ هو فى حق اليد كالحر فلا يصير بنفس الاجارة فى يد المستأجر ولو كان المحجور فى منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان فى منزل المولى كان فى يده لكون منزله فى يده فتزول يد المستأجر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الغرور فى العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق اذا جاء رجل بعبد الى السوق وقال هذا عبدى أذنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه أهل السوق فلحقه دين ثم استحق أو تبين انه كان حراً أو مدبراً أو أم ولد فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الرجل حراً واما ان كان عبداً فان كان حراً فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدين أما وجوب أصل الضمان عليه فلانه غرهم بقوله هذا عبدى فبايعوه حيث أضاف العبد الى نفسه وأمرهم بمبايعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان أمره اياهم بالمبايعة اخبار منه عن كونه مأذوناً فى التجارة واضافة العبد الى نفسه اخبار عن كونه ملكا له والاذن بالتجارة مع عبد الاذن يوجب تعلق الدين برقبته فكان الاذن مع الاضافة دليلا على الكفالة عما يتعلق برقبته التى هى مملوكة له فيؤخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء أن يرجعوا على الذى ولى مبايعتهم ان كان حراً لانه الذى باشر سبب الوجوب حقيقة وان كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتاق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق وسواء قال أذنت له بالتجارة أو لم يقل لان الامر بالمبايعة يغنى عن التصريح بالاذن وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال ما بايعت فلانا من البز فهو على أنه لا يصير كفيلا بغيره لان هناك التخصيص صحيح لوقوع التصرف فى كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتملة للتخصيص فأما ههنا فالكفالة ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعة والامر لا يحتمل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا أضاف العبد نفسه وأمرهم بمبايعته فأما اذا وجد أحدهما دون الآخر لا ضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت بأحدهما دون الآخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذى أضافه الى نفسه وامر الناس بمبايعته ملكا للآمر فدبره المولى ثم لحقه دين بعد التدبير لم يضمن المولى شيأ لانه لم يغرهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين عنده وكذا لو أعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الآمر حراً فاما اذا كان عبداً فان كان محجوراً فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان مأذونا أو مكاتباً وكان المأذون حراً لا ضمان على الآمر فى شئ وكذا لو كان الآمر صبياً مأذونا لان المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهما للحال ولكنها تنعقد فيؤاخذ به بعد العتق والصبى لا تنعقد كفالته فلا يؤاخذ بالضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدين الذى يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق حكمه تعلقه بمحل يستوفى منه اذا ظهر فلا بد من بيان سبب تعلق الدين و بيان سبب ظهور الدين و بيان حكم التعلق أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين أسباب منها التجارة من البيع والشراء والاجارة والاستئجار والاستدانة ومنها ما هو فى معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة سبب لوجوب الملك فى المغصوب والمجحود فكان فى معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذونا كان أو محجوراً بأن عقر دابة أو خرق ثوبا خرقا فاحشاً

لانه سبب لثبوت الملك فى العين قبل الهلاك فكان فى معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستحقة بان اشترى جارية فوطئها ثم استحقت لان الواجب وان كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم الا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان فى حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها النكاح باذن المولى لانه لم يشرع بدون المهر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيئان أحدهما اقراره بالدين و بكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفى منه وهو ماذكرنا لان اظهار ذلك بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه المأذون والثانى قيام البينة على ذلك عند الانكار لان البينة حجة مظهرة للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فقامت البينة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى (ووجه) الفرق أن الشهادة فى المأذون قامت عليه لا على المولى لان يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لانه لا يد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب ولو ادعى على العبد المحجور وديعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤاخذ بضمان وديعة مستهلكة للحال عندهما وانما يؤاخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان اليه وعنده يؤخذ به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك لو أقامت البينة على اقرار المأذون بذلك قضى عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البينة على اقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وان كان المولى حاضرا لان المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا اذا قامت البينة على اقراره بخلاف المأذون ولو قامت البينة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حد من القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يقضى بها وان كان غائبا واجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فانها تقام من غير حضرة المولى (وجه) قول أبى يوسف ان العبد أجنبى عن المولى فيما يرجع الى الحدود والقصاص ألا ترى انه يصح اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح اقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضرة المولى فى الاقرار (وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى واقامة الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما أمكن وفى شرط الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لانه لو كان حاضرا عسى يدعى شبهة مانعة من الاقامة وحق المسلم تجب صيانته عن البطلان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا ينعدم فى الاقرار بعد صحته لذلك افترقا وكذلك اذا قامت البينة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك انه لو كان المولى حاضرا قطع ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف لان القطع مع الضمان لا يجتمعان وان كان غائبا فاذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لان غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان فى حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لانهما لا يجتمعان وعلى قياس أبى يوسف هذا والفصل الاول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولان حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان وان كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما (أما) القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان فى حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البينة على سرقة ما دون النصاب فان كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لان سرقة ما دون النصاب لا توجب القطع فبقى دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وان كان محجورا لا تسمع بينته أصلا (أما) على القطع فظاهر وأما على المال فلان حضور المولى شرط القضاء على

المحجور بالمال ولو قامت البينة على اقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحد حد القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ماسواهما من الحدود وان كان المولى حاضراً لان القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وسائر الحدود حقوق الله سبحانه وتعالى خالصا فالبينة وان أظهرت الاقرار فالانكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح فى حقوق الله تبارك وتعالى لا فى حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف و يسقط ماسواهما غير انه اذا اقامت البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان ان كان مأذوناً سواء بلغ نصابا أو لم يبلغ حضر المولى أو غاب لان سقوط القطع للرجوع والرجوع فى حق المال لم يصح فيجب الضمان سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لان القضاء بالمال على المأذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجوراً لا قطع عليه ولا ضمان أما القطع فلمكان الرجوع وأما الضمان فلان اقرار المحجور بالمال غير نافذ فى الحال فلا تصح اقامة البينة عليه ولو قامت البينة على الصبى المأذون أو المعتوه المأذون على قتل أو سبب حد قبلت على القتل وتجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحد لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطأ لان عمد الصبى خطأ وانعدام تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير انه اذا اقامت البينة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضى لان الصبى المأذون من أهل القضاء عليه بالمال ولو قامت البينة على اقراره بالقتل لم تقبل لان اقرار الصبى غير صحيح فلا تقبل البينة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان محل التعلق فنقول و بالله التوفيق لا خلاف فى ان الدين يتعلق بكسب العبد لان المولى بالاذن بالتجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعا نظراً للغرماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علمائنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يتعلق الا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى (وجه) قول زفر ان التعلق حكم الاذن والاذن بالتجارة لا لغيرها وهذه ليست من كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين (ولنا) ان شرط ثبوت الملك للمولى فى كسب العبد أى كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقه الذى ذكرنا من قبل ولم يوجد الفراغ فلا يثبت الملك له وسواء حصل الكسب بعد لحوق الدين أو كان حاصلا قبله الا الولد والارش فان ماولدت المأذونة من غير مولاها بعد لحوق الدين يتعلق به وماولدته قبل ذلك لا يتعلق الدين به و يكون للمولى وكذلك الارش بان فقئت عينها فوجب الارش على الفاقئ (ووجه) الفرق ان التعلق بالولد بحكم السراية من الام اليه لان الولد يحدث على وصف الام ومعنى السراية انما يتحقق فى الحادث بعد لحوق الدين لا قبله لانه كان ولا دين على الام فلما حدث حدث على ملك المولى وكذلك الارش فى حكم الولد لان الولد جزء منفصل من الاصل والارش بدل جزء منفصل من الاصل وحكم البدل حكم الاصل وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل الشغل بحاجة العبد فاذا لم ينزعه المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولا بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وههنا فرق آخر وهو ان الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل فى الدين وولد الجناية لا يدخل فى الجناية لان دخوله فى الدين بحكم السراية لان الدين يتعلق برقبة الام فسرى ذلك الى الولد فحدث على وصف الام والجناية لا تحتمل التعلق بالرقبة فلا تحتمل السراية فهو الفرق ولو أذن له المولى دفع اليه مالا ليعمل به فباع واشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع اليه لان الدين يتعلق بكسب العبد وذا ليس كسبه أصلا فلا يتعلق به وأما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها اختلف فيه قال علماؤنا الثلاثة رضى الله تعالى عنهم يتعلق وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لا يتعلق (وجه) قولهما ان هذا ان كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الانسان لا يقضى من مال مملوك لغيره الا باذنه ولم يوجد وان كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وانما يقضى من الكسب لوجود التعيين فالاذن من المولى دلالة الاذن بالتجارة لانه قضاء دين التجارة من كسب التجارة فكان مأذونا فيه دلالة ومثل هذه الدلالة لم يوجد فى الرقبة لان رقبة العبد ليست من كسب التجارة (ولنا) ان نقول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند

المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته التي هي مال المولى كدين الاستهلاك أو نقول هذا دين المولى فيقضى من المال الذى عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة لقضاء الدين منها فيتعين بتعيين المولى والله سبحانه وتعالى أعلم واذا كان الرقبة والكسب كل واحد منهما محلا لتعلق الدين به فاذا اجتمع الكسب والرقبة يبدأ بالاستيفاء من الكسب لان الكسب محل للتعلق قطعاً ومحلية الرقبة لتعلق محل الاجتهاد فكانت البداية بالكسب أولى فاذا اقضى الدين منه فان فضل من الكسب شئ فهو للمولى لانه كسب فارغ عن حاجة العبد وان فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فان فضل على الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما نذكره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التعلق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان لتعلق الدين أحكاما منها ولاية طلب البيع للغرماء من القاضى لان معنى تعلق الدين منه ليس الا تعينه لاستيفاء الدين منه وهو فى الحقيقة تعين ماليته للاستيفاء لان استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه وذلك بيعه وأخذ ثمنه الا ان يقضى المولى ديونهم فتخلص له الرقبة لان حقهم فى المالية دون العين وقد قضى حقهم فبطل التعلق ومنها انه اذا بيع العبد كان ثمنه بين الغرماء بالحصص لان الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقهم بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كثمن التركة اذا بيعت ثم اذا بيع العبد فان فضل شئ من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين لا يطالب المولى به لانه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لان الدين كان عليه الا أن القدر الذى تعلق برقبته صار مقضياً فبقى الفاضل عليه وانما يباع العبد فى الدين اذا كان حالا فان كان مؤجلا لا يباع الى حل الاجل لان البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت الا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فطلب أصحاب الحال البيع باعه القاضى وأعطى أصحاب الحال قدر حصتهم وأمسك حصة أصحاب الاجل لان التعليق على التضييق ثبت فى حق أصحاب الحال لا فى حق أصحاب الاجل وكذلك لو كان الغرماء بعضهم حضورا وبعضهم غيبا فطلب الحضور البيع من القاضى باعه القاضى وأعطى الحضور حصتهم ووقف حصة الغيب لان لكل واحد منهم على الانفراد دينا متعلقا بالرقبة وذا يوجب التحريج الى البيع فغيبة البعض لا تكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون ظاهراً والبعض لا يظهر لكن ظهر سبب وجوبه بان كان عليه دين فحفر بئراً على طريق المسلمين فطلب الغريم البيع باعه القاضى فى دينه وأعطاه دينه وان كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئا لان ظهور دينه أوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما لم يظهر ثم اذا وقعت فيها بهيمة فعطبت رجع صاحب البهيمة على الغريم فيتضاربان فيضرب صاحب البهيمة بقيمتها ويضرب الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لان الحكم مستند الى وقت وجود سببه فيتبين انه كان شريكه فى الرقبة فى تعلق الدين فيتشاركان فى بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقر قبل ان يباع لغائب يصدق فى ذلك صدقه المولى والغرماء أوكذبوه لان اقرار المأذون بالدين صحيح من غير تصديق المولى لما بينا واذا بيع وقف القاضى من ثمنه حصة الغائب ولو أقر بدين لغائب بعد ما بيع فى الدين لم يجز اقراره وان صدقه المولى لانه اذا بيع فقد صار محجورا عليه واقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى فان قدم الغائب وأقام بينة على الدين اتبع الغرماء بحصته من الثمن لانه باقامة البينة ظهر ان كان شريكهم فى الرقبة فى تعلق الدين فشاركهم فى بدلها ولا سبيل له على العبد ولا على المشترى لان حقه فى الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له على غيرها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها انه لا يجوز للمولى بيع العبد الذى عليه دين الا باذن الغرماء أو بقضاء الدين أو باذن القاضى بالبيع للغرماء ولو باع لا ينفذ الا اذا وصل اليهم الثمن وفيه وفاء بديونهم لان حق الغرماء متعلق برقبته وفى البيع ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه اليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ لما بينا ان حقهم فى معنى الرقبة لا فى صورتها فصار كما لو قضى المولى الدين من خالص ماله ودل اطلاق هذه الرواية على ان الدين حال قيام الكسب يتعلق بالكسب والرقبة جميعا لانه بقى جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعا من التعلق بالرقبة

لجاز لان الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان فى خالص ملكه نافذا لا ان يحمل على حال عدم الكسب حملا للمطلق على المقيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لم يجز الا ان يجيزه الباقون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفا فى حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى و بين بيع الوصى التركة فى الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هناك وهنا لا ينفذ (ووجه) الفرق ان للغرماء حق استسعاء المأذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع النفاذ مفيدا وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تأخير قضاء دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصى فلم يكن التوقف مفيدا فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا نفذ البيع فى ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق عن التضييق ولم يوجد ثم اذا حل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن أو أقل أخذوا منه وان كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد و روى عن محمد رحمه الله فى النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود أصل التعليق هذا اذا كان العبد قائماً فى يد المشترى فان كان هالكا فالغرماء بالخيار ان شاؤا ضمنوا المولى وان شاؤا ضمنوا المشترى قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب لحقهم فكان لهم تضمين أيهما شاؤا فان اختار وا تضمين المولى نفذ بيعه لانه خلص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكأنهم باعوه منه بثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشترى به عيباً بعد هلاكه له ان يرجع بالنقصان على المولى وللمولى ان يرجع به على الغرماء وان اختار وا تضمين المشترى بطل البيع لانه يمكن تمليكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يهلك العبد فى يد المشترى ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم و بين المشترى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله هذا وما اذا كان المولى حاضراً سواء والله أعلم بالصواب هذا الذى ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الانفراد فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتمع الدين والجناية فنقول و بالله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد المأذون رجلا خطأ وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية فى الاصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالفداء أو التخيير بين الدفع والفداء وهذا لا ينافى الدين لانه يمكنه دفعه متعلقاً رقبته بالدين وكذا لا ينافيه الفداء لا شك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان حضر أصحاب الدين والجناية معاً واما ان حضر أصحاب الجناية واما ان حضر أصحاب الدين فان حضر أصحاب الدين والجناية جميعاً يدفع العبد الى أولياء الجناية ثم يبيعه القاضى للغرماء فى دينهم فانا اذا دفعناه بالجناية فقد راعينا حق أصحاب الجناية بالدفع اليهم و راعينا حق الغرماء بالبيع بدينهم واذا دفعناه الى أصحاب الدين أبطلنا حق أصحاب الجناية لتعذر الدفع بعد البيع اذ الثابت للمشترى ملك جديد خال عن الجناية فكانت البداية بالجناية مراعاة الحقين من الجانبين فكان أولى ثم فى الدفع الى أصحاب الجناية ثم البيع بالدين فائدة وهى الاستخلاص بالفداء لان للناس فى أعيان الاشياء رغائب ماليس فى ابدالها واذا دفعه المولى الى أصحاب الجناية فالقياس ان يضمن قيمته للغرماء لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع منه تمليكا منهم بمنزلة البيع وفى الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن أتى بفعل واجب عليه لا يضمن لان الضمان نفعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذا دفعه اليهم فيبيع للغرماء فان فضل عن دينهم شئ من الثمن صرف الى أصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع اليهم وانما بيع على ملكهم الا ان أصحاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم فبقى الفاضل من دينهم على ملك أصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضى للغرماء وفضل من ثمنه شئ ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولو دفعه المولى الى أصحاب الدين بدينهم ان كان عالما بالجناية لزمه الارش لانه صار مختاراً للفداء وان لم يكن عالما بها يلزمه قيمة العبد لان الواجب الاصلى دفع عين العبد وانما الفداء للخروج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار الفداء فبقى دفع العين واجبا وقد تعذر دفع عينه بالدفع الى أصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر أصحاب الجناية أولا فكذلك يدفع العبد اليهم ولا

ينتظر حضور الغرماء لانهم لو كانوا حضور ا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر أصحاب الدين أولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق أصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضر وا بعد ذلك لا ضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه أمينا واما المولى فلانه باعه بامر القاضي فكان مضافا الى القاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجناية يلزمه الارش لانه صار مختارا للفداء وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فنقول ان الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجورا وذلك أنواع بعضها يرجع الى المولى و بعضها الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة أنواع صريح ودلالة وضرورة والصريح نوعان خاص وعام أما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في أهل سوقه بالنداء بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشيء يبطل بمثله و بما هو فوقه وأما الخاص فهو ان يكون بين العبد و بين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع لا يبطل به الاذن العام لان الشيء لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه بناء على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في ذمة المفلس ومعنى التعزير لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور و يبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشيء يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كما في سائر الاحكام الشرعية ولو أخبره بالحجر رجلان أو رجل وامرأتان عدلا كان أو غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا أخبره واحد عدل رجلا كان أو امرأة حرا كان أو عبدا أو أخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدقه فيه وأما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند أبي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدق المخبر وعندهما يصير محجورا صدقه أو كذبه اذا ظهر صدق المخبر ولو كان المخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه أو كذبه ولو اشترى المأذون عبدا فأذن له بالتجارة فحجر المولى على أحدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سواء كان على الاعلى دين أو لم يكن لانه مأذون من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الاسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه أذن لهما ثم حجر على أحدهما ولو كان كذلك ينحجر أحدهما بحجر الآخر كذا هذا وان كان على الاعلى دين يصير محجورا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك (ووجه) البناء انه لما لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى لا من جهة المولى صار حجر الاعلى كموته ولو مات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وأما الدلالة فأنواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولا دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاد بان كان المأذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاد (وجه) الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وأمهات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاد حجرا دلالة وأما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن اذ الاذن اطلاق والتدبير لا ينافيه ومنها اللحوق بدار الحرب مرتدا لان الردة مع اللحوق توجب زوال الملك وذا يمنع بقاء الاذن فكان حجرا دلالة فان لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي

حنيفة رضى الله عنه ينبغى ان يقف تصرف المأذون بعد الردة وعلى قياس قولهما ينفذ والله تعالى أعلم بالصواب وأما الضرورة فأنواع أيضا منها موته لان الموت مبطل للملك وبطلان الملك يوجب بطلان الاذن على ما بينا ومنها جنونه جنونا مطبقا لان أهلية الاذن شرط بقاء الاذن لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء ثم ابتداء الاذن لا يصح من غير الاهل فلا يبقى أيضا والجنون المطبق مبطل للاهلية فصار محجورا فان أفاق يعود مأذونا لان بطلان الاذن لبطلان الاهلية مع احتمال العود فاذا أفاق عادت الاهلية فعاد مأذونا وصار كالموكل اذا أفاق بعد جنونه انه تعود الوكالة كذا هذا وأما الاغماء فلا يوجب الحجر لانه لا يبطل الاهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات وأما الذى يرجع الى العبد فانواع أيضا منها اباقه لانه بالاباق تنقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا ينافى الاذن لان تصرف المأذون برضا المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لانه مبطل أهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود الا على سبيل الندرة لزوال ماهو مبنى عليه وهو العقل فلم يكن فى بقاء الاذن فائدة فيبطل ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذونا بخلاف الموكل والله سبحانه وتعالى علم وأما الجنون الذى هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لان غير المطبق منه ليس بمبطل للاهلية لكونه على شرف الزوال فكان فى حكم الاغماء ومنها ردته عند أبى حنيفة وعندهما لا توجب الحجر بناء على وقوف تصرفاته عنده ونفوذها عندهما ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بدار الحرب مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للاهلية فيصير محجورا لكن عند أبى حنيفة رحمه الله من وقت الردة وعندهما من وقت اللحوق والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحجر فهو انحجار العبد فى حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الاذن فلا يملك الاقرار بالدين اذا لم يكن فى يده مال لان صحة اقرار المأذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها فى حق المولى لكن يتبع به بعد العتاق لان اقراره صحيح فى نفسه لصدوره من الاهل لكن لم يظهر للحال لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فيظهر وان كان فى يده مال ينفذ اقراره فيما فى يده عند أبى حنيفة وعندهما لا ينفذ لانه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولابى حنيفة رضى الله عنه انه غير محجور فيما فى يده ولم يصح الحجر فى حق ما فى يده لانه لو صح لتبادر الموالى الى حجر عبيدهم المأذونين فى التجارة اذا علموا ان عليهم دينا لتسلم لهم اكسابهم التى فى أيديهم وقد لا يكون للغرماء بينة على ذلك فيتضرر به الغرماء لتعلق ديونهم بذمة العبد المفلس فكان اقراره فيما فى يده من المال من ضرورات التجارة فاشبه اقرار المأذون بخلاف ما اذا لم يكن فى يده مال لان الحجر من المولى للوصول الى الكسب فاذا لم يكن فى يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر عليه الدين بالبينة أو المعاينة وفى يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب لان حق الغرماء متعلق به ويملك الاقرار على نفسه بالحدود والقصاص صدقه المولى أو كذبه لانه لا ملك للمولى فى نفسه فى حق الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج فى اقامتها الى حضور المولى بالاجماع وفيما اذا ثبت ذلك بينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور فى الجناية عمدا أو خطأ والمأذون سواء وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وسنذكره فيه ان شاء الله تعالى

﴿كتاب الاقرار﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الاقرار وفى بيان الشرائط التى يصير الركن بها اقرارا شرعا وفى بيان ما يصدق المقر فيما ألحق باقراره من القرائن مالا يكون رجوعا حقيقة ومالا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفى بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده أما ركن الاقرار فنوعان صريح ودلالة فالصريح نحو أن يقول لفلان على ألف درهم لان كلمة على كلمة ايجاب لغة وشرعا قال الله تبارك وتعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وكذا اذا قال

لرجل لى عليك الف درهم فقال الرجل نعم لان كلمة نعم خرجت جوابا لكلامه وجواب الكلام اعادة له لغة كانه قال
لك على الف درهم وكذلك اذا قال لفلان فى ذمتى الف درهم لان ما فى الذمة هو الدين فيكون اقراراً بالدين ولو قال لفلان
قبلى الف درهم ذكر القدورى رحمه الله أنه اقرار بامانة فى يده وذكر الكرخى رحمه الله أنه يكون اقراراً بالدين وجه
ماذكره الكرخى أن القبالة هى الكفالة قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل والملائكة قبيلا أى كفيلا والكفالة هى
الضمان قال الله تبارك وتعالى وكفلها زكريا على قراءة التخفيف أى ضمن القيام بأمرها وجه ماذكره القدورى
رحمه الله أن القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الامانة فان محمدا رحمه الله ذكر فى الاصل أن من قال لا حق
لى على فلان يبرأ عن الدين ومن قال لا حق لى عند فلان أو معه يبرأ عن الامانة ولو قال لا حق لى قبله يبرأ عن الدين
والامانة جميعا فكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال ولو قال له فى دراهمى
هذه الف درهم يكون اقراراً بالشركة ولو قال له فى مالى الف درهم ذكر فى الاصل أن هذا اقرار له ولم يذكر أنه مضمون
أو أمانة واختلف المشايخ فيه قال الجصاص رحمه الله انه يكون اقراراً بالشركة له كما فى الفصل الاول لانه جعل ماله ظرفا
للمقربه وهو الالف فيقتضى الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصوراً يكون اقرارا بالشركة وان لم
يكن محصورا يكون إقرارا بالدين فظاهر اطلاق الكتاب يدل على الاقرار بالدين كيف ما كان لان كلمة الظرف فى
مثل هذا تستعمل فى الوجوب قال النبى عليه الصلاة والسلام فى الرقة ربع العشر وفى خمس من الابل السائمة شاة
وفى الركاز الخمس ولو قال له فى مالى ألف درهم لا يكون اقرارا بل يكون هبة لانه ليس فيه ما يدل على الوجوب فى
الذمة لان اللام المضاف الى أهل الملك للتمليك والتمليك بغير عوض هبة واذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم
ولو قال له فى مالى ألف درهم لا حق له فيها فهو اقرار بالدين لان الالف التى لا حق له فيها لا تكون دينا اذ لو كانت هبة
لكان له فيها حق ولو قال له عندى ألف درهم فهو وديعة لان عندى لا تدل على الوجوب فى الذمة بل هى كلمة حضرة
وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب فى الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زائد وكذلك لو قال لفلان معى أو
فى منزلى أو فى بيتى أو فى صندوقى ألف درهم فذلك كله وديعة لان هذه الالفاظ لا تدل الا على قيام اليد على المذكور
وذا لا يقتضى الوجوب فى الذمة لا محالة فلم يكن اقرارا بالدين فكانت وديعة لانها فى متعارف الناس تستعمل فى
الودائع فعند الاطلاق تصرف اليها ولو قال له عندى ألف درهم عارية فهو قرض لان عندى تستعمل فى الامانات
وقد فسر بالعارية وعارية الدراهم والدنانير تكون قرضا اذ لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها واعارة ما لا يمكن الانتفاع
به الا باستهلاكه يكون قرضا فى المتعارف وكذلك هذا فى كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع بها بدون الاستهلاك
فكان الاقرار باعارتها اقرارا بالقرض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الدلالة فهى أن يقول له رجل لى عليك ألف
فيقول قد قضيتها لان القضاء اسم لتسليم مثل الواجب فى الذمة فيقتضى سابقية الوجوب فكان الاقرار بالقضاء اقرارا
بالوجوب ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء فلا يصح الا بالبينة وكذلك اذا قال له رجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها
لانه أضاف الاتزان الى الالف المدعاة والانسان لا يأمر المدعى باتزان المدعى الا بعد كونه واجبا عليه فكان الامر
بالاتزان اقرارا بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال أتزن أو أنتقد لم يكن اقرارا لانه لم توجد الاضافة
الى المدعى فيحتمل الامر باتزان شئ آخر فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال أجلنى بها لان التأجيل
تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين فى الذمة كالدين المؤجل والله تعالى أعلم ولو قال له رجل لى عليك ألف درهم فقال حقا
يكون اقرارا لان معناه حققت فيما قلت لان انتصاب المصدر لا بد له من اظهار صدره وهو الفعل ويحتمل أن يكون
معناه قل حقاً أو الزم حقاً ولكن الاول أظهر وكذلك اذا قال الحق لانه تعريف المصدر وهو قوله حقا وكذلك لو قال
صدقاً أو الصدق أو يقينا أو اليقين لما قلنا ولو قال برا أو البر لا يكون اقرارا لان لفظة البر مشترك تذكر على ارادة
الصدق وتذكر على ارادة التقوى وتذكر على ارادة الخير فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذلك لو قال صلاحا أو

الصلاح لا يكون اقرارا الا ان لفظة الصلاح لا تكون بمعنى التصديق والاقرار فانه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقا فيحمل على الامر بالصلاح والاجتناب عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظتين متجانستين أو مختلفتين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون ملحقا بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان على كذا وما يجرى مجراه خاليا عن القرائن (وأما) الملحق بالقرينة فبيانه يشتمل على فصل بيان ما يصدق للمقر فيما ألحق باقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية على الحقيقة وقرينة مبنية على الاطلاق أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية على الحقيقة فهى المسقطة لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغييرا صورة تبيينا معنى (وأما) القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل في أصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا أما الذى يدخل على أصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار أصلا لان تعليق مشيئة الله تبارك وتعالى بكون الالف في الذمة أمر لا يعرف فان شاء كان وان لم يشأ لم يكن فلا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فان الفاعل اذا قال أنا فاعل ان شاء الله تعالى يستحق ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء في الايمان والله تعالى أعلم بالصواب وكذا اذا علقه بمشيئة فلان لا يصح الاقرار لما قلنا ولو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا أن الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معنى الرجوع والاقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع (وأما) الذى يدخل على وصف المقر به فان كان متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة وان كان منفصلا عنه بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون اقرارا بالدين لان بيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء وهذا لان قوله لفلان على ألف درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك فان قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالاستثناء وانما يصح موصولا لان قوله على ألف درهم يحتمل وجوب الحفظ أى على حفظ ألف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال على ألف درهم وديعة قرضا أو مضاربة قرضا أو بضاعة قرضا أو قال دينا مكان قوله قرضا فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين في معناهما ممكن لجواز أن يكون أمانة في الابتداء ثم يصير مضمونا في الانتهاء اذ الضمان قد يطرأ على الامانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل أو فصل لان الانسان في الاقرار بالضمان على نفسه غير متهم (وأما) الذى يدخل على قدر المقر به فنوعان أحدهما الاستثناء والثانى الاستدراك أما الاستثناء في الاصل فنوعان أحدهما أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والثانى أن يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على ثلاثة أوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من الكل اما استثناء القليل من الكثير فنحو أن يقول على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم ولا خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقى بعد الثنيا كانه قال لفلان على سبعة دراهم الا أن للسبعة اسمان أحدهما سبعة والآخر عشرة الا ثلاثة قال الله تبارك وتعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم سوى ثلاثة دراهم لان سوى من ألفاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان على درهم غير دانق يلزمه خمسة دوانق ولو قال غير دانق بالرفع يلزمه درهم تام (وأما) استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على تسعة دراهم الا عشرة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم

الا ماروى عن أبي يوسف رحمه الله لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة رحمهم الله ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكن يحتمل الوقوع في الجملة فيصح (وأما) استثناء الكل من الكل بان يقول لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة لان هذا ليس باستثناء اذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل ههنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا للكلام ورجوعا عما تكلم به والرجوع عن الاقرار في حق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقي الاقرار ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا درهما زائفا لا يصح الاستثناء عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه عشرة جياد وقال أبو يوسف يصح وعليه عشرة جياد للمقر له وعلى المقر له درهم زائف للمقر بناء على أن الاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المقاصة لا تقف على صفة الجودة بل تقف على الوزن وعند أبي يوسف لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا ووجه البناء على هذا الاصل أنه لو صح الاستثناء لوجب على المقر له درهم زائف وحينئذ تقع المقاصة لان اختلاف صفة الجودة لا تمنع المقاصة عنده واذا وقعت المقاصة يصير المستثنى درهما جيدا لا زائفا وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثناء وعند أبي يوسف رحمه الله لما كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا لتحقق المقاصة ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع كان الواجب على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يؤدي الى تغيير موجب الاستثناء فيصح الاستثناء والصحيح أصل أبي حنيفة رضي الله عنه لان الجودة في الاموال الربوية ساقطة الاعتبار شرعا لقول النبي عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء ولو انعدمت حقيقة لوقعت المقاصة كذا اذا انعدمت شرعا ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا درهم ستوق فقياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه يصح الاستثناء وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم ستوق وقياس قول محمد وزفر رحمهما الله انه لا يصح الاستثناء أصلا وعليه عشرة كاملة بناء على أن المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة وعند محمد وزفر شرط على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولو قال لفلان علي ألف الا قليلا فعليه أكثر من نصف الالف والقول في الزيادة على الخمسمائة قوله لان القليل من أسماء الاضافة فيقتضي أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه قليلا فاذا استثنى القليل من الالف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الاكثر من نصف الالف ولهذا قال بعض أهل التأويل في قوله تبارك وتعالى يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثناء القليل من الامر بقيام الليل يقتضي الامر بقيام أكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف الالف قوله لانه المجمل في قدر الزيادة فكان البيان اليه وكذلك اذا قال الا شيأ لان الاستثناء بلفظة شئ لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دينا في الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثناء وعليه جميع ما أقر به عندنا بأن قال له علي عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعي رحمه الله يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب وان كان المستثنى مما يثبت دينا في الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال لفلان علي عشرة الا درهم أو الا قفيز حنطة أو مائة دينار الا عشرة دراهم أو دينار الا مائة جوزة يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح الاستثناء أصلا (اما) الكلام مع الشافعي رحمه الله في المسألة الاولى فوجه قول الشافعي رحمه الله أن لنص الاستثناء حكما على حدة كالنص المستثنى منه من النفي والاثبات لان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لغة فقوله لفلان علي عشرة دراهم الا درهما معناه الا درهما فانه ليس علي فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنى ولهذا قال ان الاستثناء يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان علي الف درهم الا ثوبا أي الا ثوبا فانه ليس علي من الالف ومعلوم ان عين

الثوب

الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته أى مقدار قيمة الثوب ليس على من الالف وجه قول أصحابنا رضى الله عنهم أنه لا حكم لنص الاستثناء الا بيان أن القدر المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه أصلا لان أهل اللغة قالوا ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وانما يكون تكلما بالباقى اذا كان ثابتا فكان انعدام حكم نص المستثنى منه فى المستثنى لانعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما أن القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدها ان الاستثناء مقارن للمستثنى منه فكانت المعارضة مناقضة والثانى أن المعارضة انما تكون بدليل قائم بنفسه ونص الاستثناء ليس بنص قائم بنفسه فلا يصلح معارضا الا أن يزاد عليه قوله الا كذا فانه كذا وهذا تغيير ومهما امكن العمل بظاهر اللفظ من غير تغيير كان أولى والثالث أن القول بالمعارضة يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد لا يصح كما اذا قال له على عشرة دراهم وليس له على عشرة دراهم واذا كان بيانا فمعنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه اما فى الاسم أو فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق ولم يوجد ههنا على ما ذكره ان شاء الله تعالى وقولهم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات محمول على الظاهر اذ هو فى الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه تحقق معنى المعارضة وهى محال على ما ذكرنا وجه احالته فيكون بيانا حقيقة نفيا أو اثباتا جمعا بين النقلين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الكلام فى المسألة الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الاستثناء استخراج بعض ما لولاه لدخل تحت نص المستثنى منه وذا لا يتحقق الا فى الجنس ولهذا لو كان المستثنى ثوبا لم يصح الاستثناء وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الداخل تحت قوله لفلان على عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة مطلقا مسماة بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة فى اسم الدراهم أمكن تحقيقها فى الوجوب فى الذمة على الاطلاق لان الحنطة فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم ألا ترى أنها تجب دينا موصوفا فى الذمة حالا بالاستقراض والاستهلاك كما تجب سلما وثمنا حالا كالدراهم (فاما) الثوب فلا يحتمل الوجوب فى الذمة على الاطلاق بل سلما أو ثمنا مؤجلا (فاما) مالا يحتمله استقراضا واستهلاكا وثمنا حالا غير مؤجل فامكن تحقيق معنى المجانسة بينهما فى وصف الوجوب فى الذمة على الاطلاق ان لم يكن فى اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثناء فى تحقق معناه وهو البيان من وجه ولا مجانسة بين الثياب والدراهم لا فى الاسم ولا فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق فانعدم معنى الاستثناء أصلا فهو الفرق والله تعالى أعلم ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن وكذا من أقر بسيف لغيره كان له النصل والجفن والحمائل لما قلنا وكذا من أقر بحجلة كان له العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو شيأ منها انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان صح لان اسم البناء لا يتناول العرصة اذ هى اسم للبقعة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا حكم الاستثناء اذا ورد على الجملة الملفوظة فاما اذا ورد الاستثناء على الاستثناء فالاصل فيه ان الاستثناء الداخل على الاستثناء يكون استثناء من المستثنى منه لان المستثنى منه أقرب المذكور اليه فيصرف الاستثناء الثانى اليه ويجعل الباقى منه مستثنى من الجملة الملفوظة وعلى هذا اذا ورد الاستثناء على الاستثناء مرة بعد أخرى وان كثر فالاصل فيه أن يصرف كل استثناء الى ما يليه لكونه أقرب المذكور اليه فيبدأ من الاستثناء الاخير فيستثنى الباقى مما يليه ثم ينظر الى الباقى مما يليه ثم ينظر الى الباقى هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقى منه فيستثنى ذلك من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو القدر المقر به بيان هذه الجملة اذا قال لفلان على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بثمانية دراهم لانا صرفنا

الاستثناء الاخير الى ما يليه فبقى درهمان يستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى خبراً عن
الملائكة قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين استثنى الله
تبارك وتعالى آل لوط من أهل القرية لا من المجرمين لان حقيقة الاستثناء من الجنس وآل لوط لم يكونوا مجرمين ثم
استثنى امرأته من آله فبقيت فى الغابرين ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما
يكون اقرارا بسبعة لانا جعلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهى ثلاثة فبقى درهمان استثناهما من خمسة فبقى ثلاثة
استثناها من الجملة الملفوظة فبقى سبعة وكذلك لو قال لفلان على عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة
دراهم الا درهما يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا الاصل لا يخطئ فى ايراد الاستثناء على الاستثناء وان
كثر هذا اذا كان الاصل متصلا بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلا عنها بان قال لفلان على عشرة دراهم وسكت
ثم قال الا درهما لا يصح الاستثناء عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا ما روى عن عبد الله بن
عباس رضى الله عنهما انه يصح وبه أخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصح متصلا ومنفصلا
كبيان المجمل والتخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثناء اذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا تكون
كلام استثناء لغة لان العرب ما تكلمت به أصلا ولو اشتغل به أحد يضحك عليه كمن قال لفلان على كذا ثم قال
بعد شهر ان شاء الله تعالى لا يعد ذلك تعليقا بالمشيئة حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح
بخلاف بيان المجمل والعام لانهم يتكلمون بذلك مستعمل عندهم متصلا ومنفصلا على ما عرف فى أصول الفقه والله
سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمن قال أنت حر وحر ان شاء الله تعالى انه لا يصح الاستثناء لان
تكرير صيغة التحرير لغو فكان فى معنى السكتة ولو قال لفلان على كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير
لا يصح استثناء كر الحنطة بالاتفاق لانصراف كر الحنطة الى جنسه فيكون استثناء الكل من الكل فلم يصح وهل
يصح استثناء القفيز من الشعير قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح لانه لما لم يصح استثناء كر الحنطة فقد لغا فكانه سكت ثم
استثنى قفيز شعير فلم يصح استثناؤه أصلا والله عز وجل أعلم (وأما) الاستدراك فهو فى الاصل لا يخلو من أحد
وجهين اما أن يكون فى القدر واما أن يكون فى الصفة فان كان فى القدر فهو على ضربين اما أن يكون فى الجنس واما أن
يكون فى خلاف الجنس فنحو أن يقول لفلان على ألف درهم لا بل ألفان فعليه ألفان استحسانا والقياس أن يكون
عليه ثلاثة آلاف (وجه) القياس ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك
والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك فى خلاف الجنس وكما
اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة لا بل ثنتين أنه يقع ثلاث تطليقات وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والمخبر
عنه مما يجرى الغلط فى قدره أو وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهما فيه وهو غير
متهم فى الزيادة على المقر به فتقبل منه بخلاف الاستدراك فى خلاف الجنس لان الغلط فى خلاف الجنس لا يقع
عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسئلة الطلاق أن قوله أنت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعا والانشاء
لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخبارا بان قال لها كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين لا يقع عليها الا طلاقان والله
تعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على كر حنطة لا بل كران ولو قال لفلان على ألف درهم لا بل الف درهم فعليه
الفان لانه متهم فى النقصان فلا يصح استدراكه مع ما أن مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه لالتحاقه بالعدم
(وأما) فى خلاف الجنس كما لو قال لفلان على ألف درهم لا بل مائة دينار أو لفلان على كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكل
لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع الا نادرا والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك فى قدر المقر به (فاما) اذا وقع فى
صفة المقر به بان قال لفلان على ألف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى أرفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم فى زيادة
الصفة متهم فى النقصان فكان مستدركا فى الاول راجعا فى الثانى فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما فى الالف

والالفين والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا رجع الاستدراك الى المقر به فاما اذا رجع الى المقر له بان قال هذه الالف لفلان لا بل لفلان وادعاها كل واحد منهما يدفع الى المقر له الاول لانه لما أقر بها للاول صح اقراره له فصار واجب الدفع اليه فقوله لا بل لفلان رجوع عن الاقرار الاول فلا يصح رجوعه فى حق الاول و يصح اقراره بها للثانى فى حق الثانى ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضى يضمن للثانى لان اقراره بها للثانى فى حق الثانى صحيح ان لم يصح فى حق الاول واذا صح صار واجب الدفع اليه فاذا دفعها الى الاول فقد أتلفها عليه فيضمن وان دفعها الى الاول بقضاء القاضى لا يضمن لانه لو ضمن لا يخلو اما أن يضمن بالدفع (واما) أن يضمن بالاقرار لا سبيل الى الاول لانه مجبور فى الدفع من جهة القاضى فيكون كالمكره ولا سبيل الى الثانى لان الاقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع الى الاول و يضمن للثانى سواء دفع الى الاول بقضاء أو بغير قضاء بخلاف المسئلة الاولى (ووجه) الفرق أن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار به اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين الى المقر له الثانى فيلزمه رد قيمته بخلاف المسئلة الاولى لان الاقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجوب الضمان لانعدام الاتلاف وانما التلف فى تسليم مال الغير الى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول اليه فلا جرم اذا وجد يجب الضمان وكذلك لو قال هذه الالف لفلان أخذتها من فلان أو أقرضنيها فلان وادعاها كل واحد منهما فهى للمقر له الاول و يضمن للذى أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألفا مثله لان الاخذ والقرض كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار بهما اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان فيرد الالف القائمة الى الاول لصحة اقراره بها له و يضمن للثانى ألفا أخرى ضمانا للاخذ والقرض ولو قال اودعنى فلان هذه الالف لا بل فلان يدفع الى المقر له الاول لما بينا ثم ان دفع اليه بغير قضاء القاضى يضمن للثانى بالاجماع وان دفع بقضاء القاضى فعند أبى يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان اقراره بالايداع من الثانى صحيح فى حق الثانى فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالاقرار للاول بل استهلكه فكان مضمونا عليه (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع الى الاول بالاقرار والدفع بقضاء القاضى لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع الى هذه الالف فلان وهى لفلان وادعى كل واحد منهما انها له فهى للدافع لان اقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثانى فى حق الاول لكن يصح فى حق الثانى ولو قال هذه الالف لفلان دفعها الى فلان فهى للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شئ فاذا ادعى الثانى ضمن له ألفا أخرى لما بينا ان الاقرار بها للاول يوجب الرد اليه وهذا يمنع صحة اقراره للثانى فى حق الاول لكنه يصح فى حق الثانى ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضى يضمن وان دفعه بقضاء القاضى فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن والحجج من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو قال هذه الالف لفلان ارسل بها الى فلان فانه يردها على الذى أقر انها ملكه وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يصح اقراره للثانى عند أبى حنيفة فرق أبو حنيفة عليه الرحمة بين العين والدين بان قال لفلان على ألف درهم قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما أن عليه لكل واحد منهما ألفا (ووجه) الفرق ان المقر به للاول هناك ألف فى الذمة فيلزمه ذلك باقراره له و لزمه ألف أخرى لفلان باقراره بقبضها منه اذ القبض سبب لوجوب الضمان فلزمه ألفان وههنا المقر به عين مشار اليها فمتى صح اقراره بها لم يصح للثانى وذكر قول أبى يوسف فى الاصل فى موضعين أحدهما انه لا ضمان عليه للثانى بحال بانتهاء الرسالة بالوصول الى المقر وفى الآخر انه ان دفع بغير قضاء القاضى يضمن فان قال الذى أقر له انها ملكه ليست الالف لى وادعاها الرسول لان اقراره للاول قد ارتد برده وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالرد اليه ولو كان الذى أقر له أنها ملكه غائبا وأراد الرسول أن يأخذها وادعاها لنفسه لم يأخذها كذا روى عن أبى يوسف لان رسالته قد انتهت بالوصول الى المقر ولو أقر الى خياط فقال هذا الثوب أرسله الى فلان لاقطعه قميصا وهو لفلان فهو للذى

أرسله اليه وليس للثانى شئ لانه أقر باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره بالملك الثانى كما اذا قال دفع الى هذه الالف فلان وهى لفلان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذى فى يدى لفلان أرسله الى فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذى أقر له أول مرة ولا يضمن للثانى شيأ فى قياس قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يضمن بناء على أن الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك فى يده عنده فاشبه الوديعة وعندهما عليه الضمان فاشبه الغصب والله سبحانه وتعالى العليم

﴿فصل﴾ (وأما) القرينة المبنية على الاطلاق فهى المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذاك قبل وجود القرينة فاذا وجدت القرينة يتعين البعض مرادا باللفظ من غير تغيير أصلا ثم ينظر ان كان اللفظ يحتملهما على السواء يصح بيانه متصلا كان أو منفصلا وان كان لاحدهما ضرب رجحان فان كان الافهام اليه أسبق عند الاطلاق من غير قرينة فان كان منفصلا لا يصح وان كان متصلا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان تضمن معنى الرجوع لا يصح الا بتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة أيضا يتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل على أصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدر المقر به (أما) الذى يدخل على أصل المقر به فهو أن يكون المقر به مجهول الذات بأن قال لفلان على شئ أو حق يصح لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن كائن وذلك قد يكون معلوما وقد يكون مجهولا بأن أتلف على آخر شيأ ليس من ذوات الامثال فوجبت عليه قيمته أو جرح آخر جراحة ليس لها فى الشرع أرش مقدر فأقر بالقيمة والارش فكان الاقرار بالمجهول اخبارا عن المخبر على ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لان جهالة المشهود به تمنع القضاء بالشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الاقرار فيصح ويقال له بين لانه المجمل فكان البيان عليه قال الله تبارك وتعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم ان علينا بيانه ويصح بيانه متصلا ومنفصلا لانه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كبيان المجمل والمشترك لكن لا بد وأن يبين شيأ له قيمة لانه أقر بما فى ذمته وما لا قيمة له لا يثبت فى الذمة ثم اذا بين شيأ له قيمة فالامر لا يخلو من أحد وجهين اما ان صدقه فى ذلك وادعى عليه زيادة واما ان كذبه وادعى عليه مالا آخر فان صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة أخذ ذلك القدر المبين وأقام البينة على الزيادة والا احلفه عليها ان أراد لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان كذبه وادعى عليه مالا آخر أقام بينة على مال آخر والا احلفه عليه وليس له أن يأخذ القدر المبين لانه أبطل اقراره له بالتكذيب وكذلك اذا أقر انه غصب من فلان شيأ ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وأن يبين شيأ يتمانع فى العادة ويقصد بالغصب لان ما لا يتمانع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب أو غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك أن يكون مالا متقوما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى يشترط حتى لو بين انه غصب صبيا حرا أو غصب جلد ميتة أو خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الآخرين حتى يبين شيأ هو مال متقوم (وجه) قول مشايخ العراق ان الحكم الاصلى للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف على كون المغصوب مالا متقوما (وجه) قول مشايخنا ان المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان أحدهما وجوب رد العين عند القدرة والثانى وجوب قيمتها عند العجز فكان اقراره بغصب شئ اقرارا بغصب ما يحتمل موجبه وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار ذكر القدورى رحمه الله انه يصدق وهذا على قياس قول مشايخ العراق لان العقار وان لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فهو مضمون الرد بالاتفاق وعند محمد رحمه الله هو مضمون القيمة أيضا فاما على قياس قول مشايخنا على قياس قول محمد يصدق (وأما) على قياس قولهما لا يصدق لانه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا قال لفلان على مال يصدق فى القليل والكثير لان المال اسم ما يتمول وذا يقع على القليل والكثير فيصح بيانه متصلا ومنفصلا ولو قال لفلان على الف ولم يبين فالبيان اليه والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذى يدخل على وصف المقر به فهو أن يكون المقر به معلوم الاصل مجهول الوصف نحو أن يقول غصب من فلان عبداً أو جارية أو ثوبا من العروض فيصدق فى البيان من جنس ذلك سليما كان أو معيبا لان الغصب يرد على السليم والمعيب عادة وقد بين الاصل وأجمل الوصف فيرجع فى بيان الوصف اليه فيصح متصلا ومنفصلا ومتى صح بيانه يلزمه الرد ان قدر عليه وان عجز عنه تلزمه القيمة لان المغصوب مضمون على هذا الوجه والقول قوله فى مقدار قيمته مع يمينه لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك لو أقر انه غصب من فلان داراً وقال هى بالبصرة يصدق لانه أجمل المكان فكان القول فى بيان المكان اليه فيلزمه تسليم الدار اليه ان قدر عليه وان عجز عنه بان خربت أو قال هى هذه الدار التى فى يدى زيد وزيد ينكر فالقول قول المقر عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الآخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على ان العقار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلافا له فاذا أقر بالف درهم وقال هى زيوف أو نبهرجة فهذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر بذلك مطلقا من غير بيان الجهة واما ان بين الجهة فان أطلق بان قال لفلان على الف درهم ولم يذكر له جهة أصلا وقال هى زيوف أو نبهرجة فان وصل يصدق وإن فصل لا يصدق لان اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والزيوف فكان قوله زيوف بيانا للنوع الا أنه يصح موصولا لا مفصولا لانها عند الاطلاق تصرف الى الجياد فكان فصل البيان رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندى الف درهم وقال هى زيوف أو نبهرجة يصدق وصل أو فصل لان هذا اقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون زيوفا على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا اذا أطلق ولم يبين الجهة أما اذا بين الجهة بان قال لفلان على الف درهم ثمن مبيع وقال هى زيوف أو نبهرجة فلا يصدق وان وصل وعليه الجياد اذا ادعى المقر له الجياد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق (وجه) قولهما ماذكرنا آنفا ان اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم جنس والزيافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لانه نوع من الجنس لكن عند الاطلاق ينصرف الى الجياد فيصح بيانه موصولا لوقوعه تعيينا لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصح مفصولا لكونه رجوعا عن الاقرار (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة أن قوله هى زيوف بعد النسبة الى ثمن المبيع رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مبادلة فيقتضى سلامة البدلين لان كل واحد من العاقدين لا يرضى الا بالبدل السليم فكان اقراره بكون الدراهم ثمنا اقرارا بصفة السلامة فاخباره عن الزيافة يكون رجوعا فلا يصح كما اذا قال بعتك هذا العبد على أنه معيب لا يصدق وان وصل كذا هذا ولو قال لفلان على ألف درهم قرضا وقال هى زيوف فالجواب فيه كالجواب فى البيع ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق بخلاف البيع (وجه) الرواية الاولى أن القرض فى الحقيقة مبادلة المال بالمال كالبيع فكان فى استدعاء صفة السلامة كالبيع (وجه) الرواية الاخرى أن القرض يشبه الغصب لانه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الزيافة مقبول فى الغصب كذا فى القرض و يشبه البيع لانه تمليك مال بمال فلشبهه بالغصب احتمل البيان فى الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملا بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصبت من فلان ألف درهم وقال هى زيوف أو نبهرجة يصدق سواء وصل أو فصل وروى عن أبى يوسف أنه لا يصدق اذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الغصب فى الاجود لا يستدعى صفة السلامة لانه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق فكان محتملا للبيان متصلا أو منفصلا لانعدام معنى الرجوع فيه ولهذا لو كان المقر به غصب عبد بان قال غصبت من فلان عبدا ثم قال غصبته وهو معيب يصدق وان فصل كذا هذا ولو قال اودعنى فلان ألف درهم وقال هى زيوف يصدق بلا خلاف فصل أو وصل لان الايداع استحفاظ المال وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب فكان الاخبار عن الزيافة بيانا محضا فلا يشترط لصحته الوصل لانعدام تضمن معنى الرجوع وأبو يوسف رحمه الله على ماروى عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه فى الوديعة موصولا كان البيان أو مفصولا ولم يصدقه

فى الغصب الا موصولا (ووجه) الفرق له أن ضمان الغصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فاشبه ضمان المبيع وهو الثمن وفى باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا فى الغصب (فاما) الواجب فى باب الوديعة فهو الحفظ والمعيب فى احتمال الحفظ كالسليم فهو الفرق له والله أعلم بالصواب هذا اذا أقر بالدراهم وقال هى زيوف أو نبهرجة فاما اذا أقر بها وقال هى ستوقة أو رصاص ففى الوديعة والغصب يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم الا أنه يسمى بها مجازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء (وأما) فى البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقة أو رصاص فلا يصدق عند أبى حنيفة فصل أو وصل وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زيوف لا يصدق عنده وصل أو فصل فههنا أولى وعند أبى يوسف يصدق ولكن يفسد البيع أما التصديق فلان قوله ستوقة أو رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال بالف بيض أو بالف سود (وأما) فساد البيع فلان تسمية الستوقة فى البيع يوجب فساده كتسمية العروض وروى عن أبى يوسف فيمن قال لفلان على ألف درهم بيض زيوف أو وضح زيوف أنه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان على ألف درهم جياد زيوف أو نقد بيت المال زيوف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والزيافة اذ البيض قد تكون جيادا وقد تكون زيوفا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياد لان الجودة لا تحتمل الزيافة لتضاد بين الصفتين فلا يصدق أصلا وعلى هذا اذا أقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان ذكر عبدا معينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير تعيين بان قال لفلان على ألف درهم ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه فان صدقه فى البيع يقال للمقر له ان شئت أن تأخذ الالف فسلم العبد والا فلا شئ لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضى تسليما بازاء تسليم وان كذبه فى البيع وقال ما بعت منك شيأ والعبد عبدى ولى عليك الف درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له لانه يدعى عليه البيع وهو ينكر ولا شئ له على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع فان ذكر عبدا بغير عينه فعليه الالف عند أبى حنيفة ولا يصدق فى عدم القبض سواء وصل أم فصل صدقه المقر له فى البيع أو كذبه وكان أبو يوسف أولا يقول ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسئل المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه فى القبض كان القول قول المقر سواء وصل أو فصل وان كذبه فى البيع وادعى عليه الفا أخرى ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهو قول محمد (وجه) قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا أن الغالب هو القبض فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه معنى التغيير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قوله الآخر وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم فى البيع فكان قوله لم أقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فلا يشترط له الوصل لبيان المجمل والمشترك واذا كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان على الف درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم أقبضه لا يجب عليه التسليم الا بتسليم العبد فكان بيانا فيه معنى التغيير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء (ووجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قوله لم أقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرارا بقبض المبيع فقوله لم أقبضه يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان على الف درهم ثمن خمر أو خنزير فعليه الف ولا يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يلزمه شئ (وجه) قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب فى ذمة المسلم لانه ثمن خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره أصلا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بالف واجب فى ذمته وقوله ثمن خمر أو خنزير ابطال لما أقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكنى لم أقبضه يصدق وصل أو فصل لان الشراء قد

يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بيانا محضا فيصح متصلا أو منفصلا ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض انما طلبت اليه القبض فأقرضني ولم أقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل (وجه) القياس ان المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقرارا بالقبض كما لا يكون الاقرار بالبيع اقرارا بالقبض (وجه) الاستحسان ان تمام القرض بالقبض كما ان تمام الايجاب بالقبول فكان الاقرار به اقرارا بالقبض ظاهرا لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بيانا معنى فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء والاستدراك وكذلك لو قال أعطيتني الف درهم أو أودعتني أو أسلفتني أو أسلمت الى وقال لم أقبض لا يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطاء والايداع والاسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصا عند الاضافة فلا يصح منفصلا لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلا ولو قال بعتني دارك أو آجرتني أو أعرتني أو وهبتني أو تصدقت علي وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل أما البيع والاجارة والاعارة لان القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالقبض وأما الهبة والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التمليك وكذلك الصدقة وانما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه يحنث ولو قال نقدتني الف درهم أو دفعت الى الف درهم وقال لم أقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق وجه قوله ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الاداء والتسليم والاعطاء والاسلام و يحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشريطة الوصل كما في هذه الاشياء (وجه) قول أبي يوسف ان القبض من لوازم هذين الفعلين أعني النقد والدفع خصوصاً عند صريح الاضافة والاقرار باحد المتلازمين اقرار بالآخر فقوله لم أقبض يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح وعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصبا لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فالقول قول المقر مع يمينه (ووجه) الفرق ان أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقرارا بسبب الوجوب فدعوى الاذن تكون دعوى البراءة عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادقا على ان الاخذ كان باذن والاخذ باذن لا يكون سببا لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بجهة الضمان فلا يصدق الا ببينة ولو قال أودعتني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وديعة أو أعطيتني الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه ما أقر بسبب وجوب الضمان اذ المقر به هو الايداع والاعطاء وانهما ليسا من اسباب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك او دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظر في ذلك ان هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانها ليست بسبب لوجوب الضمان وان هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير و ركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال له دفعت الى الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو أقر بألف درهم مؤجلة بأن قال لفلان علي الف درهم الى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة و يحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لان الظاهر شاهد للمقر لان الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم وعلى هذا اذا أقر انه اقتضى من فلان الف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

له ان يكون له عليه شيء وقال هو مالى قبضته منى فالقول قوله مع يمينه و يؤمر بالرد اليه لان الاقرار بالاقتضاء اقرار بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان فى الاصل بالنص فكان الاقرار بالقبض اقراراً بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بدعوة القبض بجهة الاقتضاء يدعى براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا أقر انه قبض منه الف درهم كانت عنده وديعة وأنكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا ولو قال أسكنت فلانا بيتى ثم أخرجته وادعى الساكن انه له فالقول قول المقر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو قال أعرته دابتى ثم أخذتها منه وقال صاحبه هى لى فهو على هذا الاختلاف (وجه) قولهما ان قوله أسكنته دارى ثم أخرجته وأعرته دابتى ثم أخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولهذا لو غاب ابه سكن الدار فزعم المقر انه أعارهما(١) منه لم يقبل قوله فكذا اذا أقر وجه قول أبى حنيفة ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بجهة الاعارة والسكنى وهذا لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذى أقر به فيرجع فى بيان كيفية اليد اليه ولو أقر فقال ان فلانا الخياط خاط قميصى بدرهم وقبضت منه القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذى ذكرنا ولو قال خاط لى هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم يؤمر بالرد عليه بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضه منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه فى بيته فلم تثبت يده عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو لى منه دعوى التملك فلا تسمع منه الا ببينة ولو أقر ان فلانا ساكن فى هذا البيت والبيت لى وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعى الا ببينة ولو أقر ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك فى يدى المقر وادعى المقر له انه له فالقول قول المقر لان الاقرار بالزرع والغرس والبناء لا يكون اقرارا باليد لجواز وجودها فى يد الغير فلا يؤمر بالرد اليه والله تعالى أعلم وعلى هذا ان من أعتق عبده ثم أقر المولى انه أخذ منه هذا الشيء فى حال الرق وهو قائم بعينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قول العبد و يؤمر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضى وجوب الرد وقول المولى لا ينفى الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان المولى اذا أخذ كسب عبده المأذون المديون يلزمه الرد اليه ولو أقر بالاتلاف بان قال أتلفت عليك مالا وأنت عبدى وقال العبد لا بل أتلفته وأنا حر فالقول قول العبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد القول قول المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعتها بعد العتق ولو تنازعا فى الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهى ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى بالاتفاق وكذلك لو ادعى المولى وطء الامة قبل العتق وادعت الامة بعد العتق فالقول قول المولى بالاجماع (وجه) قول محمد وزفر رحمهما الله ان المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لانه أضاف الضمان الى حال الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرق ينافى الضمان اذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان فكان منكرا وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعى وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله فى الغلة والوطء كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ان اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى لان اتلاف مال الحر يوجب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفى الوجوب لانه أقر بالاخذ والاخذ فى الاصل سبب لوجوب الضمان والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان اتلاف كسب العبد المأذون المديون ديناً مستغرقا للرقبة والكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقى خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لان وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلا وكذلك أخذ ضريبة العبد وهى الغلة لا يوجب الضمان على المولى فان المولى اذا أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسترداد على ما مر فى كتاب المأذون فكان المولى بقوله كان

(١) هكذا بالأصل

قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل فى الوطء ان لا يكون سبباً لوجوب الضمان لانه اتلاف منافع البضع والاصل فى المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فترجح خبر المولى بشهادة الاصل له فكان أولى بالقبول كما فى الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته فاما الاصل فى أخذ المال ان يكون سببا لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهدا للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع فى الاصل غير مضمونة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا استأمن الحربى أو صار ذمة فقال له رجل مسلم أخذت منك الف درهم وأنت حربى فى دار الحرب فقال له المقر لا بل أخذته وأنا مستأمن أو ذمى فى دار الاسلام والالف قائمة بعينها فالقول قول المقر له و يؤمر بالرد اليه بالاجماع ولو قال أخذت منك الفا فاستهلكتها وأنت حربى فى دار الحرب أو قال قطعت يدك وقال المقر له لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمى فى دار الاسلام فالقول قول المقر له و يضمن له المقر ما قطع وأتلف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله لا يضمن شيئاً (وجه) قول محمد وزفر ان المولى منكر وجوب الضمان لاضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب وهى حالة الحراب والقول قول المنكر (وجه) قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة أصل فى النفوس والسقوط بعارض المسقط فالقول قول من يشهد له الاصل وعلى هذا اذا قال لفلان على الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الالف وزنا لا عددا لان الدراهم فى الاصل موزونة الا اذا كان الاقرار فى بلدة دراهمها عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال لفلان على الف درهم عددا يلزمه الف درهم وزنا و يلغو ذكر العدد و يقع على ما يتعارفه أهل البلد من الوزن وهو فى ديارنا وخراسان والعراق وزن سبعة وهو الذى يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار فى هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان كان الاقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد فان استوت يحمل على الاقل منها لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها والوجوب فى الذمة أو لم يكن والوجوب فى أقله لم يكن فى وقع الشك فى ثبوته فلا يثبت مع الشك ولو سمى زيادة على وزن البلد أو أنقص منه بان قال لفلان على الف درهم وزن خمسة ان كان موصولا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لانصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن البلد فكان الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال لفلان على الف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن المعروف وهو غير متهم فى الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو أقر وهو ببغداد فقال لفلان على الف درهم طبرية يلزمه الف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية خرج وصفا للدراهم أى دراهم منسوبة الى طبرستان فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لفلان على كر حنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه كر حنطة موصلية لكن بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لفلان على دينار شامى أو كوفى فعليه ان يعطيه دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه دينارين وزنهما جميعاً مثقال بخلاف الدراهم انه اذا أعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبير انه يجبر على القبول كذا ذكر فى الكتاب وكان فى عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة فكان نقصان الوزن فيه وضيعة كذلك اعتبر الوزن والعدد جميعا وفى الدراهم بخلاف فاما فى عرف ديارنا فالعبرة للوزن فسواء أعطاه دينارا واحدا أو دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثقالا وكذلك لو قال لفلان على قفيز حنطة فهو بقفيز البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا فى الدراهم والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذى يدخل على قدر المقر به فهو ان يكون المقر به مجهول القدر وانه فى الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان يذكر عددا واحدا واما ان يجمع بين عددين فالاول نحو ان يقول لفلان على دراهم أو دنانير لا يصدق فى أقل من ثلاثة لان الثلاثة أقل الجمع الصحيح فكان ثابتا بيقين وفى الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لفلان على دراهم

أو دنينير فعليه درهم تام ودينار كامل لان التصغير له قد يذكر لصغر الحجم وقد يذكر لاستحقار الدرهم واستقلاله وقد يذكر لنقصان الوزن فلا ينتقص عن الوزن بالشك وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على شيء من دراهم أو شيء من الدراهم ان عليه ثلاثة دراهم لانه أجمل الشيء وفسره بدراهم أى الشيء الذى هو دراهم كما في قوله تبارك وتعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان أى الرجس التي هي أوثان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال لفلان على دراهم مضاعفة لا يصدق في أقل من ستة لان أقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة وأقل التضعيف مرة واحدة فاذا ضعفنا الثلاثة مرة تصير ستة ولو قال لفلان على دراهم اضعافا مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانية عشر لما بينا ان الدراهم المضاعفة ستة وأقل اضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم واضعافها مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانين لانه ذكر عشرة دراهم وضاعف عليها اضعافها مضاعفة وأقل اضعاف العشرة ثلاثون فذلك أربعون وأقل تضعيف الاربعين مرة فذلك ثمانون وروى عن محمد فيمن قال لفلان على غير الف ان عليه الفين ولو قال غير الفين عليه أربعة آلاف لان غير من أسماء الاضافة فيقتضى ما يغايره لاستحالة مغايرة الشيء نفسه فاقتضى الفا تغاير الالف الذى عليه فصار معناه لفلان على غير الف أى غير هذا الالف الف آخر فكان اقرارا بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ويحتمل ان يكون قوله غير الف أى مثل الف لان المغايرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشيء مماثلا لنفسه ولهذا قيل في حدها غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكتابة فصحت الكتابة عن المماثلة بالمغايرة فاذا قال لفلان على غير الف درهم فكانه قال مثل الف ومثل الالف الف مثله فكان اقرارا بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ولو قال على زهاء الف أو عظم الف أو جل الف فعليه خمسمائة وشيء لان هذه عبارات عن أكثر هذا القدر في العرف وكذا اذا قال قريب من الف لان خمسمائة وشيأ أقرب الى الالف من خمسمائة ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق في أقل من عشرة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يصدق في أقل من مائتى درهم (وجه) قولهما ان المقر به دراهم كثيرة وما دون المائتين في حد القلة ولهذا لم يعتبر ما دونه نصاب الزكاة (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه انه جعل الكثرة صفة للدراهم وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة ألا ترى انه اذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهما واثنى عشر درهما هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم أو كثير لا يصدق في أقل من مائتى درهم في المشهور وروى عن أبي حنيفة رحمه الله ان عليه عشرة (وجه) ما روى عنه انه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع ألا ترى انه علق قطع اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح (وجه) القول المشهور ان العشرة لا تستعظم في العرف وانما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفا فلا يصدق في أقل من ذلك وقيل ان كان الرجل غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على ما يستعظم عند الفقراء ولو قال على أموال عظام فعليه ستمائة درهم لان عظام جمع عظيم وأقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات فاما على ما روى عن أبي حنيفة رضى الله عنه فيقع على ثلاثين درهما ولو قال غصبت فلانا ابلا كثيرة فهو على خمس وعشرين لانه وصف بالكثرة ولا تكثر الا اذا بلغت نصابا تجب الزكاة فيها في جنسها وأقل ذلك خمس وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند أبي حنيفة رحمه الله البيان اليه وعندهما لا يصدق في أقل من خمسة أوسق بناء على ان النصاب في باب العشر ليس بشرط عند أبي حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان على ما بين مائة الى مائتين أو من مائة الى مائتين فعليه مائة وتسعة وتسعون عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه مائتان وعند زفر عليه تسعة وتسعون وكذلك اذا قال لفلان على ما بين درهم الى عشرة أو من درهم الى عشرة فعليه تسعة دراهم عند أبي حنيفة وعندهما

عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال ما بين هذين الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان فى اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم وأشار الى الدرهم بين لفلان لم يدخل الدرهمان تحت اقراره بالاتفاق والاصل فيه ان الغايتان لا يدخلان وعندهما يدخلان وعند أبى حنيفة يدخل الاول دون الآخر وجه قول زفر ان المقر به ما ضربت به الغاية لا الغاية فلا تدخل الغاية تحت ما ضربت له الغاية وهنا لم يدخل فى باب البيع (وجه) قولهما انه لما جعلهما غايتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما (وجه) قول أبى حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية ألا ترى انه اذا قيل سن فلان ما بين تسعين الى مائة لا يراد به دخول المائة كذا ههنا ولو قال لفلان على ما بين كرشعير الى كرحنطة فعليه كرشعير وكرحنطة الاقفيزا على قياس قول أبى حنيفة وعندهما عليه كران ولو قال لفلان على من درهم الى عشرة دنانير أو من دينار الى عشرة دراهم فعند أبى حنيفة رحمه الله عليه أربعة دنانير وخمسة دراهم تجعل الغاية الاخيرة من أفضلهما وعندهما عليه خمسة دنانير وخمسة دراهم وعند زفر عليه من كل جنس أربعة ولو قال له على من عشرة دراهم الى عشرة دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له على من عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم أو أخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا الاختلاف فى الوصية والطلاق ولو قال لفلان على خمسة دراهم فى خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون (وجه) قوله ان خمسة فى خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك (ولنا) ان الشئ لا يتكثر فى نفسه بالضرب وانما يتكثر باجزائه فخمسة فى خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان فى تحتمل مع لمناسبة بينهما فى معنى الاتصال ولو أقر بتمر فى قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوبا فى منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو أقر بدابة فى اصطبل لا يلزمه الاصطبل بالاجماع (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الداخل تحت الاقرار التمر والثوب لا القوصرة والمنديل لما ذكرنا ان ذلك ظرف فالاقرار بشئ فى ظرفه لا يكون اقراراً به وبظرفه كالاقرار بدابة فى الاصطبل وبنخلة فى البستان انه لا يكون اقراراً بالاصطبل والبستان (ولنا) أن الاقرار بالتمر فى قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب فى منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملفوف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير معتاد مع ان العقار لا يحتمل الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولو قال لفلان على ثوب فى ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب فى عشرة أثواب فليس عليه الا ثوب واحد عند أبى يوسف وعند محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوبا (وجه) قول محمد رحمه الله انه جعل عشرة أثواب ظرفا للثوب الواحد وذلك محتمل بان يكون فى وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب فى منديل أو فى ثوب (وجه) قول أبى يوسف ان ما ذكره محمد ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عددا واحدا مجملا فان ذكر عددا واحدا معلوما لكن أضافه الى صنفين بان قال لفلان على مائتا مثقال ذهب وفضة أو كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمى أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عددا واحدا وأضافه الى عددين من غير بيان حصة كل واحد منهما فتكون حصة كل واحد منهما على السواء كما اذا أضافه الى شخص واحد بان أقر بمائتى درهم لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعنى ثلاثة أثواب زطى ويهودى فالقول قول المقر ان شاء جعل زطيين ويهوديا وان شاء جعل يهوديين وزطيا لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطى واليهودى فيكون زطى ويهودى مرادا بيقين فكان البيان فى الآخر اليه لتعذر اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعنى عشرة أثواب هروية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا ممكن وأما اذا جمع بين عددين فلا يخلو اما أن جمع بين عددين مجملين واما ان أجمل

أحدهما و بين الآخر فان جمع بين عددين مجملين بان قال لفلان على كذا كذا درهما لا يصدق فى أقل من أحد عشر درهما لانه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر واثنى عشر هكذا الى تسعة عشر الا ان أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به و يلزمه احد عشر درهما لانه فسر هذا العدد بالدراهم لا بغيرها ولو قال لفلان على كذا وكذا درهما لا يصدق فى أقل من احدى وعشرين درهما لانه جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع وجعلهما اسما واحدا وأقل ذلك احدى وعشرون وأما اذا أجمل أحدهما و بين الآخر فنحو ان يقول لفلان على عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والقول قوله فى النيف من درهم أو أكثر أو أقل لانه عبارة عن مطلق الزيادة ولو قال لفلان على بضع وخمسون درهما لا يصدق فى بيان البضع فى أقل من ثلاثة دراهم لان البضع فى اللغة اسم لقطعة من العدد وفى عرف اللغة يستعمل فى الثلاثة الى التسعة فيحمل على أقل المتعارف لانه متيقن به ولو قال لفلان على عشرة دراهم ودانق أو قيراط فالدانق والقيراط من الدراهم لانه عبارة عن جزء من الدراهم كأنه قال لفلان على عشرة وسدس ولو قال لفلان على مائة ودرهم فالمائة دراهم ولو قال مائة ودينار فالمائة دنانير و يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله فى المائة (وجه) القياس انه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم والقول فى المبهم قوله (وجه) الاستحسان ان قوله لفلان على مائة ودرهم أى مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا فى عرف الناس الا انه حذف الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاضمار والحذف فى الكلام وكذلك لو قال لفلان على مائة وشاة فالمائة من الشياه عليه تعرف الناس ولو قال لفلان على مائة وثوب فعليه ثوب والقول فى المائة قوله لان مثل هذا لا يستعمل فى بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقيت المائة مجملة فكان البيان فيها أجمل عليه وكذلك اذا قال مائة وثوبان ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل وقوله أثواب يصلح تفسيرا لهما فجعل تفسيرا لهما وكذلك روى عن أبى يوسف رحمه الله فيمن قال لفلان على عشرة وعبد ان عليه عبد والبيان فى العشرة اليه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على عشرة و وصيفة ان عليه وصيفة والبيان فى العشرة اليه ولو أقر لرجل بالف فى مجلس ثم أقر له بالف أخرى نظر فى ذلك فان أقر له فى مجلس آخر فعليه ألفان عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد عليه الف واحدة وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه أيضا وان أقر له فى مجلس واحد فعندهما لا يشكل ان عليه الفا واحدا وأما عند أبى حنيفة ذكر عن الكرخى ان عليه ألفين وذكر عن الطحاوى ان عليه ألفا واحدا وهو الصحيح (وجه) قول أبى يوسف ومحمد ان العادة بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد فى مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك فى مجلس واحد ليفهم الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك (وجه) قول أبى حنيفة ان الالف المذكور فى الاقرار الثانى غير الالف المذكور فى الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من الالفين منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثانى غير الاول قال الله تبارك وتعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضى الله عنه لن يغلب عسر يسرين الا انا تركنا هذا الاصل فى المجلس الواحد للعادة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع لكن بعضها يعم الاقارير كلها و بعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة فأنواع منها العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبى الذى لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط فيصح اقرار الصبى العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا فى كتاب المأذون الا انه لا يصح اقرار المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للضرورة ولم يوجد وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف

المأذون لان اقرار المأذون انما صح لكونه من ضرورات التجارة على ماذكر فى كتاب المأذون والمحجور لا يملك التجارة فلا يملك ما هو من ضروراتها الا انه يصح اقراره فى حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه فى حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرض ليس بمانع حتى يصح اقرار المريض فى الجملة لان صحة اقرار الصحيح برجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحال المريض أدل على الصدق فكان اقراره أولى بالقبول على ماذكره فى موضعه وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار لانه فى الاقرار على نفسه غير متهم ومنها ان لا يكون متهما فى اقراره لان التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب فى اقراره لان اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالتهمة وفروع هذه المسائل تأتى فى خلال المسائل ان شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما ذكرنا فى كتاب الاكراه ومنها ان يكون المقر معلوما حتى لو قال رجلان لفلان على واحد منا ألف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر له من المطالبة فلا يكون فى هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك اذا قال أحدهما غصب واحد منا وكذلك اذا قال واحد منا زنى أو سرق أو شرب أو قذف لان من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن اقامة الحد وأما الذى يخص بعض الاقارير دون البعض فمعرفته مبنية على معرفة أنواع المقر به فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان المقر به فى الاصل نوعان أحدهما حق الله تعالى عز شأنه والثانى حق العبد اما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا أحدهما ان يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب والثانى ان يكون للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار بها شرائط ذكرناها فى كتاب الحدود

﴿ فصل ﴾ وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها ولا يشترط لصحة الاقرار بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهى ماذكرنا من العدد ومجلس القضاء والعبارة حتى ان الاخرس اذا كتب الاقرار بيده أو أومأ بما يعرف انه اقرار بهذه الاشياء يجوز بخلاف الذى اعتقل لسانه لان للاخرس اشارة معهودة فاذا أتى بها يحصل العلم بالمشار اليه وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة الاشارة مقام العبارة أمر ضرورى والخرس ضرورة لانه أصلى (فأما) اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف الزوال بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على صريح البيان بخلاف القصاص فانه غير مبنى على صريح البيان فانه اذا أقر مطلقا عن صفة التعمد بذكر آلة دالة عليه وهى السيف ونحوه يستوفى بمثله القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحو حتى يصح اقرار السكران لانه يصدق فى حق المقر له انه غير صاحى أو لانه ينزل عقله قائما فى حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحى معزواله حقيقة عقوبة عليه وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرائط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به (أما) الذى يرجع الى المقر له فنوع واحد وهو ان يكون معلوما موجودا كان أو حملا حتى لو كان مجهولا بان قال لواحد من الناس على أو لزيد على ألف درهم لا يصح لانه لا يملك أحد مطالبته فلا يفيد الاقرار حتى لو عين واحدا بان قال عنيت به فلانا يصح ولو قال لحمل فلانة على ألف درهم فان بين جهة يصح وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بان قال المقر أوصى بها فلان له أو مات أبوه فورثه صح الاقرار لان الحق يجب له من هذه الجهة فكان صادقا فى اقراره فيصح وان أجمل الاقرار لا يصح عند أبى يوسف وعند محمد يصح (وجه) قول محمد ان اقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على اقراره على جهة مصححة له وهى ماذكرنا فوجب

حمله عليه (وجه) قول أبي يوسف ان الاقرار المبهم له جهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع ما ان الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع صحة الاقرار فن وجهين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر للحمل (أما) اذا أقر بالحمل بان أقر بحمل جارية أو بحمل شاة لرجل صح أيضاً لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب في الذمة بان أوصى له به مالك الجارية والشاة فاقر به والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى المقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحة الفراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولا بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق (أما) وقت التعلق فهو وقت مرض الموت فما دام المديون صحيحا فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أي يتعين فيها ويتحول من الذمة اليها الا انه لا يعرف كون المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فتبين ان التعلق يثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك الوقت ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما يفترقان فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول وبالله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره (فأما) اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من أحد وجهين (اما) ان أقر به لاجنبي أو لوارث فان أقر به لوارث فلا يصح الا باجازة الباقين عندنا وعند الشافعي يصح (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث (ولنا) ما روي عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا ولانه متهم في هذا الاقرار لجواز انه آثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فاراد تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان متهما في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشئ من الثلث مع ما انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقين فلا يصح في حقهم ولان الوصية لم تجز لوارث فالاقرار أولى لانه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار اختيارا للايثار بل هو أولى من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى ويصح اقرار الصحيح لوارث لان ما ذكرنا من الموانع منعدمة في اقراره هذا اذا أقر لوارث فان أقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحسانا والقياس ان لا يصح الا في الثلث (وجه) القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث لكنا تركنا القياس بالاثر وهو ما روي عن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا أقر المريض بدين لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مخالف فيكون اجماعا ولانه في الاقرار للاجنبي غير متهم فيصح ويصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة المرض وكذا لو أقر الصحيح بديون لاناس كثيرة متفرقة بان أقر بدين جاز عليه كله لان حال الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما الامتناع لعارض تعلق حق الورثة أو للتهمة وكل ذلك ههنا منعدم ويستوي فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو أقر المريض بديون لاناس كثيرة متفرقة بان أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر لاستواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ زمن المرض مع امتداده بتجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتأخر ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بان أقر ان هذا الشئ الذي في يده وديعة لفلان فهما دينان ولا تقدم

الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان عن الابطال ما أمكن وأمكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لا قراره باستهلاك الوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالاقرار باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كانا دينين ولو أقر بالوديعة أولا ثم أقر بالدين فالاقرار بالوديعة أولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من ان تكون محلا للتعلق لخروجها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد وكذلك لو أقر المريض بمال في يده انه بضاعة أو مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يعتبر اقراره فأما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم أقر بدين آخر نظر في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره تقدم الديون الظاهرة لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولا من التركة فما فضل يصرف الى غير غرماء الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان (وجه) قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويا في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سببا لظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة المرض أدل على الصدق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة فان الصدق فيها أغلب فكان أولى بالقبول (ولنا) ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من أول المرض بدليل انه لو تبرع بشيء من ماله لا ينفذ تبرعه ولولا تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ كان التبرع تصرفا من الاصل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم الفراغ الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولانه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهما في هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه أو بينهما حقوق تبعثه على المعروف والصلة في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع فيريد به تحصيل مراده بصورة الاقرار فكان متهما في حق أصحاب الديون الظاهرة انه أظهر الاقرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالتهمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فأقر بعبده في يده انه لفلان لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقر له لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا وكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره (فأما) اذا كان بان كان بدلا عن مال ملكه كبدل القرض وثمن المبيع أو بدلا عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويقدمان جميعا على دين المرض لانه اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لم يحتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره وتعلقه بالتركة من أول المرض وكذا اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لا يتهم في اقراره والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة تحاصصهم بمهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه ظاهرا معلوما لظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق بماله ضرورة تحققه ان النكاح اذا لم يجز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمريض غير محجور عن صرف ماله الى حوائجه الاصلية كثمن الاغذية والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يؤثر بعض الغرماء على بعض حتى انه لو قضى دين أحدهم لا يشاركه فيه الباقون لما بينا أن الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يقر لرجلين بدين واحد فما قبض أحدهما منه شيأ كان لصاحبه أن يشاركه فيه لانه قضى دينا مشتركا فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض ان يؤثر بعض غرمائه على بعض سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصحة حتى انه لو قضى

دين أحدهم شاركه الباقون في المقبوض لان المرض أوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم في التعلق على السواء فكان في ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يكون ذلك بدل قرض أو ثمن مبيع بان استقرض في مرضه أو اشترى شيأ بمثل قيمته وكان ذلك ظاهرا معلوما فله أن يقضي القرض و ينقد الثمن ولا يشاركه الغرماء في المقبوض والمنقود لان الايثار في هذه الصورة ليس ابطالا لحق الباقين لان حقوقهم متعلقة بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قائمة من حيث المعنى لقيام بدلها الا ان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو فلم يكن ذلك ابطالا معنى ولو تزوج امرأة أو استأجر أجيرا فنقدهما المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرماء يتبعونهما و يخاصمونهما بديونهم وكانوا اسوة الغرماء لان التسليم أعنى جعل المنقود سالما لهما ابطال حق الغرماء صورة ومعنى لان المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتمل تعلق حق الغرماء به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا يحتمل تعلق الحق به لذلك لزم الاستواء في القسمة والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج تقديم الدين على الوصية والميراث لان الميراث حق وضع في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الارث فيه قال الله تعالى عز من قائل من بعد وصية يوصي بها أو دين وقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة أو دين المرض لان الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بينا واذا اجتمعت الديون فالغرماء يقسمون التركة على قدر ديونهم بالحصص ولو توى شئ من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقي بينهم بالحصص و يجعل التاوى كانه لم يكن أصلا لان حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم على قدر ديونهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان محل تعلق الحق فمحل تعلق الحق هو المال لان الدين يقضى من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرماء بكل متروك هو مال من العين والدين ودية المديون وارش الجنايات الواجبة له بالجناية عليه خطأ أو عمدا لان كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص في النفس ومادونها حتى لا يصح عفوهم لانه ليس بمال ولو عفا بعض الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقين مالا يتعلق حق الغرماء به و يقضى منه ديونهم لانه بدل نفس المقتول فكان حقه فيصرف الى ديونه كسائر أمواله المتروكة و كذلك المديون اذا كانت امرأة يتعلق حق الغرماء بمهرها و يقسم بينهم بالحصص لان المهر مال والله سبحانه وتعالى أعلم وما عرف من أحكام الاقارير وتفاصيلها في الصحة والمرض في اقرار الحر فهو الحكم في اقرار العبد المأذون لانه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا في كتاب المأذون فكان هو في حكم الاقرار والحر سواء ولو تصرف المأذون في مرضه جازت محاباته من جميع المال ومحاباة الحر المريض لا تجوز الا من الثلث (ووجه) الفرق ان انحجار الحر عن المحاباة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبه الوكيل بالبيع اذا باع في مرض موته وحابى انه تجوز محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفي يده وفاء بالدين أخذ الغرماء ديونهم وجازت المحاباة فيما بقي من المال وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ان شئت فاد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كالحر المريض اذا حابى وعليه دين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث واما ان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فاما ان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة واما ان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة يصح و يصدق في اقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلا عما ليس بمال نحو ارش جناية أو بدل صلح عن عمد او كان بدلا عما هو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع وسواء لم يكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة أما اذا وجب بدلا عما هو مال فلان المريض

بهذا

بهـذا الاقرار لم يبطل حق الغرماء لان المديون استحق البراءة عن الدين بالاقرار باستيفاء الدين حالة الصحة كما استحقها بايفاء الدين بالتخلية بين المال و بين صاحب الدين والعارض هو المرض وأثره فى حجر المريض عما كان له لا فى حجره عما كان حقا مستحقا عليه كالعبد المأذون اذا أقر بعد الحجر باستيفاء دين ثبت له فى حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل أولى لان حجر العبد أقوى لانه يصير محجورا عن البيع والشراء والمريض لا يصير محجورا عن البيع والشراء ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما له لا فيما عليه فههنا أولى (وأما) اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق الغرماء بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل واذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفاء الدين ابطالا لحق الغرماء فيصح و يبرأ الغريم وكذلك اذا أقر المولى باستيفاء بدل الكتابة الواقعة فى حالة الصحة يصدق و يبرأ المكاتب لما قلنا هـذا اذا أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة فاما اذا أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة المرض فان وجب بدلا عما هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق فى حق غرماء الصحة و يجعل ذلك منه اقرارا بالدين لانه لما مرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل البدل اليهم فيكون بدلا معنى لقيام البدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفاء فى حقهم فبقى اقرارا بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان كل من استوفى دينا من غيره يصير المستوفى دينا فى ذمة المستوفى ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفاء اقرارا بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح فى حق غرماء الصحة وكذلك لو أتلف رجل على المريض شيأ فى مرضه فاقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق فى ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقا بالمبدل حالة المرض فيتعلق بالبدل ولو أتلف فى حالة الصحة فاقر فى حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين الصحة فى حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو بالمال لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لانه بالمرض لم يتعلق حق غرماء الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فصار الاقرار باستيفائه والاقرار باستيفاء دين وجب له فى حال الصحة سواء وذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو أقر رجل للمريض انه قتل عبدا فى مرضه خطأ أو قطع يد العبد أو قامت البينة على ذلك فلزمه نصف القيمة فأقر المريض بالاستيفاء فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدرا كارش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون ألف درهم فعليه عشرة آلاف درهم الا أحد عشر درهما عند أبى يوسف رحمه الله فينقص عشرة عن عشرة آلاف لئلا يبلغ دية الحر و ينقص الدرهم الحادى عشر لئلا تبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد رحمه الله يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدرا فكان بدلا عما ليس بمال كارش الحر فلا يتعلق به حق الغرماء فلا يكون الاقرار بالاستيفاء ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجانى قتل العبد متعمدا فصالحه المريض على مال ثم أقر أنه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقا لان بدل الصلح بدل عما ليس بمال والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح سواء وجب بدلا عما هو مال أو بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفاء الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفى دينا فى ذمة المستوفى فكان اقراره بالاستيفاء اقرارا بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هـذا اذا تزوج امرأة فاقرت فى مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها و يؤمر الزوج برد المهر الى الغرماء فيكون بين الغرماء بالحصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو أقرت فى مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون وارثا لها فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منه اقرارا بالدين للوارث فصح وليس

للزوج ان يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر منى وهى لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر دينا لى عليها فانا أضرب مع غرمائها لان اقرارها بالاستيفاء انما يصح فى حق براءة الزوج عن المهر لا فى حق اثبات الشركة فى مالها مع غرمائها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها للزوج فى حالة المرض فلا يصح فى حقهم ولو كان الزوج دخل بها فأقرت باستيفاء المهر ثم طلقها طلاقا بائنا أو رجعيا ثم ماتت بعد انقضاء العدة فكذلك الجواب لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضاء العدة لا يصح اقرارها (أما) فى الطلاق الرجعى فلان الزوجية باقية والوراثة قائمة (وأما) فى البائن فلان العدة باقية وكانت ممنوعة من هذا الاقرار لقيام النكاح فى حالة العدة فكان النكاح قائما من وجه فلا يزول المنع مادام المانع قائما من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها وان كان الطلاق بائنا واذا لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفى أصحاب ديون الصحة ديونهم فان فضل من مالها شئ ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا يقولون ان هذا الجواب على قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وأما) على قولهما يجب ان يكون اقرارها باستيفاء المهر من الزوج صحيحا فى حق التقديم على الورثة فى جميع ما أقرت (وأصل) المسئلة فى كتاب الطلاق فى المريض يطلق امرأته بسؤالها ثم يقر لها بمال انه يصح اقراره عندهما لانها أجنبية لا ميراث لها منه وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما أقر لها به فهما يعتبران ظاهر كونها أجنبية وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انهما تواضعا على ذلك ليقر لها بأكثر من نصيبها فكان متهما فيما زاد على ميراثها فى حق سائر الورثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد المأذون فى حالة المرض فى الاقرار باستيفاء دين الصحة والمرض كالحر لانه يملك الاقرار باستيفاء الدين وقبضه كالحر فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض بالابراء بان أقر المريض انه كان ابرأ فلانا من الدين الذى عليه فى صحته لا يجوز لانه لا يملك انشاء الابراء للحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه اقرار بقبض الدين وانه يملك انشاء القبض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان أحدهما اقرار الرجل بوارث والثانى اقرار الوارث بوارث ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته فى حق ثبات النسب شرائط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كائن فاذا استحال كونه فالاخبار عن كائن يكون كذبا محضا وبيانه ان من أقر بغلام انه ابنه ومثله لا يلد مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابنا له فكان كذبا فى اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان فى يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق حق الغير أو التهمة فكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهر العدم لانه لا يعرف التعلق فى مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب فان لحرمان الارث أسبابا لا تقدح فى النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة أو دعوى والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذى فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر الوالدين والولد والزوجة والمولى ويجوز اقرار المرأة بأربعة نفر الوالدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس فى الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره اما الاقرار بالولاء فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد

وكذلك الاقرار بالزوجية ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق
فى حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح تصديق المرأة سواء صدقته
فى حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع بان أقر الرجل بالزوجية فمات ثم صدقته المرأة لان النكاح يبقى بعد الموت
من وجه لبقاء بعض أحكامه فى العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجية من المرأة فصدقها الزوج
بعد موتها لا يصح عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يصح (وجه) قولهما ماذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت
من وجه فيجوز التصديق كما اذا أقر الزوج بالزوجية وصدقته المرأة بعد موته (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان
النكاح للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه أعطى له حكم البقاء لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت
والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زائلا فى حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله سبحانه وتعالى أعلم
وأما الاقرار بالولد فلانه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل
لكن لا بد من التصديق اذا كان فى يد نفسه لما قلنا وسواء وجده فى حال حياته أو بعد وفاته لان النسب لا يبطل
بالموت فيجوز التصديق فى الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقراراً
على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا الا الولد لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب
الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد
على نفسه ولا يجوز الاقرار بغير هؤلاء من العم والاخ لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك
الاقرار بوارث فى حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به فى حق ثبات النسب وهو ما ذكرنا الا شرط حمل
النسب على الغير فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح فى حق ثبات النسب أصلا ويصح فى حق الميراث
لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلا ويكون ميراثه له لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن فان لم يمكن فى
حق ثبات النسب لفقد شرط الصحة أمكن فى حق الميراث وان كان ثمة وارث قريبا كان أو بعيداً لا يصح اقراره
أصلا ولا شئ له فى الميراث بان أقر باخ وله عمة أو خالة فميراثه لعمته أو لخالته ولا شئ للمقر له لانهما وارثان بيقين
فكان حقهما ثابتاً بيقين فلا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا أقر باخ أو ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات
فالميراث للمولى ولا شئ للمقر له لان الولاء من أسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام
الرجوع حقيقة فبقى العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالمذكور وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مولى العتاقة من طريق
الاولى لانه عصبته ولو لم يكن له وارث ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل فالثلث للموصى له والباقى للاخ المقر به لانه
وارث فى زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة أيضاً فللموصى له الثلث والباقى للمولى ولا شئ للمقر
له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالمذكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى
العتاقة لان مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة آخر الورثة مؤخر عن ذوى الارحام
فاضعف الولاءين لما منع صحة الاقرار بالمذكور فاقواهما أولى ولو أقر باخ فى مرض الموت وصدقه المقر له ثم أنكر
المريض بعد ذلك وقال ليس بينى وبينك قرابة بطل اقراره فى حق الميراث أيضا حتى انه لو أوصى بعد الانكار بماله
لانسان ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع والرجوع عن مثل هذا
الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية فى الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو أنكر وليس هناك
موصى له بالمال أصلا فالمال لبيت المال لبطلان الاقرار أصلا بالرجوع والله تعالى أعلم وأما الاقرار بوارث
فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى حق ثبات النسب والثانى فى حق الميراث أما الاول فالامر فيه لا يخلو من أحد
وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان أكثر من واحد بان مات رجل وترك ابناً فاقر باخ هل يثبت نسبه
من الميت اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال أبو يوسف يثبت وبه أخذ

الكرخي رحمه الله وان كان أكثر من واحد بان كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعداً يثبت النسب باقرارهم بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان اقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في النسب مقبولة واما في حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح و يصدق في حق الميراث بان أقر الابن المعروف باخ وحكمه انه يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة أو شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار على نفسه وانه مقبول ومثل هذا جائز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة أخرى كمن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان أعتقه قبل البيع يقبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع فعلى ذلك ههنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو أقر الابن المعروف باخت أخذت ثلث ما في يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو أقر بامرأة انها زوجة أبيه فلها ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان المقر فيما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو أقر ابن الميت بابن ابن للميت وصدقه لكن أنكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم يقم البينة على النسب (وجه) القياس انهما تصادقا على اثبات وراثة المقر له واختلفا في وراثة المقر فيثبت المتفق عليه و يقف المختلف فيه على قيام الدليل (وجه) الاستحسان ان المقر له انما استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثة المقر له وكذلك لو أقر بابنة للميت وصدقته لكنها أنكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو أقرت امرأة باخ للزوج الميت وصدقها الاخ ولكنه أنكر ان تكون هي امرأة الميت فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى وهو القياس وعلى المرأة اثبات الزوجية بالبينة وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول المرأة والمال بينهما على قدر مواريثهما ولو أقر زوج المرأة الميتة باخ لها وصدقه الاخ لكنه أنكر ان يكون هو زوجها فهو على الاختلاف (وجه) قول أبي يوسف قياس هذه المسألة على المسألة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسألة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المسألتين (ووجهه) ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب منقطع لا يسمع الا ببينة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فاقر أحدهما باخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما اذا أقرا جميعا لما بينا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين أولا نصفين فيدفع النصف الى الاخ المنكر واما النصف الآخر فيقسم بين الاخ المقر و بين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى أثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له (وجه) قول ابن أبي ليلى ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلاثة أثلاث وان ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع الا ان اقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك (ولنا) ان من زعم المقر ان حق المقر بنسبه في الميراث حقه وان المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو النصف التام ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد منهما ربع المال ولو أقر أحدهما باخت فان صدقه الآخر فالامر ظاهر وان كذبه فيقسم المال أولا نصفين بين الاخوين النصف للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي بين الاخ المقر وأخته للذكر مثل حظ الانثيين ولو أقر أحدهما لامرأة انها زوجة أبينا فان صدقه الآخر فالامر واضح للمرأة الثمن والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة لا تستقيم عليها فتصحح المسألة فتضرب سهمين في ثمانية فتصير ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها تسع ما في يده عند عامة العلماء رضي الله عنهم وعند ابن أبي ليلى رحمه الله لها ثمن ما في يده (وجه) قوله في ان زعم المقر ان

للمراة

للمرأة ثمن ما فى يدى الاخوين الا أن اقراره صح فيما فى يد نفسه ولم يصح فى حق صاحبه واذا صح فى حق نفسه يعطيها ثمن ما فى يده (وجه) قول العامة ان فى زعم المقر ان ثمن التركة لها وسبعة أثمانها لهما بينهما على السوية أصل المسئلة وقسمتها ماذكرنا الا أن الاخ المنكر فيما يأخذ من الزيادة ظالم فيجعل ما فى يده كالهالك و يقسم النصف الذى فى يد المقر بينه و بينها على قدر حقهما و يجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة على تسعة أسهم سهمان من ذلك لها وسبعة أسهم له واذا جعل هذا النصف على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمرأة وسبعة أسهم للاخ المقر هذا اذا أقر الوارث بوارث واحد فاما اذا أقر بوارث بعد وارث بان أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر فالاصل فى هذا الاقرار انه ان صدق المقر بوراثة الاول فى اقراره بالوراثة للثانى فالمال بينهم على فرائض الله تعالى وان كذبه فيه فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضاء القاضى لا يضمن و يجعل ذلك كالهالك و يقسمان على ما فى يد المقر على قدر حقهما وان كان الدفع بغير قضاء القاضى يضمن و يجعل المدفوع كالقائم فى يده فيعطى الثانى حقه من كل المال بيان هذه الجملة فيمن هلك وترك ابنا فأقر بأخ له من أبيه وأمه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره بالاخوة صحيح فى حق الميراث فان أقر بأخ آخر فهذا على وجهين اما ان أقر به بعد ما دفع الى الاول واما ان أقر قبل أن يدفع الى الاول نصيبه فان أقر به بعد ما دفع الى الاول نصيبه فان كان الدفع بقضاء القاضى فللثانى ربع المال و يبقى فى يد المقر الربع لان الربع فى القضاء فى حكم الهالك لكونه مجبورا فى الدفع فيكون الباقى بينهما نصفان لان فى زعم المقر أن الثانى يساويه فى استحقاق الميراث فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان لم يدفع الى الاول شيأ لان نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصروف وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى أعطى الثانى ثلث جميع المال لما ذكرنا ان الدفع بغير قضاء مضمون عليه والمضمون كالقائم فيدفع ثلث جميع المال اليه و يبقى فى يده الثلث فان دفع ثلث المال الى الثانى بعد قضاء القاضى ثم أقر بأخ ثالث وكذبه الثالث فى الاقرار بالاولين أخذ الثالث من الابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال قائم معنى لأن الدفع بغير القضاء مضمون على الدافع فيأخذ السدس الذى فى يد المقر و نصف سدس آخر لان الدفع الى الاولين من غير قضاء القاضى لم يصح فى حق الثالث فيضمن له قدر نصف سدس فيدفعه مع السدس الذى فى يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثم أقر بأخ آخر فان صدقه الابن المعروف اشتركوا فى الميراث وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف المال بينهم أثلاثا لان اقراره بالوراثة فى حقه وفى حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح فى حق الابن المعروف وكان النصف للابن المعروف والنصف الباقى بينهم أثلاثا وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما فى يده وهو ربع جميع المال اليه بقضاء القاضى كان الباقى بينه و بين الثانى نصفين لان الدفع بقضاء القاضى فى حكم الهالك فكان الباقى بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى فان كان المقر يعطى الثانى مما فى يده وهو ربع المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضاء مضمون على الدافع فيكون ذلك الربع كالقائم ولو أقر أحدهما بأخت ودفع اليها نصيبها ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الاخ فان صدقته الاخت الاولى فنصف المال للاخ المنكر والنصف بين الاخ المقر و بين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبته فان كان دفع اليها نصيبها وهو ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضاء فالباقى بين المقر و بين الاخت الاخرى للذكر مثل حظ الانثيين لما مر ان المدفوع بغير قضاء فى حكم الهالك فلا يكون مضمونا على الدافع وان كان الدفع بغير قضاء فان المقر يعطى للاخت الاخرى مما فى يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير القضاء اتلاف فصار كأنه قائم فى يده وقد أقر باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحدة الثمن كذلك ههنا يعطى الاخت الاخرى مما فى يده نصف ربع جميع المال والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقر أحدهما بامرأة لابيه ثم أقر بأخرى فان أقر بهما معا فذلك التسعان لهما جميعا وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة وان أقر بالاولى ودفع اليها ثم

بالاخرى فان صدقته الاولى فكذلك الجواب وان كذبته فالنصف للاخ المنكر وتسعان للاولى فبقى هناك الابن المعروف والمرأة الاخرى فينظر ان كان دفع التسعين الى الاولى بالقضاء يجعل ذلك كالهالك و يجعل كا نلم يكن له مال سوى الباقى وهو سبعة أسهم فيكون ذلك بين الابن المقر و بين المرأة الاخرى على ثمانية أسهم ثمن من ذلك للمرأة وسبعة للابن المقر وان كان دفع اليها بغير قضاء يعطى من التسعة التى هى عنده سهما للمرأة الاخرى وهو سبع نصف جميع المال لان المدفوع كالقائم عنده ولو كان نصف المال عنده قائما يعطى الاخرى التسع وذلك سهم لان المقر به ثمن المال للمرأتين جميعا والثمن هو تسعان تسع للاولى وتسع للاخرى الا أن الاولى ظلمت حيث أخذت زيادة سهم وذلك الظلم حصل على الاخ المقر لانه هو الذى دفع بغير قضاء القاضى فيدفع التسع الثانى الى الاخرى وهو سبع نصف المال والباقى للابن وهو ستة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو مات رجل وترك ابنا معروفا والف درهم فى يده فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فدفع الى الغريم ذلك ثم ادعى رجل آخر على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضاء لم يضمن للثانى شيأ لانه فى الدفع مجبور فكان فى حكم الهالك وان كان بغير قضاء يضمن للثانى نصف المال لانه مختار فى الدفع فكان اتلافا فيضمن كما اذا أقر لهما ثم دفع الى أحدهما ولو مات وترك ألف درهم فاقر باخ ثم رجع وقال لست باخ لى وانما أخى هذا الرجل الآخر وصدقه الآخر بذلك وكذبه فى الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضاء يشاركه الثانى فيما فى يده فيقتسمان نصفين لما بينا ان الدفع بقضاء فى حكم الهلاك وان كان بغير قضاء يدفع جميع مافى يده وهو نصف المال الى الآخر لما بينا ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث ودفع اليه بقضاء أو بغير قضاء وادعى رجل آخر على الميت دينا ألف درهم وكذبه الوارث وصدقه الغريم الاول وأنكر الغريم الثانى دين الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره و يقتسمان الالف بينهما نصفين لان استحقاق الغريم الثانى انما يثبت باقرار الغريم الاول وهو يصدقه وهو ماأقر له الا بالنصف وكذلك لو أقر الغريم الثانى لغريم ثالث فان الغريم الثالث يأخذ نصف مافى يده لما قلنا ولو مات وترك الفا فى يد رجل فقال الرجل أنا أخوه لابيه وأمه وأنت أخوه لابيه وأمه وأنكر المقر به أن يكون المقر أخاله فالقول قول المقر استحسانا على ما بينا ولو قال المقر للمقر به أنا وأنت أخواه لابيه وأمه ولى عليه ألف درهم دين وأنكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى الدين دعوى أمر عارض مانع من الارث فلا يثبت الا بحجة ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه ثم ادعى رجل آخر ان الميت أوصى له بثلث ماله أو ادعى انه ابن الميت وصدقهما بذلك الابن المعروف وكذباه فيما أقر فان كان دفع بغير قضاء فلا ضمان على الدافع لان الارث والوصية مؤخران عن الدين فاقراره لم يصح فى حق ثبات النسب وانما يصح فى حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو أقر لهما أول مرة ودفع اليهما ثم أقر للغريم كان للغريم أن يضمنه مادفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير قضاء فقد أتلف على الغريم حقه وان كان الدفع بقضاء لا ضمان عليه لما بينا ولو ثبت الوصية أو الميراث بالبينة بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر الغريم بدينه فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى له لانه لما قامت البينة على الميراث أو الوصية فقد ظهر انه وارث معروف أو موصى له فالاقرار بالدين لا يوجب بطلان حقهما ولو لم يكن دفع اليه لا يجوز له أن يدفع الى الغريم و يجبره القاضى على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فنقول و بالله التوفيق الاقرار بعد وجوده يبطل بشيئين أحدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثانى رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع فى أحد نوعى الاقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصا كحد الزنا لانه يحتمل أن يكون صادقا فى الانكار فيكون كاذبا

فى الاقرار ضرورة فيورث شبهة فى وجوب الحد وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا وروى ان ماعزا لما رجم بعض الحجارة هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام سبحان الله هلا خليتم سبيله ولهذا يستحب للامام تلقين المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها أو قبلتها كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا وكما لقن عليه الصلاة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق أو أسرقت قولى لا ولو لم يكن محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة فكان التلقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرء لانه أمرنا به بقوله عليه أفضل التحية ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لان الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا أن فى السرقة يصح الرجوع فى حق القطع لا فى حق المال لان القطع حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص فيصح الرجوع عنه فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حقا فيكون متهما فى الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص لان القصاص خالص حق العباد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الجنايات﴾

الجناية فى الاصل نوعان جناية على البهائم والجمادات وجناية على الآدمى (أما) الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضا غصب واتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما فى كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجناية على الآدمى خاصة فنقول وبالله تعالى التوفيق الجناية على الآدمى فى الاصل أنواع ثلاثة جناية على النفس مطلقا وجناية على مادون النفس مطلقا وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه (أما) الجناية على النفس مطلقا فهى قتل المولود والكلام فى القتل فى مواضع فى بيان أنواع القتل وفى بيان صفة كل نوع وفى بيان حكم كل نوع منه (أما) الاول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم وقتل هو فى معنى القتل الخطأ (اما) الذى هو عمد محض فهو ان يقصد القتل بحديد له حد او طعن كالسيف والسكين والرمح والاشفا والابرة وما اشبه ذلك او ما يعمل عمل هذه الاشياء فى الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروة والرمح الذى لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذه من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك عمد فى ظاهر الرواية (وروى) الطحاوى عن أبى حنيفة رضى الله عنهم انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره وكذلك اذ كان فى معنى الحديد كالصفر والنحاس والآنك والرصاص والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو ان يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال فى الضربات وأما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوالى فى الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما والشافعى هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما كان شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما دون النفس لان مادون النفس لا يقصد اتلافه بآلة دون آلة عادة فاستوت الآلات كلها فى الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا

محضا فينظر ان أمكن ايجاب القصاص يجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش وأما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل أما الاول فنحو ان يقصد صيداً فيصيب آدمياً وان يقصد رجلا فيصيب غيره فان قصد عضوا من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطا وأما الثاني فنحو ان يرمي الى انسان على ظن انه حربي أو مرتد فاذا هو مسلم وأما الذي هو في معنى الخطا فنذكر حكمه وصفته بعد هذا ان شاء الله تعالى فهذه صفات هذه الانواع وأما بيان أحكامها فوقوع القتل باحدى هذه الصفات لا يخلو اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيل لا يعلم قاتله فان علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرائط وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه وفي بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه (أما) الاول فلوجوب القصاص شرائط بعضها يرجع الى القاتل وبعضها يرجع الى المقتول وبعضها يرجع الى نفس القتل وبعضها يرجع الى ولي القتيل أما الذي يرجع الى القاتل فخمسة أحدها ان يكون عاقلا والثاني ان يكون بالغا فان كان مجنونا أو صبياً لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لانها لا تجب الا بالجناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحدود وأما ذكورة القاتل وحريته واسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث ان يكون متعمداً في القتل قاصداً إياه فانه كان مخطئاً فلا قصاص عليه لقول النبي العمد قود أي القتل العمد يوجب القود شرط العمد لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جناية متناهية والجناية لا تتناهى الا بالعمد والرابع ان يكون القتل منه عمدا محضا ليس فيه شبهة العدم لانه عليه الصلاة والسلام شرط العمد مطلقا بقول النبي العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة العدم ولان الشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلى هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة بل التأديب والتهذيب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في الموالاة في الضربات انها لا توجب القصاص خلافا للشافعي (وجه) قوله ان الموالاة في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التأديب عادة وأصل القصد موجود فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص (ولنا) ان شبهة عدم القصد ثابتة لانه يحتمل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمدا فتبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيادة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه في القتل بالمثقل انه لا يوجب القود خلافا لهما والشافعي رحمهم الله (وجه) قولهم ان الضرب بالمثقل مهلك عادة ألا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه أصل القصد فكان القتل الحاصل به عمدا محضاً ولابي حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الروايتين عنه أحدهما ان القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد فيتمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديد لا حد له لان الحديد آلة معدة للقتل قال الله تبارك وتعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدا وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوي رحمه الله هو اعتبار الجرح انه يمكن القصور في هذا القتل لوجود فساد الباطن دون الظاهر وهو نقض التركيب وفي الاستيفاء افساد الباطن والظاهر جميعاً فلا تتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا خنق رجلا فقتله أو غرقه بالماء أو القاه من جبل أو سطح فمات انه لا قصاص فيه عند أبي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على أحد بيتاً حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيئا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الدية (وجه) قولهما ان الطين الذي عليه تسبيب لاهلاكه لانه لا بقاء للآدمي الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون

اهلا كالة فاشبه حفر البئر على قارعة الطريق ولابى حنيفة رحمه الله ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ولا
صنع لاحد فى الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسبيبا ولو أطعم
غيره سما فمات فان كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذى أطعمه لانه أكله باختياره لكنه يعزر و يضرب و يؤدب لانه
ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهى الغرور فان أوجره السم فعليه الدية عندنا وعند الشافعى رحمه الله عليه القصاص
ولو غرق انسانا فمات أو صاح على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعنده عليه القود والخامس ان يكون
القاتل مختاراً اختيار الايثار عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر والشافعى رحمهما الله هذا ليس بشرط وعلى هذا
يخرج المكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافا لهما والمسئلة مرت فى كتاب الاكراه وأما الذى يرجع الى
المقتول فثلاثة أنواع أحدها ان لا يكون جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجد اب الاب أو
أب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها أو أم الام أو أم الاب اذا قتلت
ولد ولدها والاصل فيه ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل
والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان فى ورثة المقتول ولد القاتل أو ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص
للولد فى نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقين لانه لا يتجزأ وتجب الدية للكل و يقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من
غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقى الولد داخلا تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة
بالزجر والردع والحاجة الى الزجر فى جانب الولد لا فى جانب الوالد لان الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه بوصول النفع
اليه من جهته أو يحبه لحياة الذكر لما يحيى به ذكره وفيه أيضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله فاما الولد فانما يحب والده
لا لوالده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما
فى الاجانب ولان محبة الولد لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الى
أملاكه لا سيما اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا يندر فى جانب الاب والثانى ان لا يكون ملك
القاتل ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده
ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص
عليه لانه لا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزئ وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمكاتب اذا
قتل عبدا من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك فى أكسابه والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدبره
وأم ولده ومكاتبه لانهم مماليكه حقيقة ألا ترى انه لو قال كل مملوك لى فهو حر عتق هؤلاء الا المكاتب فانه لا يعتق
الا بالنية لقصور فى الاضافة اليه بالملك لزوال ملك اليد و يقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب لعمومات
النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع بخلاف المولى اذا قتل هؤلاء لان شفقة المولى
على ماله تمنعه عن القتل عند سبحان العداوة الحامل على القتل الا نادرا فلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد
ولو اشترك اثنان فى قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا
كالصبى مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطئ مع العامد والاب مع الاجنبى والمولى مع الاجنبى لا قصاص
عليهما عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبى الا العامد فانه لا قصاص
عليه اذا شاركه الخاطئ (وجه) قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه امتنع
الوجوب على أحدهما لمعنى يخصه فيجب على الآخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل فى فعل كل واحد منهما
لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلا فى القتل فيكون فعل الآخر فضلا و يحتمل
على القلب وهذه الشبهة ثابتة فى الشريكين الاجنبيين الا ان الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحا لباب
القصاص وسدا لباب العدوان لان الاجتماع ثم يكون أغلب وههنا أندر فلم يكن فى معنى مورد الشرع فلا يلحق

به وعليهما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب الدية ثم مايجب على الصبي والمجنون والخاطئ تتحمله العاقلة ومايجب على البالغ والعاقل والعامد يكون في ماله لان القتل عمد لكن سقط القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبي الدية في مالهما لان القتل عمد وفي المولى مع الاجنبي على الاجنبي نصف قيمة العبد في ماله لماقلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات لا قصاص على الاجنبي عندنا خلافا للشافعي وعلى الاجنبي نصف الدية لانه مات بجرحين أحدهما هدر والآخر معتبر وعلى هذا مسائل تأتي في موضع آخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ورأساً ولا بالحربي المستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ماثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لا لقصد الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها ثم يعود الى وطنه الاصلي فكانت في عصمته شبهة العدم وروى عن أبي يوسف انه يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل وهل يقتل المستأمن بالمستأمن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغي لعدم العصمة بسبب الحرب لانهم يقصدون أموالنا وأنفسنا ويستحلونها وقد قال عليه الصلاة والسلام قاتل دون نفسك وقال عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولا يقتل الباغي بالعادل أيضا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقتل لان المقتول معصوم مطلقا (ولنا) انه غير معصوم في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتأويل وتأويله وان كان فاسداً لكن له منعة والتأويل الفاسد عند وجود المنعة الحق بالتأويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روى عن الزهري انه قال وقعت الفتنة والصحابة متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتأويل القرآن العظيم فهو موضوع وعلى هذا يخرج ما اذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله انه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا تحتمل الاباحة بحال ألا ترى انه يأثم بالقول فكان الامر ملحقاً بالعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة الطرف تحتمل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة واذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية تجب وفي رواية لا تجب وذكر القدوري رحمه الله ان هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وينبغي ان يكون الاصح هي الاولى لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء عليه بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وعصمة الاموال تثبت حقاله فكانت محتملة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له اتلف مالي فاتلفه ولو قال اقتل عبدي أو اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه لان عبده ماله وعصمة ماله ثبتت حقاله فجاز ان يسقط باذنه كما في سائر أمواله ولو قال اقتل أخي فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر رحمه الله وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أستحسن ان آخذ الدية من القاتل (وجه) القياس ان الاخ الآمر أجنبي عن دم أخيه فلا يصح اذنه بالقتل فالتحق بالعدم (وجه) الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل أخيه لوجب له والقتل حصل باذنه والاذن ان لم يعمل شرعا لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فيمن أمر انسانا ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين ولو أمره ان يشجه فشجه فلا شيء عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالامر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب ويحتمل هذا ان يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفواً عن القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون أمراً بالقتل ولما مات تبين ان الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا شجاً وكان

القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على أصلهما فينبغي ان لا يكون عليه شئ لان العفو عن الشجة يكون عفواً عن القتل عندهما فكذا الامر بالشجة يكون أمراً بالقتل وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيمن أمر انساناً بان يقطع يده ففعل فات من ذلك انه لا شئ على قاطعه ويحتمل أن يكون هذا قولهما خاصة كما قالا فيمن له القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فات انه لا شئ عليه فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله فينبغي ان تجب الدية لانه لما مات تبين ان الفعل وقع قتلا والمأمور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص في الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية وعلى هذا يخرج الحربي اذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب قال الله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته ولانه اذا لم يهاجر الينا فهو مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً وتجب الدية والكفارة في التاجرين وفي الاسيرين خلاف ذكرناه في كتاب السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله في الشرف والفضيلة فيقتل سليم الاطراف بمقطوع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية وتجري عليه أحكام الاسلام وقال الشافعي رحمه الله كون المقتول مثل القاتل في شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل انه يقتل به قصاصاً وكذا العبد اذا قتل عبداً ثم عتق القاتل احتج في عدم قتل المسلم بالذمي بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقتل مؤمن بكافر وهذا نص في الباب ولان في عصمته شبهة العدم لثبوتها مع القيام المنافي وهو الكفر لانه مبيح في الاصل لكونه جناية متناهية فيوجب عقوبة متناهية وهو القتل لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية الا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم بالمستأمن فكذا الذمي ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر ألا ترى أن المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقاء فاني يتساويان (ولنا) عمومات القصاص من نحو قوله تبارك وتعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله سبحانه وتعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله جلت عظمته ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله سبحانه وتعالى عز من قائل ولكم في القصاص حياة وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب ويجب عليه قتله لغرمائه فكانت الحاجة الى الزاجر أمس فكان في شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحياة أبلغ وروى محمد بن الحسن رحمهما الله باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أقاد مؤمناً بكافر وقال عليه الصلاة والسلام أنا أحق من وفى ذمته وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول أو نحمله على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قوله في عصمته شبهة العدم ممنوع بل دمه حرام لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحاً وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة في الدين ليس بشرط ألا ترى أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً ولا

مساواة بينهما فى الدين لكن القصاص محنة امتحنوا الخلق بذلك فكل من كان أقبل بحق الله تعالى واشكر لنعمه كان أولى بهذه المحنة لان العذر له فى ارتكاب المحذور أقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى أولى ونعم الله تعالى فى حقه أكمل فكانت جنايته أعظم واحتج فى قتل الحر بالعبد بقول الله تبارك وتعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وفسر القصاص المكتوب فى صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب أن لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً ولانه لا مساواة بين النفسين فى العصمة لوجهين أحدهما أن الحر آدمي من كل وجه والعبد آدمى من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة المال تكون لمالك والثانى أن فى عصمة العبد شبهة العدم لان الرق أثر الكفر والكفر مبيح فى الاصل فكان فى عصمته شبهة العدم وعصمة الحر تثبت مطلقة فانى يستويان فى العصمة وكذا لا مساواة بينهما فى الفضيلة والكمال لان الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية ينبئ عن العزة والشرف (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولان ماشرع له القصاص وهو الحياة لا يحصل الا بايجاب القصاص على الحر بقتل العبد لان حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفا على نفسه فلو لم يجب القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة له فى الآية لان فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا ينفى أن يكون قتل الحر بالعبد قصاصا لان التنصيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر اذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل أنه ليس فى ذكر شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه أن العبد يقتل بالحر والانثى بالذكر ولو كان التنصيص على الحكم فى نوع موجبا لتخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله تعالى والانثى بالانثى حجة عليكم لانه قاتل الانثى بالانثى مطلقا فيقتضى أن تقتل الحرة بالامة وعندكم لا تقتل فكان حجة عليكم وقوله العبد آدمى من وجه مال من وجه قلنا لا بل آدمى من كل وجه لان الآدمى اسم لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على أن نفس العبد فى الجناية له لا لمولاه بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحد يؤخذ به ولو أقر عليه مولاه بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد فى الجناية له لا للمولى كنفس الحر للحر وأما قوله الحر أفضل من العبد فنعم لكن التفاوت فى الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً ثم أعتق القاتل يقتل به قصاصا وان استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل بالانثى وان كان الذكر أفضل من الانثى وكذا لا تشترط المماثلة فى العدد فى القصاص فى النفس وانما تشترط فى الفعل بمقابلة الفعل زجرا وفى الفائت بالفعل جبرا حتى لو قتل جماعة واحدا يقتلون به قصاصا وان لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة فى الفعل والفائت به زجرا وجبرا على ما نذكره ان شاء الله تعالى وأحق ما يجعل فيه القصاص اذا قتل الجماعة الواحد لان القتل لا يوجد عادة الا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص اذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ماشرع له القصاص وهو الحياة هذا اذا كان القتل على الاجتماع فأما اذا كان على التعاقب بأن شق رجل بطنه ثم حز آخر رقبته فالقصاص على الحاز ان كان عمداً وان كان خطأ فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبته عادة وعلى الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لانه جائفة وان كان الشق نفذ من الجانب الآخر فعليه ثلثا الدية فى سنتين فى كل سنة ثلث الدية لانهما جائفتان هذا اذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوما أو بعض يوم فأما اذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الا غمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزر لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش

معها عادة ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل لاتيانه بفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة فان كانت الجراحتان معا فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب مع القود شئ من المال عندنا وقال الشافعى رحمه الله ينظر أن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول قصاصا وتؤخذ ديات الباقين من تركته وان قتلهم معا فله فيه قولان فى قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل وتجب الدية للباقين وفى قول يجتمع أولياء القتلى فيقتلونه وتقسم ديات الباقين بينهم (وجه) قوله أن المماثلة مشروطة فى باب القصاص ولا مماثلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقين كما لو قطع واحد يمينى رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء بل يقطع باحداهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغى أن لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا انا عرفناه ذلك باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم غير معقول أو معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن فى معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء فى القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو أوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم أن التماثل فى باب القصاص اما ان يراعى فى الفعل زجرا واما ان يراعى فى الفائت بالفعل جبرا واما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود ههنا أما فى الفعل زجرا فلان الموجود من الواحد فى حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر فى فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجناية وأما فى الفائت جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلما انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلبا للثار وتشفيا للصدر فيقصدهو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين ومتى قتل منهم قصاصا سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قتيل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل دخر حياة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما فى قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت وأما الذى يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهوان يكون القتل مباشرة فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا يساوى القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ومات أنه لا قصاص على الحافر لان الحفر قتل سببا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه أو جاء المشهود بقتله حيا أنه لا قصاص عليهم عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (وجه) قوله أن شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة فى ظهور القصاص والظهور مؤثر فى وجوب القضاء على القاضى وقضاء القاضى مؤثر فى ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة فى الاستيفاء طبعا وعادة فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافة الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم قتلا تسبيبا والقتل تسبيبا مثل القتل مباشرة فى حق وجوب القصاص كالاكراه على القتل أنه يوجب القصاص على المكره وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لوقوعه قتلا بطريق التسبيب كذا هذا (ولنا) ماذكرنا أن القتل تسبيبا لا يساوى القتل مباشرة لان القتل تسبيبا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة لانه يجعل المكره آلة المكره كانه أخذه وضرب به على المكره على قتله والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل منهم وهل يرجعون بها على الولى اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يرجعون وعندهما يرجعون لهما أن الشهود باداء الضمان قاموا مقام المقتول فى ملك بدله ان لم يقوموا مقامه فى ملك

عينه فاشبه غاصب المدبر اذا غصب منـه فمات فى يد الغاصب الثانى أن للاول أن يرجع على الثانى بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولابى حنيفة رحمه الله أن الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل التملك فلا يثبت الملك لهم فى البدل بخلاف المدبر لانه يحتمل للتملك لكونه قاتلا الا أنه امتنع ثبوت الملك فيـه لمعارض وهو التدبير فيثبت فى بدله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذى يرجع الى ولى القتيل فواحـد أيضاً وهو أن يكون الولى معلوما فان كان مجهولا لا يجب القصاص لان وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له وعلى هذا يخرج ما اذا قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحرارا غير المولى أنه لا قصاص على القاتل بالاجماع لان المولى مشتبه يحتمل أن يكون هو الوارث ويحتمـل أن يكون هو المولى لاختـلاف الصحابة الكرام رضى الله عنهم فى موته حرا أو عبدا فان مات حرا كان وليه الوارث وان مات عبدا كان وليه المولى وموضع الاختلاف موضع التعارض والاشتباه فلم يكن الولى معلوما فامتنع الوجوب وان اجتمعا ليس لهما أن يستوفيا لان الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا اذا ترك وفاء وورثة غير المولى فاما اذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف أصحابنا فيه عندهما يجب القصاص للمولى وعند محمد لا يجب القصاص أصلا وهو رواية عن أبى يوسف أيضا وجه قول محمد انه وقع الاشتباه فى سبب ثبوت الولاية لانه ان مات حرا كان سبب ثبوت الولاية القرابة فلا تثبت الولاية للمولى وان مات عبدا كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوقع الاشتباه فى ثبوت الولاية فلا تثبت ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبه لان الاشـتباه موجب المزاحمة ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب القصاص بالاجماع لان الولى معـلوم وهو المولى لانه يموت رقيقا بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن اذا قتل وكذلك المدبر والمـدبرة وأم الولد وولدهـا بمنزلة العبـد القن لانهم قتلوا على ملك المولى فكان الولى معلوما ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لان المكاتب له نوع ملك وللمولى أيضا فيه نوع ملك فاشتبه الولى فامتنع الوجوب وعلى هذا يخرج ما اذا قطع رجـل يد عبد فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك انه ان كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباه ولى القصاص لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى القطع السابق والحق عنـد القطع للمولى لا للورثة وعنـد ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصـاص لان الاشتباه لا يزول باجتماعهما فرق بين هذا و بين العبـد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر قتـل واجتمعا أنه يجب القصاص لان هناك لم يشتبه الولى لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخـدمة حقا يشبه الملك فلم يشتبه الولى وههنا اشتبه الولى لان وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق و وقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار الولى مشتبها فامتنع الوجوب وان لم يكن وارث سـوى المولى فهو على الاختـلاف الذى ذكرنا أن على قولهما للمولى أن يستوفى القصاص لان الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباه سبب الولاية لان الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك و بعد الموت له ولاية العتاقة فاشتبه سبب الولاية هذا اذا كان القطع عمـدا فاما اذا كان خطأ فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شئ على القاطع غير ارش اليـد وهو نصف قيمة العبد واعتاقه اياه بمنزلة برئه فى اليـد لتبدل المحل حكما بالاعتاق فتنقطع آية السراية هـذا اذا أعتقه المولى بعد القطع عمـدا أو خطأ فمات من ذلك فاما اذا لم يعتقه ولـكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها ثم مات من ذلك فان كان القطع عمدا فللمولى القصاص لان الحق له وقت القطع والموت جميعا فلم يشتبه الولى وان كان خطأ لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية اليـد و يجب ما نقص بعـد الجناية قبل الموت لحصول ذلك فى ملك المولى ولو كاتبـه والمسألة بحالهـا فان كان القطع عمـدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى القصاص لانه مات عبـدا أو ان مات عن وفاء فان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه لا يجب القصاص لاشتباه الولى وعليه ارش اليد لا غـير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمـد ليس له أن يقتص وعليه ارش اليد وان كان القطع خطأ لا شئ على القاطع الا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية

هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها فات فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فان كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه فى الميراث فلا قصاص لاشتباه الولى وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا وان كان القطع خطأ فان مات عاجزا فالقيمة للمولى لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة لانه مات حرا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوب القصاص فهو انه واجب عيناً حتى لا يملك الولى ان يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه ولو مات القاتل أو عفا الولى سقط الموجب أصلا وهذا عندنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول القصاص ليس بواجب عيناً بل الواجب احد الشيئين غير عين (اما) القصاص (واما) الدية وللولى خيار التعيين ان شاء استوفى القصاص وان شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل يتعين المال واجبا فاذا عفا الولى سقط الموجب أصلا وفى قول القصاص واجب عينا لكن للولى ان يأخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان يأخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب أصلا احتج بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان معناه فليتبع وليؤد الدية أوجب سبحانه وتعالى على القاتل اداء الدية الى الولى مطلقا عن شرط الرضا لان اداء الدية صيانة النفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى جل شأنه ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ولان ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها حقاله وحق العبد ما ينتفع به والمقتول لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال لانه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وكان ينبغى أن لا يشرع القصاص أصلا الا أنه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا كان ينبغى أن يجمع بينهما كما فى شرب خمر الذمى الا أنه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفى القصاص معنى البدلية قال الله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والباء تستعمل فى الابدال فتؤدى الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز فخير بينهما (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى وهذا يفيد تعين القصاص موجبا ويبطل مذهب الابهام جميعا أما الابهام فلانه أخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بأنه واجب وان كان عليه أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بانه أوجب (وأما) التعيين فلانه اذا وجب القصاص على الاشارة اليه بطل القول بوجوب الدية بضرورة النص لانه لا يقابل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق الى بدله من غير رضا من عليه الحق كمن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وجه الاستدلال به على نحو وجه الاستدلال بالآية الشريفة ولان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثانى مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول ويسد مسده ومثل الشئ غيره الذى ينوب منابه ويسد مسده وأخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون مثلا له فلا يصلح ضمانا للقتل العمد وكان ينبغى أن لا يجب أصلا الا ان الوجوب فى قتل الخطأ ثبت شرعا تخفيفا على الخاطئ نظراً له اظهارا لخطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقى ضمانا أصلياً فى الباب (وأما) الآية الشريفة فالمراد من قوله سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شئ هو الولى لا القاتل لانه قال الله تبارك وتعالى فمن عفى له والقاتل معفو عنه لا معفو له ولانه قال تعالى اسمه فاتباع بالمعروف فليتبع وانه أمر لمن دخل تحت كلمة فمن ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحداً بل هو المتبع وانما المتبع هو الولى فكان هو الداخل تحت كلمة فمن فكان معنى الآية الكريمة فمن بذل له واعطى له من أخيه شئ بطريق الفضل والسهولة فليتبع بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لغة قال الله سبحانه وتعالى ويسئلونك ماذا ينفقون قل العفو أى الفضل وتقول العرب خذ ما أتاك عفوا أى فضلا ونحن به نقول انه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه وقيل الآية

الشريفة نزلت فى الصلح عن دم العمد وقيل نزلت فى دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل فللباقين ان يتبعوا بالمعروف فى نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من اخيه شئ وهو العفو عن بعض الحق ونحن به نقول أو وقع الاحتمال فى المراد بالآية فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله فى دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير آثما بالامتناع لا ان يملك الولى أخذه من غير رضاه كمن أصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه أن يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام اليه و يأخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياؤه باكفاء ورثته احياء وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف والله تعالى اعلم

﴿فصل﴾ واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حرا واما أن يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما أن يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان الوارث واحدا استحقه وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالمال الموروث عنه وجه قولهما فى تمهيد هذا الاصل ان القصاص موجب الجناية وانها وردت على المقتول فكان موجبها حقاله الا انه بالموت عجز عن الاستيفاء بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه و يكون مشتركا بينهم ولهذا تجرى فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك كما تجرى فى المال وهذا آية الشركة ولابى حنيفة رضى الله عنه أن المقصود من القصاص هو التشفى وأنه لا يحصل للميت و يحصل للورثة فكان حقا لهم ابتداء والدليل على أنه يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزأ والشركة فيما لا يتجزأ محال اذ الشركة المعقولة هى ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك كشريك الارض والدار وذلك فيما لا يتبعض محال والاصل ان ما لا يتجزأ من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح وولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمدا وله وليان أحدهما غائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف فى ان القتل اذا كان خطأ لا يعيد وكذلك الدين بان كان لابيهما دين على انسان ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبى حنيفة لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتداء كان كل واحد منهما أجنبيا عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت فى الاثبات فتقع الحاجة الى إعادة البينة ولما كان حقا موروثا على فرائض الله تبارك وتعالى عندهما والورثة خلفاؤه فى استيفاء الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من آحاد الورثة خصم عن الميت فى حقوقه كما فى الدية والدين فيصح منه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما فى المال ولو قتل انسان وله وليان وأحدهما غائب وأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم لان تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعيا على الحاضر بطلان حقه فكان خصما له و يقضى عليه ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعا له والله تعالى اعلم وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره فى اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره فى اليمين وعلى هذا يخرج القصاص اذا كان بين صغير وكبير ان للكبير ولاية الاستيفاء عنده وعندهما ليس له ذلك و ينتظر بلوغ الصغير ووجه البناء ان عند أبى حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتداء لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لاستقلال سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم وعدم تجزئه فى نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقا مشتركا بين الكل فاحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف فى محل مشترك بدون رضا شريكه اظهارا لعصمة المحل وتحرزا عن الضرر والصحيح أصل أبى حنيفة

رضى الله عنه لما ذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة والشركة فى غير المتجزى محال وانما تثبت الشركة اذا انقلب مالا لان المال محل قابل للشركة على ان أباحنيفة ان سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا بأس بالتسليم لانه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير فى نصيبه بطريق الاصالة وفى نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص اذا كان بين انسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما الى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه فى النظر والشفقة فى حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا ولهذا يلى الاب والجد استيفاء قصاص وجب كله للصغير فهذا أولى ولابى حنيفة رحمه الله اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فانه روى انه لما جرح ابن ملجم لعنه الله سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه فقال للحسن رضى الله عنه ان شئت فاقتله وان شئت فاعف عنه وان تعفو خير لك فقتله سيدنا الحسن رضى الله عنه وكان فى ورثة سيدنا على رضى الله عنه صغار والاستدلال من وجهين أحدهما بقول سيدنا على رضى الله عنه والثانى بفعل سيدنا الحسن رضى الله عنه (أما) الاول فلانه خير سيدنا الحسن رضى الله عنه حيث قال ان شئت فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغار (وأما) الثانى فلان الحسن رضى الله عنه قتل ابن ملجم لعنه الله ولم ينتظر بلوغ الصغار وكل ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما أحد فيكون اجماعا وان لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو لان مولى العتاقة آخر العصبات ثم ان كان واحداً استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضاً فلا قصاص لان الولى مشتبه لاشتباه سبب الولاية فالسبب فى حق الوارث هو القرابة وفى حق المولى الولاء وهما سببان مختلفان واشتباه الولى يمنع الوجوب للقصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله مولى الموالاة لانه آخر الورثة فجاز ان يستحق القصاص كما يستحق المال وان لم يكن له وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى الموالاة كاللقيط وغيره فالمستحق هو السلطان فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستحقه اذا كان المقتول فى دار الاسلام والحجج تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى وان كان المقتول عبداً فالمستحق هو المولى لان الحق قد ثبت وأقرب الناس الى العبد مولاه ثم ان كان المولى واحداً استحق كله وان كان جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق فى حق الكل وهو الملك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يلى استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه فولاية استيفاء القصاص تثبت باسباب منها الوراثة وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلو اما ان كان واحداً (واما) ان كانوا جماعة فان كان واحداً لا يخلو اما ان كان كبيراً واما ان كان صغيراً فان كان كبيراً فله ان يستوفى القصاص لقوله تبارك وتعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولوجود سبب الولاية فى حقه على الكمال وهو الوراثة من غير مزاحمة وان كان صغيراً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضى وان كانوا جماعة فان كان الكل كباراً فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص حتى لو قتله أحدهم صار القصاص مستوفى لان القصاص ان كان حق الميت فكل واحد من آحاد الورثة خصم فى استيفاء حق الميت كما فى المال واذا كان حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فقد وجد سبب ثبوت الحق فى حق كل واحد منهم الا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض لان فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له لاحتمال العفو من الغائب والى هذا أشار محمد رحمه الله فقال لا ادرى لعل الغائب عفا وكذا اذا كان الكل حضوراً لا يجوز لهم ولا لاحدهم أن يوكل فى استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ولان فى اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم (فاما) الاستيفاء بالوكيل فجائز اذا كان الموكل حاضراً على ما ذكر وان كان فيهم صغير وكبير فان كان الكبير هو الاب بان كان القصاص مشتركا بين الاب وابنه الصغير فللاب أن يستوفى بالاجماع لانه لو كان

لم يقاصص كان للاب أن يستوفيه فههنا أولى وان كان الكبير غير الاب بأن كان أخا فالكبير أن يستوفى قبل بلوغ الصغير عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع الى أصل ذكرناه بدلائله فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد أن يستوفى قصاصا وجب للصغير فى النفس وفيما دون النفس لان هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية الانكاح فتثبت لمن كان مختصا بكمال النظر والمصلحة فى حق الصغير (وأما) الوصى فلا يلى استيفاء القصاص فى النفس بان قتل شخص عبد اليتيم لان تصرف الوصى لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة فى حق الصغير لقصور فى الشفقة الباعثة عليه بخلاف الاب والجد وله أن يستوفى القصاص فيما دون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال على ماذكر وللوصى ولاية استيفاء المال (ومنها) الملك المطلق وقت القتل فللمولى أن يستوفى القصاص اذا قتل مملوكه اذ لم يكن فى استيفاء القصاص ابطال حق الغير من غير رضاه لان الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس اليه فله أن يستوفيه وكذا اذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها لان التدبير والاستيلاد لا يوجب زوال الملك وكذا اذا قتل المكاتب ولم يترك وفاء لانه مات رقيقا فكان ملك المولى قائما وقت القتل وذكر فى المنتقى عند أبى حنيفة رضى الله عنه فى معتق البعض اذا قتل عاجزا أنه لا قصاص ففرق بينه وبين المكاتب (ووجه) الفرق أن موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ الكتابة وجعلها كأن لم تكن فالقتل صادفه وهو قن وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتاق اذ الاعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى فى كله ولو قتل المكاتب وترك وفاء وورثة احرارا سوى المولى لا قصاص بالاجماع لانه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك فى قيام المولى وقت القتل ولا الوارث لاحتمال أنه مات عبدا لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم أنه يموت حرا أو عبدا فامتنع الوجوب وان لم يكن له وارث حر غير المولى فله أن يستوفى القصاص عندهما خلافا لمحمد وقد ذكرنا المسئلة ولو قتل العبد فى يد البائع قبل القبض فان اختار المشترى اجازة البيع فله ولاية الاستيفاء بالاجماع لان الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة فكان له أن يستوفى وان اختار فسخ البيع فللبائع أن يستوفى القصاص فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف للبائع القيمة ولا قصاص له (وجه) قوله ان الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وانما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينعقد موجبا الحكم له فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولابى حنيفة رحمه الله ان رد البيع فسخ له من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فاذا انفسخ من الاصل تبين أن الجناية وردت على ملك البائع فيوجب القصاص له فكان له أن يستوفى وليس للمشترى ولاية الاستيفاء لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر ان العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع ولو قتل العبد الذى هو بدل الصداق فى يد الزوج أو بدل الخلع فى يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العمد فى يدى الذى صالح عليه فذلك بمنزلة البيع لان المستحق للصداق و بدل الخلع والصلح ان اختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وان طالب بالقيمة فالملك فى العبد قد انفسخ فيجب القصاص للآخر على ماذكرنا فى البيع ولو قتل فى يد المشترى وللمشترى خيار الشرط أو خيار الرؤية فالقصاص للمشترى قبض البائع الثمن أو لم يقبض لان الخيار قد سقط بموت العبد وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشترى فوجب القصاص له فكان له ان يستوفى القصاص كما اذا قتل فى يده ولا خيار فى البيع أصلا ولو كان الخيار للبائع فان شاء اتبع القاتل فقتله قصاصا وان شاء ضمن المشترى القيمة (أما) اختيار اتباع القاتل فلان العبد وقت القتل كان ملكا له (وأما) اختيار تضمين المشترى القيمة فلانه كان مضمونا فى يده بالقيمة ألا ترى لو هلك بنفسه فى يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشترى وان هلك العبد بالضمان لان الملك ثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه و يقتصر من وجه فشبه الظهور يقتضى وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضى أن لا يجب فتمكنت الشبهة فى الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المغصوب اذا قتل فى يدى الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى برقبته لرجل و بخدمته لآخر لم ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص لان الموصى له بالخدمة

لا

لا ملك له فى الرقبة فلا يملك الاستيفاء بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن فى استيفاء القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه عليه من غير رضاه واذا اجتمعا فالموصى له بالرقبة أن يستوفى لان المطلق للاستيفاء موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضى بسقوط حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون فى يد المرتهن لم يكن لواحد منهما أن ينفرد باستيفاء القصاص (أما) المرتهن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت القتل فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفاء فى حقه (وأما) الراهن فلان استيفاءه يتضمن ابطال حق المرتهن فى الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من غير بدل لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه فكان فى استيفائه القصاص ابطال حق المرتهن من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمعا ذكر الكرخى رحمه الله ان للراهن أن يستوفى القصاص عند أبى حنيفة رحمه لان الامتناع كان لحق المرتهن وقد رضى بسقوطه وعند محمد ليس له أن يستوفى وان اجتمعا على الاستيفاء وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله أنه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك فى كتاب الرهن (ومنها) الولاء اذا لم يكن لمولى الاسفل وارث لان الولاء سبب الولاية فى الجملة ألا ترى أن مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه آخر العصبات ومولى الموالاة يزوج على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه لانه آخر الورثة فان كان له وارث فلا قصاص لاشتباه الولى فلا يتصور الاستيفاء (ومنها) السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه اذا قتل وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفى اذا كان المقتول من أهل دار الاسلام وله أن يأخذ الدية وان كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفى القصاص وله أن يأخذ الدية (وجه) قوله ان المقتول فى دار الاسلام لا يخلو عن ولى له عادة الا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولى تمنع ولاية السلطان وبهذا لا يملك العفو بخلاف الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم أن الظاهر ان لا ولى له فى دار الاسلام ولهما أن الكلام فى قتيل لم يعرف له ولى عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وقد روى أنه لما قتل سيدنا عمر رضى الله عنه خرج الهرمزان والخنجر فى يده فظن عبيد الله أن هذا الذى قتل سيدنا عمر رضى الله عنه فقتله فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال سيدنا على رضى الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضى الله عنه وقال كيف أقتل رجلا قتل أبوه أمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الارض وانا وليه أعفو عنه وأؤدى ديته وأراد بقوله أعفو عنه وأؤدى ديته الصلح على الدية وللامام أن يصالح على الدية الا أنه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم وانما الامام نائب عنهم فى الاقامة وفى العفو اسقاط حقهم أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضى الله عنه والله تعالى الموفق بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء فالقصاص لا يستوفى الا بالسيف عندنا وقال الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فان مات والا تحز رقبته حتى لو قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك فان الولى يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا وعنده تقطع يده فان مات فى المدة التى مات الاول فيها والا تحز رقبته (وجه) قوله أن مبنى القصاص على المماثلة فى الفعل لانه جزاء الفعل فيشترط أن يكون مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو والموجود منه القطع فيجب أن يجازى بالقطع والظاهر فى القطع عدم السراية فان اتفقت السراية والا تحز رقبته ويكون الحز تتميما للفعل الاول لا جزاء مبتدأ (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا نفى استيفاء القصاص بالسيف ولان القطع اذا اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلا من حين وجوده فلا يجازى الا بالقتل فلو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القتل والحز فلم

يكن مجازاة بالمثل وقوله الحز يقع تتمما للقطع فاسد لان المتمم للشئ من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان أراد الولى أن يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر لكن لا ضمان عليه ويصير مستوفيا باى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو بالحجر أو القاه من السطح او القاه فى البئر أو ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه بأى طريق كان الا أنه يأثم بالاستيفاء لا بطريق مشروع لمجاوزته حد الشرع وله أن يقتل بنفسه وبنائبه بان يامر غيره بالقتل لان كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما لضعف بدنه أو لضعف قلبه أو لقلة هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا أنه لا بد من حضوره عند الاستيفاء لما ذكرنا فيما تقدم ثم اذا قتله المأمور والآمر حاضر صار مستوفيا ولا ضمان عليه فاما اذا قتله والآمر غير حاضر وأنكر ولى هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولى لان القتل عمدا سبب لوجوب القصاص فى الاصل فلو خرج من أن يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولى هذا القتيل فى الامر وتصديق ولى القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لفوات محله فصار أجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقى القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر بئرا فى دار انسان فوقع فيها انسان ومات فادعى ولى القتيل الدية فقال الحافر حفرته باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار فى ذلك فلا ضمان على الحافر ويعتبر تصديقه لانه صدقه فى فعل يملك انشاء الامر به للحال وهو الحفر فى ملكه فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بآفة سماوية لانه لا يتصور بقاء الشئ فى غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا لان القصاص هو الواجب عينا عندنا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وعلى قوله الآخر تجب الدية وقد بينا فساده فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو بآفة سماوية أو قطع بغير حق يسقط القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال انسان فقطع يسقط القصاص أيضا لفوات محله لكن يجب ارش اليد فيقع الفرق فى موضعين أحدهما بين القتل والقطع بحق والثانى بين القطع بغير حق وبين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد قضى به حقا واجبا عليه فجعل كالقائم وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا كانه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطا ونحو ذلك وهناك يجب الارش كذا هذا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض حقا واجبا عليه وفى القتل ان قضى حقا واجبا عليه لكن لا يملك ان يجعل ممسكا للنفس بعد موته تقديرا لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله تعالى أعلم ومنها العفو والكلام فيه فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ركنه والثانى فى بيان شرائط الركن والثالث فى بيان حكمه أما ركنه فهو أن يقول العافى عفوت أو أسقطت أو أبرأت أو وهبت وما يجرى هذا المجرى وأما الشرائط فمنها ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبى لعدم الحق ولا من الاب والجد فى قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لا لهما وانما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ولان ولايتهما مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكانه ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفاء على ما بينا والله تعالى أعلم ومنها ان يكون العافى عاقلا (ومنها) ان يكون بالغا فلا يصح العفو من الصبى والمجنون وان كان الحق ثابتا لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة فلا يملكانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك (وأما) حكم العفو فالعفو فى الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولى واما ان يكون من المجروح فان كان من الولى لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت أو قبل الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولى واحدا واما ان يكون أكثر فان كان واحدا بان كان القاتل

والمقتول

والمقتول واحدا فعفا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاءه لتحقق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لانه اذا عفا فالظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص لحصول ماشرع له استيفاؤه بدونه وهكذا قال الحسن رحمه الله فى تأويل قوله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً أى من أحياها بالعفو وقيل فى قوله تبارك وتعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ماقيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لا غير تخفف سبحانه وتعالى على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل أصلا والصلح ببدل سواء عفا عن الكل أو عن البعض لان القصاص لا يتجزأ وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما واذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولى فى القصاص عينا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وقد أسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا أسقط حقه مطلقا وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط يسقط مطلقا كالابراء عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما فاذا عفا عن القصاص انصرف الى الواجب تصحيحا لتصرفه كمن له على آخر دراهم أو دنانير ولا ينوى أحدهما بعينه فابرأه المديون عن أحدهما ليس له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تبارك وتعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم جعل جزاء المعتدى وهو القاتل بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب الآخرة نستجير بالله سبحانه وتعالى من هوله فلو وجب القصاص فى الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص فى الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام السيف محاء للذنوب وفيه نسخ الآية الشريفة (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الاشخصاً أو حالا قيد بدليل وكذا الحكمة التى لها شرع القصاص وهو الحياة على ما بينا يقتضى الوجوب وأما الآية فقد قيل فى بعض وجوه التأويل ان العذاب الاليم ههنا هو القصاص فان القتل غاية العذاب الدنيوى فى الايلام فعلى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم وتحتمل هذا وتحتمل ماقالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص أكثر بان قتل رجلان واحدا فان عفا عنهما سقط القصاص أصلا لما ذكرنا وان عفا عن أحدهما سقط القصاص عنه وله أن يقتل الآخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصا كاملا والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله انه يسقط القصاص عنهما لان طريق ايجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد كان ليس معه غيره اذ القتل تفويت الحياة ولا يتصور تفويت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد ويجعل قتل صاحبه عدماً فى حقه فاذا عفا عن أحدهما والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدماً تقديراً فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق ايجاب القصاص عليهما ليس ماذكر وليس القتل اسما لتفويت الحياة بل هو اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال. فالعفو عن أحدهما لا يؤثر فى الآخر هذا اذا كان الولى واحدا فاما اذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافى بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ اذ القصاص قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخر مالا باجماع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن عمر وعبد الله بن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم أوجبوا فى عفو بعض الاولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر أحد عليهم فيكون اجماعاً وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شىء نزلت فى دم بين شركاء يعفو أحدهم عن القاتل فللآخرين ان يتبعوه بالمعروف فى نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شىء وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو

نصف الدية في مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمد و يؤخذ منه
في ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر في سنتين (وجه) قوله ان الواجب نصف الدية فيؤخذ في سنتين كما
لو قطع يد انسان خطأ ووجب عليه نصف الدية انه يؤخذ في سنتين كذا ههنا (ولنا) ان الواجب جزء مما يؤخذ في
ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر
الا انه قدر كل ديتها بنصف دية النفس وهذا لا ينفي ان يكون كل دية الطرف ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر
ان قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله
عليه القصاص (وجه) قوله انه قتل نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو ألا ترى انه حرم قتله فكانت
مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقط انما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو
قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل أبي (ولنا) ان في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لانه قتله على ظن ان قتله مباح
له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الاولياء بسبيل من
استيفاء حق وجب للمقتول فالعفو من أحدهما ينبغي ان لا يؤثر في حق الآخر ولان سبب ولاية الاستيفاء وجد
في حق كل واحد منهما على الكمال وهو القرابة فينبغي ان لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل
عن العمل باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم العصمة والشبهة في هذا الباب
تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص و يجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب
عليه كمال الدية كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصاً بالنصف فيوجب عليه النصف الآخر و يكون
في ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص
لان المانع من الوجوب الشبهة وانها نشأت عن الظن ولم يوجد فزال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان
انقلب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبقي ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركا بينهما فعفا أحدهما
عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل
لا يسقط قصاص الآخر لان كل واحد منهما استحق عليه قصاصاً كاملا ولا استحالة في ذلك لان القتل ليس
تفويت الحياة ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة
وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال فعفو أحدهما عن حقه وهو القصاص لا يؤثر في حق
صاحبه بخلاف القصاص الواحد المشترك والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا عفا الولي عن القاتل بعد موت وليه
(فأما) اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوه وفي الاستحسان يصح (وجه) القياس أن
العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلا الا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله
فلم يصح وللاستحسان وجهان أحدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فكان
عفوا عن حق ثابت فيصح ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات جاز التكفير والثاني
ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد سبب وجوده وهو الجرح المفضي الى فوات الحياة والسبب المفضي الى الشيء
يقام مقام ذلك الشيء في أصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطء وغير ذلك ولانه اذا وجد سبب وجود
القتل كان العفو تعجيل الحكم بعد وجود سببه وانه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطأ والله سبحانه
وتعالى أعلم وكذلك العفو من المولى واحدا كان أو أكثر والعفو من الوارث سواء في جميع ما وصفنا الا ان في
القصاص بين المولیين اذا عفا أحدهما فللآخر حصته من قيمة العبد وههنا من الدية لان القيمة في دم العمد كالدية
في دم الحر (فأما) فيما وراء ذاك فلا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى أو من الولي فأما اذا كان من المجروح
بان كان المجروح عفا لا يصح عفوه لان القصاص يجب حقا للمولى لا له وان كان حرا فان عفا عن القتل ثم مات

صح استحسانا والقياس ان لا يصح (وجه) القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفا عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجناية ثم مات أولا فجملة الكلام فيه ان الجرح لا يخلو اما ان يكون عمدا أو خطأ فان كان عمدا فالمجروح لا يخلو اما ان يقول عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة وهذا كله قسم واحد (واما) ان يقول عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو (اما) ان ذكر معه ما يحدث منها (واما) ان لم يذكر وحال المجروح لا يخلو (اما) ان برئ وصح (واما) ان مات من ذلك فان برئ من ذلك صح العفو في الفصول كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الارش فيصح وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شيء على القاتل لان لفظ الجناية يتناول القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفوا عن القتل فيصح وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية في مال القاتل وعندهما يصح العفو ولا شيء على القاتل (وجه) قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشيء يكون عفوا عن أثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه عفا عن غير حقه فان حقه في موجب الجناية لا في عينها لان عينها عرض لا يتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها ولان عينها جناية وجدت من الخارج والجناية لا تكون حق المجني عليه فكان هذا عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية يتبين انه لا موجب بهذه الجراحة لان عند السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص ان كان عمدا والدية ان كان خطأ ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القتل لان الجمع بينهما غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيحا لكن القطع غير والقتل غير فالقطع ابانة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات الحياة عادة وموجب أحدهما القطع والارش وموجب الآخر القتل والدية والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفوا عن الآخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمدا فاما اذا كان خطأ فان برئ من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شيء على القاطع سواء كان بلفظ الجناية أو الجراحة وذكر وما يحدث منها أو لم يذكر لما قلنا وان سرى الى النفس فان كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح أيضا لما ذكرنا ثم ان كان العفو في حال صحة المجروح بان كان يذهب ويجيء ولم يصر صاحب فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بأن صار صاحب فراش يعتبر عفوه من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثاه يؤخذ منهم وان كان بلفظ الجراحه ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو والدية على العاقلة عند أبي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله عفوت عن الجراحة وعن الجناية وما يحدث منها سواء وقد بينا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه ان برئ المجروح فالصلح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان القطع عمداً أو خطأ لان الصلح وقع عن حق ثابت فيصح وان سرى الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضاً لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الصلح ويؤخذ جميع الدية من ماله في العمد وان كان خطأ يرد بدل الصلح ويجب جميع الدية على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امرأة يد رجل أو جرحته فتزوجها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفاصيل أنه ان برئ من ذلك جاز النكاح وصار ارش ذلك مهرها لانه تبين أن موجب ذلك الارش سواء كان القطع عمداً أو خطأ لان القصاص بين الذكور والاناث لا يجري فيما دون النفس فكان الواجب هو المال فاذا تزوجها عليه فقد سمي المال فكان مهرها وان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها

وكان القطع خطأ جاز النكاح وصار دم الزوج مهر الها لانه لما اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا موجباً للدية على العاقلة فكان التزوج على موجب الجناية وهو الدية وسقطت عن العاقلة لصير ورتها مهر آلها وهـذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان مريضا فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمتبرع فى هذا القدر (وأما) الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله يسقط أيضاً وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقـدر الثلث يسـقط أيضاً والزيادة تكون للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خروج الزيادة من ثلث ماله لانه متـبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا فى الخطأ (وأما) فى العمد جاز النكاح وصار عفوا (أما) جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف على تسمية ماهو مال (واما) صيرورة النكاح على القصاص عفواً فلانه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل من تركة الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب لها العوض الاصلي وهو مهر المثل فان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ومايحـدث منها فـكذلك الجواب عندهما فى العمد والخطا وعند أبى حنيفة رحمه الله بطل العفو اذا كان عمـدا ولها مهر المثـل من مال الزوج وتجب الدية من مالها فيتقاصان بقدر مهر المثل وتضمن المرأة الزيادة وان كانت خطأ فتجب الدية على عاقلتها ولهـا مهر المثل من مال الزوج ولا ترث المرأة من مال الزوج شيأ لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله تعالى أعـلم ولو كان مكان النكاح خلع بان قطع يد امرأته أو جرحها جراحة فخلعها على ذلك فهو على ماذكرنا انها ان برئت جاز الخلع وكان بائنا لانه تبين انه خلعها على ارش اليد فصح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوى فيه العمد والخطأ لما مر وان سرى الى النفس وكان خطأ فان ذكر بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة ومايحدث منها جاز الخلع ويكون بائنا لانه تبين ان الفعل وقع قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا على ماله وهو الدية فيصح ويكون بائنا ثم ان كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثـل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع فى ملك الزوج وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال الدخول فى ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وان كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة وان لم يكن لهـا مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هـذا فى الخطأ فأما فى العمد جاز العفو ولا يكون مالا وخلعهـا بغـير مال يكون رجعيا وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر ومايحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند أبى حنيفة رحمه الله لم يصح العفو وتجب جميع الدية فى ماله فى العمد وفى الخطأ على العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيا والله تعالى أعلم ومنها الصلح على مال لان القصاص حق للمولى ولصاحب الحق أن يتصرف فى حقه استيفاء واسقاطاً اذا كان من اهـل الاسقاط والمحل قابل للسقوط ولهذا ملك العفو فيملك الصلح ولان المقصود من استـيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكن الفتنة فلا يقصد الولى قتـل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شىء الآية نزل فى الصلح عن دم العـمد فيدل على جواز الصلح وسواء كان بدل الصلح قليـلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خـلاف جنسها حالا أو مؤجلا بأجل معلوم أو مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما تجب فيه الدية انه لا يجوز لان المانع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد ههنا لان الربا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه فى كتاب الصلح ولو صالح الولى القاتل على مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مرت المسئلة فى العفو ولو كان الولى اثنين والقصاص واحـد فصالح أحدهما سـقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الآخر مالا لما ذكرنا فى العـفو ولو قتـله الآخر بعـد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخـلاف

والوفاق

والوفاق الذى ذكرناه فى العفو ولو كان القصاص أكثر فصالح ولى أحد القتيلين فللآخران يستوفى وكذا لو صالح الولى مع أحد القاتلين كان له أن يقتص للآخر لما ذكرنا فى العفو وكذلك حكم المولى فى الصلح عن دم العمد فى جميع ما وصفنا ومنها ارث القصاص بان وجب القصاص لانسان فمات من له القصاص فورث القاتل القصاص سقط القصاص لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان رجلين كل واحد منهما ابن الآخر عمدا وكل منهما وارث الآخر قال أبو يوسف رحمه الله لا قصاص عليهما وقال الحسن بن زياد رحمه الله يوكل كل واحد منهما وكيلا يستوفى القصاص فيقتلهما الوكيلان معا وقال زفر رحمه الله يقال للقاضى ابتدا بايهما شئت وسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجه) قول زفر رحمه الله ان القصاص وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه لا يتمكن استيفاؤهما لانه اذا استوفى أحدهما يسقط الآخر لصيرورة القصاص ميراثا للقاتل الآخر فكان الخيار فيه الى القاضى يبتدئ بأيهما شاء ويسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجه) قول الحسن رحمه الله ان استيفاء القصاص منهما ممكن بالوكالة بان يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القاتلين فى زمان واحد فلا يتوارثان كما فى الغرقى والحرقى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا يعقل له معنى سواه ولا سبيل الى استيفاء القصاص لانه اذا استوفى أحدهما سقط الآخر وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر فيتعذر القول بالوجوب أصلا ولان فى استيفاء أحد القصاصين ابقاء حق أحدهما واسقاط حق الآخر وهذا لا يجوز والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد لان الفعلين قلما يتفقان فى زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة وكذا أثرهما الثابت عادة وهو فوات الحياة وفى ذلك اسقاط القصاص عن الآخر وقالوا فى رجل قطع يد رجل ثم قتل المقطوع يده ابن القاطع عمدا ثم مات المقطوع يده من القطع ان على القاطع القصاص وهو القتل لولى المقطوع يده لانه مات بسبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق لان ذلك القطع صار بالسراية قتلا فوجب القصاص على القاطع ولا يسقط بقتل المقطوع يده ابن القاطع والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا يثبت بالقتل الخطا فبالعمد اولى وأما الكفارة فلا تجب عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب (وجه) قوله ان الكفارة لرفع الذنب ومحو الاثم ولهذا وجبت فى القتل الخطا والذنب فى القتل العمد أعظم فكانت الحاجة الى الدفع أشد (ولنا) ان التحرير أو الصوم فى الخطا انما وجب شكرا للنعمة حيث سلم له أعز الاشياء اليه فى الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخذة بالقصاص وكذا ارتفع عنه المؤاخذة فى الآخرة مع جواز المؤاخذة وهذا لم يوجد فى العمد فيقدر الايجاب شكرا أوجب لحق التوبة عن القتل بطريق الخطا وألحق بالتوبة الحقيقية لخفة الذنب بسبب الخطا والذنب ههنا أعظم فلا يصلح لتحرير توبة والله تعالى أعلم وأما شبه العمد فيتعلق به أحكام منها وجوب الدية المغلظة على العاقلة اما وجوب الدية فلان القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية وأما صفة التغليظ فلاجماع الصحابة رضى الله عنهم لانهم اختلفوا فى كيفية التغليظ على ما نذكر ان شاء الله تعالى واختلافهم فى الكيفية دليل ثبوت الاصل وأما الوجوب على العاقلة فلان العاقلة انما تعقل الخطأ تخفيفا على القاتل نظرا له لوقوعه فيه لا عن قصد وفى هذا القتل شبهة عدم القصد لحصوله بآلة لا يقصد بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث ومنها عدم جواز الوصية لانه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة فى هذا القتل ذكر الكرخى رحمه الله انها تجب وألحقه بالقتل الخطأ المحض فى وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب وألحقه بالعمد المحض فى عدم وجوب الكفارة (وجه) ما ذكره الكرخى رحمه الله ان الكفارة انما وجبت فى الخطا اما لحق الشكر أو لحق التوبة على ما بينا والداعى الى الشكر والتوبة ههنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن ان يجعل

التحرير فيه توبة (وجه) القول الآخر ان هذه جناية متغلظة ألا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطأ فلا يصلح التحرير توبة بها كما فى العمد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القتل الخطأ فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل والمقتول فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما أن يكونا جميعاً حرين واما ان كان القاتل حرا والمقتول عبداً واما ان كان القاتل عبداً والمقتول حراً واما ان كانا جميعاً عبدين فان كانا حرين فيتعلق به أحكام منها وجوب الكفارة عند وجود شرائط الوجوب وهى نوعان بعضها يرجع الى القاتل وبعضها الى المقتول أما الذى يرجع الى القاتل فالاسلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبى لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هى عبادات والكفارة عبادة والصبى والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلا وأما الذى يرجع الى المقتول فهو ان يكون المقتول معصوما فلا تجب بقتل الحربى والباغى لعدم العصمة واما كونه مسلما فليس بشرط فيجب سواء كان مسلما أو ذمياً أو مستأمنا وسواء كان مسلما أسلم فى دار الاسلام أو فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة فى الدنيا وهى من أعظم النعم ورفعت عنه المؤاخذة فى الآخرة مع جواز المؤاخذة فى الحكمة لما فى وسع الخاطئ فى الجملة حفظ نفسه عن الوقوع فى الخطا وهذا أيضا نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية ليقدر العبد على اداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضية العقل ولان فعل الخطأ جناية ولله تعالى المؤاخذة عليه بطريق العدل لانه مقدور الامتناع بالتكلف والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد بحق التوبة عن القتل الخطا بمنزلة التوبة الحقيقية فى غيره من الجنايات الا انه جعل التحرير أو الصوم توبة له دون التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطا اذ الخطأ معفو فى الجملة وجائز العفو عن هذا النوع فخفت توبته لخفة فى الجناية فكان التحرير فى هذه الجناية بمنزلة التوبة فى سائر الجنايات ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها وأما الحظر والحرمة فلان فعل الخطا جناية جاز المؤاخذة عليها عقلا لما بينا والدليل عليه قوله عز اسمه ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولو لم يكن جائز المؤاخذة لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعا ببركة دعاء النبى عليه الصلاة والسلام وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام فى الدية فى مواضع فى بيان شرائط وجوب الدية وفى بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفى بيان مقدار الواجب من كل جنس وفى بيان صفته وفى بيان من تجب عليه الدية وفى بيان كيفية الوجوب أما الشرائط فبعضها شرط أصل الوجوب وبعضها شرط كمال الواجب أما شرط أصل الوجوب فنوعان أحدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوما فلا دية فى قتل الحربى والباغى لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرائط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو ذمياً أو حربياً مستأمنا وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب الدية فى مال الصبى والمجنون والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان يصدقوا ولا خلاف فى انه اذا قتل ذمياً أو حربيا مستأمنا تجب الدية لقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والثانى التقوم وهو ان يكون المقتول متقوما وعلى هذا يبنى ان الحربى اذا أسلم فى دار الحرب فلم يهاجر الينا فقتله مسلم أو ذمى خطأ انه لا تجب الدية عند أصحابنا خلافا للشافعى بناء على ان التقوم بدار الاسلام عندنا وعنده بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل فى كتاب السير ثم نتكلم فى المسألة ابتداء احتج الشافعى رحمه الله بقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية (ولنا) قوله جلت عظمته وكبرياؤه فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة

والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعل التحرير جزاء القتل والجزاء يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحرير وهذا خلاف النص والثاني انه سبحانه وتعالى جعل التحرير كل الواجب بقتله لانه كل المذكور فلو أوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص وأما صدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا المؤمن لوجهين أحدهما انه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقا فيتناول المؤمن من كل وجه وهو المستأمن دينا ودارا وهذا مستأمن دينا لا دارا لانه مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه أفرد هذا المؤمن بالذكر والحكم ولو تناوله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان الثاني تكرارا ولو حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكرارا فكان الحمل عليه أولى أو يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقا بين الدليلين عملا بهما جميعا ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعا على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تعتبر وقت القتل لا غير وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعا وعلى قول زفر رحمه الله تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا تخرج مسائل الرمي اذا رمى مسلما فارتد المرمى اليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان خطأ تتحمله العاقلة وان كان عمدا يكون في ماله وعندهما لا شيء عليه وكذا عند زفر وان رمى مرتدا أو حربيا فاسلم ثم وقع السهم به ومات لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الدية (وجه) قوله ان الضمان انما يجب بالقتل والفعل انما يصير قتلا بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان دمه هدرا كما لو جرحه ثم ارتد فمات وهو مرتد ولهما ان للقتل تعلقا بالقاتل والمقتول لانه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الضمان انما يجب على الانسان بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتلا من حين وجوده والمحل كان معصوما في ذلك الوقت فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية ولهذا لو كان مرتدا أو حربيا وقت الرمي ثم أسلم فاصابه السهم وهو مسلم انه لا شيء عليه عندهما وهذه المسألة حجة قوية لابي حنيفة رضي الله عنه عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه ان في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعا حتى لو كان الرامي مسلما وقت الرمي ثم ارتد فاصاب السهم الصيد وهو مرتد يؤكل وان كان الباب باب الاحتياط وبمثله لو كان مجوسيا وقت الرمي ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يؤكل وكذلك حلال رمى صيدا ثم أحرم ثم أصابه لا شيء عليه وان رمى وهو محرم ثم حل فاصابه فعليه الجزاء فهذه المسائل حجج أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والاصل ان ما يرجع الى الاهلية تعتبر فيه أهلية الفاعل وقت الفعل بلا خلاف وما كان راجعا الى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما اذا جرح مسلما ثم ارتد المجروح فمات وهو مرتد انه يهدر دمه لان الجرح السابق انقلب قتلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسألتنا ولو رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه قيمته لمولاه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وقال محمد على الرامي لمولى للعبد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى لا شيء عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه أشرف على الهلاك بتوجه السهم اليه فوجب عليه ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم أعتقه مولاه ولو كان كذلك لانقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان كذا هذا وأبو حنيفة رضي الله عنه مر على أصله وهو اعتبار وقت الفعل لانه صار قاتلا بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينئذ (وأما) بيان ما تجب فيه الدية فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الذي تجب منه الدية وتقضى منه ثلاثة أجناس الابل والذهب والفضة وعندهما ستة أجناس الابل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل واحتجا بقضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فانه روى انه قضى بالدية من هذه الاجناس

بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولا بى حنيفة رضى الله تعالى عنه قوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة
مائة من الابل جعل عليه الصلاة والسلام الواجب من الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضى الوجوب منها على
التعيين الا ان الواجب من الصنفين الاخيرين ثبت بدليل آخر فمن ادعى الوجوب من الاصناف الاخر فعليه الدليل
وأما قضية سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فقد قيل انه انما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى
الديوان قضى بها من الاجناس الثلاثة وذكر فى كتاب المعاقل مايدل على انه لا خلاف بينهم فانه قال لو صالح الولى على
أكثر من مائتى بقرة أو مائتى حلة لم يجز بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز والله أعلم بالصواب وأما بيان مقدار
الواجب من كل جنس و بيان صفته فقدر الواجب من كل جنس يختلف بذكورة المقتول وأنوثته فان كان ذكرا فلا
خلاف فى ان الواجب بقتله من الابل مائة لقوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل ولا خلاف
أيضا فى ان الواجب من الذهب الف دينار لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد فى عهده الف
دينار والتقدير فى حق الذمى يكون تقديرا فى حق المسلم من طريق الاولى وأما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال
أصحابنا رحمهم الله تعالى عشرة آلاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعى رحمهما الله اثنا عشر الفا والصحيح قولنا
لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال الدية عشرة آلاف درهم بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر
عليه أحد فيكون اجماعا مع ماان المقادير لا تعرف الا سماعا فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدر
الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحلل مائتا حلة ومن الغنم الفا شاة ثم دية الخطا من الابل اخماس بلا خلاف
عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول عبد
الله بن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال دية الخطا اخماس عشرون بنات مخاض
وعشرون بنو مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما
وقدر كل حلة خمسون درهما والحلة اسم لثوبين ازار ورداء وقيمة كل شاة خمسة دراهم ودية شبه العمد أرباع عندهما
خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو
مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعند محمد اثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية الى بازل
عامها كلها خلفة وهو مذهب سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما وعن سيدنا على رضى الله عنه انه قال فى
شبه العمد أثلاث ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة والصحابة رضى الله عنهم متى
اختلفت فى مسئلة على قولين او ثلاثة يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا القول ابن مسعود رضى
الله عنه لوجهين أحدهما انه موافق للحديث المشهور الذى تلقته العلماء رضى الله عنهم بالقبول وهو قوله عليه الصلاة
والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وفى ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المائة لان الحمل أصل من وجه والثانى
ان ما قاله أقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة فان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون
للداء ونحو ذلك وان كان أنثى فدية المرأة على النصف من دية الرجل لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن
سيدنا عمر وسيدنا على وابن مسعود وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم انهم قالوا فى دية المرأة انها على النصف
من دية الرجل ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد فيكون اجماعا ولان المرأة فى ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل
فكذلك فى ديتها وهل يختلف قدر الدية بالاسلام والكفر قال أصحابنا رحمهم الله لا يختلف ودية الذمى والحربى
والمستأمن كدية المسلم وهو قول ابراهيم النخعى والشعبى رحمهما الله والزهرى رحمه الله وقال الشافعى رحمه الله تختلف
دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ودية المجوسى ثمانمائة واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه جعل دية هؤلاء على هذه المراتب ولان الانوثة لما أثرت فى نقصان البدل فالكفر أولى لان نقيصة الكفر فوق كل
نقيصة (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله أطلق سبحانه وتعالى

القول بالدية فى جميع أنواع القتل من غير فصل فدل ان الواجب فى الكل على قدر واحد (وروينا) انه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد فى عهده الف دينا (وروى) أن عمرو بن أمية الضمرى قتل مستأمنين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهرى رحمه الله انه قال قضى سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما فى دية الذمى بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع الى أحكام الدنيا وهى الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد ونقصان الكفر يؤثر فى أحكام الدنيا (وأما) بيان من تجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل ثم (الدية) الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب عليه فى ماله ونوع يجب عليه كله وتتحمل عنه العاقلة بعصبه بطريق التعاون اذا كان له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطا أو شبه العمد تتحمله العاقلة ومالا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقراره حجة فى حقه لا فى حق غيره فلا يصدق فى حق العاقلة حتى لو صدقوا عقلوا ولا العبد بان قتل انسانا خطأ لان الواجب بنفس القتل الدفع لا الفداء والفداء يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الاب ابنه عمداً لانها وان وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة فى الخطأ وشبه العمد على طريق التخفيف على الخاطئ والعامد لا يستحق التخفيف وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وقيل فى معنى قوله عليه الصلاة والسلام ولا عبدا أن المراد منه العبد المقتول وهو الذى قتله مولاه وهو مأذون مديون أو المكاتب لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبد لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلا وعقلت فلانا اذا كان فلان مقتولا كذا فرق الاصمعى ثم الوجوب على القاتل فيما تتحمله العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية فى هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعا والصحيح هو الاول لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ومعناه فليحرر وليود وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب على القاتل ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لا من العاقلة فكان الوجوب عليه لا على العاقلة وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة فى التحمل مذهبنا وقال الشافعى رحمه الله القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل وقال أبو بكر الاصم يتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز أن يؤاخذ أحد بذنب غيره قال الله سبحانه وتعالى ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال جلت عظمته ولا تزر وازرة وزر أخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال ولا مادون نصف عشر الدية كذا هذا (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وكذا قضى سيدنا عمر رضى الله عنه بالدية على العاقلة بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير وأما الآية الشريفة فنقول بموجبها لكن لم قلتم أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل واجب على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له فى القتل ولان الدية مال كثير فالزام الكل القاتل اجحاف به فيشاركه العاقلة فى التحمل تخفيفاً وهو مستحق التخفيف لانه خاطئ وبهذا فارق ضمان المال لان ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى التخفيف ومادون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الاموال (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فوجه قوله أنه عليه السلام قضى بالدية على العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وانا نقول نعم لكن معلولا بالنصرة والحفظ وذلك على القاتل أوجب فكان أولى بالتحمل ثم الكلام فى العاقلة فى موضعين أحدهما فى تفسير العاقلة من هم والثانى فى بيان القدر الذى تتحمله العاقلة من الدية (أما) الاول فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل واما ان كان معتقاً واما ان كان مولى الموالاة فان كان حر الاصل فعاقلته أهل ديوانه ان كان

من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الاحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله عاقلته قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كانت الديات على القبائل فلما وضع سيدنا عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الدواوين فان قيل قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يقبل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على مخالفته فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان سيدنا عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولا يظن من عموم الصحابة رضي الله عنهم مخالفة فعله عليه الصلاة والسلام فدل أنهم فهموا أنه كان معلولا بالنصرة واذا صارت النصرة في زمانهم الديوان نقلوا العقل الى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لان التحمل من العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل أهل ديوانه ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق لانهم ليسوا من أهل النصرة ولان هذا الضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والمجانين والمماليك ليسوا من أهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لان استنصاره بهم وان كان القاتل معتقا أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم ثم عاقلة المولى الاعلى قبيلته اذا لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقلة مولاه ولان استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته هذا اذا كان للقاتل عاقلة فاما اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية أن الاصل هو الوجوب في مال القاتل لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وبيت المال مالهم فكان ذلك عاقلته (وأما) بيان مقدار ما تتحمله العاقلة من الدية فلا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزاد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفا على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة ويجوز أن ينقص عن هذا القدر اذا كان في العاقلة كثرة فان قلت العاقلة حتى أصاب الرجل أكثر من ذلك يضم اليهم أقرب القبائل اليهم من النسب سواء كانوا من أهل الديوان أو لا ولا يعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدى كاحدهم لان العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضمانا وجب عليه فكان هو أولى بالتحمل (وأما) بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعا وتؤخذ من ثلاث عطايا ان كان القاتل من أهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطايا الثلاث في سنة واحدة يؤخذ الكل في سنة واحدة وان تأخرت يتأخر حق الاخذ وان لم يكن من أهل الديوان تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في أن الدية بالاقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوجب حقا مؤجلا تتحمله العاقلة الا أنه لا يصدق على العاقلة فيجب مؤجلا في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب اذا قتل ابنه عمدا قال أصحابنا رحمهم الله انها تجب مؤجلة في ثلاث سنين الا أن دية شبه العمد تتحمله العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي رحمه الله دية الدم كدية العمد تجب حالا وجه قوله أن سبب الوجوب وجد حالا فتجب الدية حالا اذ الحكم يثبت على وفق السبب هو الاصل الا أن التأجيل في الخطأ ثبت معدولا به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم أو يثبت معلولا بالتخفيف على القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق التغليظ ولهذا وجب في ماله لا على العاقلة (ولنا) أن وجوب الدية لم يعرف الا بنص الكتاب العزيز وهو قوله

تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله والنص وان ورد بلفظ الخطأ لكن غيره ملحق به الا أنه مجمل فى بيان القدر والوصف فبين عليه الصلاة والسلام قدر الدية بقوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وبيان الوصف وهو الاجل ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم بقضية سيدنا عمر رضى الله عنه بمحضر منهم فصار الاجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين أحدهما بايجاب دية مغلظة والثانى بالايجاب فى ماله والجانى لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية تتحمله العاقلة أو تجب فى مال القاتل فذلك الجزء يجب فى ثلاث سنين كالعشرة اذا قتلوا رجلا خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها فى ثلاث سنين وكذلك العشرة اذا قتلوا رجلا واحدهم أبوه حتى وجبت عليهم دية واحدة فى مالهم يجب على كل واحد منهم عشرها فى ثلاث سنين لان الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة فى ثلاث سنين فكان تأجيل الدية تأجيلا لكل جزء من أجزائها اذ الجزء لا يخالف الكل فى وصفه ولا خلاف فى أن بدل الصلح عن دم العمد يجب فى ماله حالا لانه لم يجب بالقتل وانما وجب بالعقد فلا يتأجل الا بالشرط كثمن المبيع ونحو ذلك وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطأ واختار المولى الفداء يجب الفداء حالا لان الفداء لم يجب بالقتل بدلا من القتيل وانما وجب بدلا عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالا فكذلك بدله والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاتل حراً والمقتول حراً فاما اذا كان القاتل حراً والمقتول عبدا فالعبد المقتول لا يخلو اما ان كان عبد أجنبى (واما) ان كان عبد القاتل فان كان عبد أجنبى فيتعلق بهذا القتل حكمان أحدهما وجوب القيمة والكلام فى القيمة فى مواضع فى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من يتحمله وفى بيان كيفية الوجوب أما الاول فالعبد لا يخلو اما ان كان قليل القيمة (واما) ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عشرة آلاف الا عشرة وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعى رحمه الله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه مثل مذهبنا وروى عن سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبه والحاصل أن العبد آدمى ومال لوجود معنى الآدمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعا ولا وجه الى ايجاب الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الانفراد فلا بد من ايجابه بمقابلة أحدهما واهدار الآخر فيقع الكلام فى الترجيح فادعى الشافعى رحمه الله الترجيح من وجهين أحدهما أن الواجب مال ومقابلة المال بالمال أولى من مقابلة المال بالآدمى لان الاصل فى ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيدا بالمثل ولا مماثلة بين المال والآدمى فكان ايجابه بمقابلة المال موافقا للاصل فكان أولى والثانى أن الضمان وجب حقا للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفى ايجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق المفوت عليه من كل وجه (ولنا) النص ودلالة الاجماع والمعقول أما النص فقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزاد على عشرة آلاف بالاجماع (وأما) دلالة الاجماع فهو أنا أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصح وان كذبه المولى ولولا أن الترجيح لمعنى الآدمية لما صح لانه يكون اقراره اهدارا لمال المولى قصدا من غير رضاه وانه لا يملك ذلك (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما أن الآدمية فيه أصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الاصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل اصالة الآدمية من وجوه أحدها انه كان خلق خلق آدميا ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثانى أن قيام المالية فيه بالآدمية وجوداً وبقاء لا على القلب والثالث أن المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الآدمية فيه أصلا وجودا

و بقاء وعرضاً والثانى أن حرمة الآدمى فوق حرمة المال لان حرمة المال لغيره وحرمة الآدمى لعينه فكان اعتبار النفسية واهدار المالية أولى من القلب الا أنه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصا فى الجملة واظهار الشرف الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقا قال ابن مسعود رضى الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم فالظاهر انه قال ذلك سماعا منه عليه الصلاة والسلام لانه من باب المقادير أو لان هذا أدنى مال له فى خطر الشرع كما فى نصاب السرقة والمهر فى النكاح قوله المال ليس بمثل للآدمى قلنا نعم لكن لشرف الادمى وجه المال لم يجعل مثلا له عند امكان ايجاب ما هو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجه أولى من الاهدار وقوله الجبر فى المال أبلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الآدمى ومقابلة الجابر بالآدمى الفائت أولى من المقابلة بالمال الهالك وان كان الجبر ثمة أكثر لكن فيه اعتبار جانب المولى فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب نفس الآدمى وهو العبد وحرمة الآدمى لعينه فكان ما قلناه أولى ولو كان المقتول أمة فان كانت قليلة القيمة بان كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف فهى مضمونة بقدر قيمتها بالغة ما بلغت وان كانت كثيرة القيمة بان كانت قيمتها خمسة آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف الا عشرة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى رواية أبى يوسف رحمه الله له فهو قول الشافعى رحمه الله تبلغ بالغة ما بلغت والكلام فى الامة كالكلام فى العبد وانما ينقص منها عشرة كما نقصت من دية العبد وان اختلفا فى قدر البدل لان هذه دية البدل لان هذه دية كاملة فى الامة فينتقص فى العبد بخلاف ما اذا قطع يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف انه تجب خمسة آلاف الا خمسة لان الواجب هناك ليس بدية كاملة بل هو بعض الدية لان اليد منه نصف فيجب نصف ما يجب فى الكل والواجب فى الانثى ليس بعض دية الذكر بل هو دية كاملة فى نفسها لكنها دية الانثى (وأما) بيان من يجب عليه ومن يتحملها فانها تجب على القاتل لوجود سبب الوجوب منه وهو القتل وتتحملها العاقلة فى قولهما وعلى رواية أبى يوسف وهو قول الشافعى رحمه الله تجب فى مال القاتل وهذا بناء على الاصل الذى ذكرنا ان عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس وضمان النفس تتحمله العاقلة وكدية الحر وعند الشافعى بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحمله العاقلة بل يكون فى مال المتلف كضمان سائر الاموال وروى عن أبى يوسف فى كثير القيمة ان يقدر عشرة آلاف تعقله العاقلة لان ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية وما زاد عليها لا تعقله لانه يجب بمقابلة المالية (وأما) كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا فى دية الحر من غير تفاوت والله تعالى أعلم والثانى وجوب الكفارة لعموم قوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله تعالى الموفق ولو كان المقتول مدبرا نسان أو أم ولده أو مكاتبه فحكمه حكم القن فى جميع ما وصفنا وان كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره أو أم ولده لان القيمة لو وجبت لوجبت له عليه وهذا ممتنع وان كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة وعلى المولى قيمته فى ثلاث سنين لان المكاتب فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وارشه له فالجناية عليه من المولى والاجنبى سواء ولا تعقلها العاقلة بل تكون على ماله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمكاتب عندنا عبد ما بقى عليه درهم ولان المكاتب على ملك مولاه وانما ضمن جنايته بعد الكتابة والعقد ثابت بينهما غير ثابت فى حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لان اقرار المقر حجة فى حقه لا فى حق غيره وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى والمولى كالاجنبى فيه وكذا اذا كان مأذونا مديونا فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه قيمته وتكون فى ماله بالنص وتكون حالة لانه ضمان اتلاف المال هذا اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا فاما اذا كان القاتل عبدا والمقتول حرا فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبيا أو يكون ولى العبد فان كان أجنبيا فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا فان كان قنا يدفع اذا ظهرت جنايته الا أن

يختار المولى الفداء فلابد من بيان ما تظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختارا للفداء وشرط صحة الاختيار وبيان صفة الفداء الواجب عند الاختيار أما الاول فهذه الجناية تظهر بالبينة واقرار المولى وعلم القاضي ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان أو مأذونا لان العبد يملك بالاذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة واذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لا في الحال ولا بعد العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما يلزم مولاه فكان هذا اقرارا على المولى حتى لو صدقه المولى صح اقراره وكذلك لو أقر بعد العتاق انه كان جنى في حال الرق لا شئ عليه لما ذكرنا ان هذا اقرار له على المولى ألا يرى لو صدقه المولى وأقر أنه أعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الى ولي الجناية الا أن يختار المولى الفداء عندنا وقال الشافعي رحمه الله حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيه و يستوفي الارش من ثمنه فان فضل منه شئ فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما بقي بعد العتاق وللمولى أن يستخلصه و يؤدي الارش من مال آخر (وجه) قوله أن الاصل في ضمان الجناية أنه يجب على الجاني والواجب على الانسان اما ان يكون في ماله أو تتحمل العاقلة عنه والعبد لا مال له ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليه فتجب في رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك في الاموال (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن سيدنا علي وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم والقياس يترك بمعارضة الاجماع ودين الاستهلاك في باب الاموال يجب على العبد على ما عرف وأما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل التعيين كثرت قيمة العبد أو قلت وعند اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع الى الفداء سواء كان المجني عليه واحدا أو أكثر غير أنه ان كان واحدا دفع اليه و يصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوما بينهم على قدر أروش جناياتهم وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن وبيان هذه الجملة في مسائل اذا مات العبد الجاني قبل اختيار الفداء بطل حق المجني عليه أصلا لان الواجب دفع العبد على طريق التعيين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيسقط الحق أصلا ورأسا وهذا يدل على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجني عليه أصلا على ما هو الاصل في المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الآخر ولو مات بعد اختيار الفداء لا يبرأ بموت العبد لانه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبته الى ذمة المولى فلا تحتمل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد أقل من الدية فليس على المولى الا الدفع لان وجوب الدفع حكم هذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها فلو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم لان تعلق حق المجني عليه للاول لا يمنع حق الثاني والثالث لان ملك المولى لما لم يمنع التعلق فالحق أولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالحصص قدر أروش جناياتهم فان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن الفائت فيتقدر بقدر الفائت وان شاء أمسك العبد وغرم الجنايات بكمال أروشها ولو أراد المولى أن يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه و يفدي بعض الجنايات له ذلك بخلاف ما اذا كان القتيل واحدا وله وليان فأراد المولى دفع العبد الى أحدهما والفداء الى الآخر أنه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على التعيين وعند اختيار الفداء وجوب الفداء على التعيين ولا يجوز أن يجمع في جناية واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة وله خيار الدفع والفداء في كل واحد منهما والدفع في البعض والفداء في البعض لا يكون جمعا بين حكمين مختلفين في جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وفقأ عين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما أثلاثا لتعلق حقهما بالعبد أثلاثا وان اختار الفداء فدى عن كل جناية بأرشها وكذلك اذا شج انسانا شججا مختلفة أنه ان دفع العبد اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جناياتهم وان اختار الفداء فدى عن الكل

بأروشها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا أنه يدفعه مشغولا بالدين فان فدى بالدية يباع العبد في الدين لانه لما فدى فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا أن يستخلصه المولى لنفسه و يقضي دين الغرماء وان اختار الدفع الى أولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرماء في دينهم وانما بدئ بالدفع لا بالدين لان فيه رعاية الحقين حق أولياء الجناية بالدفع اليهم وحق أصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدئ بالدين فيبيع به لبطل حق أولياء الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشتري فلذلك بدئ بالدفع وفائدة الدفع الى أولياء الجناية ثم البيع هي أن يثبت لهم حق استخلاص العبد بالفداء لان للناس أغراضا في الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شئ من ثمن العبد كان الفضل لاولياء الجناية لان العبد بيع على ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقي الى ما بعد العتاق كما لو بيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى لاصحاب الدين بدفع العبد الى أولياء الجناية شيئا استحسانا والقياس أن يضمن (وجه) القياس أن الدفع اليهم تمليك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين لما بينا ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو حضر الغرماء أولا فباع المولى العبد فان فعل ذلك بغير أمر القاضي ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء ولزمه الارش وان كان غير عالم بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع الى القاضي فان كان القاضي عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق أولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية فباعه بالدين ببينة قامت عنده أو بعلمه ثم حضر أولياء الجناية ولا فضل في الثمن بطلت الجناية وسقط حق أولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين القاضي لانه فيما يصنعه أمين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولو مات لبطل حق أولياء الجناية أصلا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتل العبد الجاني قبل الدفع فان كان القاتل حرا يأخذ المولى قيمته و يدفعها الى ولي الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والفداء حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للفداء ولو تصرف في العبد يصير مختارا للفداء على ما نذكر وانما كان كذلك لان القيمة دراهم أو دنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة في التخيير وكذلك ان كانت أقل من الارش أو أكثر منه لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب في الاعيان وكذلك ان قتله عبد أجنبي نخير مولاه بين الدفع والفداء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة و يدفعها الى ولي الجناية لما قلنا ولو دفع القاتل الى مولى العبد المقتول يخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفداء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للفداء لان العبد القاتل قام مقام المقتول لحما ودما فكان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه يخير المولى في شيئين في العبد القاتل بين الدفع والفداء لان تعلق حق ولي الجناية بالعبد جعل المولى كالاجنبي فصار كان عبد أجنبي قتل العبد الجاني وهناك يخير بين الدفع والفداء بقيمة المقتول كذا ههنا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه هذا العبد يخير المولى بين دفعها وفدائها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه رجلا آخر خطأ ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى بالدية وقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب فيه أولياء قتيل العبد بالدية وأولياء قتيل الامة بقيمة الامة لان الجناية عليها كالجناية على أمة أجنبي قتلت رجلا خطأ ولو كانت قيمة الامة الفا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهم لاولياء قتيل الامة وعشرة أسهم لاولياء قتيل العبد فان قطع عبد لاجنبي يد العبد الجاني أو فقأ عينه أو جرحه جراحة نخير مولى العبد القاطع أو الفاقئ أو الجارح بين الدفع والفداء فان دفع عبده أو فداه بالارش فمولى العبد المقطوع يخير بين الدفع والفداء فان

شاء دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أو مع ارش يد عبده المقطوع وان شاء فدى عن الجناية بالارش لان العبد المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وارش يده بدل جزئه وكذا العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب الدفع الا أن يختار الفداء فينقل الحق من العبد الى الارش ولو كسب العبد الجانى كسبا أو كان الجانى أمة فولدت بعد الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش أنه يدفع والفرق أن الارش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الارش ثم اختلف المولى وولى الجناية فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وان الارش سالم له وادعى ولى الجناية انه كان بعدها وانه مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان الارش ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه فولى الجناية يدعى عليه وجوب تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبد أو فقئت عينه وأخذ المولى الارش ثم جنى جناية فان شاء المولى اختار الفداء وان شاء دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان أخذ من الارش لان وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا بخلاف ما اذا قطعت يده بعد الجناية انه يدفع مع ارش اليد لان العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلا خطأ ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا آخر خطأ فارش يده يسلم لولى الجناية الاولى لان حقه كان متعلقا بجميع أجزائه وقت الجناية والارش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثانى فلم يتعلق بالجزء لانعدامه وقت الجناية ثم يدفع العبد فيكون بين وليى الجنايتين على تسعة وثمانين جزأ لان موضوع المسئلة فيما اذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول حق ولى كل جناية فى عشرة آلاف وقد استوفى ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة فيجعل كل خمسمائة سهما فيكون كل العبد أربعين سهما حق كل واحد منهما فى عشرين وقد أخذ ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة أو بقى حقه فى تسعة عشر سهما ولم يأخذ ولى الجناية الثانية شيأ فبقى حقه فى عشرين جزأ من العبد وان اختار الفداء فدى عن كل واحد من الجنايتين بعشرة آلاف لان ذلك ارشها ولو شج انسانا موضحة وقيمته ألف درهم ثم قتل آخر وقيمته ألفان فان اختار الفداء فدى عن كل واحدة من الجنايتين بارشها وان اختار الدفع دفعه مقسوما بينهما على أحد وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولى القتيل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به وصاحب الموضحة حقه فى خمسمائة وحق ولى القتيل فى عشرة آلاف فيجعل كل خمسمائة سهما فتكون القسمة على أحد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضا لانها صفة الاصل واذا ثبتت الشركة فى الاصل ثبتت فى الصفة وكذلك لو قتل انسانا خطأ وقيمته وقت القتل ألفان ثم عمى بعد القتل قبل الشجة ثم شج انسانا موضحة كانت القسمة بينهما على احد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضا لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى جناية ففداه المولى ثم جنى جناية أخرى خير المولى بين الدفع والفداء لانه لما فدى فقد طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن فاذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو الفداء بخلاف ما اذا جنى ثم جنى جناية أخرى قبل اختيار الفداء انه يدفع اليهما جميعا أو يفدى لانه لما لم يفد للاولى حتى جنى ثانيا فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع اليهما أو يفدى ولو قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه المولى الى أحدهما فقتل عبده رجلا آخر ثم حضر ويقال للمدفوع اليه ادفع نصف العبد الى ولى القتيل الثانى أو نصف الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى بين الدفع الى ولى الجناية الثانية وولى الجناية الاولى الذى لم يدفع اليه (أما) وجوب دفع نصف العبد على المدفوع اليه الى ولى القتيل الثانى أو الفداء فلانه ملك نصف العبد بالدفع فيخير فى جنايته بين الدفع والفداء (وأما) وجوب رد نصف العبد الى المولى فلانه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا يخير المولى فى النصف بين الدفع الى ولى الجنايتين و بين الفداء لان وقت الجناية الاولى كان كل العبد على ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو الفداء

فان اختار الفداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر تعلق الحق وحق كل واحد منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى ولى الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى الربع فسلم له ثلاثة أرباع العبد وسلم لولى الجناية الاولى الذى لم يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما أرباعا ثلاثة أرباعه لولى الجناية الثانية وربعه لولى الجناية الاولى وبقى الى تمام حقه الربع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان الدفع بقضاء لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضاء كان هو مضطراً فى الدفع فلا يضمن ولا سبيل الى تضمين القاضى لان القاضى فيما يصنع أمين فلا تلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه بغير حق والقبض بغير حق سبب لوجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه لم يرده على الوجه الذى قبض العبد فارغا ورده مشغولا وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى الجناية الذى لم يدفع اليه العبد بالخيار ان شاء ضمن الولى ربع قيمة العبد وان شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد ربعه لحم ودم وربعه دراهم ودنانير لانه وجد سبب وجوب الضمان فى حق كل واحد منهما الدفع من المولى والقبض من القابض فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحد وليى القتيلين فقتل عنده قتيلا آخر واجتمعوا فان القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدى نصف الجناية لما ذكرنا فى الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف الباقى الى ولى الجناية الثالثة أو افد بنصف الدية خمسة آلاف لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقى حقه فى النصف ويفدى لولى الجناية الثانية بكمال الدية عشرة آلاف لانه لم يصل اليه شئ من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حقيهما فيضرب ولى الجناية الثانية فيه بعشرة آلاف وولى الجناية الثالثة بخمسة آلاف فيصير نصف العبد بينهما أثلاثا ثلثاه لولى الجناية الثانية وثلثه لولى الجناية الثالثة وبقى من حق الثانى السدس لان حقه فى نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقى الى تمام حقه السدس فان كان الدفع بقضاء القاضى ضمن القابض المولى وان كان بغير قضاء فان شاء ضمن المولى وان شاء ضمن القابض كما فى المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انسانا وفقأ عين آخر فدفع المولى العبد الى المفقوءة عينه فقتل فى يده قتيلا يقال للمفقوءة عينه ادفع ثلث العبد الى ولى القتيل الثانى او افده بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه أخذ الثلث بحق ملكه وأخذ الثلثين بغير حق فيؤمر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى للاول بتمام الدية عشرة آلاف وللثانى بثلثى الدية وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوماً بينهما على قدر حقهما فيتضاربان يضرب الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بثلثى الدية ستة آلاف وستة وستين وثلثين فاجعل كل الف سهما وستمائة فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهما وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهما وقد أخذ ولى القتيل الثانى منه ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقى ثلثاه فيكون بينهما لولى القتيل الاول عشرة ولولى القتيل الثانى ستة وثلثان ثم ولى القتيل الاول يرجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزأ وثلثى جزء من ثلثى قيمته لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان فى يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولى القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضاء القاضى له أن يأخذ أيهما شاء كما فى الفصل الاول وطريقة أخرى فى الحساب انه اذا دفع ثلثى العبد اليهما وضرب أحدهما بالدية والآخر بثلثى الدية يجعل كل ثلث سهما فيصير كل الدية ثلاثة أسهم وثلثا الدية سهمين فيصير ثلثا العبد على خمسة أسهم للاول ثلاثة وللآخر سهمان ويصير الثلث الآخر سهمين ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع الى الآخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة أخماسه وهو ستة أسهم والآخر بأربعة أسهم ثم

يرجع الاول على القابض بخمس ثلثى قيمة العبد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتلت أمة رجلا ثم ولدت بنتا فقتلت البنت رجلا ثم ان البنت قتلت أمها فالمولى يخير بين دفع البنت الى ولى الجنايتين و بين الفداء فان اختار الفداء فدى لاولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق المجنى عليه وهو حق الدفع الحق المولى بالاجنبى فتصير كانها جنت على جارية أخرى لاجنبى وان اختار الدفع ضرب أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بقيمة الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة على احدى عشر سهما كل الف درهم سهم سهم من ذلك لاولياء قتيل الام وعشرة أسهم لاولياء قتيل البنت ولو كانت البنت فقأت عين الام ولم تقتلها فالمولى يخير بين الدفع والفداء لا يخلو (اما) ان يختار دفعهما جميعا (واما) ان يختار فداءهما جميعاً (واما) ان يختار فداء البنت ودفع الام (واما) ان يختار فداء الام ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعاً يدفع الام الى أولياء قتيل الام وهذا ظاهر و يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت والى أولياء قتيل الام وكانت مقسومة بينهم على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها يضرب اولياء قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لانها فقأت احدى عينيها والعين من الآدمى نصفه فان اختار فداءهما جميعاً فدى الكل فرى من أولياء الجنايتين بتمام الدية لان ذلك أرش كل واحد من الجنايتين وسقطت جناية البنت على الام لانهما جميعا ملك المولى وقد طهرتا عن الجناية بالفداء وخلص ملك المولى فيهما فبقيت جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ماسكه فتكون هدرا وان اختار دفع الام وفداء البنت دفع الام الى أولياء قتيل الام ثم يفدى البنت يفدى لاولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفداء الام يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت و يفدى لاولياء قتيل الام بكمال الدية و بطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالفداء وخلص ملك المولى فيها فصار جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدرا ولو أن الام بعد ذلك فقأت عين البنت قبل أن تدفع واحدة منهما فان المولى يخير فيهما جميعا فيبدأ بالبنت لانها هى التى بدأت بالجناية فيدفع الى أولياء الجنايتين فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا فى المسئلة الاولى ثم يدفع الام اليهم فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل الام بالدية الا ما وصل اليهم من أرش البنت و يضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنايتين فتدفع كل واحدة بجنايتها طعن فى هذا الجواب وقيل ينبغى اذا دفع البنت فى الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتيل الام بنصف قيمة الام وأولياء قتيل البنت بالدية الا ما يصل اليهم فى المستأنف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغى أن لا يضربوا بتمام الدية والصحيح ماذكر فى الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق أولياء قتيل البنت فى تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شئ فوجب أن يضربوا بجميع ذلك والزيادة التى تظهر لهم فى المستأنف لا عبرة بها لان القسمة قد صحت وقت الدفع فلا تتغير بعد ذلك كما قالوا فى رجل مات وعليه لرجل ألف ولآخر ألفان وترك ألفا فاقتسماها أثلاثا ثم ان صاحب الالفين أبرأ الميت عن ألف ان القسمة الاولى لا تنتقض كذا هذا ولو جنت الامة جناية ثم ولدت ولدا فقطع ولدها يدها يدفع الولد مع الام لما ذكرنا أن الولد فى حكم الجناية على الام بمنزلة الاجنبى فصار كأن عبد أجنبى قطع يدها ودفع بالجناية وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قائما مقام يد الجارية كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصير به المولى مختارا للفداء وبيان صحة الاختيار فنقول ما يصير به المولى مختارا للفداء نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو الصريح بلفظ الاختيار وما يجرى مجراه نحو أن يقول اخترت الفداء أو آثرته أو رضيت به ونحو ذلك سواء كان المولى موسراً أو معسرا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار الفداء ثم تبين أنه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية دينا عليه (وعندهما) يسار المولى شرط صحة اختياره الفداء ولا يصح اختياره اذا كان معسراً الا برضا الاولياء و يقال له اما أن تدفع أو تفدى حالا كذا ذكر الاختلاف

في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد مع قول أبي حنيفة في جواز الاختيار وقال الآن عند محمد الدية تكون في عين العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولى لولي الجناية وهكذا روى عن أبي يوسف (وجه) قولهما أن الحكم الاصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل الى الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار فلا ينتقل اليها فيبقى العبد واجب الدفع ولابي حنيفة رحمه الله أن العزيمة ماقالا وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفداء عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لانه لا يقدح في الاهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل (وأما) الدلالة فهي أن يتصرف المولى في العبد تصرفا يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية يكون اختيارا للفداء لان حق المجني عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفي تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر أن المولى لا يرضى بتفويت حقه مع العلم بذلك الا بما يقوم مقامه وهو الفداء فكان اقدامه عليه اختيارا للفداء وعلى هذا الاصل يخرج المسائل اذا باع العبد بيعا باتا وهو عالم بالجناية صار مختارا لانه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا اذا باع بشرط خيار المشتري أما على أصلهما فلا يشكل لان المبيع دخل في ملك المشتري (وأما) على أصل أبي حنيفة فلان خيار المشتري ان كان يمنع دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفي دلالة الاختيار لانه يفوت الدفع ولو باع على أنه بالخيار فان مضت مدة الخيار قبل مضي المدة كان مختاراً لان البيع انبرم قبل الدفع ولو نقض البيع لم يكن مختارا لان الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد على البيع لم يكن ذلك اختيارا عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يكون اختيارا (وجه) قوله أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك الاترى أن المشتري بشرط الخيار اذا عرض المشتري على البيع بطل اختياره فكان دليل امساك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفداء لما بينا (ولنا) أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امساك العبد أيضاً بل هو دليل الاخراج من الملك فلا يصلح دليل اختيار الفداء ولو باعه بيعاً فاسدا لم يكن مختارا حتى يسلمه الى المشتري لان الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو وهبه من انسان وسلمه اليه صار مختاراً لان الهبة والتسليم يزيلان الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى ولو باعه من المجني عليه كان مختاراً لان التسليم بالهبة في معنى الدفع لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لانه تمليك بعوض والدفع تمليك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الاقدام على البيع منه اختياراً للفداء وكذلك لو تصدق به على انسان أو على المجني عليه فهو والهبة سواء لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض ولو اعتقه أو دبره أو كانت امة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار مختاراً لان هذه التصرفات تفوت الدفع اذ الدفع تمليك وانها تمنع من التمليك فكانت اختياراً للفداء ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس فأمر المولى المجني عليه باعتاقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختارا للفداء لان اعتاقه بأمره مضاف اليه فكان دليل اختيار الفداء كما لو أعتق بنفسه ولو قال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختارا للفداء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يكون مختارا (وجه) قوله انه انما صار معتقاً بالقول السابق وهو قوله أنت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختارا (ولنا) أن المعلق بالشرط يصير منجزا عند وجود الشرط بتنجيز مبتدإ كأنه قال له بعد وجود الجناية أنت حر ونظيره اذا قال لامرأته وهو صحيح اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فارا عن الميراث حتى ترثه المرأة وان كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو أخبر المولى انسان ان عبده قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم أعتقه صار مختارا للفداء بلا خلاف وان كذبه فاعتقه لا يصير مختارا عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يكن المخبر رجلان أو رجل

واحد

واحد عدل وعندهما يصير مختارا للفداء ولا يشترط العدد فى المخبر ولا عدالته وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا على التوقف لفوات الدفع فى الحال على التوقف فان أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار وان عجز ورد فى الرق ينظر فى ذلك ان خوصم قبل أن يعجز فقضى بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاء به وان لم يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبتات لاحتمال ان يعجز فان عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه وروى عن أبى يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها لزوال يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهى تعلق العتق بالاداء تثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم (وأما) الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجانى امرأة أو زوج الامة الجانية انسانا فهل يكون اختيارا ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا يكون اختيارا لان الدفع لم يفت لان الملك قائم فكان الدفع ممكناً فى الجملة وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعييب فاشبه التعييب حقيقة ولو أقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر فى الاصل لان الاقرار به لغيره لا يفوت الدفع لان المقر مخاطب بالدفع أو الفداء وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره أنه يكون مختارا لان اقراره به لغيره فى معنى التمليك منه اذ العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا أقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله أجنبى فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فتبطل الجناية وان كان خطأ يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولى الجناية ولا يخير المولى فى القيمة على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه بان قطع يده أو فقأ عينه أو جرحه جراحة أو ضربه ضربا أثر فيه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء لانه بالنقصان حبس عن المجنى عليه جزأ من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفداء لانه دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله سبحانه أعلم ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان ذهب قبل أن يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤمر بالدفع أو الفداء لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم فى حال البياض فضمنه القاضى القيمة ثم زال البياض فقضاء القاضى نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحاً ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا للفداء لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه فان عطب فى الخدمة فلا ضمان عليه وبطل حق ولى الجناية لان الاستخدام ليس باختيار لما بينا ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجانى أمة فوطئها المولى فان كانت بكرا فقد صار مختارا لانه فوت جزأ منها حقيقة بازالة البكارة وهى ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان علقت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يصير مختارا سواء علقت منه أو لم تعلق (وجه) هذه الرواية ان حل الوطء لابد له من الملك اما ملك النكاح أو ملك اليمين ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه على الوطء دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار (وجه) ظاهر الرواية أن الوطء ليس الا استيفاء منفعة البضع وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع لا جزأ من العين حقيقة الا انها ألحقت بالاجزاء وقدر النقصان عند الاستيفاء فى غير الملك اظهارا لخطر البضع والاستيفاء ههنا حصل فى الملك فلا حاجة الى الالحاق فانعدم النقصان حقيقة وتقديرا ولو أذن له فى التجارة فركبه دين لم يصر المولى مختارا وعليه قيمته (اما) عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق الدين ولا بعده وأما لزوم

القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب نقصانا فيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتلزمه قيمته حين لورضى ولى الجناية بقبوله مع النقصان لاشئ على المولى ثم جميع ما يصير به مختار اللفداء مما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس أو على مادون النفس لان الاختيار ههنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم بما يختاره وهو الفداء عن الجناية واختيار الفداء عن الجناية اختيار الايثار واختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان كانت على مادون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع المستحق من غير اختيار الفداء فيضمن القيمة ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضاء القاضى أو بخيار رؤية أو شرط يقال له ادفع أو أفد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختارا لما بينا ولو كان بعد العلم فعليه الفداء لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختار اللفداء لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاشياء فسخ للعقد من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شاء الله تعالى ولو قطع العبد يد انسان أو جرحه جراحة نخير فيه فاختار الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع فى الحالين جميعا وان اختار الفداء ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسانا وهو قول أبى يوسف الاول والقياس أن لا يبطل وعليه الدية وهو قول أبى يوسف الاخير ولم يذكر فى ظاهر الرواية قول أبى حنيفة رحمه الله وذكر الطحاوى قوله مثل قول محمد ولو كان اختار الفداء بالاعتاق بان عتق العبد للحال حتى صار مختار اللفداء ثم مات المجنى عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا (وجه) القياس أن المولى لما اختار الفداء عن أصل الجناية فقد صح اختياره ولزمه موجبها وبالسراية لم يتغير أصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف تبع للاصل فكان اختيار الفداء عن المتبوع اختيارا عن التابع (وجه) الاستحسان أن اختيار الفداء عن القطع لما سرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وهما متغايران فاختيار الفداء عن أحدهما لا يكون اختيارا عن الآخر فيخير اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لأن اقدامه على الاعتاق مع علمه أنه ربما يسرى الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار الكل والرضا به وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الفداء الواجب عند الاختيار فهو أنه يجب فى ماله حالا لا مؤجلا لان الحكم الاصلى لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفداء كالخلف عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا فى ماله لا مؤجلا فكذلك الفداء والله سبحانه وتعالى الموفق هذا اذا كان العبد القاتل قنا فان كان مدبرا فجنايته على مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام فى مواضع فى بيان ما تظهر به جنايته وفى بيان أصل الواجب ومن عليه وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان صفته أما الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شئ ولا يتبع المدبر بعد العتاق كجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح (وأما) بيان أصل الواجب بهذه الجناية فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما انهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم فيكون اجماعا من الصحابة والقياس يترك بمقابلة الاجماع ولان الاصل فى جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى وبالتدبير منع من الدفع من غير اختيار الفداء والمنع من الدفع من غير اختيار الفداء يوجب القيمة على المولى كالو دبر القن وهو لا يعلم الجناية (أو أما) مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هى الاقل فلا حق لولى الجناية فى الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه يخير بين الاقل والاكثر وأنه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل

الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد فى الجناية لا تزاد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته أو كثرت لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة فى جناية المدبر بمنزلة العين فى جناية القن قلت جنايته أو كثرت ولا يجب شىء آخر مع الدفع كذلك ههنا وتقسم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوى فيها الاول والثانى لان القسمة فى دفع العين هكذا فكذلك قيمة المدبر وسواء قبض ما على المولى أو لم يقبض يشتركون فيه فيتضاربون بقدر حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فكأنه أنشأ التدبير عندهما وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة لان حكم جنايته يلزم مولاه فيستوى فيه بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلا لان حكم جنايته وجوب الدفع وبالموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمته ألف ثم عمى لم يحط عن المولى شىء وعليه قيمته تامة لان نقصانه هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيأ فكذا هلاك البعض ولو قتل انسانا ثم قتل آخر لا يلزم المولى الا قيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى لم يلزمه الا قيمة واحدة لان سبب وجوب الضمان هو المنع وأنه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انسانا خطأ ثم قتل آخر خطأ ثم دفع المولى القيمة الى ولى القتيل الاول فالدفع لا يخلوا اما ان كان بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان بقضاء القاضى فلا سبيل لولى القتيل الثانى على المولى لانه كان مجبورا على الدفع والمجبور معذور وله أن يتبع ولى القتيل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احداهما نفساً والاخرى مادون النفس فالثانى يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى القتيل الثانى بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن ولى القتيل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا ان المولى متعد فى دفع العبد والقابض متعد فى قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انسانا خطأ فدفع القيمة الى ولى القتيل ثم قتل آخر خطأ فهذا والاول سواء فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة والامر فيه على التفصيل الذى ذكرنا وعندهما لولى القتيل الثانى أن يضمن المولى وله أن يضمن ولى القتيل الاول سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء فهما فرقا بين الفصلين وأبو حنيفة عليه الرحمة جمع بينهما (وجه) الفرق لهما أن المولى ههنا ليس بمتعد فى حق ولى القتيل الثانى لان الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفى الفصل الاول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعديا فيضمن (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ماذكرنا أن سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد فى حق الاول والثانى جميعا فصار كان الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعديا فى الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضى صيره مجبورا فى الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء فاما اذا كانت مختلفة بان قتل رجلا وقيمته ألف ثم ازدادت قيمته فصارت ألفين ثم قتل آخر يضمن المولى لولى القتيل الثانى ألفاً آخر ولا حق لولى القتيل الاول فى الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثانى ويقسم تلك القيمة وهى الالف بين أولياء الاول والثانى يتضاربون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف لانه قد وصل اليه ألف من عشرة آلاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر سهما عشرة أسهم للاول وتسعة أسهم للثانى ولو كانت قيمته وقت قتل الاول ألفين ووقت قتل الثانى ألفا لا يضمن المولى شيأ والالف تكون لولى القتيل الاول سالما والالف للآخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهما عشرة أسهم لولى القتيل الثانى وتسعة أسهم لولى القتيل الاول ولو قتل انسانا

وقيمته الف ثم ازدادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ثم قتل آخر فزيادة الخمسمائة سالمة لولى القتيل الثانى لا حق فيها لولى القتيل الاول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والالف تكون بين وليي القتيلين يتضاربون فيها فيضرب ولى القتيل الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة آلاف فكانت قسمة الالف بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانا نجعل كل خمسمائة سهما تسعة عشر لولى القتيل الثانى وعشرون لولى القتيل الاول والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الواجب بهذه الجناية فهى انها تجب فى مال المولى حالا لانه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار الفداء وأنه يوجب القيمة فى مال المولى حالا كما لو دبر العبد الجانى وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع والدفع يجب من ماله حالا كذلك ههنا والله تعالى الموفق للصواب وان كان القاتل أم ولد فأم الولد فى جميع ما وصفنا والمدبر سواء لان الواجب فى جنايتهما ضمان المنع أيضا الا أن جهة المنع تختلف فالمنع فى أم الولد بالاستيلاد وفى المدبر بالتدبير لذلك استويا فى حكم الجناية والله تعالى أعلم وان كان القاتل مكاتبا فقتل أجنبيا خطأ فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما تظهر به جنايته وفى بيان أصل الواجب ومن عليه وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان صفته (أما) الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد وتظهر أيضا باقراره بالجناية بخلاف جناياتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح أصلا واقرار المكاتب على نفسه لانه أحق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صالح عن حق ثابت له ظاهرا ولو أقر وصالح ثم عجز فحكمه نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وأم الولد لان امتناع الدفع حصل بشئ من قبله وهو قبول الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وأم الولد (وأما) كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه قال علماؤنا الثلاثة ان قيمته تصير دينا فى ذمته على طريق القطع والبتات وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى أولياء القتيل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة أخرى عقيب الاولى ولا خلاف فى أنه اذا جنى جناية وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم جنى جناية أخرى أنه تجب عليه قيمة أخرى ووجه الفرق لاصحابنا الثلاثة رحمهم الله أن القاضى لما قضى بالقيمة فى الجناية الاولى فقد صارت القيمة دينا فى ذمته حتما من غير تردد والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فتقتضى بقيمة أخرى وأما قبل القضاء فالرقبة مشغولة بالاولى والمشغول لا يشغل (وجه) قول زفر رحمه الله أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضى (ولنا) ان الحكم الاصلى فى جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز فيرد فى الرق فيتبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته دينا فى ذمته الا من حيث الظاهر والامر فى الحقيقة على التوقف وانما يرتفع التوقف باحدى معان اما بأداء القيمة الى ولى القتيل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا أدى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه أو بالعتق (اما) باداء بدل الكتابة (واما) بالاعتاق المبتدإ أو بالموت عن وفاء أو ولد لانه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته واذا عتق يتقرر حقه فى كسبه ويقع اليأس عن الدفع فتتقرر القيمة واذا ترك ولدا ولم يترك وفاء فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم أبيه فيؤدى فيعتق ويعتق أبوه ويستند عتقه الى آخر جزء من أجزاء حياته أو بقضاء القاضى بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جناية بالمعاينة أو بالبينة (فأما) اذا ظهرت باقراره فان كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره

ولا

ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤد ولكنه عتق بأداء بدل الكتابة أو باعتاق مبتدإ أو بموت المكاتب عن وفاء أو ولد لما قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة فاقراره باطل فى حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضاء فقد انفسخ العقد من الاصل وعاد قنا كما كان فتبين انه أقر على مولاه واقرار العبد على المولى باطل الا أنه يتبع بعد العتاق لان اقراره فى حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة بطل اقراره فى حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أبى حنيفة عليه الرحمة ويتبع بعد العتاق وعندهما لا يبطل اقراره فى حق المولى ويؤخذ به للحال ويباع (وجه) قولهما ان القيمة قد وجبت عليه باقراره من حيث الظاهر لصحة اقراره ظاهراً أو بقضاء القاضى تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو أقر بدين لانسان ثم عجز ولابى حنيفة رحمه الله أن صحة اقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى فاذا عجز فقد صار المولى أحق باكسابه فبطل اقراره ولو كان مكان الاقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطأ فصالح منها على مال جاز صلحه على ما ذكرنا ثم ان كان قد أدى بدل الصلح الى ولى الجناية أو كان لم يؤد لكنه عتق باى طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء وعندهما لا يبطل ويصير دينا عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انسانا عمداً ثم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل أداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ للحال عند أبى حنيفة وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال ولو كان ولى القتيل اثنين فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدى الى من صالحه ما صالح عليه وينقلب نصيب الآخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه فى كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية فالواجب فى نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبارا للنصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ بعد العتاق (وأما) نصيب الآخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد أو افد بنصف الدية على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما يدفع نصف العبد أو يفدى بنصف الدية والنصف الآخر يباع فى حصة المصالح أو يقضى عنه المولى (وأما) القن اذا قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح العبد أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف (وأما) غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد اليه أو الفداء بنصف الدية ولو مات المكاتب قبل أن يؤخذ شئ من ذلك ولم يترك شيأ أصلا أو لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزا فقد مات قنا والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلا ورأسا وما تركه يكون للولى اذا مات عبدا كان المتروك مال المولى فيكون له ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدأ بدين الاجنبى لان دين المولى دين ضعيف اذ لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالاقوى أولى وحكى عن قتادة رضى الله عنه قال قلت لابن المسيب ان شريحا يقول الاجنبى والمولى يتحاصان فقال سعيد بن المسيب اخطأ شريح وان كان قاضيا قضاء زيد بن ثابت أولى وكان زيد يقول يبدأ بدين الاجنبى فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاؤه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعا ولو مات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية أولى لانها أقوى ولو مات وترك مالا وعليه دين وكتابة وجناية فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت دينا فهما دينان فلا يكون أحدهما بالبداية به أولى من صاحبه وان كان لم يقض عليه بالجناية يبدأ بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد فكان الاول آكد وأقوى فيبدأ به ويقضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقى فان كان به وفاء بالكتابة فصاحب الجناية أولى فيبدأ به وان لم يكن به وفاء بالكتابة فما بقى يكون للمولى لانه يموت قنا على ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت ان المكاتب يبدأ باى الديون شاء ان شاء بدين الاجنبى وان

شاء بارش الجناية وان شاء بمال الكتابة لانه يؤدى من كسبه والتدبير فى اكسابه اليه فكان له أن يبدأ باى ديونه شاء وعلى هذا قالوا فى المكاتب اذا مات فترك ولدا ان ولده يبدأ من كسبه باى الديون شاء لانه قام مقام المكاتب فتدبير كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر فى موته الى القاضى فيبدأ بالاولى فالاولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اختلف المولى وولى الجناية فى قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الاول ينظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما فى الماضى فيحكم (وجه) قوله الاخير ان ولى الجناية يدعى زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله تعالى الموفق (وأما) قدر الواجب بجنايته فهو الاقل من قيمته ومن الدين لان الارش ان كان أقل فلا حق لولى الجناية فى الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يوجد من المكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت أكثر من الدية أو قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم فى الجناية بأكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية منه أو عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية والله تعالى أعلم (وأما) صفة الواجب فهى ان يجب عليه حالا لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصلى فى جناية العبد هو الدفع وهذا كالخلف عنه والدفع يجب عليه حالا لا مؤجلا فكذا الخلف والله تعالى أعلم هذا اذا كان المقتول أجنبيا (فاما) اذا كان مولى القاتل فالقاتل لا يخلو (اما) ان كان قنا (واما) ان كان مدبرا (واما) ان كان أم ولد (واما) ان كان مكاتبا فان كان قنا فقتل مولاه خطأ فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا وله وليان فعفا أحدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذى لم يعف شىء فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله يقال للذى عفا اما أن تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذى لم يعف أو تفديه بربع الدية (وجه) قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما الكل واحد منهما النصف فاذا عفا أحدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب نصيب صاحبه وهو النصف مالا شائعا فى النصفين نصفه وهو الربع فى نصيبه ونصفه فى نصيب الشريك فما كان فى نصيبه يسقط وما كان فى نصيب الشريك يثبت (وجه) قولهما أن الدية اما أن تجب حقا للمولى والوارث يقوم مقامه فى استيفاء حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على عبده دين وان كان مدبرا فقتل مولاه خطأ فجنايته هدر وعليه السعاية فى قيمته لانه لو وجبت الدية لوجبت على المولى لانه لو جنى على أجنبى لوجبت الدية عليه فههنا أولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى فى قيمة نفسه لان العتق يثبت بطريق الوصية ألا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى فى قيمته لما قلنا وورثته بالخيار ان شاؤا عجلوا استيفاء القصاص وبطلت السعاية وان شاؤا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانهما حقان ثبتا لهم واختيار السعاية لا يكون مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هى بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان عفا أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وههنا يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن فى ايجاب الدية عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان أم ولد فقتلت مولاها خطأ أو عمدا فحكمها حكم المدبر وانما يختلفان فى السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى فى قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا وله ابنان من غيرها فعفا أحدهما سعت فى نصف قيمتها للذى لم يعف لان القصاص قد سقط بعفو أحدهما وانقلب نصيب الآخر مالا وانما وجب عليها السعاية فى نصف قيمتها لا فى نصف الدية وان كانت هى حرة وقت وجوب السعاية لانها اعتقت بموت سيدها

وتسعى وهي حرة لانها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو كانت مملوكة في الحالين بان قتلت أجنبيا خطأ لوجبت القيمة وكانت على المولى لا عليها فان كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية اعتبرنا بالحالين فاوجبنا نصف القيمة اعتبارا الى وجود الجناية وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى اعتبارا بحال وجوب السعاية اعتبارا بالحالين بقدر الامكان ولو كان أحد الابنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها أما عدم وجوب القصاص فلانه لو وجب لوجب مشتركا بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب ولدها اذ لا يجب للولد على أمه قصاص لتعذر الاستيفاء احتراما للام (وأما) لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر ولا تعذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها وتكون بينهما وان كان مكاتبا فقتل مولاه خطأ فعليه الاقل من قيمته أو الدية لان جناية المكاتب على مولاه لازمة كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع الى اكسابه وارش جناياته كالاجنبي لانه أحق باكسابه من المولى وتجب القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية مدبره وان كان عمدا فعليه القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم (هذا) اذا كان القاتل والمقتول حرين أو كان القاتل حرا والمقتول عبدا أو كان القاتل عبدا والمقتول حرا فاما اذا كانا عبدين بأن قتل عبد عبدا خطأ فالمقتول لا يخلو اما ان كان عبدا لاجنبي واما ان كان عبد المولى القاتل فان كان عبد الاجنبي بان كان القاتل قنا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء سواء كان المقتول قنا أو مدبرا أو أم ولد او مكاتبا وهذا وما اذا كان المقتول حرا أجنبيا سواء الا ان هناك يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء بالدية وههنا يخاطب بالدفع أو الفداء بالقيمة وان كان القاتل مدبرا أو أم ولد فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم الولد سواء كان المقتول قنا أو مدبرا او مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا أجنبيا وان كان القاتل مكاتبا فعليه قيمة نفسه سواء كان المقتول قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا أجنبيا هذا اذا كان المقتول عبد الاجنبي فان كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر وان كان القاتل قنا أو مدبرا أو أم ولد سواء كان المقتول قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا وان كان القاتل مكاتبا فجنايته عليه لازمة كائنا من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم بالصواب هذا اذا قتل عبد عبدا خطأ فان قتل عمدا فعليه القصاص كائنا من كان المقتول والله جل شأنه الموفق (وأما) القتل الذى هو في معنى القتل الخطأ فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو ان يكون على طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبيب أما الاول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطا من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ههنا دلالة وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد فقتله (أما) وجوب الدية فلوجود معنى الخطا وهو عدم القصد (وأما) وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سواء كان القاعد في طريق العامة أو في ملك نفسه ولو مات الساقط دون القاعد ينظر ان كان في ملك نفسه أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شئ على القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فما تولد منه لا يكون مضمونا عليه ويهدر دم الساقط وان كان في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما في حفر البئر ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسبيب كما في البئر وكذلك اذا كان يمشى في الطريق حاملا سيفا أو حجرا أو لبنة أو خشبة فسقط من يده فقتله لوجود معنى الخطا فيه وحصوله على سبيل المباشرة لوصول الآلة لبشرة المقتول (ولو) كان لابسا سيفا فسقط على غيره فقتله أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته وهو لابسه على انسان فتعقل به فتلف فلا ضمان عليه أصلا لان في اللبس ضرورة اذ الناس يحتاجون الى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن أيضا وان كان الذى لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب اذا كان يسير في الطريق

العامه فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ فى هـذا القتل وحصـوله على سبيل المباشرة لان ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا الى الراكب فكان قتـلا مباشرة ولو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن الا انه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبب دون المباشرة ولا كفارة على السائق والقائد ولا يحرمان الميراث والوصية لان فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل فكان قتلا تسبيباً لا مباشرة والقتل تسبيباً لا مباشرة لا يتعلق بهـذه الاحكام بخلاف الراكب لانه قاتل مباشرة على ما بينا والرديف والراكب سواء وعليهما الكفارة و يحرمان الميراث والوصـية لان ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو نفحت الدابة برجلها أو بذنبها وهو يسير فلا ضمان فى ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد والأصـل ان السير والسوق والقود فى طريق العامـة مأذون فيه بشرط سلامة العاقبة فما لم تسلم عاقبتـه لم يكن مأذونا فيه فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليه والوطء والكدم والصدم والخبط فى السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس والنفح مما لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعاب فسقط اعتباره والتحق بالعدم وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام قال الرجل جبار أى نفحها ولهذا اسقط اعتبار ما ثار من الغبار من مشى الماشى حتى لو أفسد متاعا لم يضمن وكذا اما أثارت الدابة بسنابكها من الغبار أو الحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هـذا وأما الحصى الكبار فيجب الضمان فيها لانه يمكن التحرز عن اثارتها اذ لا يكون ذلك الا بتعنيف فى السوق ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها أو بذنبها فهو هدر لعموم البلوى به ولو أوقف الدابة فى الطريق فقتلت انسانا فان كان ذلك فى غير ملكه كطريق العامة فهو ضامن لذلك كله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها أو عطب شئ بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه وسواء كان راكبا أو لا لان روث الدابة فى طريق العامة ليس بمأذون فيه شرعا انما المأذون فيه هو المرور لا غير اذ الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه تعديا من غير ضرورة فما تولد منه يكون مضمونا عليه سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن غير انه ان كان راكبا فعليه الكفارة فى الوطء باليد والرجل لكونه قاتلا من طريق المباشرة وان لم يكن راكبا لا كفارة عليه لوجود القتل منـه تسبيباً لا مباشرة وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد فهو مثـل وقفه فى الطريق لانه متعد فى الوقف الا ان يكون الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليـه فيما أصابت فى وقوفها لان للامام ان يفعل ذلك اذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعديا فى الوقوف فاشبه الوقوف فى ملك نفسه الا اذا كان راكبا فوطئت دابته انسانا فقتلته لان ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوى فى المواضع كلها ألا ترى انه لو كان فى ملـكه يضمن وكذلك لو أوقف دابته فى موضع اذن الامام بالوقوف فيه كما فى سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك اذا أوقف دابته فى الفلاة لان الوقوف فى الفلاة مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعديا فيه وكذلك فى الطريق ان كان وقف فى المحجة فالوقوف فيها كالوقوف فى سائر الطرق العامة ولو كان سائرا فى هذه المواضع التى أذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائقا أو قائدا فهو ضامن لان أثر الاذن فى سقوط ضمان الوقف لا فى غيره لان اباحة الوقف فيها استـفيد بالاذن لانه لم يكن ثابتا قبله فاما اباحة السير والسوق والقود فلم يثبت بالاذن من الامام لانه كان ثابتا قبله فبقى الامر فيها على ما كان قبل الاذن وان كان الوقف أو السير أو السوق أو القود فى ملكه فلا ضمان عليه فى شئ مما ذكر الا فيما وطئت دابته بيدها أو برجلها وهو راكب لان هذه الافعال تقع تعديا فى الملك والتسبيب اذا لم يكن تعديا لا يكون سببا لوجوب الضمان فاما الوطء باليد والرجل فى حال السير أو الوقوف فهو قتل مباشرة لا تسبيبا حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل سواء كان فى ملكه أو فى غير ملكه وسواء كان الذى لحقته الجناية مأذونا فى الدخول أو غير مأذون لان التلف حصل بفعله مباشرة ومن دخل ملك غيره بغير اذنه لا يباح اتلافه ولو ربط الدابة فى غير ملكه فمادامت تجول فى رباطها اذا أصابت شيئا بيدها

أو برجلها او راثت أو بالت فعطب به شئ فذلك كله مضمون عليه لانه متعد فى الوقوف فى غير ملكه ولو نفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شىء فهو هدر لان معنى التعدى قد زال بزوالها من موضع الوقوف وان أوقفها غير مربوطة فزالت عن موضعها بعد ما أوقفها ثم جنت على انسان أو عطب بها شئ فهو هدر لانها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال التعدى فكانها دخلت فى هذه المواضع بنفسها وجنت ولو نفرت الدابة من الرجل أو انفلتت منه فما أصابت فى فورها ذلك فلا ضمان عليه لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أى البهيمة جرحها جبار ولانه لا صنع له فى نفارها وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو أرسل دابته فما أصابت من فورها ضمن لان سيرها فى فورها مضاف الى ارسالها فكان متعديا فى الارسال فصار كالدافع لها أو كالسائق فان عطفت يميناً وشمالا ثم أصابت فان لم يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لانها باقية على حكم الارسال وان كان لها طريق آخر لا يضمن لانها عطفت باختيارها فينقطع حكم الارسال وصارت كالمنفلتة ولو أرسل طيراً فاصاب شيئاً فى فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره فى الزيادات فيمن أرسل بازيا فى الحرم فاتلف طيبة الحرم انه لا يضمن لانه يفعل باختياره وفعله جبار ولو أغرى به كلبا حتى عقر رجلا فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه كما لو أرسل طيراً وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن كما لو أرسل البهيمة وقال محمد رحمه الله ان كان سائقا له أو قائداً يضمن وان لم يكن سائقا له ولا قائداً لا يضمن وبه أخذ الطحاوى رحمه الله (وجه) قول محمد ان العقر فعل الكلب باختياره فالاصل هو الاقتصار عليه وفعله جبار الا أنه بالسوق أو القود يصير مغريا اياه الى الاتلاف فيصير سببا للتلف فاشبه سوق الدابة وقودها (وجه) قول أبى يوسف ان اغراء الكلب بمنزلة ارسال البهيمة فالمصاب على فور الارسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الكلب يعقر باختياره والاغراء للتحريض وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره فعقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره باذنه أو بغير اذنه لان فعل الكلب جبار ولم يوجد من صاحبه التسبيب الى العقر اذ لم يوجد منه الا الامساك فى البيت وانه مباح قال الله تبارك وتعالى وهو أصدق القائلين مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم ولو ألقى حية أو عقربا فى الطريق فلدغت انسانا فضمانه على الملقى لانه متعد فى الالقاء الا اذا عدلت عن ذلك الموضع الى موضع آخر فلا يضمن لارتفاع التعدى بالعدول اذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر فى قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وبه قول الشافعى رحمه الله (وجه) قول زفر ان كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم ان يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبى فمات ان على الاجنبى نصف الدية لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال مثل مذهبنا ولان كل واحد منهما مات من صدم صاحبه اياه فيضمن صاحبه كمن بنى حائطا فى الطريق فصدم رجلا فمات ان الدية على صاحب الحائط كذا هذا وبه تبين ان صدمة نفسه مع صدم صاحبه اياه فيه غير معتبر اذ لو اعتبر لما لزم بانى الحائط على الطريق جميع الدية لان الرجل قد مشى اليه وصدمه وكذلك حافر البئر يلزمه جميع الدية وان كان الماشى قد مشى اليها رجلان مدا حبلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فان سقطا على ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه أصلا لان كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه اذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه فلما سقط على قفاه علم انه سقط بفعل نفسه وهو مده فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وان سقطا على وجهيهما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لانه لما خر على وجهه علم انه مات من جذبه وان سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فماتا جميعا فدية الذى سقط على وجهه على عاقلة الآخر لانه مات بفعله وهو جذبه ودية الذى سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على القاطع

لانه تسبب فى اتلافهما والاتلاف تسبيبا يوجب الضمان كحفر البئر ونحو ذلك صبى فى يد أبيه جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذى جذبه ويرثه أبوه لان الاب محق فى الامساك والجاذب متعد فى الجذب فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيا وأحدهما يدعى انه ابنه والآخر يدعى انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذى يدعى انه عبده ديته لانه متعد فى الجذب لان المتنازعين فى الصبى اذا زعم أحدهما انه أبوه فهو أولى به من الذى يدعى انه عبده فكان امساكه بحق وجذب الآخر بغير حق فيضمن رجل فى يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب فى دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا تهدر دية الاسنان و يضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد فى العض والجاذب غير متعد فى الجذب لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد فى الجلوس اذ لم يكن له أن يجلس عليه فكان التلف حاصلا من فعليهما فينقسم الضمان عليهما رجل أخذ بيد انسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا شئ عليه لان الآخذ غير متعد فى الاخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذى تعدى على نفسه حيث جذب يده لا لدفع ضرر لحقه من الآخذ وان كان أخذ يده ليعصرها فاذاه فجر يده ضمن الآخذ ديته لانه هو المتعدى وانما صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر ولهذا فكان الضمان على المتعدى فان انكسرت يد الممسك وهو الآخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدى من الممسك فكان جانيا على نفسه فلا ضمان على غيره والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) الثانى فنحو جناية الحافر ومن فى معناه ممن يحدث شيأ فى الطريق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية الناخس وجناية الحائط (أما) جناية الحافر فالحفر لا يخلو (اما) ان كان فى غير الملك أصلا (واما) ان كان فى الملك فان كان فى غير الملك ينظر ان كان فى غير الطريق بان كان فى المفازة لا ضمان على الحافر لان الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبيب الى القتل الا ان التسبيب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعديا فى التسبيب والمتسبب ههنا ليس بمتعد لان الحفر فى المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديرا فلا يجب الضمان وان كان فى طريق المسلمين فوقع فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غما أو جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لان حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها اذا لم يعلم وهو متعد فى هذا التسبيب فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لان التحمل فى القتل الخطأ المطلق للتخفيف على القاتل نظرا له والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ فكانت الحاجة الى التخفيف أبلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل أصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل فى حق وجوب الدية فبقى فى حق وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة فى الخطأ المطلق انما وجبت شكر النعمة الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك بالقتل فاذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية ان كان أجنبيا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبى عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات غما أو جوعا فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يضمن وقال محمد يضمن وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسبيبا الى الهلاك ومعنى التسبيب موجود ههنا لان الوقوع سبب الغم والجوع لان البئر يأخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر فكان مضافا اليه كما اذا حبسه فى موضع حتى مات (وجه) قول أبى يوسف ان الغم من آثار

الوقوع

الوقوع فكان مضافا الى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره فلا يضاف الى الحفر ولابى حنيفة رحمه الله أنه لا صنع للحافر
فى الغم ولا فى الجوع حقيقة لانهما يحدثان بخلق الله تعالى لا صنع للعبد فيهما أصلا لا مباشرة ولا تسبيبا أما المباشرة فلا
شك فى انتفائها واما التسبيب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لانه لا ينشأ منه بل من سبب آخر والغم
ليس من لوازم البئر فانها قد تغم وقد لا تغم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان أصابته جناية فيما دون النفس فضمانها على
الحافر لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذى تتحمله العاقلة حمله عليهم والا
فيكون فى ماله وكذا اذا كان الواقع غير بنى آدم لان ضمان المال لا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل سائر الديون ثم ان
جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية ارشها ولا يسقط شئ من ذلك بشئ منه ولا يشرك المجنى
عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله فيؤخذ بكل واحدة من الجنايات بحيالها
هذا هو الاصل وان كان الحافر عبدا فان كان قنا فجنايته بالحفر بمنزلة جنايته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو
ان يخاطب المولى بالدفع أو الفداء قلت جنايته أو كثرت غير انه ان كان المجنى عليه واحدا يدفع اليه أو يفدى وان
كانوا جماعة يدفع اليهم أو يفدى بجميع الاروش لان جنايات القن فى رقبته يقال للمولى ادفع أو افد والرقبة تتضايق
عن الحقوق فيتضاربون فى الرقبة والواجب بجناية الحر يتعلق بذمة العاقلة والذمة لا تتضايق عن الحقوق فان وقع فيها
واحد فمات فدفعه المولى الى ولى جنايته ثم وقع آخر يشارك الاول فى الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع
فكلما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول فى رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر
جنايته لان المولى بالدفع الى الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية
فى حق الثانى والثالث حصلت بسبب الحفر أيضا والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول دفعا الى الثانى
والثالث لاستواء الكل فى سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة واحدة ولو حفرها ثم أعتقه المولى بعد الحفر قبل
الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك على المولى فى قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التى كانت قبل العتق
و بعده يضرب فى ذلك كل واحد بقدر ارش الجناية لان جناية القن وان كثرت فالواجب فيها الدفع والولى بالاعتاق
فوت الدفع من غير اختيار الفداء فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق
بخلاف المدبر انه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير انما يصير سببا عند
وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على ما بينا فيما تقدم وان كان الحافر مدبرا او أم ولد فعلى المولى قيمة واحدة
قلت الجناية أو كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها لانه صار جانيا بسبب
الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده وان كان مكاتبا فجنايته على نفسه لا على مولاه كما اذا
جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بئرا فى الطريق فجاء انسان ودفع انسانا وألقاه فيها فالضمان على الدافع
لا على الحافر لان الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجرا فى قعر البئر فسقط انسان فيها لا ضمان على الحافر مع
الواضع ههنا كالدافع مع الحافر ولو جاء رجل فحفر من أسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول كذا ذكر الكرخى
رحمه الله وذكر محمد رحمه الله فى الكتاب ينبغى فى القياس ان يضمن الاول ثم قال وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان
وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله فى الاستحسان الضمان عليهما لاشتراكهما فى الجناية وهى الحفر
فيشتركان فى الضمان (وجه) القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة والحفر من الثانى
بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر فى قعر البئر فكان الاول كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بئرا ثم جاء
انسان ووسع رأسها فوقع فيها انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا أطلق فى الكتاب ولم يفصل وقيل جواب
الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلا بحيث يقع رجل فى حفرهما (فأما) اذا وسع كثيرا بحيث يقع قدمه فى حفر
الثانى فالضمان على الثانى لا على الاول لان التوسع اذا كان قليلا بحيث يقع قدمه فى حفرهما كان الوقوع بسبب

وجد منهما وهو حفرهما فكان الضمان عليهما واذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجد من الثانی فكان الضمان عليه ولو حفر بئرا ثم كبسها فجاء رجل وأخرج ما كبس فوقع فيها انسان فالكبس لا يخلو اما ان كان بالتراب والحجارة (واما) ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثانی وان كان بالثانی فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبئر والحاقا له بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بئر أخرى (فأما) الحنطة والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا لها الا يرى انه بقی أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة ولو حفر بئرا وسد الحافر رأسها ثم جاء انسان فنقضه فوقع فيها انسان فالضمان على الحافر لان أثر الحفر لم ينعدم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفاتح بالفتح أزال المانع و زوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل حجرا فی الطريق فتعثر عليه رجل فوقع فی بئر حفرها آخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم يضعه أحد ولكنه حمل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدی منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا فی الحفر ولو اختلف الحافر و ورثة الميت فقال الحافر هو الذی القى نفسه فيها متعمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر فی قول أبی يوسف الآخر وهو قول محمد وفی قول أبی يوسف الاول القول قول الورثة (وجه) قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقی نفسه فی البئر عمدا والقول قول من يشهد له الظاهر (وجه) قوله الآخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذی يمشی فيه يری البئر فتعارض الظاهران فبقی الضمان على أصل العدم ولو حفر بئرا فی الطريق فوقع رجل فيها فتعلق بآخر وتعلق الثانی بثالث فوقعوا فماتوا فهذا فی الاصل لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان علم حال موتهم بان خرجوا أحياء فأخبروا عن حالهم (واما) ان لم يعلم فان علم ذلك (فاما) موت الاول فلا يخلو من سبعة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه فی البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثانی عليه خاصة (واما) انه علم ان مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثانی والثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه فی البئر و وقوع الثانی عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه فی البئر و وقوع الثالث عليه وأما ان علم انه مات بوقوعه فی البئر ووقوع الثانی والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه فی البئر خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسبيبا وهو متعد فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثانی عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذی قتل نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثانی لان الثانی هو الذی جر الثالث على الاول حتى أوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثانی والثالث عليه فنصفه هدر و نصفه على الثانی لان جره الثانی على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجر الثانی والثالث عليه معتبر فهدر النصف و بقی النصف وان علم انه مات بوقوعه فی البئر ووقوع الثانی عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر لجره الثانی على نفسه وان علم انه مات بوقوعه فی البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثانی لانه هو الذی جر الثالث على الاول وان علم انه مات بوقوعه فی البئر و وقوع الثانی والثالث عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثانی لانه مات بثلاث جنايات أحدها هدر وهی جره الثانی على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثانی بجره الثالث على الاول فتعتبر (واما) موت الثانی فلا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه فی البئر خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوعه فی البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بسقوطه فی البئر خاصة فديته على الاول وليس على الحافر شیء لان الاول هو الذی جره الى البئر فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل

نفسه حيث جر الثالث على نفسه فهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه فى البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف هدر
والنصف على الاول لانه مات بشيئين أحدهما فعل نفسه وهو جره الثالث على نفسه وجنايته على نفسه هدر والثانى
فعل غيره وهو جر الاول وايقاعه فى البئر وأما موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه فى البئر وديته على
الثانى لانه هو الذى جره الى البئر وأوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم وأما اذا لم يعلم فلا يخلو اما ان وجد بعضهم
على بعض واما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثانى على الاول ودية الثالث على
الثانى وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا أيضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثانى على الاول
ودية الثالث على الثانى وهو قول محمد رحمه الله وفى الاستحسان دية الاول أثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثانى
وثلث هدر ودية الثانى نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثانى ولم يذكر محمد رحمه الله فى
الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول والجر من الاول للثانى
والجر من الثانى للثالث واضافة الاحكام الى الاسباب الظاهرة أصل فى الشريعة (وجه) الاستحسان انه اجتمع
فى الاول ثلاثة أسباب كل واحد منها صالح للموت وقوعه فى البئر و وقوع الثانى و وقوع الثالث عليه الا ان وقوع
الثانى عليه حصل بجره اياه على نفسه فهدر الثلث و بقى الثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على الثانى بجره الثالث
على نفسه و وجد فى الثانى شيآن الحفر و وقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره فهدر نصف الدية و بقى
النصف على الحافر ولم يوجد فى الثالث الا سبب واحد وهو جر الثانى اياه الى البئر والاصل فى الاسباب اعتبارها
ما أمكن واعتبارها يقتضى ان يكون الحكم ما ذكرنا والله تعالى أعلم ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الطريق فحفر فوقع
فيها انسان فان كانت البئر فى فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنائه اذا لم يتضمن
الضرر بالمارة على أصلهما مطلقا وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر
اليه فاذا حفر فى فنائه انتقل فعل المأمور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيها انسان ولو كان كذلك وجب الضمان
عليه كذا هذا وان لم يكن ذلك فى فنائه فان أعلم المستأجر الاجير ان ذلك ليس من فنائه فالضمان على الاجير لا على
الآمر لان الاجير لم يحفر بأمره فبقى فعله مقصورا عليه كانه ابتدأ الحفر من نفسه من غير أمر فوقع فيها انسان وان لم
يعلمه فالضمان على الآمر لانه غره بالامر بحفر البئر فى الطريق مطلقا انما يأمر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه ضمان
الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو أمر عبده ان يحفر بئرا فى
الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر فى فنائه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالحفر فى هذا المكان
فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان فى غير فنائه فالضمان فى رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع أو الفداء لان
الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فنائه فصار مبتدئا فى الحفر بنفسه سواء أعلم العبد أنه ليس من فنائه أو لم يعلمه بخلاف
الاجير لان وجوب الضمان على الآمر هناك بمعنى الغرور على ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد و بين
مولاه فيستوى فيه العلم والجهل وان كان الحفر فى الملك فان كان فى ملك غيره بان حفر بئرا فى دار انسان بغير اذنه فوقع
فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد فى التسبيب ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس
أن لا يصدق صاحب الدار والقول قول الورثة وفى الاستحسان يصدق والقول قول الحافر (وجه) القياس ان الحفر
وقع موجبا للضمان ظاهرا الا انه صادف ملك الغير وانه محظور فكان متعديا فى الحفر من حيث الظاهر فصاحب الدار
بالتصديق يريد ابراء الجانى عن الضمان فلا يصدق (وجه) الاستحسان ان قول صاحب الدار أمرته بذلك اقرار
منه بما يملك انشاءه للحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان فى ملك نفسه لا ضمان عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم
يكن متعديا فى التسبيب وان كان فى فنائه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير فى الطريق ولو
استأجر أربعة يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر

الربع لانه مات من أربع جنايات الاأن جناية المرء على نفسه هدر فبطل الربع وبقى جنايات أصحابه عليه فتعتبر ويجب عليهم ثلاث أرباع الدية على كل واحد منهم الربع وقد روى الشعبي عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قضى على القارصة والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا وهن ثلاث جوارى ركبت احداهن الاخرى فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فقضى للتى وقصت بثلثى الدية على صاحبتها وأسقط الثلث لان الواقصة أعانت على نفسها وروى أن عشرة مدوا النخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى سيدنا على رضى الله عنه على كل واحد منهم بعشر الدية وأسقط العشر لان المقتول أعان على نفسه ولو استأجر اجراء حرا أو عبدا محجورا ومكاتبا يحفرون له بئرا فوقعت البئر عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر فى الحر ولا فى المكاتب ويضمن قيمة العبد المحجور لمولاه أما الحر والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستأجر سبب وجوب الضمان لان استئجارهما وقع صحيحا فكان استعماله اياهما فى الحفر بناء على عقد صحيح فلا يكون سببا لوجوب الضمان ووقوع البئر عليهما حصل من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه وأما العبد فلان استئجاره لم يصح فصار المستأجر باستعماله فى الحفر غاصبا اياه فدخل فى ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى المولى فالمولى يدفع القيمة الى ورثة الحر والمكاتب فيتضاربون فيها فيضرب ورثة الحر بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب وانما كان كذلك لان موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فصار قدر الثلث من الحر والمكاتب تالفا بجناية العبد وجناية القن توجب الدفع ولو كان قنا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب يتضاربون فى رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك وجب دفع القيمة اليهم يتضاربون فيها أيضا فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمة العبد مرة أخرى ويسلم له تلك القيمة لانه وان رد المغصوب الى المغصوب منه برد قيمته اليه لكنه رده مشغولا وقد كان غصبه فارغا فلم يصح رده فى حق الشغل فيضمن القيمة مرة أخرى وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد لان ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين أن الجناية حصلت من الحر على ثلث عبد المستأجر فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ويأخذ ورثة المكاتب أيضا من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب لوجود الجناية من الحر على ثلث قيمته فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ثم يؤخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته فتكون بين ورثة الحر وبين المستأجر لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد يضرب ورثة الحر بثلث دية الحر ويضرب المستأجر بثلث قيمة العبد لانه جنى على ثلث الحر وعلى ثلث العبد فأتلف من كل واحد منهما ثلثه والحر مضمون بالدية والعبد بالقيمة وقد ملك المستأجر العبد بالضمان فكان ضمان الوارد على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم وقالوا فيمن حفر بئرا فى سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان الحفر باذن السلطان لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن وكذلك اذا اتخذ قنطرة للعامة وروى عن أبى يوسف أنه لا يضمن (ووجهه) ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن به ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا (وجه) ظاهر الرواية ان ما يرجع الى مصالح عامة المسلمين كان حقا لهم والتدبير فى أمر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن الامام كالحفر فى دار انسان بغير اذن صاحب الدار هذا الذى ذكرنا حكم الحافر فى الطريق وكذلك من كان فى معنى الحافر ممن يحدث شيأ فى الطريق كمن أخرج جناحا الى طريق المسلمين أو نصب فيه ميزابا فصدم انسانا فمات أو بنى دكانا أو وضع حجرا أو خشبة أو متاعا أو قعد فى الطريق ليستريح فعثر بشئ من ذلك عاثر فوقع فمات أو وقع على غيره فقتله أو حدث به أو بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره أو صب ماء فى الطريق فزلق به انسان فهو فى ذلك كله ضامن وكذلك ما عطب بذلك من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشياء وهو متعد فى التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالمتولد من الرمى ثم ما كان من الجناية فى بنى آدم تتحملها العاقلة اذا بلغت

القدر الذي تتحمل العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر أو كان منها في غير بني آدم يكون في ماله لان تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى عرفناه بنص خاص في بني آدم بهذا القدر فبقي الامر فيما دونه وفي غير بني آدم على الاصل ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث لو كان وارثا للمجني عليه ولا الوصية لو كان أجنبيا لانه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة في الطريق فعطب بها انسان أنه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو في الوضع متعد وقال محمد ان وضع ذلك في طريق غير نافذة وهو من أهله لم يضمن لعدم التعدي منه اذا لطريق مشترك بين أهل السكة فيكون لكل واحد من أهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذي نصبه صاحب الدار الى طريق المسلمين على انسان فقتله ان أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لانه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وان أصابه الطرف الخارج الى الطريق يضمن لانه متعد في اخراجه الى الطريق وان أصابه الطرفان جميعا يضمن النصف لانه متعد في النصف لا غير وان كان لا يدري فالقياس أن لا يضمن شيأ لانه ان كان أصابه الطرف الداخل لا يضمن وان كان أصابه الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجبا فوقع الشك في وجوبه فلا يجب بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم يعرف الطرف الذي أصابه انه الداخل أو الخارج يجعل كانه أصابه الطرفان جميعاً كما في الغرقى والحرقى انه اذا لم يعرف التقدم والتأخر في موتهم يجعل كانهم ماتوا جملة واحدة في أوان واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو أحدث شيأ مما ذكرنا في المسجد بأن حفر بئرا في المسجد لاجل الماء أو بنى فيه بناء دكانا أو غيره فعطب به انسان فان كان الحافر والباني من أهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير أهله فان فعل باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع لان تدبير مصالح المسجد الى أهل المسجد فما فعلوه لا يكون مضمونا عليهم كالاب أو الوصي اذا فعل شيئا من ذلك في دار اليتيم ومتولي الوقف اذا فعل في الوقف وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير اذن أهل المسجد فاذا فعل بغير اذنهم كان متعديا في فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديلا أو بسط حصيرا أو ألقى فيه الحصى فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن من أهل ذلك المسجد فان فعله باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن (وجه) قولهما ان المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من آحاد المسلمين بسبيل من اقامة مصالحه ولان هذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تبارك وتعالى انما يعمر مساجد الله من آمن بالله من غير تخصيص الا ان لاهل المسجد ضرب اختصاص به فيظهر ذلك في التصرف في نفسه بالحفر والبناء لا في القنديل والحصير كالمالك مع المستعير أن للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار الاعارة وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن التدبير في مصالح المسجد الى أهل المسجد لا الى غيرهم بدليل أن لهم ولاية منع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا في فعله فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما لو وضع شيأ في دار غيره بغير اذنه فعطب به انسان ولهذا ضمن بالحفر والبناء كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر في مصالحه كالكعبة فانها لجميع المسلمين ثم اختص بنو شيبة بمفاتيحها حتى روي أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه الى عمه العباس رضي الله عنه عند طلبه ذلك امره الله تبارك وتعالى برده الى بني شيبة بقوله تبارك وتعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها ولو جلس في المسجد فعطب به انسان ان كان في الصلاة لا يضمن الجالس سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله لان المسجد بني للصلاة فلو أخذ المصلي بالضمان لصار الناس ممنوعين عن الصلاة في المساجد وهذا لا يجوز وان جلس لحديث أو نوم فعطب به انسان يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم

يكن الهلاك حاصلا بسبب هو متعد فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس فى داره فعبر عليه انسان فعطب به انه لا يضمن كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان المسجد بنى للصلاة لا للحديث والنوم فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما لو جلس فى الطريق للاستراحة فعطب به انسان أنه يضمن لان الطريق جعل للاجتياز لا للجلوس واذا جلس فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح فى المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو جلس لانتظار الصلاة أو لقراءة قرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك أن على أصلهما لا يضمن لانه لو جلس لغير قربة لا يضمن فاذا جلس لقربة فهو أولى وأما على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لان المنتظر للصلاة فى الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس فى الصلاة حقيقة وانما الحق بالمصلى فى حق الثواب لا غير والله تعالى أعلم

ومن هذا الجنس جناية السائق والقائد بان ساق دابة فى طريق المسلمين أو قادها فوطئت انسانا بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود فى الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة فاذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعديا فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يذود الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسواء كان السائق أو القائد راجلا أو راكبا الا أنه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطئ دابته انسانا بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه الاحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب لا من غيره وان كان أحدهما سائقا والآخر قائدا فالضمان عليهما لانهما اشتركا فى التسبيب فيشتركان فى الضمان وكذلك اذا كان أحدهما سائقا والآخر راكبا أو كان أحدهما قائدا والآخر راكبا فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا أن الكفارة تجب على الراكب وحده فيما وطئت دابته انسانا فقتلته لوجود القتل منه وحده مباشرة فان قاد قطارا فما أصاب الاول أو الآخر او الاوسط انسانا بيد أو رجل أو صدم انسانا فقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا فى الطريق أو حفر فيه بئرا فان كان معه سائق فى آخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السائق فى وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيأ فهو عليهما الا ان ما بين يديه هو له سائق والاول له قائد وما خلفه هما له قائدان (أما) قائد القطار فلا شك فيه لان بعضه مربوط ببعض (وأما) السائق الذى فى وسط القطار فلانه بسوقه ما بين يديه قائد لما خلفه لان ما خلفه ينقاد بسوقه فكان قائدا له والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بينا وان كان أحيانا فى وسط القطار واحيانا يتأخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها فى ذلك فهو والاول سواء لانه سائق وقائد والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وان كانوا ثلاثة أحدهم فى مقدمة القطار والآخر فى مؤخر القطار وآخر فى وسطه فان كان الذى فى الوسط والمؤخر لا يسوقان ولكن المقدم يقود فما أصاب الذى قدام الوسط شيأ فذلك كله على القائد لان التلف حصل بسبب القود وما أصاب الذى خلفه فذلك على القائد الاول وعلى الذى فى الوسط لانهما قائدان لما بينا وعلى المؤخر أيضا ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق لا شئ عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا لوجود التسبيب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات لو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه يزجر الابل فينزجرن بسوقه وعلى الابل قوم فى المحامل نيام فوطئ بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذى وطئ وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذى وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة على راكب البعير الذى وطئ خاصة أما السائق والقائد فلانهما مقربان القطار الى الجناية فكانا مسببين للتلف (وأما) الراكب للبعير الذى وطئ فلا شك فيه لأن التلف حصل بفعله

(واما)

(وأما) الراكبون امام البعير الذى وطئ فلانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قائدين للبعير الواطئ ضرورة فكانوا مسببين للتلف أيضا فاشتركوا فى سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير الذى وطئ خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة الا أن الدابة آلة له فكان الأثر الحاصل بفعله مضافا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذ لم يسوقوا البعير الذى وطئ ولم يقودوه فصار واكمتاع على الابل ولو قاد قطارا وعلى بعير فى وسط القطار راكب لا يسوق منه شيأ فضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة وضمان ما خلفه عليهما جميعا لان الراكب غير سائق لما بين يديه لان ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما أن مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا اياه اذا لم يسقه ولكنه سائق لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب الراكب وحثه واذا كان سائقا له كان قائدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل وربط اليه بعيرا فوطئ البعير انسانا فالقائد لا يخلو اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته ثم عاقلته يرجعون على عاقلة الرابط (أما) وجوب الدية على القائد فلانه قاتل تسبيبا وضمان القتل ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعلم والجهل (وأما) رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فلان الرابط متعد فى الربط وهو السبب فى لزوم الضمان للقائد فكان الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفا لا تقاد فجاء رجل وربط اليها بعيرا والقائد لا يعلم فقاد البعير معها فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على القائد يتحمل عنه عاقلته الا أن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى فى الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد أزال تعديه فزول الضمان عنه ويتعلق بالقائد كمن وضع حجرا فى الطريق فجاء انسان فدحرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثانى لا على الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسألة الاولى لان هناك وجد الربط والابل سائرة فلم يستقر مكان التعدى ليزول بالانتقال عنه فبقى التعدى ببقاء الربط وان كان القائد علم بالربط فى المسألتين جميعا فقاده على ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته ولا ترجع عاقلته على عاقلة الرابط لانه لما قاد مع علمه بالربط فقد رضى بما يلحقه من العهدة فى ذلك فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط ولو ربط بأمره كان الامر على ما وصفنا كذا هذا ولو سقط سرج دابة فعطب به انسان فالدية على السائق أو القائد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه فى شد الحزام فكان مسببا للقتل متعديا فى التسبيب والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا النوع جناية الناخس والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة أو المضروبة (اما) أن يكون عليها راكب (واما) أن لا يكون عليها راكب فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلو اما ان كان سائرا واما ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون فى موضع أذن له بذلك (واما) أن يكون فى موضع لم يؤذن له به والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره فان فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفحت الدابة برجلها أو ذنبها أو نفرت فصدمت انسانا فقتلته فان فعلت شيأ من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفا أو سائرا وسواء كان فى سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف أو فيما لم يؤذن بان كان يسير فى ملكه أو فى طريق المسلمين أو فى ملك الغير أو كان يقف فى ملكه أو فى سوق الخيل ونحوه أو فى طريق المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعد فى السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا أيضا لكنه ليس بمتعد فى التعدى والناخس متعد فى التعدى وكذا الضارب فاشبه الدافع مع الحافر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه ضمن الناخس دون الراكب وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم يعرف

الا نكار من أحد فيكون اجماعا من الصحابة وانما شرط الفور لوجوب الضمان على الناخس والضارب لان الهلاك عند سكون الفور لا يكون مضافا الى الدابة لا الى الناخس والضارب ولو نخسها أو ضربها وهو سائر عليها فوطئت انسانا فقتلته لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية و روى ابن سماعة عن أبى يوسف أن الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا فى سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفا عليها لما قلنا وتجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا فى الراكب مع السائق أو القائد ولو نخسها أو ضربها فوثبت والقت الراكب فالناخس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعد فيه وهو النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تلقه ولكنها جمحت به فما أصابت فى فورها ذلك فعلى الناخس أو الضارب لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سببا للهلاك وهو متعد فى التسبيب فان نفحت الدابة الناخس أو الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نخس أو ضرب بغير أمر الراكب فاما اذا فعل ذلك بأمر الراكب فان كان الراكب سائرا فيما أذن له بالسير فيه بان كان يسير فى ملك نفسه أو فى طريق المسلمين أو واقفا فيما أذن له بالوقوف بان وقف فى ملك نفسه أو فى سوق الخيل وغيره من المواضع التى أذن بالوقوف فيها فنفحت الدابة برجلها انسانا فقتلته فلا ضمان على الناخس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه أمره بما يملكه بنفسه فصح أمره به فصار كانه نخس أو ضرب بنفسه فنفحت وقد ذكرنا ان النفحة فى حال السير والوقوف فى موضع اذن بالسير أو الوقوف فيه غير مضمون على أحد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سائرا فيما لم يؤذن له بالسير بان كان يسير فى ملك الغير أو كان واقفا فيما لم يؤذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفا فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين فنفحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناخس أو الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناخس أو الضارب نخس أو ضرب لها باذن الراكب وهو راكب وهو يملك ذلك بنفسه فانتقل فعله اليه فكان فعله بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناخس أو الضارب مع الراكب اشتركا فى سبب وجوب الضمان أما الناخس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدى (وأما) الراكب فلانه صار بالامر بالنخس أو الضرب ناخسا أو ضاربا والنفحة المتولدة من نخسه وضربه فى هذه المواضع مضمونة عليه الا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبيب لا بالمباشرة هذا اذا نفحت فاما اذا اصطدمت فان كان الراكب سائرا أو واقفا فى ملك نفسه فلا ضمان على الناخس والضارب ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله بامره والصدمة فى الملك غير مضمونة على الراكب سواء كان سائرا أو واقفا وان كان سيره أو وقوفه فى طريق المسلمين أو فى ملك الغير فينبغى أن يكون على الاختلاف الذى ذكرنا فى النفحة اذا كان الراكب واقفا فى موضع لم يؤذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا كان فى طريق المسلمين واقفا كان أو سائرا وكذا فى ملك الغير فيتأتى فيه الخلاف الذى ذكرنا فى النفحة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نفحت أو صدمت فاما اذا وطئت انسانا فقتلته فالضمان عليهما سواء كان الراكب سائرا أو واقفا فى أى موضع كان فيما اذن فيه أو لم يؤذن لانهما اشتركا فى سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناخس وتجب الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب مع الناخس كالراكب مع السائق والقائد أن الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذى ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب فاما اذا لم يكن عليها راكب فان لم يكن لا سائق ولا قائد فنخسها انسان أو ضربها فما أصابت شيأ على فور النخسة والضربة فضمانه على الناخس والضارب فى أى موضع كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب وهو متعد فى التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه وان كان عليها سائق أو قائد فنخس أو ضرب

بغير أمره فنفحت أو نفرت فصدمت أو وطئت انسانا فقتلته فالضمان على الناخس أو الضارب لا على السائق والقائد في أي موضع كان الناخس والقائد لان الناخس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس أو الضرب كانه دفع الدابة على غيره وكذلك اذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما ويسوق الآخر فنخس أو ضرب بغير اذن واحد منهما فالضمان على الناخس والضارب لا عليهما في أي موضع كان الناخس والقائد لما ذكرنا أن الناخس متعمد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعمد من السائق والقائد وان كان كل واحد منهما أمره بذلك فنفحت فان كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناخس والضارب وان فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه بان كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد لان فعله يضاف اليه كالسائق أو القائد وان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك بان كان في ملك الغير فعلى قياس ماذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس والضارب وعلى السائق أو القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ماذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خاصة وان صدمت فقتلت انسانا فان كان السائق يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على أحد لان فعل الناخس أو الضارب بامر السائق أو القائد مضاف اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب وان كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين أو في ملك الغير فهو على الاختلاف وان وطئت انسانا فقتلته فهو على الاختلاف أيضا سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق أو القود فيه أو لم يكن لان الوطأة مضمونة على كل حال والله تعالى أعلم وان وطئت تجب القيمة بلا خلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناخس والضارب وعلى السائق والقائد نصفان وعلى قياس رواية ابن سماعة عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة والله تعالى أعلم بالصواب ومن هذا القبيل جناية الحائط المائل اذا سقط على رجل فقتله أو على متاع فافسده أو على دار فهدمها أو على حيوان فعطب به وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو اما ان بني مستويا مستقيما ثم مال (واما) ان بني مائلا من الاصل فان بني مستقيما ثم مال فميلانه لا يخلو اما أن يكون الى الطريق (واما) ان يكون الى مُلك انسان فان كان الى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذا وهو طريق العامة أو غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فان كان نافذا فسقط فعطب به شيء مماذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط اذا وجد شرائط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبيب الى الاتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لانه اذا مال الى طريق العامة فقد حصل الهواء في يد صاحب الحائط من غير فعله وهو الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فاذا طولب بالنقض فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحائط فاذا لم يفعل مع الامكان فقد صار متعديا باستبقاء يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روي عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وابراهيم وغيرهم رحمهم الله انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شيء لا ضمان على صاحب الحائط لان الضمان يجب بترك النقض المستحق لان به يصير متعديا في التسبيب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فاذا قال ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض صار خصما عن الباقين سواء كان الذي تقدم اليه مسلما أو ذميا حرا أو عبدا بعد ان كان أذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا وقد أذن له وليه بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بازالة سبب الضرر عنه الا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذونا بالتصرف لان كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر في الشرع فكان

ملحقاً بالعدم و ينبغي أن يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ماذكره محمد رحمه الله وهو أن يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحائط المطالبة بالنقض فتقع الحاجة الى الاشهاد لاثبات الطلب عند القاضى لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون الاشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا اذا أنكر يجب عليه الضمان فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى ونظيره ماقلنا فى الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد للحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو أقر المشترى بالطلب يثبت حق الشفعة وان لم يشهد على الطلب وكذا لو جحد الطلب يثبت الحق له فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى وكذا الاشهاد فى باب اللقطة على أصل أبى حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك فى كتاب اللقطة ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طولب بدفع النقض يضمن لانه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع فاذا لم يرفع صار متعديا فيضمن ماتولد منه وان كان لم يطالب برفعه لاضمان عليه عند أبى يوسف وعند محمد يضمن وجه قوله انه لما طولب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول أبى يوسف ان الحائط قد زال عن الموضع الذى طولب فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلابد من مطالبة أخرى كمن وضع حجراً فى الطريق فدحرجته الريح الى موضع آخر فعطب به انسان انه لاضمان على الواضع كذا ههنا بخلاف ما اذا سقط على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذى هو محل الجناية فلا يحتاج الى مطالبة أخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى واحد من أهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحد منهم ولاية التقدم الى صاحب الحائط وان كان ميلان الحائط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب الملك لان هواء ملكه حقه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفريغ اليه فان كان فى الدار ساكن كالمستأجر والمستعير فالمطالبة والاشهاد الى الساكن فيشترط طلب الساكن أو المالك لان الساكن له حق المطالبة بازالة مايشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة مايشغل الهواء أيضاً ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فاستأجل الذى طالبه أو استأجل القاضى فأجله فان كان ميلان الحائط الى الطريق فالتأجيل باطل وان كان ميلانه الى دار رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط والله سبحانه وتعالى أعلم ووجه الفرق بينهما أن الحق فى الطريق لجماعة المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والابراء اسقاطا لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والابراء منه اسقاطا لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل فى دار غيره حجرا او حفر فيها بئرا أو بنى فيها بناء وأبرأه صاحب الدار منه كان بريئا ولا يلزمه ماعطب بشىء من ذلك سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل لان الحق له فيملك اسقاطه كأنه فعل ذلك باذنه (ومنها) أن يكون المطالب بالنقض ممن يلى النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا يلى النقض سفه فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية النقض فتصح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض و يقضى الدين فيصير متعديا بترك النقض وتصح مطالبة الاب والوصى فى هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط يجب الضمان على الصبى لان التلف بترك النقض المستحق على الولى والوصى مضاف الى الصبى لقيامهما مقام الصبى والصبى مؤاخذ بافعاله فيضمن وتتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة و يكون فى ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سواء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الحائط المائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شىء ان القياس

ان

أن لا يضمن أحد منهم شيأ وفى الاستحسان يضمن الذى طولب وجه القياس انه لم يوجد من أحد منهم ترك النقض المستحق (أما) الذين لم يطالبوا بالنقض فظاهر (وأما) الذى طولب به فلان أحد الشركاء لا يلى النقض بدون الباقين وجه الاستحسان أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لانه يمكنه ان يخاصم الشركاء و يطالبهم بالنقض ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى حتى يأمره القاضى بالنقض لان فيه حقا لجماعة المسلمين والامام يتولى ذلك لهم فيأمر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغائبين فاذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما عليه ضمان النصف وجه قولهما ان أنصباء الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله ان على الجارح النصف لان عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشئ الواحد كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفا فى نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله تعالى أعلم ومنها قيام ولاية النقض وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة لانه انما يصير متعديا بترك النقض عند السقوط كانه أسقطه فاذا لم يبق له ولاية النقض عند السقوط لم يصر متعديا بترك النقض فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما اذا طولب بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التى فيها الحائط من انسان وقبضه المشترى أو لم يقبضه ثم سقط على شىء فعطب به أنه لا ضمان على البائع لانعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشترى أيضا لانعدام المطالبة فى حقه فرق بين هذا و بين ما اذا اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على انسان انه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع لكونه متعديا باشراع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير فلا يتغير ما تعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك النقض المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدى عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا طولب الاب بنقض حائط الصغير فلم ينقض حتى مات الاب أو بلغ الصبى ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لان قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ والله تعالى أعلم (ومنها) امكان النقض بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض فى مدة يمكنه نقضه فيها لان الضمان يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون الامكان حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط فى نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحائط فتلف به شئ لا ضمان عليه لانه اذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض متعديا فبقى حق الغير حاصلا فى يده بغير صنعه فلا يكون مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية ما هو الواجب بجنسها من جناية الحافر ومن فى معناه وجناية السائق والقائد والناخس وهو ما ذكرنا ان الجناية ان كانت على بنى آدم وكانت نفسا فالواجب بها الدية وان كانت ما دون النفس فالواجب بها الارش فاذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الانثى فما فوقه تتحمله العاقلة ولا تتحمل ما دون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير بنى آدم بل يكون فى ماله لما بينا فيما تقدم الا أن ظهور الملك لصاحب الحائط فى الدار عند الانكار بحجة مطلقة وهى البينة شرط تحمل العاقلة حتى لو أنكرت العاقلة كون الدار ملكا لصاحب الحائط لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البينة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقديم اليه من سقوط الحائط وعلى أن الدار له يريد به عند الانكار أما الشهادة على الملك فلان الملك وان كان ثابتا له بظاهر اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره اذ هو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق لحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الاثبات بالبينة وعند زفر رحمه الله تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الشفعة (وأما) الشهادة على المطالبة

لان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينة عند الانكار (وأما) الشهادة على الموت من سقوط الحائط فلان به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدى لانه مالم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون صاحب الحائط متعديا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ فى القسامة هذا الذى ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها فاما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وعند مالك رحمه الله وجوب القسامة والقصاص والكلام فى القسامة يقع فى مواضع فى تفسير القسامة و بيان محلها وفى بيان شرائط وجوب القسامة والدية وفى بيان سبب وجوب القسامة والدية وفى بيان من يدخل فى القسامة والدية وفى بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية أما تفسير القسامة و بيان محلها فالقسامة فى اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسيم أى حسن جميل وفى صفات النبى عليه الصلاة والسلام قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا ان فى عرف الشرع تستعمل فى اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال مالك رحمه الله ان كان هناك لوث يستحلف الاولياء خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعى عليه وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل فى واحد بعينه أو يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعى رحمه الله ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة وكان بين دخوله المحلة و بين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولى عين القاتل فان عين القاتل يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان فى قول يقتل القاتل الذى عينه كما قال مالك رحمه الله وفى قول يغرمه الدية فان عدم أحد هذين الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل المحلة فاذا حلفوا لاشئ عليهم كما فى سائر الدعاوى احتجا لوجوب القسامة على المدعى بحديث سهل بن أبى خيثمة أنه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب خيبر فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبى عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال يارسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا فى قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه الصلاة والسلام يحلف لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على مالم نره فوداه عليه الصلاة من عنده ووجه الاستدلال بالحديث انه عليه الصلاة والسلام عرض الايمان على أولياء القتيل فدل أن اليمين على المدعى (ولنا) ماروى عن زياد بن أبى مريم انه قال جاء رجل الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال يارسول الله انى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ماقتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يارسول الله ليس لى من أخى الا هذا فقال بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة و روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال وجد قتيل بخيبر فقال عليه الصلاة والسلام اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد فى بنى اسرائيل على عهد سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام فقضى فى ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبى عليه الصلاة والسلام تحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناموس أى بالوحى وهذا نص فى الباب و به يبطل قول مالك رحمه الله بايجاب القصاص به لان النبى عليه الصلاة والسلام غرمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم فى قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقربهما وألزم أهل القرية القسامة والدية وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من أحد من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) حديث سهل ففيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه

عليه الصلاة والسلام دعاهم الى أيمان اليهود فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون وهذا يجرى مجرى الرد لما
دعاهم اليه مع ما أن رضا المدعى لا مدخل له فى يمين المدعى عليه وفيه أيضا أنه لما قال لهم يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه
قالوا كيف نحلف على ما لم نشهد وهذا أيضا يجرى مجرى الرد لقوله عليه الصلاة والسلام ثم انهم أنكروا ذلك لعدم
علمهم بالمحلوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استجاز عرض اليمين عليهم
ولئن ثبت فهو مؤول وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فقال لهم عليه الصلاة والسلام يحلف منكم خمسون
على الاستفهام أى أيحلف اذ الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جل شأنه تريدون عرض
الدنيا أى أتريدون كما روى فى بعض ألفاظ حديث سهل أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والانكار
عليهم كما قال الله تبارك وتعالى أفحكم الجاهلية يبغون حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل والحديث المشهور دليل على ما قلنا
وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغى
أن لا يكون شئ من الايمان على المدعى فان قيل روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال البينة على المدعى واليمين على
المدعى عليه الا فى القسامة استثنى القسامة فينبغى أن لا تكون اليمين على المدعى عليه فى القسامة لان حكم المستثنى
يخالف حكم المستثنى منه فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان أحدهما اليمين على المدعى عليه بعينه الا فى
القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه والثانى اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا فى القسامة فانه تجب
معها الدية والله سبحانه وتعالى أعلم وانما جمعنا فى القسامة بين اليمين البتات والعلم الى آخره لان احدى اليمينين كانت
على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم والله تعالى عز وجل أعلم فان قيل أى فائدة
فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم
فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة للمتهم وقال عليه الصلاة
والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما
روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز ان يكون
القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه
أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز أن يقر على عبد غيره ويصدقه مولاه فيؤمر
بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الاصل ثم بقى هذا
الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل فى الطواف لانه عليه الصلاة والسلام كان يرمل فى الطواف اظهارا
للجلادة والقوة مرآة للكفرة بقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم
ثم بقى الرمل سنة فى الطواف حتى روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرمل فى الطواف ويقول ما أهز كتفى ولم
أحدا رأيته لكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثانى أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم
أمر صبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه فى ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له
قاتلا وهو الصبى الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب القسامة والدية فأنواع منها أن يكون الموجود قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل
من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فان لم يكن شئ من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه
مات حتف أنفه فلا يجب فيه شئ فاذا احتمل انه مات حتف أنفه واحتمل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب
شئ بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد فى المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا
وجد والدم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شئ فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب
بسبب القئ والرعاف وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية لان الدم

لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافا الى ضرب حادث فكان قتيلا ولهذا لو وجد هكذا فى المعركة كان شهيدا وفى الاول لا يكون شهيدا ولو مر فى محلة فاصابه سيف أو خنجر فجرحه ولا يدرى من أى موضع أصابه فحمل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا قسامة ولا دية وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة فيه ولا ضمان فى الوجهين جميعا وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله وجه قول أبى يوسف ان المجروح اذا لم يمت فى المحلة كان الحاصل فى المحلة مادون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد مقطوع اليد فى المحلة ولهذا لو لم يكن صاحب فراش فلا شئ فيه كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا لم يبرأ عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من الجراحة فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من حين وجودها فكان قتيلا فى ذلك الوقت كانه مات فى المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لأنه اذا لم يصر صاحب فراش لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلا فى المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتيل أكثر بدنه ان فيه القسامة والدية لانه يسمى قتيلا لان للاكثر حكم الكل ولو وجد عضو من أعضائه كاليد والرجل أو وجد أقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الاقل من النصف لا يسمى قتيلا ولانا لو أوجبنا فى هذا القدر القسامة لاوجبنا فى الباقى قسامة أخرى فيؤدى الى اجتماع قسامتين فى نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف فان كان النصف الذى فيه الرأس ففيه القسامة والدية وان كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الرأس اذا كان معه يسمى قتيلا واذا لم يكن لا يسمى قتيلا لان الرأس أصل ولانا لو أوجبنا فى النصف الذى لا رأس فيه للزمنا الايجاب فى النصف الذى معه الرأس فيؤدى الى ما قلنا وان وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية لان الرأس وحده لا يسمى قتيلا وان وجد النصف مشقوقا فلا شئ فيه لان النصف المشقوق لا يسمى قتيلا ولان فى اعتباره ايجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قلنا فى صلاة الجنازة اذا وجد أكثر البدن أو أقل أو نصفه على التفصيل الذى ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص ان كان قتيلا يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتيلا يوجب الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم (ومنها) ان يكون القتيل من بنى آدم عليه الصلاة والسلام فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة فى نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لان تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر فى سائر الدعاوى وكذا وجوب الدية معها لان اليمين فى الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها كما فى سائر الدعاوى الا انا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع فى بنى آدم خاصة فبقى الامر فيما وراءهم على الاصل ولهذا لم تجب القسامة والغرامة فى سائر الاموال كذا فى البهائم وتجب فى العبد القسامة والقيمة اذا وجد قتيلا فى غير ملك صاحبه لانه آدمى من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص فى العمد والكفارة فى الخطأ وتغرم العاقلة قيمته فى الخطأ وهذا على أصلهما فأما على أصل أبى يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى ولهذا قال تجب قيمته فى القتل الخطأ بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب فى المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا وسواء كان القتيل مسلما أو ذميا عاقلا أو مجنونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى لانه عليه الصلاة والسلام أطلق القضية بالقسامة والدية فى مطلق قتيل أخبر به فى بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان دم هؤلاء مضمون بالقصاص والدية فى العمد والخطأ فيكون مضمونا بالقسامة والدية وسواء وجد المسلم قتيلا فى محلة المسلمين أو فى محلة أهل الذمة لان عبد الله بن سهل الانصارى رضى الله عنه وجد قتيلا فى قليب من قليب خيبر وأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذمى لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم الا ما نص بدليل (ومنها) الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) انكار المدعى

عليه

عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر جعل جنس اليمين على المنكر فينفى وجوبها على غير المنكر (ومنها) المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ولهذا كان الاختيار فى حال القسامة الى أولياء القتيل لان الايمان حقهم فلهم أن يختار وا من يتهمونه و يستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف أو يقر لان اليمين فى باب القسامة حق مقصود بنفسه لا انه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه يجمع بينه و بين الدية ولهذا قال الحرث بن الازمع لسيدنا عمر رضى الله عنه انبذل ايماننا وأموالنا فقال نعم و روى ان الحارث قال أما تجزى هذه عن هذه فقال لا و روى انه قال فيم يبطل دم صاحبكم فاذا كانت مقصودة بنفسها فمن امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء بخلاف اليمين فى سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هى وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى ألا ترى انه لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعى عليه برئ أولا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر و بذل المال لا يلزمه شئ وههنا لو لم يحلفوا ولم يقر وا و بذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبر ون عليها بالحبس و روى عن أبى يوسف انهم لا يحبسون والدية على العاقلة ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر فيه أيضا ان الامام اذا أيس عن الحلف وسأله الاولياء ان يغرمهم الدية يقضى عليهم بالدية والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد او فى يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان فى يد أحد بيد العموم لا بيد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة أو الدية انما تجب بترك الحفظ اللازم على ما ذكرنا فاذا لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحدا حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان فى يد العامة فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن ايجاب الدية على الكل لامكان الاستيفاء منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال مالهم فكان الاخذ من بيت المال استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل فى فلاة من الارض ليس بملك لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الامصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب المواضع اليه فان كان أقرب الى القرى فعلى أقرب القرى وان كان أقرب الى المصر فعلى أقرب محال المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتيل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية واذا كانت بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق فكان من توابع أقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه عليه الصلاة والسلام وقضى به أيضا سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على ما ذكرنا ولو وجد فى نهر عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها فان كان النهر يجرى به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لاحد ولا فى يد أحد وقال زفر رحمه الله تجب على أقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهى تسير وليست فى يد أحد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذى تسير فيه الدابة تابع لاقرب المواضع اليه فكان فى يد أهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد أحد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجرى به ولكنه كان محتبسا فى الشط أو مربوطا على الشط أو ملقى على الشط فان كان الشط ملكا فحكمه حكم الارض المملوكة أو الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسنذكره ان شاء الله تعالى فان لم يكن ملكا لاحد فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء و يوردون دوابهم فكان لهم تصرف فى الشط فكان الشط فى أيديهم وكذلك لو كان فى الجزيرة فعلى أقرب المواضع الى الجزيرة من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون فى تصرفهم فكانت

فى أيديهم وان وجد فى نهر صغير مما يقضى فيه بالشفعة للشركاء فى الشرب ففيه القسامة والدية على أهل النهر لان النهر
مملوك لهم وسواء كان القتيل محتبسا أو مربوطا على الشط أو كان النهر يجرى به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكا
لا ربابه كان الموضع الذى يجرى به مملوكا لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة فى قتيل يوجد فى مسجد الجامع
ولا فى شوارع العامة ولا فى جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لان تدبير
هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصروا ضمنوا وبيت المال مالهم فيؤخذ من بيت المال
وكذلك لا قسامة فى قتيل فى سوق العامة وهى الاسواق التى ليست بمملوكة وهى سوق السلطان لانها اذا لم تكن
مملوكة وليس لاحد عليها يد الخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة
وتجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير فبيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ
منه وكذا اذا وجد فى مسجد جماعتهم لا قسامة والدية فى بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد
العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكا تجب القسامة والدية لكن على من تجب فيه اختلاف
نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولا قسامة فى قتيل يوجد فى السجن لانعدام الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف
لاهل السجن فى السجن لكونهم مقهورين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه ولان منفعة
السجن لعامة المسلمين لانه بنى لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قولهما
وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القسامة والدية على أهل السجن لان لهم ضرب تصرف فى السجن فكأن لهم يدا
على السجن فعليهم حفظه (ومنها) ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولا دية فى
قن أو مدبر او أم ولد او مكاتب أو مأذون وجد قتيلا فى دار مولاه لانه ملكه ووجوده فى داره قتيلا كمباشرة القتل منه
وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان فى المكاتب تجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته حر
فكان كسبه وارشه له والمولى فيه كالاجنبى ولا تعقله العاقلة لانه اذا صار مضمونا بعقد الكتابة والعقد ثبت فى حق
المولى والمكاتب لا فى حق العاقلة وفى المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان له دين لتعلق حق الغرماء بماليته وقد استهلك
حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة فى ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان
نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق الغرماء بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فتكون فى ماله حالة
لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شىء فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جنى
جناية ثم وجد قتيلا فى دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا ولو وجد العبد
الرهن قتيلا فى دار الراهن أو المرتهن فان وجد قتيلا فى دار الراهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه
ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما وجب الضمان بعقد الرهن والعقد ثبت فى حق الراهن
والمرتهن لا فى حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد فى دار المرتهن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان
لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده فى داره قتيلا كمباشرة القتل منه كعبد ليس برهن وجد فى داره قتيلا
وثمة القسامة والقيمة عليه كذا ههنا (وأما) بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبهما هو التقصير
فى النصرة وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ
مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب
وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لانه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولانه
اذا اختص بالموضع ملكا أو يدا بالتصرف كانت منفعته له فكانت النصرة عليه اذ الخراج بالضمان على لسان رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال تبارك وتعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتيل اذا وجد فى موضع
اختص به واحد او جماعة اما بالملك أو باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للتهمة

والدية لوجود القتيل بين أظهرهم والى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه حين قيل أنبذل أموالنا وأيماننا فقال أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم واذا عرف هذا فنقول القتيل اذا وجد في المحلة فالقسامة والدية على أهل المحلة للاحاديث واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا ولان حفظ المحلة عليهم وتقع ولاية التصرف في المحلة عائدا اليهم وهم المتهمون في قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا اذا وجد في مسجد المحلة أو في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فان لم يكمل العدد خمسين رجلا تكرر الايمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لما روي عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه انه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة وأربعين رجلا فأخذ منهم واحدا وكرر عليه اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بمحضر الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه خالفه أحد فيكون اجماعا ولان هذه الايمان حق ولي القتيل فله أن يستوفيها ممن يمكن استيفاؤها منه فان أمكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى وان لم يمكن يستوفي عدد الايمان التي هي حقه وان كان العدد كاملا فاراد الولي أن يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لان موضوع هذه الايمان على عدد الخمسين في الاصل لا على واحد وانما التكرار على واحد لضرورة نقصان العدد ولا ضرورة عند الكمال وان كان في المحلة قبائل شتى فان كان فيها أهل الخطة والمشترون فالقسامة والدية على أهل الخطة ما بقي منهم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وقال أبو يوسف رحمه الله عليهم وعلى المشترين جميعا (وجه) قوله ان الوجوب على أهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشترين ولهذا اذا لم يكن من أهل الخطة أحد كانت القسامة على المشترين (وجه) قولهما ان أهل الخطة أصول في الملك لان ابتداء الملك ثبت لهم وانما انتقل عنهم الى المشترين فكانوا أخص بنصرة المحلة وحفظها من المشترين فكانوا أولى بايجاب القسامة والدية عليهم وكان المشتري بينهم كالاجنبي فما بقي واحد منهم لا ينتقل الى المشتري وقيل أن أبا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة وكان تدبير أمر المحلة فيها الى أهل الخطة وأبو يوسف رأى التدبير الى الاشراف من أهل المحلة كانوا من أهل الخطة أولا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف في الحقيقة لان كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة فان فقد أهل الخطة وكان في المحلة ملاك وسكان فالدية على الملاك لا على السكان عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف عليهم جميعا له ما روي أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على أهل خيبر وكانوا سكانا ولان للساكن اختصاصا بالدار يدا كما ان للمالك اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص تكفي لوجوب القسامة (وجه) قولهما أن المالك أخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لان اختصاصه اختصاص ملك وانه أقوى من اختصاص اليد ألا يرى أن السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون وأما ايجاب القسامة على يهود خيبر فممنوع انهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا فانه روي أنه عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الاجرة ولو وجد قتيل في سفينة فان لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية على أرباب السفينة وعلى من يمدها ممن يملكها أو لا يملكها وان كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعا وهذا في الظاهر يؤيد قول أبي يوسف في ايجابه القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يفرقان بين السفينة والمحلة لان السفينة تنقل وتحول من مكان الى مكان فتعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة اذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار فانها لا تحتمل النقل والتحويل فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لانها تنقل وتحول ولو وجد القتيل معه رجل يحمله على ظهره فعليه القسامة والدية لان القتيل في يده ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتى أتى به أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لا يضمن عند أبي يوسف وقال أبو يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه يضمن (وجه) القياس أن الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحا فاذا مات من الجرح فكانه مات في يده وهذا تفريع على من جرح في قبيلة فتحامل الى قبيلة أخرى

فمات فيهم وقد ذكرناه فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سائق أو قائد أو عليها راكب فعليه القسامة والدية لانه في يده وان اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعا لان القتيل في أيديهم فصار كانه وجد في دارهم وان وجد على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا راكب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة والدية على المالك وان كان لا مالك له فعلى أقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع فهو هدر لما قلنا فيما تقدم فان وجدت الدابة في محلة فعلى أهل تلك المحلة وكذلك اذا وجد في فلاة من الارض أنه ينظر ان كان ذلك المكان الذى وجد فيه ملكا لانسان فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى اذا كانت بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدر لما قلنا وذكر في الاصل في قتيل وجد بين قريتين انه يضاف الى أقربهما لما روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بان يوزع بين قريتين في قتيل وجد بينهما وكذا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه في قتيل وجد بين وادعة وأرحب وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه سيدنا عمر رضى الله عنه ان قس بين القريتين فايهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتيل الى وادعة أقرب فالزموا القسامة والدية وذلك كله محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ الصوت الى الموضع الذى وجد فيه القتيل كذا ذكر محمد في الاصل حكاه الكرخى رحمه الله والفقه ماذكرنا فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على أقربهما فان وجد في المعسكر في فلاة من الارض فان كانت الارض التى وجد فيها لها ارباب فالقسامة والدية على أرباب الارض لانهم أخص بنصرة الموضع وحفظه فكانوا أولى بايجاب القسامة والدية عليهم وهذا على أصلهما لان المعسكر كالسكان والقسامة على الملاك لا على السكان على أصلهما (فأما) على أصل أبى يوسف رحمه الله فالقسامة والدية عليهم جميعا وان يكن في ملك أحد بان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكن الخباء والفسطاط وعلى عواقلهم القسامة والدية لان صاحب الخيمة خص بموضع الخيمة من أهل العسكر بمنزلة صاحب الدار مع أهل المحلة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد فيها قتيل لا على أهل المحلة كذا ههنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الاخبية والفساطيط منهم القسامة والدية كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الاقرب أولى بايجاب القسامة والدية لما ذكرنا وعن أبى حنيفة رضى الله عنه اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية على جماعتهم كالقتيل يوجد في المحلة جعل الخيام المحمولة كالمحلة على هذه الرواية هذا اذا لم يكن العسكر لقواعد وافان كانوا قد لقوا عدوا فقاتلوا فلا قسامة ولا دية في قتيل يوجد بين أظهرهم لانهم اذا القوا عدوا وقاتلوا فالظاهر ان العدو قتله لا المسلمون اذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض لا على أهل القرية لان صاحب الارض أخص بنصرة أرضه وحفظها من أهل القرية فكان أولى بايجاب القسامة والدية عليه كصاحب الدار مع أهل المحلة ولو وجد قتيل في دار انسان وصاحب الدار من أهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار وعلى عاقلته كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كانت العاقلة حضورا أو غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أن القسامة على رب الدار وعلى عاقلته حضورا كانوا أو غيبا وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقل هكذا ذكر فيه وقال الكرخى رحمه الله ان كانت العاقلة حضورا في المصر دخلوا في القسامة وان كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته أما دخول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا فهو قولهما وظاهر قول أبى يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضى أن لا يدخلوا في القسامة (وجه) قول زفر رحمه الله انه لما لزمتهم الدية لزمتهم القسامة كاهل المحلة ولابى يوسف أن صاحب الدار أخص بالنصرة وبالولاية والتهمة فلا يشاركه العاقلة كما لا يشارك أهل المحلة غيرهم (وجه) قولهما أن العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه في سبب وجوب القسامة

فيشاركونه

فيشار كونه فى القسامة أيضاً و بهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ماذكره الكرخى رحمه الله لان معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم الا أنه تجب عليهم الدية لان وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيا أو مجنونا أو خاطئاً وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية أما على أصل أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فظاهر لانهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة (وأما) أبو يوسف رحمه الله فانما يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يداولم يوجد ههنا وسواء كان الملك الذى وجد فيه القتيل خاصاً أو مشتركا فالقسامة والدية على أرباب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر انصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان و يعتبر فى ذلك عدد الرؤس لا قدر الانصباء كما فى الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساويا فى استحقاق الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وانه لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر فى الجامع الصغير فيمن باع دارا ووجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشترى أن القسامة والدية على البائع اذا لم يكن فى البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من الدار فى يده فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الدية على مالك الدار ان لم يكن فى البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر رحمه الله الدية على المشترى الا أن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه (وجه) قول زفر أن الملك للمشترى اذا لم يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار للمشترى لان خيار المشترى لا يمنع دخول المبيع فى ملكه عنده فاذا كان الخيار للبائع فالملك له لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف (وجه) قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشترى وانما للبائع صورة يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها فى القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشترى واذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لانها اذا صارت للبائع فقد انفسخ البيع وجعل كانه لم يكن وان صارت للمشترى فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها بالعقد من حين وجوده (وأما) تصحيح مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فمشكل من حيث الظاهر لانه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وان كانت اليد يد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يد من غير تصرف فأولى ان لا يعتبره لكن لا اشكال فى الحقيقة لان الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة الا أنه يضاف الحفظ الى الملك لان استحقاق اليد به عادة فيقام مقام اليد فكانت الاضافة الى ما به حقيقة الحفظ أولى الا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن واذا وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما رحمهما الله لا شئ فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثل قولهم (وجه) قولهم أن القتل صادفه والدار ملكه وانما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل ولا صنع لاحد فى الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل فى ملك الورثة فلا سبيل الى ايجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولان وجوده قتيلا فى دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدراً ولابى حنيفة رضى الله عنه ان المعتبر فى القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل فى الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم تجب كما لو وجد قتيلا فى دار ابنه فان قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضا وفيه ايجاب لهم أيضا وعليهم وهذا ممتنع فالجواب ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فتكون له و بدليل أنه يجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه والورثة أقرب الناس اليه وصار كما لو وجد الاب قتيلا فى دار ابنه أو فى بئر حفرها ابنه أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

يمتنع ذلك لماقلنا كذا هذا وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن أيضا لانه تجب على عاقلته لتقصيرهم في حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه الى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكر محمد اذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلا في داره أن على عاقلته دية ابنه ودية أخيه وان كان هو وارثه لماقلنا أن وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا في دار نفسه فدمه هدر لان داره في وقت ظهور القتيل ليست لورثته بل هي على حكم ملك نفسه الى أن يؤدى بدل الكتابة فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه (وجه) قوله أنه يحتمل أنه قتله صاحبه و يحتمل أنه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف أن الظاهر أنه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا واحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثابت في قتيل المحلة ولم يعتبر

﴿ فصل ﴾ وامابيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل في ذلك فنقول و بالله التوفيق الصبي والمجنون لا يدخلان في القسامة في أي موضع وجد القتيل سواء وجد في غير ملكهما أو في ملكهما لان القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولهذا لا يستحلفان في سائر الدعاوى ولان القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما اذا وجد القتيل في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان في الدية مع العاقلة فان وجد القتيل في غير ملكهما كالمحلة وملك انسان لا يدخلان فيها وان وجد في ملكهما يدخلان لان وجود القتيل في ملكهما كمباشرتهما القتل وهما مؤاخذان بضمان الافعال وعلى قياس ماذكره الطحاوى رحمه الله لا يدخلان في الدية مع العاقلة أصلا لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون مؤاخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدبر وأم الولد في القسامة والدية لان هؤلاء لا يستنصر بهم عادة وليسوا من أهل ملك المال أيضا فلا تلزمهم الدية وأما المأذون والمكاتب فلا يدخلان في قسامة وجبت في قتيل وجد في غير دارهما وان وجد في دارهما أما المأذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلته استحسانا والقياس أن تجب عليه القسامة واذا حلف يخاطب المولى بالدفع أو الفداء (وجه) القياس أن العبد من أهل اليمين ألا ترى أنه يستحلف في الدعاوى ووجود القتيل في داره بمنزلة مباشرة القتل خطأ وان قتله خطأ يخير المولى بين الدفع والفداء كذا هذا وجه الاستحسان أن فائدة الاستحلاف جريان القسامة لسبب هو النكول لانه لا يقضى بالنكول في هذا الباب بل يحبس حتى يحلف أو يقر ولو قر بالقتل خطأ لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيدا فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلته لان الملك له وان كان عليه دين فينبغى في قياس قول أبي حنيفة أنه تجب القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلا يملك الدار وفي الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرماء لا يملكونها أيضا والعبد لا ملك له والمولى أقرب الناس اليه فكانت القسامة عليه مع ما أن للمولى حقا في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين الغرماء فكان أولى بايجاب القسامة (وأما) المكاتب اذا وجد قتيلا في داره فعليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته القتل فلا يكون على مولاه كما لا يكون عليه في مباشرته وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى أنه يكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية المدبر ولو كان القتيل مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته القتل وتكون القيمة حالة لا مؤجلة لما قلنا ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قتيل يوجد في غير ملكها لان وجوبهما بطريق النصرة وهي ليست من أهلها وان وجد في دارها أو في قريتها لا يكون بها غيرها عليها القسامة فتستحلف

ويكرر عليها الايمان وهذا قولهما وقال أبو يوسف عليها الا على عاقلتها وجه قوله ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهي ليست من أهل النصرة فلا تدخل في القسامة ولهذا لم تدخل مع أهل المحلة (وجه) قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة وقد وجد في حقها أما الملك فثابت لها وأما الاهلية فلان القسامة يمين وانها من أهل اليمين ألا يرى انها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصرة يراعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل تدخل مع العاقلة في الدية ذكر الطحاوي ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل الا ان يكون ذكرا عاقلا بالغا فاذا لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فههنا أولى وأصحابنا رضي الله عنهم قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسألة وأنكروا على الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من أهل الاستحلاف والحفظ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة أما النص فهو التصريح بلفظ الابراء وما يجري مجراه كقوله أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلك لان ركن الابراء صدر ممن هو من أهل الابراء في محل قابل للبراءة فيصح وأما الدلالة فهي ان يدعي ولي القتيل على رجل من غير أهل المحلة فيبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية لان ظهور القتيل في المحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولي على الدعوى عليه يكون نفيا للقتل عن أهل المحلة فيتضمن براءتهم عن القسامة والدية فان أقام البينة على المدعى عليه والا حلف فان حلف برئ وان نكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما) يقضى بالدية ولو شهد اثنان من أهل المحلة للولي بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (وجه) قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة ولابي حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم من وجهين أحدهما ان من الجائز انه ابرأهم ليتوسل بالابراء الى تصحيح شهادتهم والثاني انه أحسن اليهم بالابراء حيث أسقط القسامة والدية عنهم فمن الجائز انهم أرادوا بالمكافأة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فمن وجهين أولى ولان أهل المحلة كانوا خصماء في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالابراء عن الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصماء قائم وهو وجود القتيل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خاصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القتيل على رجل بعينه من أهل المحلة فالقسامة والدية بحالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان القسامة تسقط وكذا روى محمد وقال أبو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا انا تركناه للاثر (وجه) رواية ابن المبارك رحمه الله ان تعيين الولي واحدا منهم ابراء عن الباقين دلالة فتسقط عنهم القسامة كما لو أبرأهم نصا (وجه) ظاهر الرواية ان القاتل أحد أهل المحلة ظاهرا والولي كذلك الا أنه عين وهو متهم في التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا تعتبر حكم القسامة الا بها فان أقام البينة من غير أهل المحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ ولو شهد شاهدان من المحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه لان الخصومة بعد هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذا لم تقبل شهادة أهل المحلة عليه ولم يقم بينة أخرى وبقيت القسامة على أهل المحلة على حالها يحلف المدعى عليه والشاهدان مع أهل المحلة حتى يكمل خمسون رجلا من أهل المحلة ثم كيف يستحلف الشهود مع أهل المحلة عندهما يحلفون بالله سبحانه وتعالى ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان وعند أبي يوسف يحلفون بالله جل شأنه ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم وما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أولى لان فيما قالا مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم بالقدر الممكن فيما وراء المستثنى وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلا فكان ما لاقاه

أولى ولوادعى أهل تلك المحلة على رجل منهم أومن غيرهم تصح دعواهم فان أقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ان وافقهم الاولياء فى الدعوى على ذلك الرجل وان لم يوافقوهم فى الدعوى عليه لا يجب عليه شئ لان الاولياء قد أبرؤه حيث أنكروا وجود القتل منه ولا يجب على أهل المحلة أيضا شئ لانهم أثبتوا القتل على غيرهم وان لم يتم لهم البينة وحلف ذلك الرجل تجب القسامة على أهل المحلة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذى ذكرنا والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الجناية على مادون النفس مطلقا فالكلام فى هذه الجناية يقع فى موضعين أحدهما فى بيان أنواعها والثانى فى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالجناية على مادون النفس مطلقا أنواع أربعة أحدها ابانة الاطراف وما يجرى مجرى الاطراف والثانى اذهاب معانى الاطراف مع ابقاء أعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح أما النوع الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والانف واللسان والذكر والانثيين والاذن والشفة وفقء العينين وقطع الاشفار والاجفان وقلع الاسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب وأما النوع الثانى فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والايلاد والبطش والمشى وتغير لون السن الى السواد والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال الذى تقوم بها هذه المعانى و يلحق بهذا الفصل اذهاب العقل وأما النوع الثالث فالشجاج احد عشر أولها . الخارصة . ثم الدامعة . ثم الدامية . ثم الباضعة . ثم المتلاحمة . ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة . ثم المنقلة . ثم الآمة . ثم الدامغة .. (فالخارصة) هى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين والدامية هى التى يسيل منها الدم والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه هكذا روى أبو يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم منها الدم و يسود والسمحاق اسم لتلك الجلدة الا ان الجراحة سميت بها والموضحة التى تقطع السمحاق وتوضح العظم أى تظهره والهاشمة هى التى تهشم العظم أى تكسره والمنقلة هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع الى موضع والآمة هى التى تصل الى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامغة هى التى تخرق تلك الجلدة وتصل الى الدماغ فهذه إحدى عشر شجة ومحمد ذكر الشجاج تسعا ولم يذكر الخارصة ولا الدامغة لان الخارصة لا يبقى لها أثر عادة والشجة التى لا يبقى لها أثر لا حكم لها فى الشرع والدامغة لا يعيش الانسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهرا وغالبا فتخرج من ان تكون شجة فلا معنى لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد ذكرهما والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الرابع فالجراح نوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هى التى تصل الى الجوف والمواضع التى تنفذ الجراحة منها الى الجوف هى الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الانثيين والدبر ولا تكون فى اليدين والرجلين ولا فى الرقبة والحلق جائفة لانه لا يصل الى الجوف و روى عن أبى يوسف ان ما وصل من الرقبة الى الموضع الذى لو وصل اليه من الشراب قطرة يكون جائفة لانه لا يفطر الا اذا وصل الى الجوف ولا تكون الشجة الا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين ولا تكون الآمة الا فى الرأس والوجه وفى الموضع الذى تتخلص منه الى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات الا فى هذه المواضع عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات فى كل البدن وهذا غير سديد لان هذا القائل ان رجع فى ذلك الى اللغة فهو غلط لان العرب تفصل بين الشجة و بين مطلق الجراحة فتسمى ما كان فى الرأس والوجه فى مواضع العظم منها شجة وما كان فى سائر البدن جراحة فتسمية الكل شجة يكون غلطا فى اللغة وان رجع فيه الى المعنى فهو خطأ لان حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذى يلحق المشجوج ببقاء أثرها بدليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها ارش والشين انما يلحق فيما يظهر فى البدن وذلك هو الوجه والرأس وأما ما سواهما فلا يظهر بل يغطى عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق فى الوجه والرأس

والله

والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما أحكام هذه الانواع فهذه الانواع مختلفة الاحكام (منها) ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر (ومنها) ما يجب فيه ارش غير مقدر (أما) الذى فيه القصاص فهو الذى استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فى موضعين (أحدهما) فى بيان شرائط وجوب القصاص (والثانى) فى بيان وقت الحكم بالقصاص (أما) الاول فنقول شرائط وجوب القصاص أنواع (بعضها) يعم النفس ومادونها و بعضها يخص مادون النفس (أما) الشرائط العامة فماذكرنا فى بيان شرائط وجوب القصاص فى النفس من كون الجانى عاقلا بالغاً متعمداً مختارا وكون المجنى عليه معصوما مطلقاً لا يكون جزء الجانى ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لماذكرنا من الدلائل (وأما) الشرائط التى تخص الجناية فيما دون النفس فمنها المماثلة بين المحلين فى المنافع والفعلين و بين الارشين لان المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة شرعا النص والمعقول (أما) النص فقوله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى جل شأنه والجروح قصاص فان قيل ليس فى كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم مادون النفس لا فى هذه الآية الشريفة وانه اخبار عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا تلزمنا (فالجواب) ان من القراء المعروفين من ابتدأ الكلام من قوله عز شأنه والعين بالعين بالرفع الى قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به على ابتداء الايجاب لا على الاخبار عما فى التوراة فكان هذا شريعتنا لا شريعة من قبلنا على ان هذا ان كان اخبارا عن شريعة التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير شريعة لنبينا صلى الله عليه وسلم مبتدأة فيلزمنا العمل به على انه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم لا على انه شريعة من قبله من الرسل على ماعرف فى أصول الفقه الا انه لم يذكر وجوب القصاص فى اليد والرجل نصا لكن الايجاب فى العين والانف والاذن والسن ايجاب فى اليد والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالمذكور من السمع والبصر والشم والسن الا صاحبه (ويجوز) ان ينتفع باليد والرجل غير صاحبهما فكان الايجاب فى العضو المنتفع به فى حقه على الخصوص ايجابا فيما هو منتفع به فى حقه وفى حق غيره من طريق الاولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكراً لليد والرجل بطريق الدلالة كما فى التأفف مع الضرب فى الشتم على ان فى كتابنا حكم مادون النفس قال الله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال الله تعالى عز شأنه وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به وأحق ما يعمل فيه بهاتين الآيتين مادون النفس (وقال) تبارك وتعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك من الآيات (وأما) المعقول فهو ان مادون النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالاموال ألا ترى انه يستوفى فى الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصى يلى استيفاء مادون النفس للصغير كما يلى استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر فى اتلاف الاموال (ومنها) ان يكون المثل ممكن الاستيفاء لان استيفاء المثل بدون امكان استيفائه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفاء ضرورة و يبتنى على هذين الاصلين مسائل (فنقول) و بالله تعالى التوفيق لا يؤخذ شىء من الاصل الا بمثله فلا تؤخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلا لها اذ التجانس شرط للمماثلة (وكذا) الرجل والاصبع والعين والانف ونحوها لماقلنا (وكذا) الابهام لا تؤخذ الا بالابهام ولا السبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الاصابع مختلفة فكانت كالاجناس المختلفة وكذلك لا تؤخذ اليد اليمين الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين فضلا على اليسار ولذلك سميت يمينا وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى وكذلك الاعين لماقلنا وكذلك الاسنان لا تؤخذ الثنية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع و بعضها طواحن و بعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشيئين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يؤخذ الاعلى منها بالاسفل ولا الاسفل

بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل فى المنفعة ولا يؤخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها فلا تقطع اليد الصحيحة ولا كاملة الاصابع بناقصه الاصابع أو مفصل من الاصابع وكذلك الرجل والاصبع وغيرها العدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب فى طرف الجانى فالمجنى عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ ارش الصحيح لان حقه فى المثل وهو السليم ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وأمكنه الاستيفاء من وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفاء حتما لما فيه من الزام استيفاء حقه ناقصاً وهذا لا يجوز فيخير ان شاء رضى بقدر حقه واستوفاه ناقصاً وان شاء عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش كمن أتلف على انسان شيئاً له مثل والمتلف جيد فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق منه الا الردىء ان صاحب الحق يكون بالخيار ان شاء أخذ الموجود ناقصاً وان شاء عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا (ولو أراد) المجنى عليه ان يأخذه ويضمنه النقصان هل له ذلك قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس له ذلك (وقال) الشافعى له ذلك قوله ان حقه فى المثل ولا يمكنه استيفاؤه من هذه اليد من كل وجه فيستوفى حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقى كما لو أتلف على آخر شيئاً من المثليات فانقطع عن أيدى الناس الا قدر بعض حقه انه يأخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه الباقى كذا هذا (ولنا) انه قادر على استيفاء اصل حقه وانما الفائت هو الوصف وهو صفة السلامة فاذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصاً كان ذلك رضا منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو أتلف شيئاً من ذوات الامثال وهو جيد فانقطع عن أيدى الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الردىء منه انه ليس له الا ان يأخذه أو قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ماذكره من المسألة لان هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من أجزائه صورة ومعنى فكان له ان يستوفى الموجود ويأخذ قيمة الباقى وههنا حق المجنى عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل انه لو أراد ان يقطع الاصابع ويبرأ عن الكف ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان البعض قطع الاصابع بان كانت جارية مجرى الصفة كالجودة فى المكيل فلا يكون له ان يطالب بشىء آخر كما فى تلك المسألة (ولو) ذهبت الجارحة المعينة قبل ان يختار المجنى عليه أخذها أو قطعها قاطع بطل حق المجنى عليه فى القصاص لفوات محله (وهل يجب) الارش على الجانى فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قطع يداً صحيحة وهو على التفصيل الذى ذكرنا فيما تقدم انها ان سقطت بآفة سماوية أو قطعت ظلما لا شىء عليه ولو قطعت بحق من قصاص أو سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة (وعند) الشافعى رحمه الله عليه الارش فى الوجهين والكلام فيه راجع الى أصل وقد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص عينا عندنا فى النفس وما دونه (وعنده) أحدهما غير عين فى قول وفى قول القصاص عينا لكن مع حق العدول الى المال (وقد) ذكرنا هذا الاصل بفروعه فى بيان حكم الجناية على النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه قضى بالطرف حقا مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ وغيره على مامر ذكره واذا ثبت هذا فى الصحيحة فنقول حق المجنى عليه كان متعلقا باليد المعينة بعينها وإنما ينتقل عنها الى الارش عند اختياره فاذا لم يختر حتى هلكت بقى حقه متعلقا باليد (فان قيل) أليس انه كان مخيرا بين القصاص والارش فاذا فات أحدهما تعين الآخر قيل لا بل حقه كان فى اليد على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار بقى حقه فى اليد فاذا هلكت فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلا ورأسا والله تعالى عز وجل الموفق (ولو كانت) يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقطوع فى الارش لان حقه ثبت فى اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا ذهب الكل بآفة سماوية انه يسقط حقه أصلا ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكتف فى اليد أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة أو مفصل الورك فى الرجل وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد أو العضد أو الساق أو الفخذ لانه يمكن استيفاء المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها (وليس) فى لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا

فى الالية قصاص ولا فى لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا فى جلدة الرأس وجلدة اليدين اذا قطعت لتعذر استيفاء المثل ولا فى اللطمة والوكزة والوجأة والدقة لما قلنا ولا يؤخذ العدد بالعدد فيما دون النفس مما يجب على أحدهما فيه القصاص لو انفرد كالاثنين اذا قطعا يد رجل أو رجله أو اصبعه أو أذهبا سمعه أو بصره أو قلعا سنا له أو نحو ذلك من الجوارح التى على الواحد منهما فيها القصاص لو انفرد به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسواء وهذا عندنا وعند الشافعى يجب القصاص عليهم وان كثروا كما فى النفس واحتج بما روى ان رجلين شهدا بين يدى سيدنا على رضى الله تعالى عنه على رجل بالسرقة فامر بقطع يده ثم جا آبآخر وقالا أوهمنا انما السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله تعالى عنه لا أصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما فقد اعتقد سيدنا على رضى الله تعالى عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم الانفس تقتل بنفس واحدة فكذا الايدى تقطع بيد واحدة لان حكم التبع حكم الاصل (ولنا) ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلائل ولا مماثلة بين الايدى ويد واحدة لا فى الذات ولا فى المنفعة ولا فى الفعل (أما) فى الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة بين العدد بين الفرد من حيث الذات بحققه انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء والفائت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة فى الوصف لما منع جريان القصاص ففواتها فى الذات أولى (وأما) فى المنفعة فلأن من المنافع مالا يتأتى الا باليدين كالكتابة والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة عادة (وأما) فى الفعل فلان الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد كانه وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر واجزاء قطع كل واحد من كل واحد منهما وقطع كل اليد أكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجه تكفى لجريان القصاص كيف وقد انعدمت من وجوه وأما قول سيدنا على رضى الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة بدليل انه أضاف القطع الى نفسه وذا لا يكون الا بطريق السياسة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع) رجل يمينى رجلين تقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلهما ان يقطعا يمينه ويأخذا منه دية يد بينهما نصفين وهذا قول اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله اذا كان على التعاقب يقطع للاول ويغرم الدية للثانى كما قال فى القتل وان كان على الاجتماع يقرع بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للآخر الدية كما قال فى النفس (وجه) قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت يده حقاً للاول فلا تصير حقاً للثانى فتجب الدية للثانى واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقاً لاحدهما غير عين وتتعين بالقرعة (ولنا) انهما استويا فى سبب استحقاق القصاص فيستويان فى الاستحقاق ودليل الوصف ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد فى حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع يده ولا يحصل من كل واحد منهما فى يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع الا بعض حقه فيستوفى الباقى من الارش ولان كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا مستحقاً عليه فيجعل كأن يده قائمة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية (وقوله) صارت يده حقاً لمن له القصاص ممنوع فان ملك القصاص ليس ملك المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك لانها تنبئ عن الخلوص والملك فى المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص (والدليل) عليه انه لو قطعت يده بغير حق ثابت كانت الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء ولا تنافى فيه فاطلاق الاستيفاء للاول لا يمنع اطلاق استيفاء الثانى وهذا بخلاف النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال لان حقه فى القتل وكل واحد منهم استوفى القتل بكماله لما ذكرنا فى الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر أحدهما والآخر غائب فللحاضر

ان يقتص ولا ينتظر الغائب لما ذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد وانما التمانع فى استيفاء الكل بحكم التزاحم بحكم المشاركة فى الاستيفاء فاذا كان أحدهما غائباً فلا يزاحم الحاضر فكان له ان يستوفى كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة فى كل المبيع (ولان) حق الحاضر اذا كان ثابتا فى كل اليد وأراد الاستيفاء والغائب قد يحضر وقد لا يحضر وقد يطالب بعض الحضور وقد يعفو فلا يجوز تأخير حق الحاضر فى الاستيفاء والمنع منه للحال بعد طلبه لامر محتمل ولهذا اقضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطلب ولا ينتظر حضور الغائب كذا هذا وللآخر دية يده على القاطع لانه تعذر استيفاء حقه بعد ثبوته فيصار الى البدل ولان القاطع قضى به حقاً مستحقاً عليه فيلزمه الدية وان عفا أحدهما بطل حقه وكان للآخر القصاص اذا كان العفو قبل قضاء القاضى بالاجماع لان حق كل واحد منهما ثابت فى اليد على الكمال فالعفو من أحدهما لا يؤثر فى حق الآخر كما فى القصاص فى النفس وكذلك لو عدا أحدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه فللآخر الدية لما ذكرنا (وأما) اذا قضى القاضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما فللآخر ان يستوفى القصاص فى قولهما استحسانا (وقال) محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالقصاص فى اليد بينهما نصفين وبدية اليد بينهما نصفين ثم عفا أحدهما بطل القصاص (وجه) قوله ان حق كل واحد منهما وان كان ثابتا فى كل اليد لكن القاضى لما قضى بالقصاص بينهما فقد أثبت الشركة بينهما فصار حق كل واحد منهما فى البعض فاذا عفا أحدهما سقط البعض ولا يتمكن الآخر من استيفاء الكل (وجه) قولهما ان قضاء القاضى بالشركة لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع فى بعض اليد فيلحق بالعدم أو يجعل مجازاً عن الفتوى كانه أفتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويأخذ الدية بينهما فكان عفو أحدهما بعد القضاء كعفوه قبله ولو قضى القاضى بالدية بينهما فقبضاها ثم عفا أحدهما لم يكن للآخر القصاص وينقلب نصيبه مالا لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها وثبوت الملك فى الدية يقتضى ان لا يبقى الحق فى كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد فاذا عفا أحدهما لا يثبت للآخر ولاية استيفاء كل اليد (وكذلك) لو أخذ بالدية رهناً لان قبض الرهن قبض استيفاء لان الدين كانه فى الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين (ولو) أخذا بالدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص لانه ليس فى الكفالة معنى الاستيفاء بل هو للتوثق لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها (ولو قطع) من رجل يديه أو رجليه قطعت يداه ورجلاه لان استيفاء المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن آخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق المماثلة فيه وانه ممكن (فان قيل) القاطع ما أبطل عليهما منفعة الجنسين فكيف تبطل عليه منفعة الجنس فالجواب ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس فى قطع يد واحدة تفويت منفعة الجنس فكان الجزاء مثل الجناية الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع الفعلين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل كلها من المفصل ثم قطع يد آخر أو بدأ باليد ثم يقطع الاصبع وذلك كله فى يد واحدة فى اليمين أو فى اليسار فلا يخلو (اما) ان جاآ جميعا يطلبان القصاص واما ان جاآ متفرقين فان جاآ جميعاً يبدأ بالقصاص فى الاصبع فتقطع الاصبع بالاصبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقى وان شاء أخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما فى مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد فى قطع اليد وحق صاحب الاصبع فى قطع الاصبع فيجب ايفاء حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك فى البداية بالقصاص فى الاصبع لانا لو بدأنا بالقصاص فى اليد لبطل حق صاحب الاصبع فى القصاص أصلا ورأسا ولو بدأنا بالقصاص فى الاصبع لم يبطل حق الآخر فى القصاص أصلا ورأسا لانه يتمكن من استيفائه مع النقصان فكانت البداية بالاصبع أولى وانما خير صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فيثبت له الخيار كالاشل اذا قطع يد الصحيح وان جاآ متفرقين فان جاء صاحب اليد وصاحب الاصبع غائب تقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت فى اليد فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب يحتمل أن يحضر ويطالب ويحتمل

ان لا يحضر ولا يطالب فان جاء صاحب الاصبع بعد ذلك أخذ الارش لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله ولان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر الاستيفاء لمانع فيلزمه الارش وان جاء صاحب الاصبع وصاحب اليد غائب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك أخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل آخر من مفصلين ثم قطع اصبع آخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان الامر لا يخلو (اما) ان جاؤا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاؤا متفرقين فان جاؤا جميعا يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شاء استوفى الاوسط بحقه كله ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقي بأصبعه وان شاء أخذ دية أصبعه من مال الذي قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفاء حقوقهم بقدر الامكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقين في القصاص أصلا لامكان استيفاء حقيهما مع النقصان وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقين أصلا ورب رجل يختار القصاص وان كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاؤا متفرقين فان جاء صاحب الاصبع أولا تقطع له الاصبع لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة فاذا جاء الباقيان بعد ذلك يقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شاء أخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شاء أخذ دية الاصبع لما مر وان جاء صاحب الاعلى أولا فهو كما اذا جاؤا معا وقد ذكرنا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق أو بدأ بالمرفق ثم بالكف وهما في يد واحدة في اليمين او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقي بحقه كله وان شاء أخذ الارش لما بينا وان جاء أحدهما والآخر غائب فان جاء صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغائب لما مر ثم اذا جاء صاحب المرفق أخذ الارش وان جاء صاحب المرفق أولا يقطع له المرفق أولا ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص من المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من أصلها ثم قطع الكف التي منها الاصبع كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش في الكف ناقصة بأصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهي صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة كذا روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه ولم يفصل بين ما اذا كانت الجناية الثانية بعد برء الاولى أو قبلها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كانت الثانية بعد برء الاولى فهما جنايتان متفرقتان وان كانت قبل البرء فهي جناية واحدة ذكر قولهما في الزيادات (وجه) قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع المفصلين معا بضربة واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برئت الاولى فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد فتفرد بحكمها فيجب القصاص في الاولى والارش في الثانية ولابي حنيفة رضي الله عنه ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان صحيحتين أعني اصبع القاطع والمقطوع له المفصل أولا فكانت بين الاصبعين مماثلة فامكن استيفاء القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثاني لان

اصبع القاطع كامل وقت القطع فيكون استيفاء الكامل بالناقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثانى كان القصاص مستحقا فى المفصل الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفاء الناقص بالناقص فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقصان بدليل انه لو جاء الاجنبى وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت القصاص بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت ان النقصان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد فلو وجب النقصان لكان استيفاء الكامل بالناقص والثانى ان سلم ان النقصان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والاول ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثانى و برئ اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثانى فيكون استيفاء الناقص بالناقص فتحققت المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثانى منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث دية اليد ولو قطع المفصل الاعلى فبرأ ثم قطع المفصل الثانى فمات فالولى بالخيار ان شاء قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفاء مثل حقه فى القطع والقتل وان شاء ترك المفصل وقتل لان فى اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان المقصود حاصلا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احداهما دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص فى النفس وعلى صاحب الجناية فيما دون النفس القصاص فى ذلك ان كان يستطاع وان كان لا يستطاع فالارش وان كان ذلك خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيما دون النفس ارش ذلك وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فعلى العامد القصاص وعلى الخاطئ الارش ولا يدخل أحدهما فى الآخر سواء كان بعد البرء أو قبل البرء ولان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا من شخصين لا يمكن ان يجعلا كجناية واحدة لان جعل فعل أحدهما فعل الآخر لا يتصور فلا بد ان نعتبر فعل كل واحد منهما بانفراده سواء برأت الجناية الاولى أو لم تبرأ على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم قطع نصف المفصل الباقى ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه و يقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه وتجب حكومة العدل فى كل نصف لانه لا يمكن استيفاء القصاص من نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب حكومة العدل ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل الثانى فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص فى المفصل والحكومة فى نصف المفصل لانه يصير كانه قطعهما دفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص عليه لتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فكان عليه الارش فى المفصل وحكومة العدل فى نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص فى المفصل وحكومة العدل فى نصف المفصل لانه اذا برئ الاول فقد استقر حكمه والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فثبت ولاية الاستيفاء فلا يمكن استيفاء القصاص فى نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم ان أحدهما قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله يجب القصاص كذا ذكر القاضى الخلاف فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر الكرخى عليه الرحمة الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما (وجه) قول أبى يوسف و زفر ان استيفاء القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا والمرفق مفصل فكان المثل مقدور الاستيفاء فلا معنى للمصير الى الحكومة كما لو قطع يد انسان من مفصل الزند ولابى حنيفة ومحمد ان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة فى الارش لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة فى اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجرى القصاص بين طرفى الذكر والانثى والحر والعبد

لاختلاف

لاختلاف الارش وههنا لا يعرف التساوى فى الارش لان ارش الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوى بين ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارشى الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع يد رجل وفيها اصبع زائدة و فى يد القاطع اصبع زائدة مثل ذلك انه لا قصاص عند أبى حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند أبى يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزائدة فى الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع أصبعا زائدة وفى يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزائدة فى معنى الزلزل ولا قصاص فى المتزلزل ولانها نقص ولا تعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن ولانه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التى فيها أصبع زائدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص بين الاشلين كذا روى الحسن عن أبى حنيفة سواء كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا أوأ كثر أوهما سواء وهو قول أبى يوسف وقال زفران كانا سواء ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا كان بالخيار ان شاء قطع يد القاطع وان شاء ضمنه ارش يده شلاء وان كانت يد المقطوعة يده أ كثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل فى يديهما يوجب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الابهام كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان قطع الابهام يوهن الكف و يسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع يد رجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد فى النفس بلا خلاف والولى بالخيار ان شاء قطع يده ثم قتله وان شاء اكتفى بالقتل وان شاء عفا عن النفس وقطع يده وان كان قبل البرء فكذلك فى قول أبى حنيفة وفى قولهما تدخل اليد فى النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده (وجه) قولهما ان الجناية على مادون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس فى الشريعة بل يدخل مادون النفس فى النفس كما اذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الا دية النفس ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق المجنى عليه فى المثل وذلك فى القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع المولى يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقا بخلاف الخطأ لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المال ليس بمثل النفس وكان ينبغى أن لا يجب أصلا الا ان وجوبه ثبت معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله تعالى أعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطأ فان كان بعد البرء لا يدخل مادون النفس فى النفس وتجب دية كاملة ونصف دية تتحمله العاقلة وتؤدى فى ثلاث سنين فى السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من نصف الدية وفى السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفى السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدى فى ثلاث سنين ونصف الدية يؤدى فى سنتين من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل مادون النفس فى النفس لان الاول لما برأ فقد استقر حكمه فكان الباقى جناية مبتدأة فيبتد أبحكمها وان كان قبل البرء يدخل مادون النفس فى النفس وتجب دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ لا يدخل مادون النفس فى النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سواء كان بعد البرء أوقبله لان العمد مع الخطأ جنايتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسها فيجب فى العمد القصاص وفى الخطأ الارش هذا كله اذا كان الجانى واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع أحدهما يده ثم قتله الآخر فلا يدخل مادون النفس فى النفس كيف ما كان بعد البرء أوقبله لان الاصل اعتبار كل جناية بحيالها لان كل واحد منهما جناية على حدة فكان الاصل عدم التداخل

وافراد كل جناية بحكمها الا ان عند اتحاد الجانى وعدم البرء قد يجعلان كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة تقديرا ولا يمكن هذا التقدير عند اختلاف الجانى لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه حقيقة فتعذر التقدير فبقى فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقديرا فيفرد حكمها فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص على كل واحد منهما من القطع والقتل وان كانتا جميعا خطأ يجب الدية عليهما يتحمل عنهما عاقلتهما فى القطع والقتل وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يجب القصاص فى العمد والارش فى الخطأ ولو قطع أصبع يد رجل عمدا وقطع آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثانى فى قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله عليهما جميعا وبه أخذ الشافعى (وجه) قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثانى فكانت السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص عليهما (ولنا) أن السرايه باعتبار الآلام المترادفة التى لا تتحملها النفس الى أن يموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قطعا للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد وصار كما لو قطع الاصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات وهناك القصاص على الثانى كذا هذا بل أولى لان القطع فى المنع من الاثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء اذ البرء يحتمل الانتقاص والقطع لا يحتمل ثم زوال الاثر بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع كان أولى وأحرى ولو جنى على مادون النفس فسرى فالسراية لا تخلو اما ان كانت الى النفس واما ان كانت الى عضو آخر فان كانت الى النفس فالجانى لا يخلو اما ان كان متعديا فى الجناية واما ان لم يكن فان كان متعديا فى الجناية والجناية بحديد أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت الجناية مما توجب القصاص لو برئت أو لا توجب كما اذا قطع يد انسان من الزند أو من الساعد أو شجه موضحة أو آمة أو جائفة أو أبان طرفا من أطرافه أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم مادون النفس وتبين انه وقع قتلا من حين وجوده وللولى أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له أن يقطع يده عندنا وعند الشافعى رحمه الله انه يفعل به مثل ما فعل فان مات من ذلك والا قتله وكذلك اذا قطع رجل يد رجل ورجليه فمات من ذلك تحز رقبته عندنا وعنده يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو قطع يده فعفا المقطوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو الجراحة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس بالاجماع وان عفا عن القطع أو الجراحة ولم يقل وما يحدث منها لا يكون عفوا عن النفس وعلى القاطع دية النفس فى ماله فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما يكون عفوا عن النفس ولا شئ عليه والمسئلة باخواتها قد مرت فى مسائل العفو عن القصاص فى النفس ولو كان له على رجل قصاص فى النفس فقطع يده ثم عفا عن النفس وبرأت اليد ضمن دية اليد فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه (وجه) قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولى القتيل والنفس اسم لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه دل انه بالقطع استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فالعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كمن استوفى بعض دينه ثم أبرأ الغريم ان الابراء ينصرف الى ما بقى لا الى المستوفى كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل لا فى المحل وهو النفس أو يقال حقه فى النفس لكن فى القتل لا فى حق القطع لان حقه فى المثل والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان أجنبيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ماليس بحق له وهو متقوم فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد وان كان متعديا فى القطع مسيأ فيه لانه لا قيمه لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كما لو قطع يد مرتد انه لا يضمن وان كان متعديا فى القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص و بين العفو فاذا عفا استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفاء غير حقه فيضمن هذا اذا كان متعديا فى الجناية على

مادون النفس فأما اذا لم يكن متعديا فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية فى بعضها ولا تجب فى البعض وبيان ذلك فى مسائل اذا قطع يد رجل عمدا حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما لاشئ عليه ولو قطع الامام يد السارق فمات منه لا ضمان على الامام ولا على بيت المال وكذلك الفصاد والبزاغ والحجام اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالاجماع (وجه) قولهما ان الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولابى حنيفة رضى الله عنه انه استوفى غير حقه لان حقه فى القطع وهو أتى بالقتل لان القتل اسم لفعل يؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظلما فسرى الى النفس وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا نقول فى الامام ان فعله وقع قتلا الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة لان اقامة الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس فى وسعه فلو أوجبنا الضمان لامتنع الائمة عن الاقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو ولا ضرورة الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امرأته للنشوز فماتت منه يضمن لان المأذون فيه هو التأديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه وقع قتلا ولو ضرب الاب أو الوصى الصبي للتأديب فمات ضمن فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الاب والوصى مأذونان فى تأديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضمونا كما لو عزر الامام انسانا فمات (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان التأديب اسم لفعل يبقى المؤدب حيا بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين فى القتل ولو ضربه المعلم أو الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير أمر الاب أو الوصى يضمن لانه متعد فى الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وان كان باذنه لا يضمن للضرورة لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية وليس فى وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم فكان فى التضمين سد باب التعليم وبالناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة وهذه الضرورة لم توجد فى الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن التأديب لفرط شفقته على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مرتد فأسلم ثم مات فلاشئ على القاطع وهذا يؤيد مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فى اعتبار وقت الفعل والاصل فى هذا أن الجناية اذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة لان الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف محلا غير مضمون وكذلك لو قطع يد حربى ثم أسلم ثم مات من القطع انه لاشئ على القاطع لان الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وهكذا لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان يد العبد غير مضمونة فى حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه أبطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة الابراء عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس فى قولهما وعند محمد عليه دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ماذكرنا انه لما ارتد فكانه ابرأ القاطع عن السراية وجه قولهما ان الجناية يتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء وما بينهما لا يتعلق به حكم والمحل ههنا مضمون فى الحالين فكانت الجناية مضمونة فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما (وأما) قول محمد الردة بمنزلة البراءة فنعم لكن بشرط الموت عليها الا ان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد كانت الجناية مضمونة فوقف حكم السراية أيضا وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضى بلحوقه ثم رجع الينا مسلما ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضى قضى بلحوقه ثم عاد مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع لان لحوقه بدار الحرب يقطع حقوقه بدليل انه يقسم ماله بين ورثته بعد اللحوق ولا يقسم قبله فصار كالابراء عن الجناية ولو قطع يد عبد خطأ فاعتقه مولاه ثم مات منها فلاشئ على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبرء اليد لان السراية لو كانت مضمونة على الجانى فاما أن تكون مضمونة عليه للمولى (واما) أن تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا

وجه للثانى لماذكرنا أن السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا اذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد فى هذا مثل الرمى فى قول أبى حنيفة رحمه الله حيث أوجب عليه بالرمى القيمة وان أعتقه المولى ولم يوجب فى القطع الا ارش اليد لماذكرنا أن الرمى سبب الاصابة لا محالة فصار جانيا به وقت الرمى (فاما) القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله تعالى أعلم وان كان قطع يد العبد عمداً فاعتقه مولاه ثم مات العبد ينظر ان كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله أن يقتل الجانى فى قولهما خلافاً لمحمد وقد مرت المسألة وان كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه و يدخل معه فى ميراثه فلا قصاص لاشتباه الولى على ما مر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها فانه لا تنقطع السراية و يجب نصف القيمة و يجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا اذا كان خطأ وان كان عمداً فللمولى أن يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسألة بحالها فبالكتابة برئ عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات وكان خطأ لا يجب عليه شئ آخر وان كان عمداً فان كان عاجزاً فللمولى ان يقتص لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فقد مات حراً فينظر ان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه فلا قصاص عليه و يجب عليه ارش اليد لا غير وان لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد رحمه الله ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد لا غير وان كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطأ أو مات عاجزاً فالقيمة للمولى وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة وان كان عمداً فان مات عاجزاً فللمولى أن يقتص وان مات عن وفاء مات حراً ثم ينظر ان كان مع المولى وارث يحجبه أو يشاركه فى الميراث فلا قصاص وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا والله تعالى أعلم هذا اذا كانت السراية الى النفس فاما اذا كانت الى العضو فالاصل أن الجناية اذا حصلت فى عضو فسرت الى عضو آخر والعضو الثانى لا قصاص فيه فلا قصاص فى الاول أيضاً وهذا الاصل يطرد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة فى مسائل اذا قطع اصبعاً من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لان الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفاء فلا يجب القصاص ولان الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد المحل لان الكف مع الاصبع بمنزلة عضو واحد وكذا اذا قطع مفصلاً من اصبع فشل ما بقى أو شلت الكف لما قلنا فان قال المقطوع انا أقطع المفصل وأترك ما يبس ليس له ذلك لان الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الاصل لعدم امكان الاستيفاء على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصار على البعض استيفاء ما لا حق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجه منقلة فقال المشجوج أنا أشجه موضحة وأترك ارش ما زاد لم يكن له ذلك وكذلك اذا كسر بعض سن انسان واسود ما بقى فليس فى شئ من ذلك قصاص لان قصاصه هو كسر مسود للباقى وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع اصبعاً فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه دية الاصبعين وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فى الاول لا قصاص وفى الثانى الارش وجه قولهم ان المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكماً وان كان متحداً حقيقة لتعدد أثره وههنا تعدد الاثر فيجعل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى كما لو قطع اصبع انسان فانسل السكين الى اصبع أخرى خطأ فقطعها حتى يجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى وكما لو رمى سهما الى انسان فأصابه و تفذمنه وأصاب آخر حتى يجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى لما قلنا وكذلك هذا واذا تعددت الجناية تفرد كل واحدة منهما بحكمها فيجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية وجه قول أبى حنيفة رضى الله عنه ماذكرنا أن المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المشل ههنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق ولان الجناية متحدة حقيقة وهى قطع الاصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما اذا قطع اصبعا عمداً فانفذ السكين الى أخرى خطأ لان الموجود

هنالك

هناك فعلان حقيقة لجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم وفى مسألة الرمى جعل الفعل المتحد حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعاً فسقطت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما فى ظاهر الرواية عنهما يجب فى الاول القصاص وفى الثانى الارش وفى رواية ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من أصله على هذه الرواية أن الجراحة التى فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا وههنا يمكن وفيما اذا قطع اصبعا فشلت أخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدد وانه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الاثر وقد وجد ههنا فيجعل كجنايتين مختلفتين فيتعلق بكل واحدة منهما حكمها ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لا سبيل الى استيفاء القصاص على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المسقط للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الاضمانا واحدا وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص فى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفيه دية اليد لان استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بهما ضمان المال فلا يتعلق بهما القصاص وقال أبو يوسف يقتص منه فتقطع يده من المفصل فرق أبو يوسف بين هذا و بين ما اذا قطع اصبعا فسقطت أخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص فى الثانية لان الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى النفس والاصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما الى الآخر فوجب القصاص فى الاولى دون الثانية وعلى ما روى محمد رحمه الله فى النوادر يجب القصاص ههنا أيضاً كما قال أبو يوسف رحمه الله لانه جناية واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه فيجعل كانه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال أبو يوسف يجب القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من أصله وكذلك لو ضرب سن انسان فتكسر بعضها وتحرك الباقى واستوفى حولا انها ان اسودت فلا قصاص فيها لتعذر استيفاء المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفيها الارش لعدم امكان استيفاء المثل وهو الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال أبو يوسف فيها القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت الكف ولو شج انسانا موضحة متعمدا فذهب منها بصره فلا قصاص فى قول أبى حنيفة وفيها وفى البصر الارش وقالا فى الموضحة القصاص وفى البصر الدية هذه رواية الجامع الصغير عن محمد وروى ابن سماعة فى نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبيب لا من طريق السراية بدليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدوث السراية يوجب تغير الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس انه لا يبقى قطعاً بل يصير قتلا وههنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبيب والجناية بطريق التسبيب لا توجب القصاص كما فى حفر البير ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه ولسانه وسمعه وجماعه فلا قصاص فى شئ من ذلك على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى قولهما فى الموضحة القصاص ولا قصاص فى العينين فى ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص اذ لا قصاص فى ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع فى الشرع وفى ذهاب البصر قصاص فى الشريعة ولو ضربه بعصا فاوضحه ثم عاد فضربه أخرى الى جنبها ثم تآكلتا حتى صارت واحدة فهما موضحتان ولا قصاص فيهما أما على أصل أبى حنيفة رحمه

الله فلعدم امكان استيفاء المثل وهما شجتان موضحتان تأكل بينهما (وأما) على أصلهما فلان ما تأكل بين الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسبيبا لا يوجب القصاص والله سبحانه وتعالى الموفق ولا قصاص فى العين اذا قورت أو فسخت لانا اذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفاء المثل اذ ليس له حد معلوم وان أذهبنا ضوءه فلم نفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد انسان من الساعد أنه لا يجب القصاص لانه لا سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان ضرب عليها فذهب ضوءها مع بقاء الحدقة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والعين بالعين ولان القصاص على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمى المرآة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها وقيل أول من اهتدى الى ذلك سيدنا على رضى الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فانه روى أنه وقعت هذه الحادثة فى زمن سيدنا عثمان رضى الله عنه فجمع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم وشاورهم فى ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى جاء سيدنا على رضى الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه أحد فقضى به سيدنا عثمان بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم فيكون اجماعا وان انخسفت فلا قصاص لان الثانى قد لا يقع خاسفا بها فلا يكون مثل الاول وروى عن أبى يوسف أنه لا قصاص فى عين الاحول لان الحول نقص فى العين فيكون استيفاء الكامل بالناقص فلا تتحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء كذا هذا ولا قصاص فى الاشفار والاجفان لانه لا يمكن استيفاء المثل فيها (وأما) الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والاذن بالاذن ولان استيفاء المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا (وأما) الانف فان قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لقوله سبحانه وتعالى والانف بالانف ولان استيفاء المثل فيه ممكن لان له حدا معلوما وهو مالان منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفاء المثل وان قطع قصبة الانف فلا قصاص فيه لانه عظم ولا قصاص فى العظم ولا فى السن لما نذكر ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ان استوعب ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما فى الحقيقة لان أبا يوسف أراد استيعاب المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد رحمه الله أراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف (وأما) الشفة فقد روى عن أبى حنيفة انه قال اذا قطع شفة الرجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخى رحمه الله انه ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص لامكان استيفاء المثل عند الاستقصاء وان قطع بعضها فلا قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص فى عظم الا فى السن لانه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن التعدى أيضا وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لا قصاص فى عظم وفى السن القصاص سواء كسر أو قلع لقول الله تبارك وتعالى والسن بالسن ولانه يمكن استيفاء المثل فيه بان يؤخذ فى الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمبرد وفى القلع يؤخذ سنه بالمبرد الى ان ينتهى الى اللحم ويسقط ماسوى ذلك وقيل فى القلع انه يقلع سنه لان تحقق المماثلة فيه والاول استيفاء على وجه النقصان الا أن فى القلع احتمال الزيادة لانه لا يؤمن فيه ان يفعل المقلوع أكثر مما فعل القالع (وأما) اللسان فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفاء المثل وان استوعب فقد ذكر فى الاصل أن اللسان لا يقتص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص ووجه قوله أن القطع اذا كان مستوعبا أمكن استيفاء المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزاء مثل الجناية وجه ما ذكر فى الاصل أن اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لامكان استيفاء المثل لان لها حدا معلوما وان قطع بعضها أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لانه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصار كما لو قطع بعض اللسان ولو قطع الذكر من أصله ذكر فى الاصل انه لا قصاص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب أمكن الاستيفاء على وجه المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر فى الاصل أن الذكر ينقبض مرة وينبسط أخرى فلا يمكن مراعاة

المماثلة

المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص فى جز شعر الرأس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية وان لم ينبت بعد الحلق والنتف (أما) الجز فلأنه لا يعلم موضعه فلا يمكن أخذ المثل (وأما) الحلق والنتف الموجود من الحالق والناتف فلان المستحق حلق ونتف غير منبت وذلك ليس فى وسع الحلوق والمنتوف لجواز أن يقع حلقه ونتفه منبتاً فلا يكون مثل الاول وذكر فى النوادر انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذكر حكم ثدى المرأة انه هل يجب فيه القصاص أم لا وكذا لم يذكر حكم الانثيين فى وجوب القصاص فيهما وينبغى أن لا يجب القصاص فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل (وأما) حلمة ثدى المرأة فينبغى أن يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفاء المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على رأس انسان حتى ذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه فلا قصاص فى شئ من ذلك لأنه لا يمكنه ان يضرب ضربا تذهب به هذه الاشياء فلم يكن استيفاء المثل ممكنا فلا يجب القصاص وكذلك لو ضرب على يد رجل أو رجله فشلت لا قصاص عليه لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا مشلا فلم يكن المثل مقدور الاستيفاء فلا يجب القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشجاج فلا خلاف فى أن الموضحة فيها القصاص لعموم قوله سبحانه وتعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه يمكن استيفاء القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا تنتهى اليه السكين وهو العظم ولا خلاف فى أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعدد الاستيفاء فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهشم ولا قصاص فى هشم العظم لما بينا والآمة لا يؤمن فيها من أن ينتهى السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفاء القصاص فى هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة (وأما) ماقبل الموضحة فقد ذكر محمد فى الاصل أنه يجب القصاص فى الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا قصاص فى الشجاج الا فى الموضحة والسمحاق ان أمكن القصاص فى السمحاق وروى عن النخعى رحمه الله أنه قال مادون الموضحة خدوش وفيها حكومة عدل وكذا روى عن عمر بن عبد العزيز رحمهما الله وعن الشعبى رحمه الله أنه قال مادون الموضحة فيه أجرة الطبيب (وجه) رواية الحسن رحمه الله أن مادون الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهى اليه السكين فلا يمكن الاستيفاء بصفة المماثلة (وجه) رواية الاصل أن استيفاء المثل فيه ممكن لانه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ فى اللحم الى آخرها فيستوفى منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص من الشاج الا فى موضع الشجة من المشجوج من مقدم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبيه لان وجوب القصاص للشين الذى يلحق المشجوج وذا يختلف باختلاف المواضع من الرأس ألا ترى أن الشين فى مؤخر الرأس لا يكون مثل الشين الذى فى مقدمه ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما أمكن لاختلاف الشين باختلاف الشجة فى الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرنى المشجوج وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاج لصغر رأس المشجوج وكبر رأس الشاج أنه لا يستوعب ما بين قرنى الشاج فى القصاص لان فى الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يخير المشجوج ان شاء اقتص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته فى الطول ثم يكف وان شاء عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصا لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شاء استوفى حقه ناقصا تشفيا للصدر وان شاء عدل الى الارش كما قلنا فى الاشل اذا قطع يد الصحيح فان اختار القصاص فله أن يبدأ من أى الجانبين شاء لان كل ذلك حقه فله أن يبتدئ من أيهما شاء وان كانت الشجة تأخذ ما بين قرنى المشجوج ولا تفضل وهى ما بين قرنى الشاج وتفضل عن قرنيه لكبر رأس المشجوج وصغر رأس الشاج فللمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص ما بين قرنى الشاج لا يزيد على ذلك شيأ لانه لا سبيل الى استيفاء الزيادة على ما بين قرنى الشاج لانه مازاد على ما بين قرنى المشجوج فلا يزاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصا اذ الثانية دون الاولى فى قدر الجراحة فان شاء رضى

باستيفاء حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرنى الشاج طلبا للتشفى وان شاء عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تأخذ بين قرنى المشجوج وهى تأخذ ما بين قرنى الشاج لا يجوز أن يستوعب بين قرنى الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت غير مستوعبة فالاستيعاب فى الجزء يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك مقدار شجته فى المساحة كما لا يجوز استيفاء ما فضل عن قرنى الشاج فى المسئلة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى فى المساحة وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجته فى مقدارها فى المساحة فى الطول فان شاء اقتص ونقص عما بين قرنى الشاج وان شاء ترك وأخذ الارش وان كانت الشجة فى طول راس المشجوج وهى تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ من الشاج الى قفاه يخير المشجوج ان شاء اقتص مقدار شجته الى مثل موضعها من رأس الشاج لا يزيد عليه وان شاء أخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوى عن على بن العباس الرازى أنه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرنى المشجوج ولم تستوعب ما بين قرنى الشاج يقتص من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر فى القصاص بين العضوين كما فى اليدين والرجلين انه يجرى القصاص بينهما وان كانت احداهما أكبر من الاخرى فكذا فى الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لفوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر ألا يرى أن اليد الصغيرة قد تكون أكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم يختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذى يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينتقص بنقصانها لذلك افترق الامران الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الجراح فان مات من شئ منها المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسا وان لم يمت فلا قصاص فى شئ منها سواء كانت جائفة أو غيرها لانه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو كانا عبدين فلا قصاص فيه ومنها أن يكونا ذكرين أو أنثيين عندنا فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فلا قصاص فيه عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط ويجرى القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجرى فى النفس وهذان الشرطان فى الحقيقة عندنا متداخلان لانهما دخلا فى شرط المماثلة لان المماثلة فى الاروش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل أن الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بناقص الاصابع ولما ذكرنا فيما تقدم أن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة فى الاموال فى باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار والعبيد فى الاروش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوى بين ارشيهما ولئن اتفق استواؤهما فى القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوى فى الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف فلا يعرف التساوى فى أروشهم فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم والشبهة فى باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعى رحمه الله المساواة فى الاروش فى الاحرار غير معتبرة (وجه) قوله أن القصاص جرى بين نفسيهما فيجرى بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس (ولنا) أنه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص فى طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص فى الاظفار لانعدام المساواة فى أروشها لان ارش الظفر الحكومة وانها معتبرة بالحزر والظن والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسواء كانت بسلاح أو غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيما دون النفس شبهة عمد وانما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذى ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيما دون النفس (وأما) بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه

الله وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر (وجه) قوله أنه وجب القصاص للحال فله أن يستوفى الواجب للحال (ولنا) ماروى انه عليه الصلاة والسلام قال لا يستقاد من الجراحة حتى يبرأ وروى أن رجلا جرح حسان بن ثابت رحمه الله فى نخذه بعظم فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه الصلاة والسلام انتظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظره وهو انه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلا فيتبين أنه استوفى غير حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها وهى أن المجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عندنا لا فى الطرف وعند الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذى فيه دية كاملة فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان سبب الوجوب والثانى فى بيان شرائطه أما السبب فهو تفويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وذلك فى الاصل باحد أمرين ابانة العضو واذهاب معنى العضو مع بقاء العضو صورة أما الاول فالاعضاء التى تتعلق بانتهاء كمال الدية أنواع ثلاثة نوع لا نظير له فى البدن ونوع فى البدن منه اثنان ونوع فى البدن منه أربعة (أما) الذى لا نظير له فى البدن فستة أعضاء أحدها الانف سواء استوعب جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو مالان من الانف والثانى اللسان سواء استوعب قطعاً أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكر سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدها والاصل فيه ما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى الانف الدية وفى المارن الدية وروى أنه عليه الصلاة والسلام كتب فى كتاب عمرو ابن حزم فى النفس الدية وفى الانف الدية وفى اللسان الدية ولانه أبطل المنافع المقصودة من هذه الاعضاء والجمال أيضاً من بعضها فالمقصود من الانف الشم والجمال أيضاً ومن اللسان الكلام ومن الذكر الجماع والحشفة يتعلق بها منفعة الانزال وقد زال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تفويت المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف ونقلت هذه القضية عن سيدنا على رضى الله عنه لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها لكن انما يدخل فى القسمة الحروف التى تفتقر الى اللسان فاما ما لا يفتقر الى اللسان من الشفوية والحلقية كالباء والفاء والهاء ونحوهما فلا تدخل فى القسمة والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب وانقطع الماء وهو المنى فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول والسادس مسلك الغائط من المرأة اذا أفضاها انسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة فان صارت لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية (وأما) الاعضاء التى فى البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما ولم ينبت والثديان والحلمتان والانثيان والاصل فيه ماروى عن ابن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال وفى الاذنين الدية وفى العينين الدية وفى الرجلين الدية ولان فى القطع كل اثنين من هذين العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة أو تفويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر فى العينين والبطش فى اليدين والمشى فى الرجلين والجمال فى الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين ومنفعة امساك الريق فى احداهما وهى السفلى والثديان وكاء اللبن وفى الحلمتين منفعة الرضاع والانثيان وكاء المنى (وأما) الاعضاء التى منها أربعة فى البدن فنوعان أحدهما أشفار العينين وهى منابت الاهداب اذا لم تنبت لما فى تفويتها تفويت منفعة البصر والجمال أيضا على الكمال وفى كل شفر منها ربع الدية والثانى الاهداب وهى شعر الاشفار اذا لم تنبت لما قلنا (وأما) اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فنحو العقل والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده بان ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه والاصل فيه ماروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قضى فى رجل واحد

بار بع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه و بصره وذكره لانه فوت المنافع المقصودة عن هذه الاعضاء على سبيل الكمال (أما) العقل فلان تفويتـه تفويت منافع الاعضاء كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفوت العقل ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج مخرج أفعال البهائم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى (وأما) السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره أو على رأس امرأة فسقط شعرها أو حلق لحية رجل أو نتفها أو حلق شعر امرأة ولم ينبت فان كان حرا ففيه الدية عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند الشافعي فيه حكومة (وجه) قوله أنه لا يجب كمال الدية الا باتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تفويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد ذلك في حلق الشعر فبقي الحكم فيه مردوداً الى الاصل ولهذا لم يجب في حلق شعر سائر البدن (ولنا) أن الشعر للنساء والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه ماروى من الحديث ان الله تبارك وتعالى عز وجل خلق في سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم سبحان الذى زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب وتفويت الجمال على الكمال في حق الحر يوجب كمال الدية كالمارن والاذن الشاخصة والجامع بينهما اظهار شرف الآدمي وكرامتـه وشرفه في الجمال فوق شرفه في المنافع ثم تفويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الدية فتفويت الجمال على الكمال أولى بخلاف شعر سائر البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية وقد روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال في الرأس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة وكذا روى عنه أنه قال في اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وروى أن رجلا أغلى ماء فصبه على رأس رجل فانسلخ جلد رأسه فقضى سيدنا على رضي الله عنـه بالدية وعن الفقيه أبي جعفر الهندوانى أنه قال انما يجب كمال الدية في اللحيـة اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شئ فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل وأما شعر العبد ولحيته فذكر في الاصل أن فيه حكومة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنـه أن فيه القيمة (وجه) هـذه الرواية أن القيمة في العبيد كالدية في الاحرار فلما وجبت في الحر الدية تجب في العبد القيمة (وجه) رواية الاصـل أن الجمال في العبيد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمـة وتفويت ماليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق رأس انسان أو لحيته ثم نبت فلا شئ عليـه لان النابت قام مقام الفائت فكانه لم يفت الجمال أصلا وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تفويت منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط الوجوب (فمنها) أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص وأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص فيه فيما تقدم (ومنها) أن يكون المجنى عليه ذكراً فان كان أنثى فعليه دية أنثى وهو نصف دية الذكر سواء كان الجانى ذكراً أو أنثى لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك وهو تنصيف دية الانثى من دية الذكر على ماذكرنا في دية النفس (ومنها) أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فان كان الجانى حراً والمجنى عليه عبداً فلا دية فيه وفيه القيمة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم ان كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة وان كان كثير القيمة بان بلغت الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه قال كل شئ من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شئ من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضى أن كل شئ من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد به المنفعة كالعين واليد والرجل و بين ما يقصد به الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن رحمه الله عنـه أنه ان حلق أحـد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الاسفل أو الاعلى يعنى اهدابه فلم تنبت أو قطع احدى شفتيه العليا أو السفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال أبو يوسف

رجع أبو حنيفة فى حاجب العبد وفى أذنيه وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد استقبح أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن فى أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضاً والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب فى ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه و يقوم وليس به الجناية فيغرم الجانى ما بين القيمتين وهو قول أبى يوسف الآخر وقوله الاول مع أبى حنيفة (وجه) قول محمد ان مادون النفس من العبد له حكم المال لانه خلق لمصلحة النفس كالمال و بدليل انه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الاموال وضمان الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما فى سائر الاموال (وجه) رواية الجمع لابى حنيفة رضى الله عنه أن القيمة فى العبد كالدية فى الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته ولان التقدير قد دخل على الجناية عليه فى النفس حتى لا يبلغ الدية اذا كان كثير القيمة فجاز ان يدخل فى ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر (ووجه) رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود فى العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار والعبيد جميعا ولان مادون النفس من العبيد له شبه النفس وشبه المال أما شبه النفس فظاهر لانه من أجزاء النفس حقيقة (وأما) شبه المال فانه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جنى على النفس و يعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما اذا أتلف المال عملا بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لان ذلك عمل بشبه المال وانه لا ينفى العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما جميعاً وذلك فيما قلنا ثم الحر اذا فقأ عينى عبد انسان أو قطع يديه أو رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة فمولاه بالخيار ان شاء سلمه الى الفاقئ وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شئ له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يمسكه و يأخذ ما نقصه وقال الشافعى رحمه الله له ان يمسكه و يأخذ جميع القيمة (وجه) قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفائتين لا غير فيبقى الباقى على ملكه كما لو فقأ احدى عينيه أو قطع احدى يديه أنه يضمن نصف قيمته و يبقى الباقى على ملك مالكه كذا هذا (وجه) قولهما أن الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعى عليه الرحمة لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة الجنس فيخير المولى ان شاء مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاقئ لوصول عوض الرقبة اليه وان شاء مال الى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش فى المواضع كلها ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لما وصل الى المولى بدل النفس فلو بقى العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن فى ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مدبراً فابق من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لانه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا تلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لان العوض قبل القبض لا يكون عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد اذا قبض المشترى المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببدل فى البيع الفاسد انما البدل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشترى المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبداً بجارية على انه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعا أنه ينفذ اعتاقه فيهما جميعاً وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه لما عتقهما فسد البيع فى الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع فى مقابلة ملك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استأجر شيئا وعجل الاجرة ان المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد لان المنافع لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكلما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما اذا غصب عبداً فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده

جناية أخرى ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الى ولى الجناية الاولى ومعلوم أن نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذى سلم له فقد اجتمع فى ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض لان الممتنع اجتماع العوض والمعوض فى ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك لان ولى الجناية انما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض فى ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جائز كمن استوهب المبيع من البائع والثمن من المشترى أو ورثهما والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان الجانى عبداً والمجنى عليه حراً اوكانا جميعاً عبدين فحكم هذه الجناية وجوب الدفع الا أن يختار المولى الفداء على ماذكرنا فى جنايات العبيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يجب فيه ارش مقدر ففى كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية فى أحدهما نصف الدية من احدى العينين واليدين والرجلين والاذنين والحاجبين إذا لم تنبت والشفتين والانثيين والثديين والحلمتين لما روى انه عليه الصلاة والسلام كتب فى كتاب عمرو بن حزم وفى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان كل الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما فيكون فى أحدهما النصف لان وجوب الكل فى العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفائت بقطع أحدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوى فيه اليمين واليسار لان الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسواء ذهب بالجناية على العين نور البصر دون الشحمة أو ذهب البصر مع الشحمة لان المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم وروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه انه فصل بينهما فاوجب فى السفلى الثلثين وفى العليا الثلث لزيادة جمال فى العليا ومنفعة فى السفلى وبقية الصحابة سووا بينهما وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وابراهيم رضى الله عنهما وغيرهما سواء قطع الحلمة من ثدى المرأة أو قطع الثدى وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدى تبع لان المقصود من الثدى وهو منفعة الرضاع يفوت بفوات الحلمة وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين اذا كان قبل البرء من الاولى لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كانه أوقعهما معاً وفى أصابع اليدين والرجلين فى كل واحدة منها عشر الدية وهى فى ذلك سواء لا فضل لبعض على بعض والاصل فيه ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فى كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين اصبع واصبع وروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال هذه وهذه سواء وأشار الى الخنصر والابهام وسواء قطع أصابع اليد وحدها اوقطع الكف ومعها الاصابع وكذلك القدم مع الاصابع لما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى الاصابع فى كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين ما اذا قطع الاصابع وحدها أو قطع الكف التى فيها الاصابع ولان الاصابع أصل والكف تابعة لها لان المنفعة المقصودة من اليد البطش وانها تحصل بالاصابع فكان اتلافها اتلافا لليد وسواء قطع الاصابع أو شل من الجراحة أو يبس ففيه عقله تاما لان المقصود منه يفوت وما كان من الاصابع فيه ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الاصبع وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف دية الاصبع لان مافى الاصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم مافى اليد على عدد الاصابع وفى احدى أشفار العينين ربع الدية وفى الاثنين نصف الدية وفى الثلاث ثلاثة أرباع الدية ان لم ينبت لان فى الاشفار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وان نبت فلاشئ فيه وسواء قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن لان الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للاصابع وكذا اهداب العينين اذا لم تنبت حكمها حكم الاشفار وفى كل سن خمس من الابل يستوى فيه المقدم والمؤخر والثنايا والاضراس والانياب والاصل فيه ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى كل سن خمس من الابل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل ارش الطواحن على ارش الضواحك وهذا غير سديد لان الحديث

لا يوجب الفضل وهذا لا يجرى على قياس الاصابع لان الشرع ورد فى كل سن بخمس من الابل لان الاسنان اثنان وثلاثون فيزيد الواجب فى جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجلا ضربة فالقى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلاثون سناً عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فى كل سن نصف عشر الدية فيكون جملتها ستة عشر ألف درهم وهى دية وثلاثة اخماس دية تؤدى هذه الجملة فى ثلاث سنين فى السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهى عشرة آلاف درهم وثلث من ثلاثة اخماس الدية وهى ستة آلاف درهم وفى السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقى من ثلاثة أخماس الدية وفى السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقى من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تؤدى فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها وثلاثة اخماس الدية وهى ستة آلاف درهم تؤدى فى سنتين من السنين الثلاث وهذا يلزم أن يكون قدر المؤدى من الدية الكاملة والناقصة فى السنتين الاوليين وقدر المؤدى من الدية الكاملة فى السنة الثالثة ما وصفنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولا لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال يستأنى بالجراح حتى تبرأ والتقدير بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسواء كان المضروب صغيراً أو كبيراً كذا روى فى المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يؤجل سنة سواء كان صغيراً أو كبيرا وقال أبو يوسف رحمه الله ينتظر فى الصغير ولا ينتظر فى الرجل وعن محمد رحمه الله أنه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجه قوله أن السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تثبت وجه قول أبى يوسف فى الفرق بين الصغير والكبير أن سن الصغير يثبت ظاهراً أو غالباً وسن الكبير لا تثبت ظاهرا وجه قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه فان اشتدت ولم تسقط فلا شئ فيها وروى عن أبى يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل وان تغيرت فان كان التغير الى السواد أو الى الحمرة أو الى الخضرة ففيها الارش تاماً لانه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصفرة ففيها حكومة العدل وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه ان كان حرا فلا شئ فيه وان كان مملوكا ففيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر أولى بايجاب الارش من العبد وقال زفر رحمه الله فى الصفرة الارش تاماً كما فى السواد لان كل ذلك يفوت الجمال (ولنا) أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروى عن أبى يوسف انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الحمرة والخضرة ففيها عقلها تاماً ويجب أن يكون هذا قولهم جميعا وان سقطت فان نبت مكانها أخرى ينظر ان نبتت صحيحة فلا شئ فيها فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الارش كاملا كذا ذكر الكرخى رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله أن على قول أبى يوسف فيها حكومة العدل وجه قول أبى يوسف أنه فوت السن والنابت لا يكون عوضا عن الفائت لان هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن أتلف مال انسان ثم ان الله تبارك وتعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف ولابى حنيفة رحمه الله أن السن يستأنى بها فلولا أن الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيناء فيه معنى لانه لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قائمة كسن الصبى هذا اذا نبتت بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان المعادة لا ينتفع بها لانقطاع العروق بل يبطل بأدنى شئ فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمد فى حكم الميتة حتى قال ان كانت أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وأبو يوسف رحمه الله فرق بين سن نفسه وسن غيره فأجاز الصلاة فى سن نفسه دون سن غيره وعلى هذا اذا قطع أذنه فخاطها فالتحمت انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه فلا يعود الجمال هذا اذا نبتت مكانها أخرى صحيحة فاما اذا نبتت معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان نبتت متغيرة بان نبتت سوداء أو حمراء او خضراء أو صفراء فحكمها حكم ما لو كانت قائمة فتغيرت بالضربة لان النابت قام مقام

الذاهب فكان الاولى قائمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك (وأما) سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد ثغر فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه وان كان قبل ان يثغر فان لم تنبت أو نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت صحيحة فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما في سن البالغ وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة الالم فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي رحمه الله بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم يثغر لا نبات له الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فريعة مسألة الشجة اذا التحمت ونبت الشعر عليها أنه لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الرحمة فيها حكومة الالم وعند محمد عليه الرحمة فيها أجرة الطبيب والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتحرك فأجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت بضربي فالمضروب لا يخلو (اما) ان جاء في السنة (واما) أن جاء بعد مضي السنة فان جاء في السنة فالقياس أن يكون القول قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج رأس انسان موضحة فصارت منقلة فاختلفا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لا بل صارت منقلة بضربة أخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول الشاج وفي الاستحسان القول قول المشجوج وللقياس وجهان أحدهما أن المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا تجب بالشك والى هذا أشار محمد في الاصل فقال استحسن في السن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي رحمه الله وللاستحسان وجهان من الفرق أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن لان سبب السقوط حصل من الضارب وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهدا للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة الموضحة لا تكون سببا لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني أنه لما جرى التأجيل حولا في السن والتأجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة فاذا جاء في الحول وقد سقطت سنه فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له (فاما) الشجة فلم يقدر في انتظارها وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجة وان جاء بعد مضي السنة فالقول قول الضارب لان التأجيل مدة الحول لاستقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يجئ دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط محالا الى سبب حادث فكان الظاهر شاهدا للضارب أو لم يشهد لاحدهما فيبقى المضروب مدعيا ضمانا على الضارب وهو ينكر فالقول قوله أو يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن فاحتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره واحتمل من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الشجاج فالكلام في الشجة يقع في موضعين أحدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها أما الاول فالموضحة اذا برئت وبقي لها أثر ففيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية هكذا روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها أثر بان التحمت ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه أجرة الطبيب (وجه) قوله أن أجرة الطبيب انما لزمته بسبب هذه الشجة فكأنه أتلف عليه هذا القدر من المال ولابي يوسف أن الشجة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالاثر وقد زال ذلك فسقط الارش

والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له فى الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب أجرة الطبيب لان المنافع على أصل أصحابنا رضى الله عنهم لا تتقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد فى حق الجانى العقد ولا شبهته فلا يجب عليه أجرة الطبيب (وأما) حكمها بغيرها بان شج رأس انسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله أو بصره أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده فلا شك فى انه يجب عليه ارش هذه الاشياء وهل يجب عليه ارش الموضحة أم يدخل فى ارشها عندهما لا يدخل ارش الموضحة الا فى الشعر والعقل ولا يدخل فيما وراء ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله فى الاملاء يدخل فى الكل الا فى البصر وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا يدخل الا فى الشعر فقط وقال زفر رحمه الله لا يدخل فى شئ من ذلك أصلا (وجه) قوله أن الشجة واذهاب الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان فلا يدخل احداهما فى الاخرى كسائر الجنايات من قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك (وجه) قول الحسن رحمه الله انهما جنايتان اختلف محلهما والمقصود منهما فلا يدخل ارش احداهما فى الاخرى كارش اليدين والرجلين ولابى يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل فيها ارش الموضحة كالعقل (وأما) البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل بالشعر لانه ظاهر و يدخل ارش الموضحة فيه ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الفرق بين الشعر والعقل و بين غيرهما ووجهه أن فى الشعر الجناية حلت فى عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد (وأما) اتحاد العضو فلا شك فيه لان كل ذلك حصل فى الرأس (وأما) العقل فلانه لم يوجد منه الا الشجة (وأما) اتحاد السبب فلان دية الشعر تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبها واحدا فيدخل الجزء فى الكل كما اذا قطع رجل اصبع رجل فشلت اليد ان ارش الاصبع يدخل فى دية اليد كذا هذا وفى العقل الواجب دية النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس يتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى فكان الواجب دية النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج رأسه موضحة فسرى الى النفس فمات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل لان سبب الوجوب فى كل واحد منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب والمقصود فامتنع التداخل وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قضى فى شجة واحدة باربع ديات فان اختلفا فى ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها اعتراف الجانى وتصديق المجنى عليه أو نكوله عن اليمين وقد يعرف البصر بنظر الاطباء بان ينظر اليه طبيبان عدلان لانه ظاهر تمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالقاء حية بين يديه وفى السمع يستغفل المدعى كما روى عن اسماعيل بن حماد ابن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنهم ان رجلا ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل عنها بالنظر فى القضاء ثم التفت اليها وقال يا هذه غطى عورتك فجمعت ذيلها فعلم انها كاذبة فى دعواها وفى الكلام يستغفل أيضا وفى الشم يختبر بالروائح الكريهة وسواء ذهب جميع هذه الاشياء بالشجة أو ذهب بعضها دون البعض الاجتماع والافتراق فى هذا سواء لان التداخل فيما يجرى فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشياء بعضها فى بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشياء من السمع والبصر والكلام ونحوها أصل بنفسه لاختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعا لصاحبه فى الارش وانما دخلت ارشها فى دية النفس عند السراية لان الاعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل ارشها فى دية النفس ثم ان كان الاول خطأ تتحمل العاقلة وان كان عمدا ففدية النفس فى ماله وكل ذلك فى ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقلة أو آمة فالشجاج كلها فى التداخل سواء لان المعنى لا يوجب الفصل وسواء قلت الشجاج أو كثرت بعد أن لا يجاوز ارشها الدية حتى لو كانت آمتين أو ثلاث أوام وذهب منها الشعر أو العقل يدخل ارشها فى الشعر والعقل وان كانت أربع أوام

يدخل قدر الدية لا غير و يجب فيها دية وثلث دية لان الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس وعلى قول زفر رحمه الله عليه ديتان وثلث دية لانه لا يرى التداخل فى الشجاج أصلا و رأسا ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه ينظر الى ارش الموضحة والى حكومة العدل فى الشعر فان كانا سواء لا يجب الا ارش الموضحة وان كان أحدهما أكثر يدخل الاقل فى الاكثر أيهما كان لانهما يجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء فى الجملة ولو كانت الشجة فى حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة فى ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل فى ارش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ (فاما) اذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل أو الشعر أو السمع أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم والله سبحانه و تعالى أعلم

﴿فصل﴾ ومما يلحق بمسائل التداخل ما اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة أو اصبعان أو ثلاث أو أكثر من ذلك أو أقل وجملة الكلام فيه انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعداً تجب دية الاصابع ولا شيء فى الكف فى قولهم جميعاً لان الكف تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب لاجل الكف شيء فاذا بقى أكثر الاصابع فللاكثر حكم الكل وان بقى من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب ارش ما بقى منها وان كان مفصلا واحداً ولا يجب فى الكف شيء فى قول أبى حنيفة والاصل عند أبى حنيفة رحمه الله انه اذا بقى من الاصابع شيء له ارش معلوم ولو مفصلا واحداً دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن فى الكف الا ثلث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها أصبعان فعليه خمسا دية اليد وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل فى الكثير أيهما كان فينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقى من الاصابع فيدخل أقلهما فى أكثرهما أيهما كان لان القليل يتبع الكثير لا عكسا فيدخل القليل فى الكثير ولا يدخل الكثير فى القليل (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان ما بقى من الاصابع أو من مفاصلها فهو أصل لان له ارشا مقدراً والكف ليس لها ارش مقدر وهى متصلة بالاصابع فيتبعها فى ارشها كما يتبع جميع الاصابع أو أكثرها ونظير هذا ما قالوا فى القسامة انه ما بقى واحد من أهل المحلة فالقسامة عليهم لا على المشترين وكذلك الوصية لولد فلان أنه ما بقى له ولد من صلبه وان كان واحداً لا يدخل ولد الولد فى الوصية وقال أبو يوسف اذا قطع كفاً لا أصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش اصبع لان الواحدة يتبعها الكف فى قول أبى حنيفة رحمه الله والتبع لا يساوى المتبوع فى الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففى الكف مع الاصابع الدية وفى الذراع حكومة العدل فى قولهما وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله واحتجا بقوله عليه الصلاة والسلام وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من رؤس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش مقدر يتبعه فى الارش كالكف مع الاصابع (وجه) قولهما أن الدية انما تجب فى الاصابع والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا أفرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية أيضاً فلو جعل الذراع تبعاً لكان لا يخلو اما ان يجعل تبعاً للاصابع (واما) أن يجعل تبعاً للكف لا سبيل الى الاول لان بينهما عضواً فاصلا وهو الكف فلا يكون تبعاً لها ولا وجه للثانى لان الكف تابعة فى نفسها فلا تستتبع غيرها وعلى هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ والاصل عند أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ان أصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل فى ارشها غير ارش الكف وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل فى ارشها غير ارش القدم والاصل عند أبى يوسف وابن أبى ليلى ان ما فوق الكف من اليد تبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع فى المتبوع كما يدخل ارش الكف فى الاصابع (وأما) الجراح ففى الجائفة ثلث الدية لما روى عنه عليه الصلاة

والسلام

والسلام انه قال فى الجائفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية وقد روى عن سيدنا أبى بكر الصديق أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينقل انه خالفه فى ذلك أحد منهم فيكون اجماعا وعلى هذا يخرج ما اذا رمى امرأة بحجر فأصاب فرجها فافضاها به بان جعل موضع البول والغائط واحداً وهى تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا فى معنى الجائفة وجملة الكلام ان المفضاة لا يخلو (اما) ان كانت أجنبية (واما) ان كانت زوجته والافضاء لا يخلو (اما) أن يكون بالآلة (واما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الاصبع وما يجرى مجراه فان كانت أجنبية والافضاء بالآلة فان كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالافضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك لان التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضاً وعلى الزوج العقر لان الوطء لا يخلو من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالافضاء لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالافضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جائفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الاكراه ولها الارش بالافضاء لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جائفة وكمال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها فى قولهما وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية وجه قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل أحدهما فى الآخر ولهذا لم يدخل المهر فى ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما أن سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل اذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء فى ضمان الكل كالاب اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل فى قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما لا يجمع بينهما بل الاقل يدخل فى الاكثر كما يدخل ارش الموضحة فى دية الشعر فكانت المسئلة ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافى لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا اذا كان الافضاء بالآلة (فاما) اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب فى هذا الفصل فى جميع وجوهه كالجواب فى الفصل الاول فى الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش فى هذا الفصل يجب فى ماله وفى الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضاء بالآلة يكون فى معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لايجاب المهر فى هذا الفصل لان وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيما لامر الابضاع كما الحق الايلاج بدون الانزال بالايلاج مع الانزال فى وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور فى قضاء الشهوة تفخيما لشان الفروج والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت المرأة أجنبية (فاما) اذا كانت زوجته فافضاها فلا شئ عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك فى قولهما وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية فى ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية فى ماله (وجه) قوله انه مأذون فى الوطء لا فى الافضاء فكان متعديا فى الافضاء فكان مضمونا عليه (ولهما) ان الوطء مأذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون

مضمونا كالبكارة ولو وطئ زوجته فماتت فلا شيء عليه في قولهما وقال أبو يوسف على عاقلته الدية (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا في الافضاء انه مأذون في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه الا ان ضمان هذا على العاقلة وضمان الافضاء في ماله لان الافضاء لا يكون الا بالمجاوزة عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب به في ماله (فأما) القتل فغير مقصود بهذا الفعل في معنى الخطأ فتتحمله العاقلة (وأما) وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا في الافضاء ولو وطئها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه بل هو فعل مبتدأ فكان فعلا تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) سائر جراح البدن اذا برئت وبقي لها أثر ففيها حكومة العدل وان لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا في الشجة وان مات فالجراحة لا تخلو (اما) ان كانت من واحد (واما) ان كانت من عدد فان كانت من واحد ففيها القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطأ وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد (اما) ان كانت كلها مضمونة (واما) ان كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فان كان الكل مضمونا بان جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأ فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسواء جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر جرحه جراحتين أو أكثر لا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجارح لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة حتى لو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر جراحتين وآخر ثلاثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهم أثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فعفا المجروح للجارح عن جراحة واحدة من العشر وما يحدث منها ثم مات من ذلك ان على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع ويسقط الربع لانه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر في الضمان ثم لما عفا عن واحدة من الجراحات العشر انقسمت العشر فيتغير حكمها فصار لتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من العشرة الربع وبقي الربع تبعا للتسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر ما ليس بمضمون ويبقى بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك ان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر لانه مات بجراحتين احداهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فانقسم الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقي بقدر المضمون وكذلك لو جرحه الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة أو جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به خراج وأصابه حجر رمت به الريح فمات من ذلك فعلى الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل انه يجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم أحدا كجراحة واحدة ويصير كأنه مات من جراحتين احداهما مضمونة والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة لان الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل الواحد انها في الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم الى ذلك شيء مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله فان على كل رجل ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحتي الرجلين مضمونة فقد مات من ثلاث جراحات جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية أثلاثا فيسقط قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجناة جنايات مختلفة الاحكام فانه يقسم ما يخصه على جناياته بعد ما قسم عدد الجناية على أحكام الجنايات وذلك نحو رجل أمر رجلا أن يقطع يده لعلة بها

ثم ان المأمور جرح الآمر جراحة أخرى بغير أمره ثم جرحه رجلان آخران كل واحد منهما جراحة ثم عقره سبع ثم نهشته حية وخرج به خراج فمات من ذلك كله تقسم الدية أرباعا لان الموت حصل من أربع جنايات لان الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة وجراحتا المأمور وان اختلف حكمهما فانهما حصلا من رجل واحد فلا يثبت لهما في حق شركائه الا حكم جناية واحدة فثبت ان الموت حصل من أربع جنايات فكانت قسمة الدية أرباعا هدر الربع منها وبقيت ثلاثة أرباع تقسم على الجنايات الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الربع ثم ما أصاب المأمور بالقطع تقسم حصته وهي الربع على جراحتيه فاحداهما مضمونة وهي التي فعلها بغير أمر المجروح والاخرى غير مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن وبقي قدر ما هو مضمون وهو نصف الربع الآخر وهو الثمن الآخر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ان رجلا أمر عشرة أن يضربوا عبده أمر كل واحد منهم أن يضربه سوطا فضربه كل واحد منهم ما أمره ثم ضربه رجل آخر لم يأمره سوطا فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط الذي ضربه من قيمته مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا جزء من أحد عشر جزأ من قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا وانما كان كذلك (أما) وجوب ارش السوط الذي ضربه فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان (وأما) اعتبار قيمة العبد مضروبا بعشرة أسواط فلانه ضربه بعد ما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادي عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب بعشرة فيقوم وهو غير مضروب ويقوم وهو مضروب بعشرة أسواط فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر (وأما) وجوب جزء من أحد عشر جزأ من قيمته فلانه مات من أحد عشر سوطا كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو الآدمي فانقسم الضمان على عددهم ثم ما أصاب العشرة سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما أصاب الحادي عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب لانه ضرب بغير اذن المالك (وأما) اعتبار تضمينه مضروبا باحد عشر سوطا فلان البعض الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل غيره فلا يكون عليه ضمانه (وأما) السوط الحادي عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا يضمنه ثانيا وانما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء اذا تعلق بسبب واحد لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما اذا ضربه واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لاتحاد سبب الضمانين هذا اذا أمر المولى عشرة أن يضربه كل واحد منهم سوطا فان كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواط بيده ثم ضربه أجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى الاجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا نصف قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا اما وجوب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضروبا بعشرة أسواط فلما ذكرنا (واما) وجوب نصف قيمته فلانه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى بمنزلة جناية واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنايات من واحد وان كثرت فهي في حكم جناية واحدة فصار كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبي وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبي مضمون فسقط نصف القيمة وثبت نصفها (وأما) اعتبار قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما ذكرنا في المسئلة المتقدمة رجل أمر غيره أن يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه آخر جراحة أخرى واحدة بغير أمره ثم عفا المجروح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير أمره ثم مات المجروح من ذلك كله فعلى صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن الدية لان نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة واحدة منها بأمر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المجني عليه حرا

ذكرا فاما اذا كان أنثى حرة فانه يعتبر مادون النفس منها بديتها كديتها قل أو كثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال تعاقل المرأة الرجل فيما كان ارشه نصف عشر الدية كالسن والموضحة أي ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها أى ارش الرجل والمرأة الى ثلث ديتها سواء وهو مذهب أهل المدينة ويروون انه عليه الصلاة والسلام قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يتحمل التأويل واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الغرة انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بالغرة وهى نصف عشر الدية ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والانثى فيدل على استواء أرش الذكر والانثى فى هذا القدر (ولنا) انه بنصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا بدل مادون النفس لان المنصف فى الحالين واحد وهو الانوثة ولهذا ينصف ما زاد على الثلث فكذا الثلث ومادونه ولان القول بما قاله أهل المدينة يؤدى الى القول بقلة الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى رحمه الله فانه روى انه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها فقال أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يا ابن أخى وعنى به سنة زيد بن ثابت رضى الله عنه أشار ربيعة الى ماذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه وأحال الحكم الى السنة وبهذا تبين ان روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح اذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الى قوله عليه الصلاة والسلام لا الى سنة زيد رضى الله عنه فدل ان الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه الصلاة والسلام وأما حديث الغرة فى الجنين فنقول بموجبه ان الحكم فى ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام فى ارش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل انه عليه الصلاة والسلام لم يفصل فى الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الجانى حرا والمجنى عليه حرا فأما اذا كان الجانى حرا والمجنى عليه عبدا فالاصل فيه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ماذكرنا فى الفصل المتقدم ان كل شىء من الحر فيه قدر من الدية ففى العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما يقصد به المنفعة أو الجمال والزينة فى رواية عنه وفى رواية فيما يقصد به الجمال والزينة يجب النقصان وعندهما فى جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجنى عليه فيغرم الجانى فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه ووجه قولهما فى الفصل الاول

﴿فصل﴾ وأما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجناية خطأ اذا كانت الجناية فيما فى عمده القصاص فان كانت مما لا قصاص فى عمده يستوى فيه الخطأ والعمد وقد مر بيان الجنايات التى فى عمدها القصاص ومالا قصاص فى عمدها

﴿فصل﴾ وأما بيان الجناية التى تتحملها العاقلة والتى لا تتحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ ارش الجناية فيما دون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسمائة فى الذكور ومائتان وخمسون فى الاناث تتحمله العاقلة واختلف فيما دون ذلك فى الرجل والمرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يكون فى مال الجانى ولا تتحمله العاقلة وقال الشافعى رحمه الله تعالى العاقلة تتحمل القليل والكثير (وجه) قوله ان التحمل من العاقلة لتفريطهم فى الحفظ والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير (ولنا) ان القياس يأبى التحمل لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفنا ذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهى نصف عشر الدية فبقى الامر فيما دون ذلك على أصل القياس ولان مادون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان الاموال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا ارش الانملة فان لها ارشا

مقدرا

مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة لان الانملة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالاصبع فكانت جزأ مماله ارش مقدر وهو الاصبع فلا تتحمله العاقلة ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة واحدة استدلالا بكمال الدية فان كل الدية تؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فان سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون اجماعا فكلما كان من الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا فاذا ازداد الارش على ثلث الدية فقدر الثلث يؤخذ في سنة والزيادة في سنة أخرى لان الزيادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية فكذلك اذا انفردت فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة قياسا على كل الدية والله تعالى أعلم (وأما) مادون النفس من العبيد فلا تتحمله العاقلة بالاجماع لان مادون النفس من العبيد له حكم الاموال لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال لا تتحمله العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة أما الاول فالاصل فيه ان مالا قصاص فيه من الجنايات على مادون النفس وليس له ارش مقدر ففيه الحكومة لان الاصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن اذا عرف هذا فنقول في كسر العظام كلها حكومة عدل الا السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة وأمكن استيفاء المثل في السن والشرع ورد فيها بارش مقدر أيضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذكر الخصي والعنين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها ارش مقدر أيضا لان المقصود ههنا المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضا لان العين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر أيضا لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء من النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا (واما) الصغير الذي لم يمش ولم يقعد و رجله ولسانه وأذنه وأنفه وعينه وذكره ففي أنفه وأذنه كمال الدية وكذلك في يديه و رجليه اذا كان يحركهما وكذا في ذكره اذا كان يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل مالم يتكلم لان الاستهلال صياح وأما العينان فان كان يستدل بشيء على بصرهما ففيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك (أما) الانف والاذن فلان المقصود منهما الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير (وأما) الاعضاء التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه ارش كامل فاذا لم يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو الصحة والآفة عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهر الانا لا نسلم هذا الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة والسلامة لانه كان نطفة وعلقة ومضغة فما لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة ذمة الجاني أصل أيضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقود انها تصلح لدفع الارث لا لاستحقاقه وفي الظفر اذا نبت لا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه عادت المنفعة والزينة وان مات ففيه حكومة عدل لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك لان النابت عوض عن الذاهب فكأن الاول قائم ودخله عيب وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله انه اذا نبت أسود ان فيه حكومة لما أصاب من الالم بالجراحة الاولى بناء على أصله ان الالم مضمون وفي ثدي الرجل حكومة العدل لانه لا قصاص فيه

ولا ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفي أحدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمة ثديبه حكم عدل دون ما في ثديبه لما قلنا وثدي المرأة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم الثدي فان كان قبل البرء لا يجب الا نصف الدية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحلمة والحكومة في الثدي لان منفعة الثدي الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلمة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن لا تجب الا دية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشفار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب في الشفر ارشه وفي الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع أنفا مقطوع الارنبة ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع الارنبة فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفا مقطوعة الاصابع لان المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع ذكرا مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة (ولو) قطع الذكر والانثيين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الانثيين فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد الآخر بأن قطعهما طولا فان قطع الذكر أولا تجب ديتان أيضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الانثيين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الانثيين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان بدأ بقطع الانثيين ثم الذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكومة العدل لان منفعة الانثيين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت بقطع الانثيين اذ لا يتحقق الانزال بعد قطع الانثيين فنقص ارشه ولو حلق رأس رجل فنبت أبيض فلا شئ فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وقال) أبو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبدا ففيه ما نقص (وجه) قوله ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في الشعر الابيض فلا يقوم النابت مقام الفائت (وجه) قول أبي حنيفة ان الشيب في الاحرار ليس بعيب بل هو جمال وكمال فلا يجب به ارش بخلاف العبيد فان الشيب فيهم عيب ألا يرى انه ينقص الثمن فكان مضمونا على الجاني وفيما دون الموضحة من الشجاج حكومة عدل وكذا روي عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل (وكذلك) روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان أبا يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها ارشا وكذلك محمد لا يمنع ان تكون ارش الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر مما ذهبت الباضعة زائدا على ارش الباضعة فكان الاختلاف بينهما في العبارة وفيما سوى الجائفة من الجراحات التي في البدن اذا اندملت ولم يبق لها أثر لا شئ فيها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف رحمهما الله فيه ارش الالم وعند محمد رحمه الله أجرة الطبيب وقد مرت المسئلة وان بقي لها أثر ففيها حكومة عدل وكذا في شعر سائر البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شئ فيه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) تفسير الحكومة فان كان الجاني والمجني عليه عبدا يقوم العبد مجنيا عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بلا خلاف وان كان الجاني والمجني عليه حرا فقد ذكر الطحاوي رحمه الله انه يقوم المجني عليه لو كان عبدا ولا جناية به ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية (وقال) الكرخي رحمه الله تقرب هذه الجناية الى أقرب الجنايات التي لها ارش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحزر والظن فيأخذ القاضي بقولهما ويحكم من

الارش بمقداره من ارش الجراحة المقدرة (وجـه) ماذكره الطحاوى رحمه الله ان القيمة فى العبد كالدية فى الحر فيقدر العبد حراً أو أوجب نقصا فى العبد يعتبر به الحر وكان الكرخى رحمه الله ينكر هذا القول و يقول هذا يؤدى الى أمر فظيع وهو ان يجب فى قليل الشجاج أكثر مما يجب فى كثيرها لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق فى العبد أكثر من نصف عشر قيمته فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لاوجبنا فى السمحاق أكثر مما يوجب فى الموضحة وهذا لا يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامل فالقت جنينا فيتعلق بها أحكام وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلو اما ان يكون حراً بان كانت أمه حرة أو أمة علقت من مولاها أو من مغرور واما ان يكون رقيقاً ولا يخلو اما ان القته ميتا وما ان القته حيا فان كان حراً وألقته ميتا ففيه الغرة والكلام فى الغرة فى مواضع فى بيان وجوبها وفى تفسيرها وتقديرها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من تجب له أما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لاشئ على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب و يحتمل انه لم يكن بان لم تخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب فى جنين البهيمة شئ الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهو ماروى عن معيرة بن شعبة رضى الله عنه انه قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية و بغرة الجنين وروى ان سيدنا عمر رضى الله عنه اختصم اليه فى املاص المرأة الجنين فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أنشدكم الله تعالى هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك شيئا فقام المغيرة رضى الله عنه فقال كنت بين جاريتين وذكر الخبر وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وروى كسجع الاعراب فيه غرة عبد أو أمة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه من شهد معك بهذا فقام محمد بن سلمة فشهد فقال سيدنا عمر رضى الله عنه كدنا ان نقضى فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى هذه القصة أيضا حمل بن مالك ابن النابغة ولان الجنين ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وتفويت الحياة قتل وان لم يكن حيا فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق فى الولد وجب الضمان عليه وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستبن شئ من خلقه فلا شئ فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة فيه (وأما) تفسير الغرة فالغرة فى اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة وكذا فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى روينا فقال عليه الصلاة والسلام فيه غرة عبد أو أمة فسر الغرة بالعبد والامة وروى انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة او خمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى فصارت الغرة فى عرف الشرع اسما لعبد او امة يعدل خمسمائة او خمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيرا للرواية الاولى ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله مقدرة بستمائة وهذا فرع اصل ماذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا فى الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعنده مقدر باثنى عشر الفاً فكان نصف عشرها ستمائة ثم ابتدأ الدليل على صحة مذهبنا ان فى بعض الروايات انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة وهذا نص فى الباب (وأما) بيان من تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة لما روينا من الحديث انه عليه الصلاة والسلام قضى على عاقلة الضاربة بالدية و بغرة الجنين و روى ان عاقلة الضاربة قالوا أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل وهذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم

حيث أضافوا الدية الى أنفسهم على وجه الانكار ولانها بدل نفس فكانت على العاقلة كالدية (وأما) من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله انها لا تورث وهي للأم خاصة (وجه) قوله ان الجنين في حكم جزء من أجزاء الام فكانت الجناية على الام فكان الارش لها كسائر أجزائها (ولنا) ان الغرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثاً كالدية (والدليل) على انها بدل نفس الجنين لا بدل جزء من أجزاء الام ان الواجب في جنين أم الولد ماهو الواجب في جنين الحرة ولا خلاف في ان جنين أم الولد جزء ولو كان في حكم عضو من أعضاء الام لكان جزأ من الام حر أو بقية أجزائها أمة وهذا لا يجوز (والدليل) عليه انه عليه الصلاة والسلام قضى بدية الام على العاقلة وبغرة الجنين ولو كان في معنى أجزاء الام لما أفرد الجنين بحكم بل دخلت الغرة في دية الامة كما اذا قطعت يد الام فماتت انه تدخل دية اليد في النفس وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة تحمل الدية إياهم فقالت اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام اني أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لا بجنايتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه لكونه جزأ من أجزاء الام لرفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت بالجناية على الجنين لا بالجناية على الام فكانت معتبرة بنفسه لا بالام ولا يرث الضارب من الغرة شيئاً لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب لانه عليه الصلاة والسلام لما قضى بالغرة على الضاربة لم يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الى البيان ولو كانت واجبة لبينها ولان وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها في الجنين من الايمان والكفر حقيقة أو حكما قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وقال تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق أي كان المقتول ولم يعرف قتله لانه لم تعرف حياته وكذا ايمانه وكفره حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فلا شك في انتفائها الا ان الايمان والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك حكما لان ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته ولان الكفارة من باب المقادير والمقادير لا تعرف بالرأي والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز والسنة والاجماع ولم يوجد في الجنين الذي التي ميتاً شيء من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولان وجوبها متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل انه لا يجب فيه كمال الدية مع ما ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلا تسبيباً لا مباشرة والقتل تسبيبا لا يوجب الكفارة كحفر البئر ونحو ذلك وذكر محمد رحمه وقال ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشاء ذلك فهو أفضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب الى الله تبارك وتعالى بما يشاء ان استطاع ويستغفر الله سبحانه وتعالى مما صنع وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا كذا ذكر محمد رحمه الله لانه ارتكب محظوراً فندب الى ان يتقرب بالكفارة لمحوه هذا اذا القته ميتا فاما اذا القته حيا فمات ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئا وعليه الكفارة (أما) حرمان الميراث فلما قلنا وأما وجوب الدية والكفارة فلانه لما خرج حيا فمات علم انه كان حيا وقت الضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه في معنى الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة هذا اذا القت جنينا واحداً فاما اذا القت جنينين فان كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة وان كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحدة منهما وهو الاتلاف الا انه أتلفهما بضربة واحدة ومن أتلف شخصين بضربة واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكبيرين فان القت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين الميت والدية في الجنين الحي فيستوي فيه الجمع في الاتلاف والافراد فيه فان ماتت الام من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه ديتان دية في الام ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شيء عليه في الجنين وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه في الجنين الغرة (وجه) قوله ان أتلفهما جميعا فيؤاخذ بضمان كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتا ثم ماتت الام (ولنا) ان القياس يأبى كون الجنين مضمونا أصلا

لما بينا من احتمال عدم الحياة وازداد ههنا احتمال آخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب و يحتمل انه مات بموت الام
وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان فى حال مخصوصة وهى ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط
اعتبار أحد الاحتمالين فيتعين الثانى فى نفى وجوب الضمان فى غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حراً فاما اذا كان
رقيقا فان خرج ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى وروى عن أبى يوسف ان فى جنين الامة
ما نقص الام وقال الشافعى رحمه الله فيه عشر قيمة الام أما الكلام مع أبى يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه
فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان النفس أم ضمان المال فعلى أصلهما ضمان النفس حتى قالا انه
لا تزاد قيمته على دية الحر بل تنقص ههنا وكذا تتحمله العاقلة وعلى أصل أبى يوسف رحمه الله ضمانها ضمان المال حتى
قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصار جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا نقصان الام كذا ههنا
(وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بامه وقد ذكرنا الدلائل على انه معتبر بنفسه
لا بامه فيما تقدم والدليل عليه أيضا ان ضمان جنين الحرة موروث عنه على فرائض الله عز وجل ولو كان معتبراً بامه لسلم
لها كما يسلم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمان فهذا الاعتبار يوجب ان يكون فى
جنين الامة اذا كان رقيقا نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى لان الواجب فى الجنين الحر خمسمائة
ذكرا كان أو أنثى وهى نصف عشر دية الذكر و عشر دية الانثى والقيمة فى الرقيق كالدية فى الحر فيلزم ان يكون فى
الجنين الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكرا اعتباراً بالحر وعشر قيمته ان كان أنثى اعتباراً بالحرة وان خرج حيا ثم
مات قيمته لما قلنا فى الجنين الحر فان القت جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا ففى كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه
حال الانفراد لما ذكرنا فى الجنين الحر فان القت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات ففى كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة
الانفراد لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه قيمتان قيمة فى الام وقيمة فى
الجنين وان خرج الجنين ميتا بعد موت الام فعليه فى الام القيمة ولا شئ عليه فى الجنين لما ذكرنا والاصل ان فى كل
موضع يجب فى الجنين الحر الغرة ففى الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وكل موضع يجب
فى المضروبة اذا كانت حرة الدية ففى الامة القيمة وفى كل موضع لا يجب فى الجنين هناك شئ لا يجب ههنا شئ أيضا
لما ذكرنا فى جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب فى جنين الامة يكون فى مال الضارب يؤخذ منه حالا ولا
تتحمله العاقلة والواجب فى جنين الحرة يكون على العاقلة لان تحمل العاقل ثبت بخلاف القياس بالنص والنص
ورد بالتحمل فى الغرة فى جنين الحرة فبقى الحكم فى جنين الامة على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الخنثى

(الكلام) فيه يقع فى مواضع فى تفسير الخنثى وفى بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى وفى بيان حكم الخنثى المشكل
(أما الاول) فالخنثى من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقة فاما ان يكون ذكراً
واما ان يكون أنثى

(فصل) وأما بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى فانما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية
وامكان الوصول الى النساء وعلامة الانوثة فى الكبر نهود ثديين كثدى المرأة ونزول اللبن فى ثدييه والحيض والحبل
وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل
بين الذكر والانثى وأما العلامة فى حالة الصغر فالمبال لقوله عليه الصلاة والسلام الخنثى من حيث يبول فان كان يبول
من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وان كان يبول منهما جميعا يحكم السبق لان سبق البول
من أحدهما يدل على انه هو المخرج الاصلى وان الخروج من الآخر بطريق الانحراف عنه وان كان لا يسبق

أحدهما الآخر فتوقف أبو حنيفة رضى الله عنه وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه أبى حنيفة رضى الله عنه لان التوقف عند عدم الدليل واجب وقال أبو يوسف ومحمد تحكم الكثرة لانها فى الدلالة على المخرج الاصلى كالسبق فيجوز تحكيمه وجه قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان كثرة البول وقلته لسعة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة والانوثة بخلاف السبق وحكى انه لما بلغ أبا حنيفة قول أبى يوسف فى تحكم الكثرة لم يرض به وقال وهل رأيت حاكما يزن البول فان استويا توقفا أيضا وقالا هو خنثى مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الخنثى المشكل فله فى الشرع أحكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك من الاحكام أما حكم الختان فلا يجوز للرجل ان يختنه لاحتمال انه أنثى ولا يحل له النظر الى عورتها ولا يحل لامرأة أجنبية ان تختنه لاحتمال انه رجل فلا يحل لها النظر الى عورته فيجب الاحتياط فى ذلك وذلك ان يشترى له من ماله جارية تختنه ان كان له مال لانه ان كان أنثى فالانثى تختن بالانثى عند الحاجة وان كان ذكرا فتختنه أمته لانه يباح لها النظر الى فرج مولاها وان لم يكن له مال يشترى له الامام من مال بيت المال جارية ختانة فاذا اختتنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال لان الختان من سنة الاسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويرد ثمنها الى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة وقيل يزوجه الامام امرأة ختانة لانه ان كان ذكرا فالمرأة ان تختن زوجها وان كان أنثى فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة وأما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل ان يغسله لاحتمال ان يكون أنثى ولا يحل للمرأة ان تغسله لاحتمال انه ذكر ولكنه ييمم كان الميمم رجلا أو امرأة غير انه ان كان ذا رحم محرم منه يممه من غير خرقة وان كان أجنبيا يممه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه وأما حكم الوقوف فى الصفوف فى الصلاة فانه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء احتياطا على ماذكرنا فى كتاب الصلاة وأما حكم امامته فى الصلاة أيضا فقد مر فلا يؤم الرجال لاحتمال انه أنثى ويؤم النساء وأما حكم وضع الجنائز على الترتيب فتقدم جنازته على جنازة النساء وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على مامر فى كتاب الصلاة لجواز انه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط فى ذلك كله وأما حكم الغنائم فلا يعطى سهما ولكن يرضخ له كانه امرأة لان فى استحقاق الزيادة شكا فلا يثبت بالشك وأما حكم الميراث فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يعطى له أقل الانصباء وهو نصيب الانثى الا ان يكون أسوأ أحواله ان يجعل ذكرا فحينئذ يجعل ذكرا حكما وبيان هذا فى مسائل اذا مات رجل وترك ابنا معروفا وولدا خنثى فعند أصحابنا رحمهم الله تعالى يقسم المال بينهم أثلاثا للابن المعروف الثلثان وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى ههنا أنثى كأنه ترك ابنا وبنتا ولو ترك ولدا خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقى للعصبة ويجعل الخنثى انثى كانه ترك بنتا وعصبة ولو ترك أختا لاب وأم وخنثى لاب وعصبة فللاخت للاب والام النصف والخنثى لاب السدس تكملة الثلثين والباقى للعصبة ويجعل الخنثى أيضا ههنا أنثى كانه ترك أختا لاب وأم وأختا لاب وعصبة فان تركت زوجا وأختا لاب وأم وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت للاب والام النصف ولاشئ للخنثى ويجعل ههنا ذكرا لان هذا أسوأ أحواله لانا لو جعلناه أنثى لاصاب السدس وتعول الفريضة ولو جعلناه ذكرا لا يصيب شيئا كانها تركت زوجا وأختا لاب وأم وأخا لاب وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الشعبى رحمه الله يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء (والصحيح) قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لان الاقل ثابت بيقين وفى الاكثر شك لانه ان كان ذكرا فله الاكثر وان كان أنثى فلها الاقل فكان استحقاق الاقل ثابتا بيقين وفى استحقاق الاكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الاصل المعهود فى غير الثابت بيقين انه لا يثبت بالشك ولان سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف وهو ذكر فيه وانما ينتقص حقه بمزاحمة الآخر فاذا احتمل انه ذكر واحتمل انه أنثى وقع الشك فى سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الاصل المعهود فى

الثابت بيقين انه لا يسقط بالشك واختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي رحمه الله وتخريجه فيما اذا
ترك ابنا معروفا وولدا اخنثى فقال أبو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة أربعة أسهم منها للابن المعروف
وثلاثة للخنثى وقال محمد رحمه الله تعالى على قياس قوله يقسم المال على اثنى عشر سهما سبعة منها للابن المعروف
وخمسة للخنثى وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهما وهوان يكون ذكرا وللابن المعروف
سهم وله في حال ثلثا سهم وهوان يكون أنثى وللابن المعروف سهم وثلث سهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين
لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والانوثة الاستحالة ان يكون الشخص الواحد ذكرا وأنثى وليست
احدى الحالتين أولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في الحالين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر
الحساب بالاسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثنى عشر سهما للخنثى منها خمسة وللابن المعروف
سبعة أو يقال اذا جعلنا جميع المال اثنى عشر سهما فالخنثى يستحق في حال ستة من اثنى عشر وهي ان يكون ذكرا
وفي حال أربعة من اثنى عشر وهي ان يكون أنثى فالاربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست
احدى الحالتين أولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من
الاثنى عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن
المعروف والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي يوسف وتخريجه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل
ان يكون أنثى فان كان ذكرا فله نصيب ابن وهو سهم وللابن المعروف سهم وان كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف
سهم وللابن المعروف سهم فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست
احداهما باولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلاثة أرباع سهم وللابن المعروف سهم تام
فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن المعروف أربعة وللخنثى ثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم (ووجدت) في
شرح مسائل المجرد المنسوب الى الامام اسماعيل بن عبد الله البيهقي رضي الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين
والزيادات في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقبه الشامل بابا في الخنثى فاحببت ان ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من
أصل الشيخ وهو باب الخنثى (قال) ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يورث الخنثى
من حيث يبول وهو مذهبنا الخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الاحكام اذا كان الاحتياط في الالحاق بهن
وبالرجال اذا كان الاحتياط فيه فحكمه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر وفي الوقوف بجنب الرجال في افساد
صلاة الرجل ويقوم خلف الرجال وقدام النساء ولا يلبس الحرير الحاقا بالرجال وفي القصاص فيما دون النفس مثل
المرأة ولو مات يمم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ويسجى قبره ويدخل قبره ذو رحم محرم منه فان قبله رجل بشهوة
لم يتزوج بامه ولو زوجه أبوه امرأة يؤجل كالعنين سنة ولا حد على قاذفه اعتبارا بالمجبوب والرتقاء وفي الكل يعتبر
الاحتياط قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لي حرة لم يعتق الخنثى المشكل لان الملك ثابت فلا يزول بالشك ولو قال القولين جميعا
عتق لما عرف (وقوله) انا ذكر أو أنثى لا يقبل لانه متهم ويشترى امرأة بان يشترى له أمة من ماله للخدمة فان
لم يكن له مال فمن بيت المال لانه من مصالح أهل الاسلام (مات) وأقام رجل البينة انها كانت امرأته
وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا
ان ذكرت احدى البينتين وقتا اقدم فيقضى له وفي حبسه في الدعاوى ولا يفرض له في الديوان لانه حق
الرجل المقاتل فان شهد القتال يرضخ له لان الرضخ نوع اعانة وان أسر لم يقتل ولا يدخل في قسامة ولا تؤخذ منه
الجزية لان هذا من أحكام الرجال أوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان غلاما وبخمسمائة ان كانت
جارية وكان مشكلا لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما رحمهما الله نصف الالف والخمسمائة
قال وخروج اللحية دليل انه رجل والثدى على مثال ثدي المرأة مع عدم اللحية والحيض دليل كونه امرأة زوج خنثى

من خنثى مشكلان على ان أحدهما رجل والآخر امرأة صح الوقف فى النكاح حتى تتبين فان ماتا قبل البيان لم يتوارثا لما مر شهود على خنثى انه غلام وشهود انه جارية والمطلوب ميراث قضيت بشهادة الغلام لأنها أكثر اثباتا فان كان المدعى مهراً قضيت بكونها جارية وان كان المقيم لا يطلب شيئاً لم اسمع البينة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الوصايا ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان جواز الوصية وفى بيان ركن الوصية وفى بيان معنى الوصية وفى بيان شرائط ركن الوصية وفى بيان صفة عقد الوصية وفى بيان حكم الوصية وفى بيان ما تبطل به الوصية (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله تبارك وتعالى فى آية المواريث يوصيكم الله فى أولادكم الى قوله جلت عظمته من بعد وصية يوصى بها أو دين ويوصى بها أو دين ويوصين بها أو دين وتوصون بها أو دين شرع الميراث مرتباً على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الارض ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشهاد على حال الوصية فدل انها مشروعة (وأما) السنة فما روى ان سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن مالك كان مريضاً فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أوصى بجميع مالى فقال لا فقال بثلثى مالى قال لا قال فبنصف مالى قال لا قال فبثلث مالى فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وروى فقراء يتكففون الناس فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا فى آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة فى أعمالنا والوصية تصرف فى ثلث المال فى آخر العمر زيادة فى العمل فكانت مشروعة وأما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماعا من الامة على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع مع ما ان ضربا من القياس يقتضى الجواز وهو ان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث أو تداركا لما فرط فى حياته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد فاذا مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين أن ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا يرى انه بقى فى قدر جهازه من الكفن والدفن وبقى فى قدر الدين الذى هو مطالب به من جهة العباد لحاجة الى ذلك كذلك ههنا وبعض الناس يقول الوصية واجبة لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه وفى نفس الحديث ما ينفى الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من أخبار الآحاد وردفيما تعم به البلوى وانه دليل على عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة فى الابتداء للوالدين والاقربين المسلمين لقول الله تبارك وتعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين ثم نسخت واختلف فى الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ماروى عن أبى قلابة رضى الله عنه عليه

الصلاة والسلام انه قال لا وصية لوارث والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضربان تواتر من حيث الرواية وهو ان يرويه جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به قرناً فقرناً من غير ظهور المنع والنكير عليهم فى العمل به الا انهم ماروه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته وقد ظهر العمل بهذا مع ظهور القول أيضاً من الائمة بالفتوى به بلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العزيز به كما يجوز بالمتواتر فى الرواية الا انهما يفترقان من وجه وهو ان جاحد المتواتر فى الرواية يكفر وجاحد المتواتر فى ظهور العمل لا يكفر لمعنى عرف فى أصول الفقه وقال بعض العلماء نسختها آية المواريث وفى الحديث مايدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث وقوله كل ذى حق حقه أى كل حقه فقد أشار عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذى أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث واذا تحول فلا يبقى له حق له فى الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى فى الذمة الاولى وكما فى الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقيت واجبة للوالدين والاقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والآية وان كانت عامة فى المخرج لكن خص منها الوالدان والاقربون الوارثون بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصا لعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ الا ان عامة أهل التأويل قالوا ان الوصية فى الابتداء كانت فريضة للوالدين والاقربين المسلمين ثم نسخت بحديث أبى قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن فهى غير واجبة بل جائزة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (وأما) الكلام فى الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلا وله ورثة فقراء فالافضل أن لا يوصى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد رضى الله تعالى عنه انك ان تركت ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الوصية فى هذه الحالة تكون صلة بالاجانب والترك يكون صلة بالاقارب فكان أولى وان كان ماله كثيراً فان كانت ورثته فقراء فالافضل أن يوصى بمادون الثلث و يترك المال لورثته لان غنية الورثة تحصل بمازاد على الثلث اذا كان المال كثيراً ولا تحصل عند قلته والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث لما روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال لان اوصى بالخمس أحب الى من أن أوصى بالربع ولان أوصى بالربع أحب الى من ان أوصى بالثلث ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئاً أى لم يترك من حقه شيأ لورثته لان الثلث حقه فاذا أوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيأ لهم وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف وان كان ورثته أغنياء فالافضل الوصية بالثلث ثم الوصية بالثلث لاقاربه الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للاجانب والوصية للقريب المعادى أفضل من الوصية للقريب الموالى لان الصدقة على المعادى تكون أقرب الى الاخلاص وأبعد عن الرياء ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام لذلك الذى اشترى عبداً فاعتقه فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك ولان الوصية للمعادى سبب لزوال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت أولى هذا اذا استوى الفريقان فى الفضل والدين والحاجة واحدهما معادى (فاما) اذا كان الموالى منهما اعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية له أفضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تبارك وتعالى

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له فما لم يوجد جميعا لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر وقال زفر رحمه الله الركن هو

الايجاب من الموصى فقط (وجه) قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذا ملك الموصى له (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان ليس للانسان الا ماسعى فظاهره أن لا يكون للانسان شئ بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفى الا ما خص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى الى الاضرار به من وجهين أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة والثانى أن الموصى به قد يكون شيأ يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا أشار فى الاصل فقال أريت لو أوصى بعبيد عميان أيجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلو لزمه الملك من غير قبوله لحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الاحكام التى تلزم بالزام الشرع ابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له انه لا يعتق عليه مالم يقبل أو يموت من غير قبول لانه لا عتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد مادام حيا فلا يعتق ولو مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحسانا والقياس أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار ان شاؤا قبلوا وان شاؤا ردوا (وجه) القياس الاول أن القبول أحد ركنى العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشترى قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثانى أن الموصى له فى حياته كان له القبول والرد فاذا مات تقوم ورثته مقامه (وجه) الاستحسان ان أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن (وأما) على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى له بجاريته التى ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير أم ولد له مالم يقبل الوصية أو يموت قبل القبول فاذا مات صارت أم ولد له لانه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح فتصير أم ولد له وينفسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولاداً ثم علم بالوصية فهو بالخيار ان شاء قبل الوصية فكانت الجارية أم ولد له وأولادها أحرارا ان كانوا يخرجون من الثلث وان شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقد صارت الجارية أم ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير أم ولد له وأولادها أحرارا ان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول يثبت الملك من وقت موت الموصى فتبين أن الملك ثبت له فى الجارية من ذلك الوقت كما فى البيع بشرط الخيار ان عند الاجازة يثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا ههنا واذا ثبت الملك من وقت موت الموصى يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فتبين أن الاولاد ولدوا على فراش ملك اليمين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية ملكا لورثة الموصى والاولاد أرقاء لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصى فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية لانه أضاف الثلث اليهما وقد صحت الاضافة فانصرف الى كل واحد منهما نصف الثلث فاذا رد أحدهما الوصية ارتد فى نصفه وبقى النصف الآخر لصاحبه الذى قبل كمن أقر بالف لرجلين فرد أحدهما اقراره ارتد فى نصيبه خاصة وكان للآخر نصف الاقرار كذا ههنا بخلاف ما اذا أوصى بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر ان كل الثلث للذى قبل الا انه اذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فاذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له واذا ثبت أن القبول ركن فى عقد الوصية

فوقت

فوقت القبول ما بعد موت الموصي ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد يعتبر كذا الايجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد تقدم السؤال ونظيره اذا قال لامرأته اذا جاء غد فانت طالق على ألف درهم انه انما يعتبر القبول أو الرد اذا جاء غد كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته وبه تنفصل عن البيع والاجارة والهبة لان شيئاً من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل وذكر الكرخي عليه الرحمة في حد الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه فقوله ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً وقوله أو في مرضه حد مقسم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله في مرضه الذي مات فيه من الاعتاق والهبة والمحاباة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات منجز نافذ في الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة الا انها تعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية حقيقة فلا وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قدرا من ماله مشاعا أو معينا ان قدر ما يستحقه الموصى له من مال هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلثمائة لا يستحق الموصى له الا مائة ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم أوصى فمات وليس له مال بطلت وصيته وانما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصي عند موته ويصير المضاف الى الوقت كالمنجز عنده كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ماقبله وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال اذا أوصى رجل فقال لفلان شاة من غنمي أو نخلة من نخلي أو جارية من جواري ولم يقل من غنمي هذه ولا من جواري هؤلاء ولا من نخلي هذه فان الوصية في هذا تقع يوم موت الموصي ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشترى مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشترى غيرهن أو باع النخل واشترى غيرها فان للموصى له نخلة من نخله يوم يموت وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت فكانه قال في تلك الحالة لفلان شاة من غنمي فيستحق شاة من الموجود دون ماقبله قال فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي أو ولدت الجواري قبل موته فلحقت الاولاد الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوه ان شاؤا من الامهات وان شاؤا من الاولاد لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشراء قال فان اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بيانا أن الشاة المعينة هي من الموصى بها كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداء فما حدث من نمائها بعد الموت يكون للموصى له قال فاما ما ولدت قبل موت الموصي فلا يستحقه الموصى له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحادث قبل الموت يحدث على ملك الورثة وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ان كان متصلا بها فهو للموصى له وان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك قال ولو استهلكت الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصى له ملكه بملك الاصل فيكون مضموناً بالاتلاف قال ولو قال أوصيت له بشاة من غنمي هذه أو بجارية من جواري هؤلاء أو قال قد أوصيت له باحدى جاريتي هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجواري لانه عين الموصى به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كما لو قال أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ولو ولدت الغنم أو الجواري في حال

حياة الموصى ثم أراد الورثة أن يعطوه من الاولاد ليس لهم ذلك لان الوصية تعلقت بعين مشار اليها وان لم يثبت الملك فيها ينزل فى غيرها فان دفع الورثة اليه جارية من الجوارى لم يستحق ما ولدت قبل الموت لان الوصية لم تكن وجبت فيها الا ان الملك فى الوصية انما ينتقل بالموت فما حدث قبل الموت يحدث على ملك الميت فيكون للورثة وما ولدت بعد الموت فهو للموصى له لانه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه قال فان ماتت الامهات كلها الا واحدة تعينت الوصية فيها الا انه لم يبق من يزاحمها فى تعلق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم فان ماتت الامهات كلها وقد بقى لها أولاد حدثت بعد الموت أو أحرق النخل و بقى لها ثمر حدث بعد الموت فعلى الورثة ان يدفعوا اليه ولد جارية وثمرة نخلة لان الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق فى الولد الحادث بعده فاذا هلكت الام بقى الحق فى الولد على حاله ولا يظهر فيما حدث قبل الموت والله سبحانه وتعالى عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى نفس الركن و بعضها يرجع الى الموصى و بعضها يرجع الى الموصى له و بعضها يرجع الى الموصى به (أما) الذى يرجع الى نفس الركن فهو ان يكون القبول موافقا للايجاب فان خالف الايجاب لم يصح القبول لانه اذا خالفه لم يرتبط فبقى الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن و بيان ذلك اذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما فقبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح القبول لانه أوصى لهما جميعا فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما والقبول فاذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعا فبطلت الوصية ولو أوصى بها لانسان ثم أوصى بها الآخر فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى و رد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى لانه أوصى لكل واحد منهما على حياله فلا يشترط اجتماعهما فى القبول فاذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن فى حقه بل بطل الايجاب فى حقه فعاد نصيبه الى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضى بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشترى ولا يكون للشفيع الآخر (وأما) الذى يرجع الى الموصى فأنواع منها ان يكون من أهل التبرع فى الوصية بالمال وما يتعلق به لان الوصية بذلك تبرع بايجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبرع فلا تصح من الصبى والمجنون لانهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة اذ لا يقابله عوض دنيوى وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه وصية الصبى العاقل فى القرب صحيحة واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه أجاز وصية غلام يافع وهو الذى قرب ادراكه ولان فى وصيته نظرا له لانه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه الى الوارث من غير ثواب لانه يزول عنه جبرا شاء أو أبى فكان هذا تصرفا نافعا فى حقه فأشبه صلاة التطوع وصوم التطوع والجواب اما اجازة سيدنا عمر رضى الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبى كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبى فى مثله جائزة عندنا لانه يثبت من غير وصية (وأما) قوله يحصل له عوض وهو الثواب فمسلم لكنه ليس بعوض دنيوى فلا يملكه الصبى كالصدقة مع ما أن هذا فى حد التعارض لانه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى فى بعض الاموال لما بينا فيما تقدم وسواء مات قبل الادراك أو بعده لانها وقعت باطلة فلا تنقلب الى الجواز بالادراك الا بالاستئناف وسواء كان الصبى مأذونا فى التجارة أو محجورا لان الوصية ليست من باب التجارة اذ التجارة معاوضة المال بالمال ولو أضاف الوصية الى ما بعد الادراك بان قال اذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان لم يصح لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر فى ايجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب لانهما ليسا من أهل التبرع ولو أوصيا ثم أعتقا وملكا مالا ثم ماتا لم تجز لوقوعها باطلة من الابتداء ولو أضاف أحدهما الوصية الى ما بعد العتق بان قال اذا أعتقت ثم مت فثلث مالى لفلان صح فرقا بين العبد والصبى ووجه الفرق أن عبارة الصبى فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا حكم له بل هو ذاهب متلاشى فى حق الحكم فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل مميز الا أن امتناع تبرعه لحق المولى فاذا

عتق فقد زال المانع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها رضا الموصى لانها ايجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كايجاب الملك بسائر الاشياء فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطئ لان هذه العوارض تفوت الرضا وأما اسلام الموصى فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذمى بالمال للمسلم والذمى فى الجملة لان الكفر لا ينافى أهلية التمليك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته وكذا الحربى المستأمن اذا أوصى للمسلم أو الذمى يصح فى الجملة لما ذكرنا غير انه ان كان دخل وارثه معه فى دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف مازاد على الثلث على اجازة وارثه لانه بالدخول مستأمنا التزم أحكام الاسلام أو ألزمه من غير التزامه لامكان اجراء الاحكام عليه مادام فى دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن الوصية بمازاد على الثلث ممن له وارث تقف على اجازة وارثه وان لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما فى المسلم والذمى وكذلك اذا كان له وارث لكنه فى دار الحرب لان امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم لانه لا عصمة لانفسهم وأموالهم فلان لا يكون لحقهم الذى فى مال مورثهم عصمة أولى وذكر فى الاصل ولو أوصى الحربى فى دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار أو صاروا ذمة ثم اختصما الى فى تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلتها لان الحربى من أهل التمليك ألا ترى أنه من أهل سائر التمليكات كالبيع ونحوه فكانت وصيته جائزة فى نفسها الا أنه ليس لنا ولاية اجراء أحكام الاسلام وتنفيذها فى دارهم فاذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها مادام الموصى به قائما فاما اذا صار مستهلكا أبطلنا الوصية وألحقناها بالعدم لان أهل الحرب اذا أسلموا أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا ومنها ان لا يكون على الموصى دين مستغرق لتركته فان كان لا تصح وصيته لان الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث لقوله تبارك وتعالى فى آية المواريث من بعد وصية يوصى بها أو دين ويوصى بها أو دين وتوصون بها أو دين يوصين بها أو دين ولما روى عن سيدنا على رضى الله تعالى عنه أنه قال انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية أشار سيدنا على رضى الله عنه الى أن الترتيب فى الذكر لا يوجب الترتيب فى الحكم وروى انه قيل لابن عباس رضى الله عنهما انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى وأتموا الحج والعمرة لله فقال رضى الله عنه كيف تقرؤن آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال وبماذا تبدؤن قالوا بالدين قال رضى الله عنه هو ذاك ولان الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولا فان فضل منه شئ يصرف الى الوصية والميراث والا فلا (وأما) معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه ان يخرج الثلث ويعزل عن التركة ويبدأ بدفعه الى الموصى له ثم يدفع الثلثان الى الورثة لان التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة والموصى له شريك الورثة فى الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيأ قل أو كثر الا ويستحق منه الورثة ثلثيه ويكون فرضهما معا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شئ من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقى بل الهالك يهلك على الحقين والباقى يبقى على الحقين كما اذا هلك شئ من المواريث بعد الوصايا بخلاف الدين فانه اذا هلك بعض التركة وبقى البعض يستوفى كل الدين من الباقى وانما معناه انه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر الى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أى سوى ما لكم ان توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى الموصى له فمنها أن يكون موجودا فان لم يكن موجودا لا تصح الوصية لان الوصية للمعدوم لا تصح وعلى هذا يخرج ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة انها ان ولدت لما يعلم انه كان موجودا فى البطن صحت الوصية والا فلا

وانما يعلم ذلك اذا ولدت لاقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى فى ظاهر الرواية وعند الطحاوى رحمه الله من وقت وجود الوصية وجه ماذكره الطحاوى رحمه الله ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين تيقنا أنه كان موجودا اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ألا يعلم وجوده فى البطن لاحتمال انها علقت بعده فلا يعلم وجوده بالشك الا اذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها أو مات عنها زوجها فله الوصية لان نسب الولد يثبت من زوجها الى سنتين ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده فى البطن وقت موت الموصى فرق بين الوصية لما فى البطن و بين الهبة لما فى البطن أن الهبة لا تصح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد والوصية لا تقف صحتها على القبض ولو قال ان كان فى بطن فلانة جارية فلها وصية الف وان كان فى بطنها غلام فله وصية الفان فولدت جارية لستة أشهر الا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلهما جميع الوصية لانهما أوصى لهما جميعا لكن لاحدهما بالف وللآخر بالفين وقد علم كونهما فى البطن أما الجارية فلا شك فيها لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فعلم انها كانت موجودة فى البطن فى ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لما ولد لاكثر من ستة أشهر بيوم أو يومين علم أنه كان فى البطن مع الجارية لانه توأم فكان من ضرورة كون أحدهما فى البطن كون الآخر كذلك لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أى الغلامين شاؤا وأى الجاريتين شاؤا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وانما أوصى لاحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله تعالى فأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فالوصية باطلة بناء على مسئلة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان أو أوصى بثلث ماله لاحد هذين الرجلين روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الوصية باطلة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة غير ان عند أبى يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لاحدهما وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شاؤا فقاسوا هذه المسألة على تلك لان المعنى يجمعهما وهو جهالة الموصى له ومنهم من قال ههنا يجوز فى قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما فى البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا ولو قال ان كان الذى فى بطن فلانة غلاما فله الفان وان كان جارية فلها ألف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شئ من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما فى البطن بقوله ان كان الذى فى بطنها كذا فله كذا وكل واحد منهما ليس هو كل ما فى البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية فى كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيأ بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان فى بطن فلانة جارية فلها كذا وان كان فى بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما فى البطن بل الشرط فيه أن يكون فى بطنها غلام وأن يكون فى بطنها جارية وقد كان فى بطنها غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو أوصى بما فى بطن دابة فلان أن ينفق عليه أن الوصية جائزة اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ماذكرنا هذا هو حكم الوصية لما فى البطن فأما حكم الاقرار بما لما فى بطن فلانة فهذا فى الاصل على وجهين (اما) ان بين السبب (واما) ان لم يبين بل أطلق فان بين السبب (فاما) ان بين سببا هو جائز الوجود (واما) ان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة فان بين سببا هو جائز الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم لانى استهلكت ماله أو غصبت أو سرقت جاز اقراره فى قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة

على ألف درهم لانى استقرضت منه لايجوز فى قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يبين للاقرار سببا بل سكت عنه بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهذا الاقرار باطل فى قولهما وعند محمد صحيح (وجه) قوله أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب متصور الوجود فيحمل عليه تصحيحا له ولهما أن الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب المداينة لانه هو السبب الموضوع لثبوت الدين وانه فى الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ومنها أن يكون حيا وقت موت الموصى حتى لو قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى ولدا ميتا لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما ليس من أهل استحقاق الميراث بان ولد ميتا وأنها أخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميع الوصية للحى لان الميت لا يصلح محلا لوضع الوصية فيه ولهذا لو أوصى لحى وميت كان كل الوصية للحى كما لو أوصى لآدمى وحائط والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى فان كان لا تصح الوصية لما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث وفى هذا حكاية وهى ما حكى أن سليمان بن الاعمش رحمه الله تعالى كان مريضا فعاده أبو حنيفة رضى الله عنه فوجده يوصى لابنيه فقال أبو حنيفة رضى الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولم يا أبا حنيفة فقال لانك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يا معشر الفقهاء أنتم الاطباء ونحن الصيادلة فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية الى الميراث على ما بينا فيما تقدم ولانا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة وفيه ايذاء البعض وايحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم تصح الوصية لان الموصى له وهو الاخ صار وارث الموصى عند موته ولو أوصى لاخيه ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصى صحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته محجوبا بالابن وانما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصى لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه وارثا وقت وجودها بل هى تمليك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة فى المرض بان وهب المريض لوارثه شيأ ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان هبة المريض فى معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها أنه لا يصح ولو أقر المريض لامرأة أجنبية بدين ثم تزوجها جاز اقراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصى فيعتبر كونها وارثة له حينئذ وهى وارثته عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية (فاما) الاقرار فاعتباره حال وجوده وهى أجنبية حال وجوده فاعتراض الزوجية بعد ذلك لا يبطله وكذا لو وهب لها هبة فى مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض مرض الموت تعتبر بالوصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصرانى صح لانه ليس بوارثه فلو أسلم الابن قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو أقر المريض بدين لابنه النصرانى ثم أسلم لم يجز اقراره عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى يصح (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا فى المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الوراثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما قلنا فى المرأة (ولنا) أن الوراثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال لمانع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع كما فى البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع فى الحكم من وقت وجوده لا من وقت

سقوط الخيار والجامع أن العامل عنـد ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح أو يقال ان اقرار المريض لوارثه انما يرد للتهمة وسبب التهمـة وقت الاقرار موجود وهو القرابة بخـلاف ما اذا أقر لامرأة أجنبية ثم تزوجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك و بعد وجودها لا تحتمل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح و يثبت الدين فى ذمته فلا يسقط بحدوث الزوجية وعلى التقريب الثانى لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فيصح ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فاوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان أوان اعتبار الوصية أوان الموت وهو وارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مريض أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبـة لمولاه وانه أجنبي عن الموصى فجاز وان كان عليـه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح أو لا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا فى الاقرار لابنه النصرانى اذا أسـلم ولو أوصى لبعض ورثته فاجاز الباقون جازت الوصـية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشـة بايثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفى بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصـية لوارث الا أن يجيزها الورثة ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته ولاجنبي فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبي و بين الوارث نصفين وان ردوا جازت فى حصة الاجنبي و بطلت فى حصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبي لان الوارث ليس بمحل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم كما لو أوصى لحى وميت أن الوصية كلها للحى لما قلنا كذا هذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليـل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالاجازة و به تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غـير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل فى حصته برد الباقين واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية فى حق الوارث بالرد فبقيت فى حق الاجنبي على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فرد أحدهما دون الآخر بخلاف المريض اذا أقر بدين لبعض ورثته ولاجنبي كما اذا اقر لهما بالف درهم والوارث مع الاجنبي تصادقا أنه لا يصح لهما الاقرار أصلا لا للوارث ولا للاجنبي لان الوصية تمليك فبطلانه فى حق أحـدهما لا يوجب البطـلان فى حق الآخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فلو صح فى حق الاجنبي لكان فيه قسمة الدين قبل القبض وانها باطلة ولانه اذا كان اخبارا عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الاجنبي فيما يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وأنه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك الاجنبي واذا بطل الاقرار أصلا تقسم التركة بين ورثة المقر فما أصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه و بين الاجنبي الى تمام الاقرار ومازاد على ذلك يكون للوارث لانهما اذا تصادقا فمن زعمهما أن هذا القدر دين على الميت والدين مقـدم على الميراث هـذا اذا تصادقا فان تكاذبا أو أنكر الاجنبي شركة الوارث أو رد الورثة اقراره فالاقرار باطل أيضاً فى قول أبى حنيفـة وأبى يوسف رحمهما الله لما ذكرنا واذا بطل كان المال مـيراثا بين ورثة المقر فما أصاب الوارث فهو له كله ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه فى ذلك وعند محمد يصح اقراره فى حق الاجنبي و يكون له خمسمائة وان كان الاجنبي يكذب الوارث والوارث يصـدقه فى ذلك فالخمسمائة مما أصابه للاجنبي لانه لما صـدقه الوارث فقـد أقر أنه كان له على الميت خمسمائة دين وأنه مقدم على المـيراث الا أنه ادعى الشركة فيـه وهو يكذبه فى الشركة فكان القول قول الاجنبي و يأخذ تلك الخمسمائة كلها ولو أوصى لعبد وارثه لا يصح سواء كان على العبد دين أو لم يكن (أما) اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين فالوصية تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين يصير الموصى به للوارث وقت الوصية فكان وصـية للوارث من

وجه فلا تصح الا اذا عتق قبل موت الموصى فتصح الوصية لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصى وهو كان حرا عند موته وكذا اذا أوصى لعبد نفسه فاعتقه قبل موته صحت وصيته له فان مات وهو عبد بطلت لان وصيته لمولاه ومولاه وارثه ولو أوصى لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لوارثه فى الحال والمآل فى الحال باداء بدل الكتابة وفى المآل بالعجز ولو أوصى لمكاتب نفسه جاز لانه (اما) أن يعتق باداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز له الوصية (واما) أن يعجز ويرد فى الرق فيصير ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون فى هذه الوصية ايثار بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو أوصى بثلث ماله لورثته (ومنها) أن لا يكون قاتل الموصى قتلا حراما على سبيل المباشرة فان كان لم تصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية فى أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ولان الوصية تمليك وتملك والقتل لا ينافى أهلية التمليك (ولنا) ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شئ ذكر الشئ نكرة فى محل النفى فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلمانى أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ويروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام الى زمن التابعين رضى الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار فى الاصل وقال والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية فى القاتل كما يتأذى البعض بوضعها فى البعض فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ولان المجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لئلا يزيل المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظرا له لحاجته الى دفع حوائجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم فى مرض الموت ماهو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغى أن لا يملك التبرع بشئ من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى الامر فيهما على أصل القياس ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القتل عمدا أو خطأ لان القتل الخطأ قتل وأنه جاز المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع تمليكا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا فى عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولابويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة فى قتل رجل فاوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبد الموصى فأوصى لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده ثم مات فالوصية باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى فى قيمته (أما) بطلان الوصية فلما ذكرنا ان كل واحد منهم قاتل فكان الموصى له قاتلا فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الاعتاق ونفاذه ففيه ضرب اشكال وهو ان الاعتاق حصل فى مرض الموت والاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغى أن لا ينفذ اعتاقه والجواب عنه من وجهين أحدهما ان الاعتاق فى مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تمليك والاعتاق اسقاط الملك وازالته لا الى أحد وهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الاعتاق ينجز حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق فى مرض الموت وصية حقيقة الا انه يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من الثلث لا غير والثانى ان كان فى معنى الوصية فالوصية بالاعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا

ترى ان العبد يسعى فى قيمته والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية ردا للوصية معنى والعتق بعد وقوعه وان كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد السعاية التى هى قيمة الرقبة ولو أوصى لعبده بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته غير انه يعتق و يسعى فى جميع قيمته أما بطلان الوصية فلانه وصية للقاتل وأما نفاذ العتق فلان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل هى صحيحة ألا ترى انها تقف على اجازة الورثة فى ظاهر الرواية فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فلما مات الموصى ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه يكون اعتاقا لثلثه عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية كما لو أعتقه نصا فى مرض موته أو أضاف العتق الى ما بعد الموت بالتدبير غير ان عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان الاعتاق متجزئ عنده فيعتق ثلث رقبته و يسعى فى ثلثيه لانه معتق البعض و يسعى فى ذلك الثلث الذى عتق ردا للوصية معنى بالسعاية لانه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما ومتى عتق كله يسعى فى كل قيمته ردا للوصية معنى فاتفق الجواب وهو السعاية فى جميع قيمته وانما اختلف الطريق ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصى ذكر فى الاصل انه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر فى الزيادات ان على قول أبى يوسف لا يجوز وسكت عن قولهما فيدل على الجواز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لابى يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا وصية لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام ليس لقاتل شىء من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع القتل ولهما ان امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضع الوصية فى القاتل أكثر مما يتأذى البعض بايثار البعض بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقين فههنا أولى والدليل على ان المانع هو حق الورثة ان الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا اجاز وافقد زال المانع فجازت ولهذا اجازت الوصية لبعض الورثة باجازة الباقين كذا هذا ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان القاتل صبيا لان قتله لا يوصف بالحرمة ولهذا لم يتعلق بشىء من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية وكذا القتل تسبيبا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف فى كتاب الفرائض وأما الاقرار للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب و يجىء جاز لان اقرار المريض مرض الموت فى معنى الوصية ألا ترى انه لا يصح لوارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب و يجىء كان فى حكم الصحيح فيجوز كما لو أقر لوارثه فى هذه الحالة وكذا الهبة فى المرض فى معنى الوصية فلا تصح للقاتل وعفو المريض عن القاتل فى دم العمد جائز لقوله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم مطلقا من غير فصل بين حال المرض والصحة ولان المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو الغرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص ليس بمال وبهذا علل فى الاصل وان كان القتل خطأ يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطأ يوجب المال فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال وانها جائزة من الثلث ودلت هذه المسئلة على ان الدية كلها تجب على العاقلة ولا يجب على القاتل شىء لانه لو وجب لم يصح عفوه من الثلث فى حصة القاتل لانه يكون وصية للقاتل فى ذلك القدر ولا وصية للقاتل ولما جاز العفو ههنا من الثلث علم ان الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة فان أجاز واجازت ولم يذكر فى الاصل اختلافا وذكر فى الزيادات قول أبى يوسف انها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبى حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى وجه قول أبى يوسف ان المانع من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا احرم الميراث اجازته الورثة أولا ولانه لما قتله بغير حق صار كالحربى والوصية للحربى لا تجوز أجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز لمكان حق الورثة لما ذكرنا فى الوصية لبعض الورثة فيجوز عند اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقين

بل

بل أولى لان من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها الاجازة هناك فلان تلحقها هنا أولى ومنها ان لا يكون حربيا عند مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمى لان التبرع بتمليك المال اياه يكون اعانة له على الحراب وانه لا يجوز وأما كونه مسلما فليس بشرط حتى لو كان ذميا فأوصى له مسلم أو ذمى جاز و كذا لو أوصى ذمى ذميا لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم أن يوصى مسلما أو ذميا كذا لهم وسواء أوصى لاهل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث ولان الاختلاف بينه و بين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا و بينهم وذا لا يمنع جواز الوصية فهذا أولى وان كان مستأمنا فأوصى له مسلم أو ذمى ذكر فى الاصل انه يجوز لانه فى عهدنا فأشبه الذمى الذى هو فى عهدنا وتجوز الوصية للذمى وكذا الحربى المستأمن و روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه لا يجوز وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فانهم قالوا انه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية الى الحربى المستأمن لما فيه من الاعانة على الحراب و يجوز صرفها الى الذمى لانا ما نهينا عن بر أهل الذمة لقوله سبحانه وتعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم وقيل ان فى التبرع عليه فى حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضا وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ان ينفق عليه فى اصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز لان قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التمليك الى أحد ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو أوصى الذمى بثلث ماله للبيعة أو لكنيسة ان ينفق عليها فى اصلاحها أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فى وصايا أهل الذمة انها لا تخلو اما ان كان الموصى به أمرا هو قربة عندنا وعندهم أو كان أمرا هو قربة عندنا لا عندهم وأما ان كان أمرا هو قربة عندهم لا عندنا فان كان الموصى به شيأ هو قربة عندنا وعندهم بان أوصى بثلث ماله ان يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعتق الرقاب أو بعمارة المسجد الاقصى ونحو ذلك جاز فى قولهم جميعا لان هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة وان كان شيأ هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم بان أوصى بان يحج عنه أو أوصى ان يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين لا يجوز فى قولهم جميعا لانهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئا فى وصيته والوصية يبطلها الهزل والهزل وان كان شيأ هو قربة عندهم لا عندنا بان أوصى بارض له تبنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذى ذكرنا ان عند أبى حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وجه قولهما ان الوصية بهذه الاشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصى لا تصح وجه قول أبى حنيفة رحمه الله ان المعتبر فى وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقة لانهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كالحج و بناء المسجد للمسلمين فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم وقد وجد ولكنا أمرنا ان لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم فى عبادة الصليب و بيع الخمر والخنزير فيما بينهم ولو بنى الذمى فى حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثا بين ورثته فى قولهم جميعا على اختلاف المذهبين أما على أصلهما فظاهر لانه معصية وأما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل دارا وقفا ان مات صارت ميراثا كذا هذا فان قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب ان حال المسجد يخالف حال البيعة لان المسجد صار خالصا لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع المسلمين وأما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه يسكن فيها أساقفتهم و يدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا ولو أوصى مسلم بغلة جاريته ان تكون فى نفقة المسجد ومؤنته

فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتها فتنفق في بنائه وعمارته والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مملوكا للموصي اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لانه اذ ذاك يكون موصيا لنفسه ولو أوصى له بشيء من رقبته بان أوصى له بثلث رقبته جاز لان الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته منه وتمليك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيصير ثلثه مدبرا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبرا لان التدبير يتجزأ عنده كالاعتاق وعندهما لا يتجزأ ولو أوصى له بثلث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقعت الوصية عليها وعلى سائر املاكه ثم ينظر ان كان ماله دراهم ودنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة وان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عروضا لا تصير قصاصا الا بالتراضي لاختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأما عندهما صار كله مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فان زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا اليه فان كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا تفيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس انه لا يصح بلا خلاف ولو أوصى لاحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير ان عند أبي يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الوارث يعطي أيهما شاء (وجه) قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة تمكن ازالتها ألا ترى ان الموصي لو عين أحدهما حال حياته لتعين ثم ان محمدا يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولابي حنيفة ان الوصية تمليك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الاصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ولا يقام الوارث مقام الموصي في البيان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصي لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لان البيان انشاء الوصية لاحدهما فكان وصية مستأنفة لاحدهما عينا وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بارفعهما لرجل وباخسهما لآخر ثم مات الموصي ثم مات أحد العبدين ولا يدري أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله اجتمعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف رحمه الله ان اجتمعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما وروي عن أبي يوسف انه بينهما نصفان اجتمعا أو لم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون انها باطلة اذا لم يكن في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وان كان فيه ما ينبئ عن الحاجة فالوصية جائزة لانهم اذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا منهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لا يصح ثم اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوض الى رأي القاضي وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

الوصية ثم اذا صحت الوصية فالافضل للوصي أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله فى واحد فما زاد جاز عند أبى
حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز الا ان يعطى اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا الا نصف الوصية
و بيان هذه الجملة فى مسائل اذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصح لان المسلمين لا يحصون وليس فى لفظ المسلمين
ماينبئ عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول فلم تصح ولو اوصى لفقراء المسلمين أولمساكينهم صحت الوصية
لانهم وان كانوا لايحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبئ عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقربا الى الله تبارك
وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى عز وجل ثم الفقراء يتملكون بتمليك الله تعالى منهم والله سبحانه
وتعالى عز شأنه واحد معلوم ولهذا كان ايجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الاغنياء على الفقراء صحيحا وان كانوا
لايحصون واذا صحت الوصية فلو صرف الوصي جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال
محمد لايجوز الا ان يعطى منهم اثنين فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا منهم الا نصف الثلث وجه قول محمد ان الفقراء
اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة الا أنه أقام الدليل على ان لاثنين فى باب الوصية يقومان مقام الثلاث لان الوصية
أخت الميراث والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن فى استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الاخوة
والاخوات يقومان مقام الثلاث فى نقص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما
ان الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن ولهما ان هذا
النوع من الوصية وصية بالصدقة وهى الزام المال حقا لله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل
من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لايجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ثم يصرف
الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف
ما وجب من الصدقات الواجبة بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك
وتعالى انما الصدقات للفقراء وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على ان مراعاة معنى الجمع انما تجب عند
الامكان فاما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما فى قوله والله لا أتزوج النساء وقوله ان كلمت بنى آدم
أوان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه فى واحد من الجنس
وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك مما لاغاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا أوصى لمواليه وله
مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقا لله تعالى عز وجل بل ملكه للموالى وهو
اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا فلا ضرورة الى الحمل على
الجنس بخلاف جمع الفقراء وكذلك لو أوصى لفقراء بنى فلان دون أغنيائهم وبنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى
فقراؤهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لانه لما صحت الوصية لفقراء المسلمين مع كثرتهم فلان تصح لفقراء
القبيلة أولى فان لم يقل لفقرائهم ولكنه أوصى لبنى فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان فلان
أبا قبيلة (واما) ان لم يكن أبا قبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبى فلان فان كان أبا قبيلة مثل تميم وأسد ووائل
فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الموصى تمليك المال منهم لا الاخراج الى
الله تعالى فكان الموصى له بالثلث معلوما فتصح الوصية له كما لو أوصى لاغنياء بنى فلان وهم يحصون ويدخل فيه الذكور
والاناث لان الاضافة الى أب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الى القبيلة ألا يرى انه يصح أن يقال هذه المرأة من بنى
تميم كما يصح ان يقال هذا الرجل من بنى تميم فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكرا كان أو أنثى غنيا كان أو فقيرا
لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبنى فلان موالى عتاقة يدخلون فى الوصية
وكذا موالى مواليهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة لما ذكرنا أن المراد من قوله بنى فلان اذا كان
فلان أبا قبيلة هو القبيلة لا أبناؤه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمون اليهم والحلفاء والموالى

ينتسبون الى القبيلة و ينتمون اليهم فى العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وفى رواية موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم وروى انه قال فى جملة ذلك وعبيدهم منهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عمن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذ الحليف هو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم و يذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه والموالى ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا فى الوصية لبنى فلان بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بأبى قبيلة حيث كان الثلث لبنى صلبه ولا يدخل فيه مواليه لانه ما جرى العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل فى الوصية بنو بنيه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن زيدا لو أعتق عبدا لا يقول المعتق أنا من بنى زيد اذا كان زيد أبا خاصا وان كان زيد أبا قبيلة يقول المعتق أنا من بنى زيد هذا هو المتعارف عندهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لان الوصية وقعت لهم تمليك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس فى لفظ الابن ما ينبئ عن الحاجة فلا يصح كما لو أوصى للمسلمين انه لا يصح لجهالة الملك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان ابا نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبى ليلى وابن سيرين ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكورا دخلوا فى الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وان كانوا كلهم اناثا لا يدخل فيه واحدة منهن لان اللفظ لا يتناولهن عند انفرادهن وان كانوا ذكورا واناثا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهم الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد عليه الرحمة يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتى وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه (وجه) قول محمد رحمه الله ان الذكور مع الاناث اذا اجتمعا غلب الذكور الاناث و يتناول اسم الذكور الذكور والاناث وان كان لا يتناولهن حالة الانفراد ولهذا تتناول الخطابات التى فى القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والاناث جميعا فكذا فى الوصية ولهما اعتبار الحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكر حقيقة وكذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة الانفراد فكذا حالة الاجتماع وهكذا نقول فى خطابات القرآن العظيم ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زائد والدليل عليه ما روى أن النساء شكون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن يا رسول الله ان الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى ان المسلمين والمسلمات الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهن معنى بخلاف ما اذا كان فلان أبا قبيلة أو بطن أو فخذ لان الاضافة الى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الاعيان وانما يراد بها الانساب وهى أن يكون منسوبا الى القبيلة والبطن والفخذ والذكر والانثى فى النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتى لا ذكر معهن فان كان لفلان بنو صلب و بنو ابن فالوصية لبنى الصلب لانهم بنوه فى الحقيقة (وأما) بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنوه وانما يسمون بنيه مجازا واطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن فان لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبنى الابن لانهم بنوه مجازا فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون فى الوصية عند أبى حنيفة عليه الرحمة وذكر الخصاف عن محمد رحمه الله انهم يدخلون كابناء البنين وسنذكر المسألة ان شاء الله تعالى فان كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما فى قولهم جميعا لان اسم الجمع فى باب الوصية يتناول الاثنين فصاعدا فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس فى الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف و يرد النصف الباقى الى ورثة الموصى وان كان له ابن واحد لصلبه وابن

ابنه

ابنه فالنصف لابنه والباقى يرد على ورثة الموصى في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما النصف لابنه وما بقى فلابن ابنه والصحيح قول أبي حنيفة لان اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والمجاز في زمان واحد واذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة وهذا غير سديد لان الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضعه والمجاز ما انتقل عن موضعه والشئ الواحد في زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتاً في محله ومنتقلا عن محله ولو كان له بنات و بنو ابن فلا شئ للفريقين في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما هو بينهم بالسوية لان عند أبي حنيفة ولد الصلب اذا كان حياً يسقط معه ولد الولد غير ان ولد الصلب ههنا البنات على الانفراد واسم البنين لا يتناول البنات على الانفراد فلم تصح الوصية في الفريقين جميعاً وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد اذا لم يجز أولاد الولد بالوصية و يتناولهما الاسم على الاشتراك وصاروا كالبطن الواحد فيشترك ذكورهم واناثهم ولو قال أوصيت بثلث مالى لاخوة فلان وهم ذكور وأناث فهو على الخلاف الذى ذكرنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو للذكور دون الاناث وعند محمد رحمه الله هو بينهم بالسواء لا يزاد الذكر على الانثى والحجج على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والانثى سواء في قولهم جميعاً لان الولد اسم للمولود وانه يتناول الذكر والانثى ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لان الوصية أخت الميراث لان الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية فان كان له بنات و بنو ابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لان اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولاولاد الابن مجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على المجاز فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم وأناثهم لانه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحاً لكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وذكر الخصاف عن محمد رحمهما الله ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير اذا أخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصار عن محمد رحمه الله روايتان (وجه) رواية الخصاف أن الولد ينسب الى أبويه جميعاً لانه ولد أبيه و ولد أمه حقيقة لانخلاقه من مائهما جميعا ثم ولد ابنه ينسب اليه فكذا ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها الى أبيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم للحسن رضى الله عنه ان ابنى هذا لسيد وأن الله تبارك وتعالى يصلح به بين الفئتين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين رضى الله عنهما ان ابنى لسيدا كهول أهل الجنة وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام انه من بنى آدم وان كان لا ينتسب اليه الا من قبل أمه ولابى حنيفة أن أولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى أب الام قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

(وأما) قوله ان الولد ينسب الى أبيه والى أمه قلنا نعم و بنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الاولاد في حقه كما تثبت في أولاد البنين الا أن النسب الى الامهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات الى آباء الامهات بوساطتهن ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنهم لم تهجر نسبتهم اليها فينسبون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بواسطتها وقيل انهم خصوا بالنسبة اليه عليه الصلاة والسلام تشريفاً وأكراماً لهم وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الائمة الحلوانى رحمه الله في هذا حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل بنى بنت بنو أبيهم الا أولاد فاطمة رضى الله تعالى عنها فانهم أولادى فان لم يكن له الا ولد واحد فالثلث له سواء كان ذكراً أو أنثى لان اسم الولد يتناول الولد الواحد فما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سألت محمداً عن رجل له ابن و بنت فقال أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بنى ثم مات الموصى فكم يجعل للموصى له قال ذلك الى الورثة ان شاؤا اعطوه أقل الانصباء قلت له فان كان له ابنتان وابن قال فكذلك أيضا قلت

فان كان له ابنان و بنت أو ابنان و بنتان أو بنون و بنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بنى فقال يعطى الموصى له فى هذا نصيب ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال أحد بنى وله ابن و بنت علم انه سمى الانثى ابنا لاجتماعها مع الذكر فدخلت فى الكلام فكان للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبهما واذا كان له بنون و بنات أو ابنان و بنات فقال أحد بنى يقع على الذكور فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد رحمه الله فاذا كان له بنت وابن أو ابن و بنتان أو ابن و بنات فالابن وحده لا يكون بنين والامر على ماذكره محمد لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا اشارة الى اعتبار حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل على الذكور الا عند التعذر ولو أوصى ليتامى بنى فلان فان كان يتاماهم يحصون جازت الوصية لانهم اذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكونهم معلومين فامكن ايقاعها تمليكا منهم فصحت كما لو اوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار و يستوى فيها الغنى والفقير لان اليتيم فى اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقر والغنا وقال الله سبحانه وتعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما وقال عليه الصلاة والسلام ابتغوا فى أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الصدقة قد سموا يتامى وان كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فان كانوا لا يحصون فالوصية جائزة وتصرف الى الفقراء منهم لانها لو صرفت الى الاغنياء لبطلت لجهالة الموصى له ولو صرفت الى الفقراء لجازت لانها وصية بالصدقة واخراج للمال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء وان لم يكن فى اللفظ ماينبئ عن الحاجة لغة لكنه ينبئ عن سبب الحاجة وعما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لان الصغر والانفراد عن الاب أعظم أسباب الحاجة اذ الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بدله ممن يقوم بايصال منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستنمائه ولا بقاء للمال عادة الا بالحفظ والاستنماء وهو عاجز عن ذلك كله فيصير فى الحكم كمن انقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبئا عن الحاجة ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهما من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى وقال تبارك وتعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى وأراد به المحتاجين منهم دون الاغنياء واذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله ايصاء بالصدقة وكذلك اذا أوصى لزمنى بنى فلان أو لعميانهم لان الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والعمى بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم لا يحصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التمليك بجهالة الموصى لهم ولا بطريق الايصاء بالصدقة لانه ليس فى لفظ الابن ماينبئ عن الحاجة ولا مايوجب الحاجة وههنا بخلافه على ما بينا فتصح الوصية ثم اذا صحت وانصرفت الوصية الى الفقراء من اليتامى فان صرف الى اثنين منهم فصاعدا أجاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الى واحد فهو على الخلاف الذى ذكرنا والافضل للموصى أن يصرف الى كل من قدر منهم لانه أقرب الى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصى ولو أوصى بثلث ماله لارامل بنى فلان جازت الوصية سواء كن يحصين أو لا يحصين أما اذا كن يحصين فلا يشكل فان الوصية وقعت تمليكا منهن باعيانهن لكونهن معلومات وكذلك اذا كن لا يحصين لان فى الاسم مايدل على الحاجة لان الارملة اسم لامرأة بالغة فارقت زوجها بطلاق أو وفاة دخل بها أو لم يدخل كذا قال محمد رحمه الله وقال ابن الانبارى الارملة التى لا زوج لها من قولهم أرمل القوم فهم مرملون اذا فنى زادهم ومن فنى زاده كان محتاجا فكان فى الاسم ماينبئ عن الحاجة فتقع وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تبارك وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم وهل يدخل فى هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم قال عامة العلماء رضى الله عنهم لا يدخلون وقال الشافعى رحمه الله يدخل فى كل من خرج من كرمة فلان ذكرا كان أو أنثى واليه ذهب القتبى واحتجا بقول جرير الشاعر

هذى الارامل قد قضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

أطلق اسم الارمل على الرجل (ولنا) أن حقيقة هذا الاسم للمرأة لما ذكرنا عن محمد وهو من كبار أهل اللغة روى عنه أبو عبيد وأبو العباس ثعلب وأقرانهم كبار وينا عن الخليل والاصمعى وأقرانهما وقال الخليل يقال امرأة أرملة ولا يقال رجل أرمل الا فى المليح من الشعر وقال ابن الانبارى رحمه الله لا يقال رجل أرمل الا فى الشعر ونحو ذلك ولان الاسم لما كان مشتقا من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم فالمرأة هى التى فنى زادها بموت زوجها لان النفقة على الزوج لا على المرأة فاذا مات فقد فنى زادها وبه تبين أن قول جرير محمول على مليح الشعر كما قال الخليل أو هو شاذ كما قال ابن الانبارى أو لازدواج الكلام قال الله سبحانه وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله سبحانه وتعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وكما قال الشاعر

فان تنكحى أنكح وأن تتأيمى * مدا الدهر مالم تنكحى أتأيم

(ومعلوم) أن الرجل لا يسمى أيما لكن أطلق عليه لازدواجه بقوله وأن تتأيمى كذا ههنا واطلاق الاسم لا ينصرف الى ما لا يذكر الا لضرورة تمليح الشعر وازدواج الكلام أو فى الشذوذ لان مطلق الاسم ينصرف الى ما تتسارع اليه الافهام والاوهام وذلك ماقلنا ولو أوصى لايامى بنى فلان فان كن يحصين جازت الوصية لما قلنا وان كن لا يحصين لا تجوز لانه ليس فى لفظ الايم ما ينبئ عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة لان الايم فى اللغة اسم لامرأة جومعت فى قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله قال الايم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو فجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة وليس فى هذه المعانى ما ينبئ عن الحاجة فلا يكون ايصاء بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بنى فلان وهن لا يحصين انها جائزة لان اسم الارملة ينبئ عن الحاجة على ما بينا فجعل وصية بالصدقة ثم اذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة لان الاسم فى اللغة لا يتعرض لما سوى الانوثة وحلول الجماع بها فى قبلها وفراق زوجها وقال الله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وانه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز انكاح الصغار كما يجوز انكاح الكبار وكذا لا يتعرض للفقر والغنا لانه سبحانه وتعالى قال عز من قائل ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولو كان متعرضا لشىء من ذلك لم يكن لقوله سبحانه وتعالى ان يكونوا فقراء معنى وهذا الذى ذكرنا ان الأيم اسم لامرأة جومعت فى قبلها فارقها زوجها قول عامة المسلمين وقال أبو القاسم الصفار البلخى وأبو الحسن الكرخى رحمهما الله ان الجماع ليس بشرط لثبوت هذا الاسم وكذا الانوثة بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المرأة واحتجا بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامى * النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم أن القبر يضم البكر الى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحى أنكح وان تتأيمى * مدا الدهر مالم تنكحى أتأيم

أى أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج وقال آخر

فلا تنكحن جبارة ان شرها * عليك حرام فانكحن أو تأيما

والجواب أن حقيقة اللغة ما حكينا عن نقلة اللغة وهم أهل دقائق الالفاظ فيقبل نقلهم اياها فيما وضعت له وما ورد فى استعمال بعض الفصحاء معدولا به عن تلك الحقائق فحمل على المجاز اما بطريق المقابلة والازدواج أو باعتبار بعض المعانى التى وضع لها الاسم والدليل على أن الانوثة أصل وانه لا يقع على الذكر أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه يقال امرأة أيم ولا يقال أيمة ولو كان الاسم يتناول الذكر والانثى لفرقوا بينهما بادخال علامة التأنيث فى المرأة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى لما ذكر محمد فى صفة الايم جومعت بفجور أو غير فجور مذهبهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله التى جومعت بفجور لا تدخل فى هذه الوصية لان التى جومعت بفجور بكر لا أيم عنده حتى

تزوج كما تزوج الابكار عنده ومنهم من قال هذا قولهم جميعاً لانها أيم حقيقة لوجود الجماع الا انها تزوج كما تزوج
الابكار عنده لمشاركتها الابكار عنده في المعنى الذي أقيم فيه السكوت مقام الرضا نطقاً في حقها باعتبار السكوت
وهو الحياء على ماعرف في مسائل الخلاف ولو أوصى لكل ثيب من بني فلان ان كن يحصين صحت الوصية لماذكرنا
في المسائل المتقدمة ويدخل تحت هذه الوصية كل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أو لم يكن لها زوج
بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ كذا ذكر محمد ويدخل فيه الفقيرة والغنية والصغيرة والكبيرة لان اللفظ لا يتعرض لذلك
وقال الله تبارك وتعالى ثيبات وأبكارا أدخل فيه الصغار والكبار والفقيرات والغنيات يدل عليه انهن دخلن فيما
يقابله وهو قوله سبحانه وتعالى وأبكارا فكذا في قوله تعالى ثيبات فدل الامر على اشتراط الدخول لانه قابل الثيبات
بالابكار وهن اللاتي لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتي جومعن لتصح المقابلة ولا تشترط مفارقتها زوجها بخلاف
الارملة لان اللغة كذا تقتضي فيتبع فيه وضع أرباب اللغة ولا يدخل فيه الرجل لان هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة
وان ورد في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لان ذلك اطلاق
بطريق المجاز للازدواج والمقابلة وان كن لا يحصين لم تجز الوصية لانه ليس في الاسم ماينبئ عن الحاجة لماذكرنا
أنه اسم لانثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت وليس في الاوصاف المذكورة في الحد ماينبئ عن الحاجة
فلا يراد بهذه الوصية الا التمليك والمتملك مجهول فلا يصح ولو أوصى لكل بكر من بني فلان يجوز اذا كن محصورات
لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة الغنية والفقيرة اذ البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمه
الله واطلاق هذا الاسم على الذكر في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
بطريق المجاز وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج أو كان لها حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الانثى
فصار بحال لا تنصرف أوهام الناس عند اطلاقه الا الى الانثى فيحمل الحديث على المجاز ولو كانت عذرتها زالت
بالوضوء أو بالوثبة أو بذرور الدم تستحق الوصية لانها لم تجامع ومن الناس من خالف محمدا رحمه الله قالوا ان هذه أيضاً
لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر والصحيح ماذكره محمد رحمه الله لماذكرنا وذكر محمد رحمه الله أن التي زالت
بكارتها بفجور لا تكون بكرا ولا تكون لها وصية وقال بعض مشايخنا منهم الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله ان هذا
قولهما (فاما) عند أبي حنيفة رحمه الله فانها بكر وتستحق الوصية ومنهم من قال لا خلاف في انها لا تستحق الوصية
لانها ليست ببكر حقيقة لعدم حد البكارة وانما تزوج تزوج الابكار عند أبي حنيفة رحمه الله لماذكرنا والله سبحانه
وتعالى أعلم بالصواب ولو أوصى لذوي قرابته أو قراباته أو لانسابه أو لارحامه أو لذوي أرحامه هذه الالفاظ الخمسة
سواء فعند أبي حنيفة الوصية بهذه الالفاظ للاقرب فالاقرب فالحاصل ان عند أبي حنيفة عليه الرحمة يعتبر في هذه
الوصية خمسة أشياء الرحم المحرم والاقرب فالاقرب وجمع الوصية وهو اثنان فصاعدا وان يكون سوى الوالدين
والمولودين وأن يكون ممن لا يرث وعندهما يدخل في هذه الوصية ذو الرحم المحرم والقريب والبعيد الى أقصى أب له
في الاسلام حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث الى من اتصل بسيدنا علي وبسيدنا العباس رضي الله
عنهما الا الى من فوقهما من الآباء ولا خلاف في اعتبار الاوصاف الثلاثة وهي اعتبار جمع الوصية وان لا يكون والداً
ولا ولداً وان يكون ممن لا يرث (أما) الاول فلان لفظ ذوي لفظ جمع وأقل الجمع في باب الوصية اثنان لان الوصية
أخت الميراث وفي باب الميراث كذلك فان الثنتين من البنات والاخوات الحقتا بالثلاث فصاعدا في استحقاق الثلثين
وحجب الام من الثلث الى السدس على مامر حتى لو أوصى لذي قرابته استحق الواحد فصاعداً كل الوصية لان
ذي ليس بلفظ جمع وأما الثاني فلان الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفا وحقيقة أيضاً لان الاب أصل والولد
فرعه وجزؤه والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناوله اسم القريب وقال الله سبحانه وتعالى الوصية
للوالدين والاقربين عطف الاقرب على الوالد والعطف يقتضي المغايرة في الاصل واذا لم يدخل الوالد والولد في

هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الولد ذكر في الزيادات انهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله انهما لا يدخلان وهكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد فاذا لم يدخل فيها الوالد والولد كذا الجد وولد الولد (وأما) الثالث فلما روينا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث وانما الخلاف في موضعين أحدهما أنه يعتبر المحرم عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتبر والثاني أنه يعتبر الاقرب فالاقرب عنده وعندهما لا يعتبر (وجه) قولهما أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو أوصى لاخوته أنه يدخل الاخوة لاب وأم والاخوة لاب والاخوة لام لكونه اسما مشتقا من الاخوة كذا هذا والدليل عليه ماروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى وأنذر عشيرتك الاقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فخص وعم فقال يامعشر قريش انقذوا أنفسكم من النار فاني لا أملك لكم من الله تبارك وتعالى ضرا ولا نفعا يامعشر بني قصي انقذوا أنفسكم من النار فاني لا أملك لكم من الله عز شأنه ضرا ولا نفعا وكذلك قال عليه الصلاة والسلام لبني عبد المطلب ومعلوم أنه كان فيهم الاقرب والابعد وذو الرحم المحرم وغير المحرم فدل أن الاسم يتناول كل قريب الا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر ادخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه فتعتبر النسبة الى أقصى أب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بالاسلام والشرف به فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله ولابي حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم فالقرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم ولان معنى الاسم يتكامل بها وأما في غيرها من الرحم غير المحرم فناقص فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فاما أن يعتبر الاسم مشتركا أو عاما ولا سبيل الى الاشتراك لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فتعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازا بخلاف الوصية لاخوته لان مأخذ الاسم وهو الاخوة لا يتفاوت فكان اسما عاما فيتناول الكل وههنا بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة وهذه القرابة هي واجبة الوصل محرمة القطع لا تلك والظاهر من حال المسلم الدين المسارعة الى اقامة الواجب فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا أوصى لاخوته لان قرابة الاخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما كان يستقيم في زمانهما لان أقصى أب الاسلام كان قريبا يصل اليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوما فاما في زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتقع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح الا أن نقول انه يصرف الى أولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه والى أولاد أمه وأولاد جدته وجدة أمه لان هذا القدر قد يكون معلوما فيصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله سبحانه وتعالى أعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابنا وعمين وخالين فالوصية للعمين لا للخالين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان أقرب اليه من الخالين فكانا أولى بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين أرباعا لان القريب والبعيد سواء عندهما ولو كان له عم واحد وخالان فللعم نصف الثلث وللخالين النصف الآخر لان الوصية حصلت باسم الجمع وأقل من يدخل تحت اسم الجمع في الوصية اثنان فلا يستحق العم الواحد أكثر من نصف الوصية لان أقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقي النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثا لاستواء الكل في الاستحقاق فان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوي الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصى عنده لان العم الواحد لا يستحق أكثر من النصف فبقي النصف الآخر لا مستحق له فتبطل فيه الوصية وعندهما يصرف النصف الآخر الى ذي الرحم الذي ليس بمحرم ولو أوصى لاهل بيته يدخل فيه من جمعه آباؤهم أقصى أب في الاسلام حتى ان الموصى لو كان علويا يدخل في هذه الوصية كل من ينسب الى سيدنا علي رضي الله

عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب الى العباس رضى الله عنه من قبل الاب سواء كان بنفسه ذكرا أو أنثى بعد ان كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من أهل البيت أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آباؤهم قوم آخرون فلا يكون من أهل بيته ويدخل تحت الوصية لاهل بيته أبوه وجده اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان أبوه ومن ينسب الى بيته فالاب أصل البيت فيدخل فى الوصية ولا يدخل فى الوصية بالقرابة لان القرابة من تقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد فى اب وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبه فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له فى الاسلام حتى لو كان آباؤه على غير دينه دخلوا فى الوصية لان النسب عبارة عمن ينسب الى الاب دون الام وكذلك الحسب فان الهاشمى اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه فثبت أن النسب والحسب يختص بالاب دون الام وكذلك اذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بأبيه ولا يتجنس بأمه فكان المراد منه جنسه فى النسب وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس وذكر المعلى عن أبى يوسف اذا أوصى لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره وهذا المعنى يوجد فى الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لاهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الام فى هذه الوصية ولو أوصى لاهل فلان فالوصية لزوجة فلان خاصة فى قول أبى حنيفة وعندهما هذا على جميع من يعولهم فلان ممن تضمه نفقته من الاحرار فيدخل فيه زوجته واليتيم فى حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنه أو كان بنتا قد تزوجت فليس من أهله ولا يدخل فيه مماليكه ولا وارث الموصى ولا الموصى لاهله (وجه) قولهما أن الاهل عبارة عمن ينفق عليه قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه سيدنا نوح عليه الصلاة والسلام ان ابنى من أهلى وقال تبارك وتعالى فى قصة لوط عليه الصلاة والسلام فنجيناه وأهله ولابى حنيفة رحمه الله ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة فى متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل و يراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه المماليك لانهم لا يسمون أهل المولى ولا يدخل فيه وارث الموصى لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الاطلاق أولى ولا يدخل فلان الذى أوصى لاهله لان الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه فلا يدخل فى الوصية كما لو أوصى لولد فلان ان فلانا لا يدخل فى الوصية لما قلنا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بثلث ماله لاخوته وله ست اخوة متفرقة وله أولاد يحوزون ميراثه فالثلث بين اخوته سواء لانهم فى استحقاق الاسم سواء بخلاف الوصية لاقرباء فلان انه يصرف الى الاقرب فالاقرب عند أبى حنيفة لان القرابة تحتمل التفاوت فى القرب والبعد وأما الاخوة فلا تحتمل التفاوت ألا ترى انه يقال هذا أقرب من فلان ولا يقال هذا أكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلا شئ للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لانهم ورثة ولا وصية لوارث وللاخوة من قبل الاب ثلث ذلك الثلث لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وأم وللاخوة لام ينبغى ان يصرف كل الثلث الى الاخوة للاب لانا نقول نعم هكذا ولو لم تصح الاضافة الى الاخوة لاب وأم والى الاخوة لام والاضافة اليهم وقعت صحيحة بدليل انه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل أوصى بثلث ماله لثلاثة تفرقات اثنان منهم قبل موت الموصى فللباقى منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا هذا بخلاف ما اذا أوصى لفلان وفلان وأحدهما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بمحل للوصية أصلا فلم يدخل تحت الاضافة قال أبو يوسف رحمه الله فى رجل أوصى بثلث ماله فى الصلة وله اخوة واخوات و بنو اخ و بنو اخت يوضع الثلث فى جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة أشهر لان الصلة يراد بها صلة الرحم فكانه نص عليه ومن ولد منهم لاقل من ستة أشهر علم انه كان موجودا يوم موت الموصى فيدخل فى الوصية وذكر محمد رحمه

الله

الله فى الزيادات اذا أوصى بثلث ماله لاختانه ثم مات فالاختان أزواج البنات والاخوات والعمات والخالات فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصى فزوجها من أختانه وكل ذى رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضا من أختانه ولا يكون الاختان الا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم ولا يكون من الاختان من كان من قبل نساء الموصى أى زوجاته لان من ينسب الى الزوجة فهو صهر وليس بختن على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقول محمد رحمه الله حجة فى اللغة وذكر محمد رحمه الله فى الاملاء أيضا اذا قال قد أوصيت لاختانى فاختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج فان كانت له أخت و بنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أب فكلهم جميعا أختان والثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سواء أم الزوج وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص محمد رحمه الله فى موضعين على ان الاختان ما ذكر وقول محمد حجة فى اللغة وقال فى الاملاء اذا قال أوصيت بثلث مالى لاصهارى فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه فهؤلاء كلهم أصهاره ولا تدخل فى ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة فى اللغة والدليل أيضا على ان الاصهار من كان من أهل الزوجة ما روى انه عليه الصلاة والسلام لما أعتق صفية وتزوجها اعتق من ملك ذا رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهاره عليه الصلاة والسلام وقال فى الاملاء قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى فقال ثلث مالى لجيرانى فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا او رجالا ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا كانوا ملاصقين للدار وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم ابو حنيفة رضى الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد او جماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه فى كلام الناس وقال فى الزيادات عن أبى حنيفة رضى الله عنه اذا اوصى لجيرانه فقياسه ان يكون للملاصقين وقول أبى حنيفة عليه الرحمة ينبغى ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التى تجب لاجلها الشفعة ومن كان منهم له دار فى تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد رحمه الله فاما أنا فاستحسن ان أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ولمن يجمعه مسجد تلك المحلة التى فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم السكان ممن فى تلك المحلة وغيرهم سواء فى الوصية الاقربون والابعدون والكافر والمسلم والصبى والمرأة فى ذلك سواء وليس للمماليك والمدبرين وأمهات الاولاد فى ذلك شئ (وأما) المكاتبون فهم فى الوصية اذا كانوا سكانا فى المحلة (وجه) قولهما ان اسم الجار كما يقع على الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهما مسجد واحد فان كل واحد منهما يسمى جارا وقال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد (وروى) ان سيدنا عليا رضى الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ولان مقصود الموصى من الوصية للجار هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولابى حنيفة رحمه الله ان الجوار المطلق ينصرف الى الحقيقة وهى الاتصال بين الملكين بلا حائل بينهما هو حقيقة المجاورة فاما مع الحائل فلا يكون مجاورا حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بجار حقيقة (ومطلق) الاسم محمول على الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك فتنصرف الوصية الى الجيران الملاصقين الا انه لا بد من السكنى فى الملك الملاصق لملك الموصى فاذا وجد ذلك صار كانه جار له فيستحق الوصية والمذكور فى الحديث جار المسجد وجار المسجد فسره على رضى الله تعالى عنه فاذا أوصى لموالى فلان وهو أبو فخذ أو قبيلة أو لبنى فلان فانه يصير كانه قال لموالى قبيلة فلان ولبنى قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب والمنتمين اليهم بالولاء هذا هو المتعارف بين أهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم ولو قال نص هذا ثبت المال للمنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمين اليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا ههنا بخلاف ما اذا لم يكن فلان أبا فخذ او قبيلة

فان هناك لا عرف فعمل بحقيقة اللفظ ولا يصار الى المجاز الا بالدليل الظاهر ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا خلاف فى انه اذا قال ثلث مالى لموالى فلان انه يدخل فى الوصية جميع من نجز اعتاقه فى صحته وفى مرضه وسواء كان أعتقه قبل الوصية أو بعدها لان نفاذ الوصية متعلق بالموت وكل من أعتقه فى المرض أو فى الصحة بعد ان نجز اعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وأمهات الاولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية (روى) عن أبى يوسف انهم يدخلون وروى عنه رواية أخرى انهم لا يدخلون وهو قول محمد ذكره فى الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية اوان الموت وهم مواليه فى ذلك الوقت فانهم يستحقون الوصية (وجه) ظاهر الرواية ان أوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت اوان عتقهم فيعتقون فى تلك الحالة ثم يصيرون مواليه بعده والوصية تناولت من كان مولى عند موته وهم فى تلك الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون فى الوصية (ولو كان) قال ذلك بعد ان قال ان لم أضرب بك فانت حر فمات قبل ان يضربه عتق ودخل فى الوصية لانه عتق فى آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحالة ووقوع الياس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعتقه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية ووجوبها بخلاف المسألة الاولى والله تعالى أعلم بالصواب

﴿وأما﴾ الذى يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا بالمال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب مايتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا حد لانهما ليسا بمال فى حق أحد ولا بجلد الميتة قبل الدباغ وكل ماليس بمال وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع (ومنها) ان يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة فى حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ويجوز ذلك من الذمى لانها مال متقوم فى حقهم كالخل وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا ألا ترى انه مضمون بالاتلاف ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عينا أو منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا تجوز الوصية بالمنافع (وجه) قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاذ الوصية عند الموت وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح ولان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة اذ الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أثر فى بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلان يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع (ولنا) انه لما ملك تمليك حال حياته بعقد الاجارة والاعارة فلان يملك بعقد الوصية أولى لانه أوسع العقود ألا ترى انها تحتمل مالا يحتمله سائر العقود من عدم المحل والخطر والجهالة ثم لما جاز تمليكها ببعض العقود فلان يجوز بهذا العقد أولى والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (وأما) قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع وقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا أفرد المنفعة بالتمليك واذا لم يفرد الاول ممنوع والثانى مسلم وهنا أفرد بالتمليك فلا يتبع ملك الرقبة وهذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصوداً بالتمليك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعاً لملك الذات بل يصير مقصودا بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة مقصودا بالتمليك لكن فى الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشئ للانتفاع فى حال الحياة عادة لا بعد الموت فينتهى العقد بالموت وأما الوصية فتمليك بعد الموت فكان قصده تمليك المنفعة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت فهو الفرق ونظيره من وكل وكيلا فى حال حياته فمات الموكل ينعزل الوكيل ولو أضاف الوكالة الى ما بعد موته جاز حتى يكون وصيا بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة لانها تمليك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية غير انها اذا كانت

مطلقة فللموصى له ان ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله ان ينتفع به الى ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التى أوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لفوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصى لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال (ولهذا) لو أجل المريض مرض الموت دينا معجلا له لا يصح الا فى الثلث وان كان التأجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا فى قدر الثلث كذا ههنا واذا كان المعتبر خروج العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية فى جميع المنافع فللموصى له ان ينتفع بها فيستخدم العبد و يسكن الدار ما عاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت الى ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له لانها تمليك المنفعة بغير عوض كالاعارة فتبطل بموت المالك اياه كما تبطل الاعارة بموت المستعير على ان المنافع بانفرادها لا تحتمل الارث وان كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا رضى الله عنهم كاجارة فلان لا يحتمل فيما هو تمليك بغير عوض أولى بخلاف ما اذا أوصى بغلة داره أو ثمرة نخله فمات الموصى له وفى النخل ثمرا وكان وجب بما استغل الدار آخر ان ذلك يكون لورثة الموصى له لان ذلك عين ملكها الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثا لورثته وفى المنفعة لا حتى ان ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته بل لورثة الموصى لانه لم يملكه الموصى له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية فى المنافع فى قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بان لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار تقسم المنفعة بين الموصى له و بين الورثة أثلاثا ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصى له العبد يوما والورثة يومين وفى الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها ما دام الموصى له حيا فاذا مات ترد المنفعة الى الورثة وحكى أبو يوسف عن ابن أبى ليلى رحمهما الله انه اذا أوصى بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرها ولم تجز الورثة ان الوصية باطلة لان الوصية لم تصح فى الثلثين والشيوع شائع فى الثلثين والشيوع يؤثر فى المنافع كما فى الاجارة (وهذا) لا يتفرع على أصل ابن أبى ليلى لان الوصية بالمنافع باطلة على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك (عند) أبى حنيفة وعند أبى يوسف لهم ذلك (وجه) قول أبى يوسف ان الملك مطلق للتصرف فى الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير به وحق الغير ههنا تعلق بالثلث لا بالثلثين لان الوصية تعلقت بالثلث لا غير بخلاف ثلثا الدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة وكذا الحاجة دعت الى القسمة لتكميل المنفعة ولابى حنيفة رضى الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كما فى الاجارة فان رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع ونفاذه بدون اجازة المستأجر كذا ههنا وكذا فى القسمة ابطال حق الموصى له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت فان كانت مؤقتة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله فان الموصى له ينتفع بها الى الوقت المذكور فان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة ثم يعود بعد ذلك الى الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له و بين الورثة اثلاثا يخدم العبد يوما للموصى له و يومين للورثة فيستوفى الموصى له خدمة السنة فى ثلاث سنين وان كانت العين الموصى بمنفعتها دارا يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها يتهايئان مكانا لان التهايؤ بالمكان فى الدار ممكن وفى العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد بثلثه لاحدهما وبثلثيه للآخر فمست الضرورة الى المهايئات زمانا وان كان المذكور من الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا أو شهر كذا فان كان الموصى به خدمة العبد فان كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر وان لم يكن له مال آخر ففى العبد ينتفع به الورثة يومين

والموصى له يوما وفى الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها على طريق المهايأة فاذا مضت تلك السنة أوذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أوالشهر ولو أراد أن يكمل ذلك من سنة أخرى أومن شهر آخر ليس له ذلك لان الوصية أضيفت الى تلك السنة أوذلك الشهر لا الى غيرهما ولو عين الشهر الذى هوفيه أوالسنة التى هوفيها بان قال هذا الشهر أوهذه السنة ينظر ان مات بعد مضى ذلك الشهر أوتلك السنة بطلت وصيته لان الوصية نفاذها عند موته وقد مضى ذلك الشهر أوتلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وان مات قبل أن يمضى ذلك الشهر أوالسنة فان كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقى من الشهر أوالسنة وان كانت لاتخرج وليس له مال آخر ففى العبد ينتفع بها الموصى له يوما والورثة يومين الى أن يمضى ذلك الشهر أوالسنة وفى الدار يسكنها أثلاثا على طريق المهايأة على ما بينا ولو أوصى بخدمة عبده لانسان و برقبته لآخر أو بسكنى داره لانسان و برقبتها لآخر والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لان المنفعة لما احتملت الافراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له المنفعة فيستوى فيها الافراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتمليكها من غيره فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة فاذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك اذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لانسان و بثمرته لآخر أو برقبة أرض لرجل و بغلتها الآخر أو بأمة لرجل و بما فى بطنها لآخر لان الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الافراد بالوصية فلا فرق بين أن يستبقى الاصل لنفسه و بين أن يملكه من غيره على ماذكرنا فى الوصية بالمنفعة وسواء كان الموصى به موجودا وقت كلام الوصية أولم يكن موجودا عنده فالوصية جائزة الا اذا كان فى كلام الموصى ما يقتضى الوجود للحال فتصح الوصية بثلث ماله ولا مال له عند كلام الوصية وكذا تصح الوصية بغلة بستانه أو بغلة أرضه أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده أو بسكنى داره أو بخدمة عبده وتصح الوصية بما فى بطن جاريته أودابته و بالصوف على ظهر غنمه و باللبن فى ضرعها وثمرة بستانه وثمرة أشجاره وان لم يكن شئ من ذلك موجودا للحال (وأما) وجوده عند موت الموصى فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة (فاما) فى الثلث والعين المشار اليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية وكذلك الوصية بما فى البطن والضرع و بما على الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لومات الموصى بطلت الوصية اذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته وأما فى الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطا ولا يشترط ذلك فى الوصية بغلة الدار والعبد والحاصل ان جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذى يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى فى وصيته الابد أولم يذكره وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد و بعضها يقع على الموجود قبل الموت ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الابد أولم يذكره وهو الوصية بما فى البطن والضرع و بما على الظهر فان كان فى بطنها ولد وفى ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والا فلا وفى بعضها ان ذكر لفظ الابد يقع على الموجود والحادث وان لم يذكر فان كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وان لم يكن موجودا فالقياس ان تبطل الوصية كما فى الصوف والولد واللبن وفى الاستحسان لاتبطل وتقع على ما يحدث كما لوذكر الابد وهذه الوصية بثمرة البستان والشجر انما كان كذلك لان الوصية انما تجوز فيما يجرى فيه الارث أوفيما يدخل تحت عقد من العقود فى حالة الحياة والحادث من الولد وأخواته لا يجرى فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فان له نظيرا فى العقود وهو عقد المعاملة والاجارة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الاجارة والاعارة فكان لهما نظير فى العقود وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك انها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته ان ذكر الابد لان اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف فاذا ذكر الابد يتناوله وان لم يذكر الابد فان كان وقت موت

الموصى ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول ما يحدث وتبطل الوصية وفى الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية (وجه) القياس ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن والوصية بشىء من ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة (وجه) الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث وفى حمل الوصية عليه تصحيح العقد و يمكن تصحيحه لان له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على على الابد يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عقد مالا يحتمله فلم يكن يمكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد لا يتناول الحادث وههنا بخلافه ولو أوصى لرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم أوصى بستان ثم اشترى بستانا ثم مات فالوصية جائزة لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى انه لو اوصى له بعين البستان وليس فى ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ولو قال أوصيت لفلان بغلة بستانى ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخى عليه الرحمه ان الوصية جائزة وذكر فى الاصل انها غير جائزة (وجه) رواية الاصل ان قوله بستانى يقتضى وجود البستان للحال فاذا لم يوجد لم يصح (والصحيح) ماذكره الكرخى لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعى وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية ولو أوصى لرجل بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فمات ولا غنم له فالوصية باطلة وكذلك العروض كلها لان الوصية تمليك عند الموت ولا غنم له عند الموت فان لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك ذكر فى الاصل ان الوصية باطلة لان قوله غنمى يقتضى غنما موجودة وقت الوصية كما قلنا فى البستان وعلى رواية الكرخى رحمه الله ينبغى ان يجوز لما ذكرنا فى البستان وكذلك لو قال أوصيت له بشاة من غنمى أو بقفيز من حنطتى ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة لما قلنا ولو لم يكن له غنم ولا حنطة ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما ولو قال شاة من مالى أو قفيز حنطة من مالى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جائزة و يعطى قيمة الشاة لانه لما أضاف الى المال وعين الشاة لا توجد فى المال علم انه اراد به قدر مالية الشاة وهى قيمتها ولو أوصى بشاة ولم يقل من غنمى ولا من مالى فمات وليس له غنم لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الوصية لان الشاة اسم للصورة والمعنى جميعا الا انا حملنا هذا الاسم على المعنى فى الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم توجد ههنا وقال بعضهم يصح لان الشاة اذا لم تكن موجودة فى ماله فالظاهر انه أراد به مالية الشاة تصحيحا لتصرفه فيعطى قيمة شاة وقد ذكر فى السير الكبير مسئلة تؤيد هذا القول وهى ان الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبايا فان كان فى السبى جارية يعطى من قتل قتيلا وان لم يكن فى السبى جارية لا يعطى شيأ ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم يقل من السبى فانه يعطى من قتل قتيلا قدر مالية الجارية كذا ههنا ولا تجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان معلوم وعندهما رحمهما الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخى فى مختصره وذكر فى الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبد انها لا تجوز ولم يذكر فيها الخلاف وانما ذكره فى الوصية بظهر الفرس (وجه) قولهما ان الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله عز وجل واحد معلوم ولهذا جازت الوصية بسائر الاعيان للمساكين فكذا بالمنافع ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقاء الدين ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو اما ان تلزمه النفقة أولا فان لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة لان المؤنة لا تجب الا على من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة ولان الاستغلال يقع تبديلا للوصية وانه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لزمه النفقة فكان هذا معاوضة معنى

لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد فى الاعيان وفى الوصية لرجل بعينه وقيل ان الوصية بظهر فرسه للمساكين أو فى سبيل الله تبارك وتعالى فرعة مسئلة الوقف أن عند أبى حنيفة رضى الله عنه لو جعل فرسه للمساكين وقفا فى حال الحياة لا يجوز ولا تجوز الوصية به بعد الوفاة وعندهما الوجعله وقفا فى حال حياته جاز فكذا اذا أوصى بعد وفاته وسواء كان الموصى به معلوما أو مجهولا فالوصية جائزة لان هذه جهالة تمكن ازالتها من جهة الموصى مادام حيا ومن جهة ورثته بعد موته فاشبهت جهالة المقر به فى حال الاقرار وانها لا تمنع صحة الاقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضا وعلى هذا مسائل بعضها يرجع الى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التى فيها ضرب ابهام و بعضها يرجع الى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب وهى المسائل الحسابية و بيان هذه الجملة فى مسائل منها ما اذا أوصى لرجل بجزء من ماله أو بنصيب من ماله أو بطائفة من ماله أو ببعض أو بشقص من ماله فان بين فى حياته شيأ والا أعطاه الورثة بعد موته ماشاؤا لان هذه الالفاظ تحتمل القليل والكثير فيصح البيان فيه مادام حيا ومن ورثته اذا مات لانهم قائمون مقامه لو أوصى بالف الا شيأ أو الا قليلا أو الا يسيرا أو زهاء ألف أو جل هذه الالف أو عظم هذا الالف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وزيادة ومازاد على النصف فهو الى الورثة يعطون منه ماشاؤا لان القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلا الا وبمقابلته أكثر منه فيقتضى وجود الاكثر وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة مجهولة فيعطيه الورثة من الزيادة ماشاؤا والشىء فى مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الالف وعامة هذه الالف وعظم هذه الالف عبارات عن أكثر الالف وهو الزيادة على النصف و زهاء ألف عبارة عن القريب من الالف وأكثر الالف قريب من الالف ولو أوصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزاد على الفريضة مالم يزد على السدس عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما رحمهما الله مالم يزد على الثلث كذا ذكر فى الاصل وذكر فى الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبى حنيفة وعندهما لا يزاد على الثلث فعلى رواية الاصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز و بيان هذه الجملة اذا مات الموصى وترك زوجة وابنا فللموصى له على رواية الاصل أخس سهام الورثة وهو الثمن ويزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لانه أخس سهام الورثة ولو ترك زوجة وأخا لاب وأم أو لاب فللموصى له السدس عنده لان أخس سهام الورثة الربع ههنا وهو لا يجوز الزيادة على السدس وعندهما له الربع لانه أقل سهام الورثة وانه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك لو ماتت امرأة وتركت زوجا وابنا ولو ترك ابنين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال وكذلك ان ترك ثلاث بنين فان ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم ثم يزاد عليه سهم فيعطى أربعة اذا وان أقر بسهم من داره لانسان فله السدس عنده وعندهما البيان الى المقر وكذلك اذا أعتق سهما من عبده يعتق سدسه عنده لا غير وعندهما يعتق كله لان العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وجه) قولهما ان السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء الا انه لا يسمى سهما الا بعد القسمة فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والاقل متيقن فيقدر به الا اذا كان يزيد ذلك على الثلث فيزاد الى الثلث لان الوصية لا جواز لها باكثر من الثلث من غير اجازة الورثة ولابى حنيفة رضى الله عنه (ماروى) عن ابن مسعود رضى الله عنه انه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (والظاهر) ان الصحابة رضى الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا وروى عن اياس بن معاوية رضى الله عنه انه قال السهم فى كلام العرب السدس الا انه يستعمل أيضا فى أحد سهام الورثة والاقل متيقن به فيصرف اليه فان كان أقل منه لا يبلغ به السدس لانه يحتمل انه أراد به السدس و يحتمل انه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك

والاحتمال

والاحتمال ولو أوصى له بمائة دينار الا درهم أو بكر حنطة الا درهم أو الا مختوم شعير جاز وهو كما قال وكذلك لو قال داري هذه أو عبدي هذا الا مائة درهم جاز عن الثلث و بطل عنه قيمة مائة درهم وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الاستثناء باطل ولقب المسئلة ان استثناء المقدر من المقدر في الجنس وخلاف الجنس بعد ان كان الاستثناء مقدرا بعد ان كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة صحيح عندهما وعنده لا يصح الا في الجنس وهي من مسائل كتاب الاقرار ولو قال أوصيت لفلان ما بين العشرة والعشرين أو ما بين العشرة الى العشرين أو من العشرة الى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهما وكذلك لو قال ما بين المائة والمائتين أو ما بين المائة الى المائتين أو من المائة الى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهما وهذا قول أبي حنيفة وعندهما له في الاول عشرون وفي الثاني مائتان وعند زفر له ثمانية عشر في الاول ومائة وثمانية وتسعون في الثاني وأصل المسألة ان الغايتين يدخلان عندهما وعند زفر رحمه الله لا يدخلان وعند أبي حنيفة عليه الرحمة تدخل الاولى دون الثانية والمسألة مرت في كتاب الطلاق ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم في عشرة ونوى الضرب والحساب فله عشرة دراهم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له مائة درهم وقد ذكرنا المسألة في كتاب الطلاق و بمثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع في عشرة أذرع من داره فله مائة ذراع مكسرة (ووجه) الفرق بين المسألتين على أصل أصحابنا الثلاثة ان الضرب يراد به تكسير الاجزاء فيما يحتمل المساحة في الطول والعرض وذلك يوجد في الدار والدراهم موزونة وليس لها طول ولا عرض فلا يراد بالضرب فيها تكسر أجزائها ومعنى قوله المكسرة أي المكسرة في المساحة وهو ان يكون طولها عشرة أذرع وعرضها عشرة ولو اوصى له بثوب سبعة في أربعة فله كما قال وهو ثوب طوله سبعة أذرع وعرضه أربعة أذرع لان مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فينصرف اللفظ اليه ولو قال عبدي هذا وهذا لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة ان يعطوه أيهما شاؤا لما ذكرنا ان الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن ازالتها ولو كان المورث حيا كان البيان اليه فاذا مات قام الوارث مقامه والفقه في ذلك ان الوصية تمليك بعد الموت والورثة تقوم مقامه في التمليك بخلاف ما اذا قال عبدي هذا أو هذا حر ان البيان اليه لا الى الورثة وينقسم العتق عليهما لان ذلك ليس بتمليك بل هو اتلاف الملك وقد انقسم ذلك عليهما اذ ليس أحدهما باولى من الآخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث ولو أوصى له بحنطة في جوالق فله الحنطة دون الجوالق لان الموصى به الحنطة دون الجوالق والجوالق ليس من توابع الحنطة ألا يرى لو باع الحنطة في الجوالق لا يدخل فيه الجوالق و بيع الحنطة مع الجوالق ليس بمعتاد فلا يدخل في الوصية ولو أوصى له بهذا الجراب الهروي فله الجراب وما فيه لان الجراب يعد تابعا لما فيه عادة حتى يدخل في البيع فكذا في الوصية وكذا لو أوصى له بهذا الدن من الخل فله الدن والخل وكذا لو أوصى بقوصرة تمر فله القوصرة وما فيها لان الدن يعد تابعا للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل ذلك في عقد البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بالسيف فله السيف بجفنه وحمائله (وقال) أبو يوسف له النصل دون الجفن والحمائل فاصل أبي يوسف في هذا الباب انه يعتبر الاتصال والانفصال فما كان متصلا به يدخل وما كان منفصلا عنه لا يدخل والجفن والحمائل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر على ظاهر الرواية التبعية والاصالة في العرف والعادة والجفن والحمائل يعدان تابعان للسيف عرفا وعادة ألا ترى انهما يدخلان في البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة والطفر والركابات واللبب في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالسرج الا بهذه الاشياء فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به وقال أبو يوسف له الدفتان والركابان واللبب ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الطفر لانها منفصلة عن السرج ولو أوصى له بمصحف وله غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنهما كذا ذكر القدوري عليه الرحمة وقال زفر رحمه الله له المصحف والغلاف أما على أصل أبي يوسف فلان الغلاف منفصل

عن المصحف فلا يدخل فى الوصية من غير تسمية وأبو حنيفة رحمه الله يقول ليس بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره للجنب والمحدث مس المصحف بغلافه فلا يدخل و زفر يقول هو تابع للمصحف فيدخل فى الوصية ولو أوصى بميزان قال أبو يوسف له الكفتان والعمود الذى فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والصنجات (وأما) الشاهين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت (وقال) زفر اذا أوصى بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وان أوصى له بشاهين فله التخت والصنجات (١) قابو يوسف مر على أصله ان الصنجة والطرازدان شيئان منفصلان فلا يدخلان فى الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما أن الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو أوصى له بالقبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التى يوضع فيها المتاع فى قولهم جميعاً لان اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوى فيها الاتصال والانفصال ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها لان القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب اسم للزينة ألا ترى انه يقال كسوة القبة والشىء لا يضاف الى نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال ولو أوصى بقبة تركية وهى ما يقال لها بالعجمية خركاه فله القبة مع الكسوة وهى اللبود لانه لا يقال لها قبة تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية و يعتبر فى ذلك العرف والعادة و يختلف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العيدان لانها اسم للكسوة فى العرف ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر فى الاصل وذكر القدورى رحمه الله ان محمداً انما أجاب فيه على عادة زمانه لان فى ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه فى البيع وأما الآن فالعادة ان الزعفران يباع بظروفه فيدخل فى الوصية والتعويل فى الباب على العرف والعادة ولو أوصى له بهذا العسل وهو فى زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك لانه أوصى له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه فى الوصية والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بنصيب ابنه او ابنته لانسان فان كان له ابن أو ابنة لم يصح لان نصيب ابنه أو ابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتمل التحويل الى غيره بالوصية وان لم يكن له ابن أو ابنة صحت الوصية لانها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن أو ابنة وانها صحيحة لما نذكر وان أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن او ابنة جازت لان مثل الشىء غيره لا عينه فليس فى هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى نصيبه و يزاد عليه بمثله فيعطى الموصى له ثم ان كان أكثر من الثلث تحتاج الزيادة الى الاجازة وان كان ثلثاً أو أقل منه لا تحتاج الى الاجازة حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له نصف المال ولابنه النصف لانه جعل له مثل نصيبه فيقتضى ان يكون للابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا ابنين غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على اجازة الابن ان أجاز جازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فللموصى له ثلث المال لانه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما الا وأن يكون المال بينهم أثلاثا ولا يحتاج ههنا الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فللموصى له نصف المال ان أجازت لان نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان أجازت والا فالثلث وان كان له بنتان فللموصى له ثلث المال لانه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحد منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحدة منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضا الثلث ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان اجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له ثلث المال لانه أوصى بمثل نصيب مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر سهم فمثل نصيبه يكون سهما فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد

النصب

النصب فالمسئلة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللموصى له الآخر سهم ولكل واحد من البنين ثمانية أما تخريجها بطريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً لاجل الوصية بمثل نصيب أحد البنين لان مثل الشيء غيره فزاد عليه فيصير أربعة ثم اضرب الاربعة فى ثلاثة لاجل تنفيذ الوصية الاخرى وهى الوصية بثلث مايبقى من الثلث بعد النصب فيصير اثنى عشر ثم تطرح منها سهما واحدا لان الوصية الثانية توجب النقصان فى نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شائعا فى كل المال فتنقص من كل ثلث سهما ولانك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك فاذا نقصت سهما من اثنى عشر بقى احد عشر هو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو اثنان وعشرون وجميع المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الذى كان وذلك سهم واحد واضرب به فى ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة كما ضربت أصل المال لانك احتجت الى ضرب أصل المال فى ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين فاذا ضربت ثلاثة فى ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها سهما كما طرحت من أصل المال فيبقى ثمانية فهو نصيب الموصى له بمثل النصيب ثم اعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهم يبقى الى تمام الثلث سهمان ضمهما تلثى المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد الله سبحانه وتعالى (وأما) تخريجها على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه النصيب وهو سهم يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك الى تنفيذ الوصية الاخرى وهو الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة فاذا جعلت ثلث المال أربعة اعط للموصى له بالنصيب سهما من أربعة يبقى ثلاثة فاعط للموصى له بثلث ما بقى ثلث ما بقى وذلك سهم يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك ثمانية لان ثلث المال لما كان أربعة كان ثلثاه مثليه وذلك ثمانية ومتى ضممت اثنين الى ثمانية صارت عشرة وحاجتك الى ثلاثة أسهم لاغير للبنين الثلاثة لانك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهما فظهر انك قد أخطأت بزيادة سبعة فزد فى النصيب لانه ظهر ان هذا الخطأ ما جاء الا من قبل نقصان النصيب فظهر أن النصيب يجب ان يكون أزيد من سهم فزد فى النصيب فاجعله سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط الموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الآخر سهما مما بقى يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر وحاجتك الى ستة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة ستة أسهم وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم فى النصيب سهم من سهام الخطأ فعلمت انك مهما زدت فى النصيب سهما ينتقص من سهام الخطأ سهم وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطأ والباقى من سهام الخطأ ستة فالذى يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة اسهم من النصيب فزد فى النصيب ستة أسهم فتصير ثمانية فهذا هو النصيب وبقى الى تمام الثلث ثلاثة اعط منها سهما للموصى له الآخر يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين لكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الاصغر أو الاكبر أو الصغير أو الكبير مبنية على هذه الطريقة أما طريقة الجامع الاصغر أو الصغير فهى انه اذا تبين لك انك أخطأت مرتين وأردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول فى الخطأ الثانى والثلث الثانى فى الخطأ الاول فما اجتمع فاطرح الاقل من الاكثر فما بقى فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول فى الخطأ الثانى واضرب النصيب الثانى فى الخطأ الاول ثم اطرح الاقل من الاكثر فما بقى فهو النصيب واذا عرفت هذا ففى هذه المسئلة الثلث الاول أربعة والخطأ الثانى ستة فاضرب أربعة فى ستة فتصير أربعه وعشرين والثلث الثانى خمسة والخطأ الاول سبعة فاضرب خمسة فى سبعه فتكون خمسة وثلاثين ثم اطرح أربعة وعشرين من خمسة وثلاثين فيبقى احد عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطأ الثانى ستة فاضرب سهما فى ستة تكون ستة والنصيب الثانى سهمان والخطأ الاول سبعة فاضرب سهمين فى سبعة فتكون أربعة عشر واطرح الاقل وهو ستة

من الاكثر وهو أربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب (وأما) طريقة الجامع الكبير أو الاكبر فهى انه اذا ظهر لك الخطأ الاول فلا تزد فى النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر فى الخطأين واعمل ما عملت فى طريقة الجامع الاصغر اذا عرفت هذا ففى هذه المسئلة ظهر الخطأ الاول سبعة فضعف ما وراء النصيب من الثلث وذلك بان تزيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة فاعط بالنصيب ستهما واعط بالوصية الاخرى ثلث الباقى وذلك سهمان يبقى أربعة ضم ذلك الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى ثلاثة فظهر الخطأ خمسة عشر فاذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الاول وذلك أربعة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك خمسة عشر فتصير ستين وخذ الثلث الثانى وذلك سبعة واضربه فى الخطأ الاول وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين ثم اطرح الاقل وذلك تسعة وأربعون من الاكثر وذلك ستون يبقى أحد عشر فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الاول وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى وذلك خمسة عشر فتكون خمسة عشر وخذ النصيب الثانى وذلك سهم واضربه فى الخطأ الاول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو النصيب ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من احد وخمسين سهما لصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقى ثلثه ولكل ابن ثمانية (أما) تخريج المسئلة على طريق الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتفرز نصيبهم وذلك خمسة أسهم وتزيد عليه سهما آخر لاجل الموصى له بمثل النصيب لان مثل الشئ غيره فتصير ستة فاضربها فى مخرج الثلث وذلك ثلاثة لاجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهما واحدا لاجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث لانه زاد فى الوصية والزيادة فى الوصية توجب نقصانا فى نصيب الموصى له الاول وثلث ما يبقى من الثلث ثمانية لما نذكر ان شاء الله تعالى ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا الثلث سهم لذلك قلنا انه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاه وذلك اربعة وثلاثون وجميع المال احد وخمسون وثلث المال سبعة عشر واذا أردت ان تعرف قدر النصيب فخذ النصيب وذلك سهم واضربه فى ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لقوله ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب فتصير تسعة ثم انقص منها واحدا لاجل الموصى له كما نقصت فى الابتداء فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقى الى تمام المال تسعة فاعط الموصى له بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة فيبقى ستة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين سهما فتقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب (واما) التخريج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه سهما وهو النصيب يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك الى اعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة فاجعل ثلث المال أربعة فانفذ منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهما والآخر ثلث ما بقى وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك ثمانية فتصير عشرة بين البنين الخمس فتبين انك قد أخطأت بخمسة لان حاجتك الى خمسة لانك قد اعطيت للموصى له بالنصيب سهما فلا تحتاج الا الى خمسة فأزل هذا الخطأ وذلك بالزيادة فى النصيب لان هذا الخطأ انما جاء من قبل نقصان النصيب فزد فى النصيب سهما فتصير الثلث على خمسة فنفذ منها الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر بين البنين الخمس فيظهر انك أخطأت بسهمين لان حاجتك الى عشرة وكان الخطأ الاول خمسة فذهب من سهام الخطا ثلاثة فتبين أنك مهما زدت فى النصيب سهما تماما يذهب من سهام الخطا ثلاثة وأنك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطا وهو سهمان وطريقه أن تزيد على النصيب ثلثى سهم حتى يذهب الخطأ كله لان بزيادة سهم تام اذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطا

يعلم

يعلم ضرورة أن بزيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطا فيذهب بزيادة ثلثى سهم سهمان فصار النصيب سهمين وثلثى سهم وتمام الثلث وراءه ثلاثة فصار الثلث كله خمسة أسهم وثلثى سهم فانكسر فاضرب خمسة وثلثى فى ثلاثة فتصير سبعة عشر لان خمسة فى ثلاثة تكون خمسة عشر وثلثان فى ثلاثة تكون سهمين فذلك سبعة عشر فهو الثلث والثلثان مثلا ذلك فتصير أحدوخمسين والنضيب سهمان وثلثا سهم مضروب فى ثلاثة فتصير ثمانية لان سهمين فى ثلاثة ستة وثلثان فى ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب بقى الى تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث مابقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين لكل واحد من البنين الخمسة ثمانية (وأما) تخريجه على طريقة الجامع الاصغر وهو أنه اذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيأ ولكن اضرب الثلث الاول فى الخطا الثانى والثلث الثانى فى الخطا الاول فما بلغ فاطرح منه أقلهما من أكثرهما فما بقى فهو ثلث المال والثلث الاول ههنا كان أربعة والخطأ الثانى كان سهمين فاضرب سهمين فى أربعة فتصير ثمانية والثلث الثانى خمسة والخطأ الاول كان خمسة فاضرب خمسة فى خمسة فتصير خمسة وعشرين فاطرح الاقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر فهو ثلث المال وهكذا اعمل فى النصيب وهو أنك تضرب النصيب الاول فى الخطا الثانى والنصيب الثانى فى الخطا الاول فما بلغ فاطرح مثل أقلهما من أكثرهما فما بقى فهو النصيب والنصيب الاول سهم والخطأ الثانى سهمان فسهم فى سهمين يكون سهمين والنصيب الثانى سهمان والخطأ الاول خمسة فاضرب سهمين فى خمسة تكون عشرة ثم اطرح الاقل وهو سهمان من الاكثر وهو عشرة فيبقى ثمانية وهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ماذكرنا واختار الحساب فى الخطأين هذه الطريقة لما فيها من اللين والسهولة لانه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطأين يتعين الآخر لانه قد زاد عليه من حيث الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج الى الضرب وفيه نوع عسر (وأما) التخريج على طريقة الجامع الاكبر فهو أنه اذا تبين لك الخطأ الاول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ماوراء النصيب ووراء النصيب ههنا ثلاثة فاذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب سهما وبثلث مابقى سهمين يبقى أربعة ضمها الى ثلثى المال وهو أربعة عشر فيصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة وحاجتك الى خمسة فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر ثم اضرب هذا الخطأ فى الثلث الاول يصير اثنين وخمسين واضرب الخطأ الاول وهو خمسة فى الثلث الثانى وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر فتصير سبعة عشر وفى النصيب اعمل هكذ فاضرب النصيب الاول فى الخطا الثانى فتصير ثلاثة عشر والنصيب الثانى فى الخطا الاول فتصير خمسة ثم اطرح خمسة من ثلاثة عشر فما بقى فهو النصيب وطريقة الجامع الاصغر أسهل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بربع مابقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من تسعة وستين للموصى له بمثل النصيب أحد عشر وللموصى له بربع مابقى من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر (أما) التخريج على طريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين وهو خمسة وتزيد عليها سهما لاجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم اضرب الستة فى مخرج الربع وذلك أربعة لاجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح منها سهما لما ذكرنا فيبقى ثلاثة وعشرون فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وأربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب فى أربعة ثم الاربعة فى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم اطرح منه سهما يبقى أحد عشر فهو للموصى له بمثل النصيب فيبقى الى تمام الثلث اثنا عشر فاعط منها ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب وذلك ثلاثة يبقى تسعة ضمها الى ثلثى المال وذلك ستة وأربعون فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد احد عشر فاستقام الحساب (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو أن تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه النصيب يبقى وراءه عدد له ربع وأقله خمسة فاعط بالنصيب سهما يبقى أربعة فاعط ربع مابقى سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة

عشر وحاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب
فظهر أنك أخطأت بثمانية أسهم فزد فى النصيب سهما فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب سهمين وبربع مايبقى
سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثى المال وهو اثنا عشر فيصير خمسة عشر فظهر لك أنك أخطأت بخمسة لان حاجتك
الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له بالنصيب الا أنه انتقص من سهام الخطأ فى هذه الكرة
ثلاثة لان الخطأ الاول كان بثمانية وفى هذه الكرة بخمسة فتبين أنك مهما زدت فى النصيب سهما كاملا يذهب
من سهام الخطا ثلاثة فزد ثلثى سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة أسهم وثلثى سهم
ووراءه أربعة أسهم فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثى سهم وانكسر بالاثلاث فاضرب سبعة أسهم وثلثى سهم
فى ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ستة وأربعون فكل المال تسعة
وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروب فى ثلاثة فيكون أحد عشر والباقى الى تمام الثلث اثنا عشر ثلاثة منها وهى ربع
ما بقى من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثى المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من
البنين أحد عشر والتخريج على طريقة الاصغر والاكبر على نحو ما بينا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بخمس
ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر ولصاحب الخمس
ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) التخريج على طريقة الجشو فعلى نحو ما ذكرنا أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة
وتزيد عليها واحدا كما فعلت فى المسائل المتقدمة فتصير ستة ثم اضرب ستة فى مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين
ثم انقص منها واحدا للمعنى الذى ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية
وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه فى خمسة ثم
اضرب خمسة فى ثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير خمسة عشر ثم انقص منها سهما فيبقى أربعة عشر فهذا هو النصيب
فأعط للموصى له بمثل النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلاثة
يبقى هناك اثنا عشر ضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية وخمسون فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن
أربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فعلى نحو ما بينا أنك تجعل ثلث المال
عددا لو أعطينا منه نصيبا يبقى وراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة فتعطى منها سهما بالنصيب وسهما بخمس ما يبقى
من الثلث بعد النصيب فيبقى وراءه أربعة ضمها الى ثلثى المال فتصير ستة عشر فتبين أنك أخطأت باحد عشر لان
حاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد فى النصيب سهما فيصير الثلث
سبعة فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقى سهما فيبقى هناك أربعة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة
عشر فتصير ثمانية عشر فتبين انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة ثمانية لان حاجتك الى عشرة لكل ابن
سهمان كما كان للموصى له فظهر لك ان بزيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وانك تحتاج
الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطا وهى ثمانية أسهم فزد سهمين وثلثى سهم على سهمين فتصير أربعة أسهم
وثلثى سهم وما وراءه خمسة أسهم فصار الثلث تسعة أسهم وثلثى سهم فاضرب هذه الجملة فى ثلاثة فتصير تسعة
وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب أربعة وثلثان مضروب فى ثلاثة
فتصير أربعة عشر والباقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاخرج منها الخمس وضم الباقى الى ثلثى المال على ما علمناك
وطريقتا الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما بقى من الثلث بعد
النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين فالنصيب عشرة والاستثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة (أما) على طريقة
الجشو فهو أنك تأخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وتزيد عليها واحدا فتصير ستة ثم اضرب ستة فى ثلاثة
لقوله الا ثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهما لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة

في نصيب الورثة وهي شائعة في كل المال فتزيد على كل ثلث سهما كما كنت تنقص في المسائل المتقدمة من كل ثلث سهما لان النقصان هناك ما كان لذاته لما ذكرنا ولاستقامة الحساب وههنا لا يستقيم الا بالزيادة فتزاد فتصير تسعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا أردت معرفة النصيب فالنصيب كان واحدا فاضرب به في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لما ذكرنا فتصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت في الابتداء فتصير عشرة فهذا هو النصيب وبقي الى تمام ثلث المال تسعة فاستثن من النصيب مقدار ثلث ما بقي وهو ثلاثة فاذا استثنيت من العشرة ثلاثة يبقى للموصى له سبعة أسهم فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقي وهو تسعة وذلك اثنا عشر الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء واما طريقة الخطائين فهي أن تجعل الثلث على عدد لو اعطيت منه نصيبا يبقى وراءه ثلاثة ولو استثنيت من النصيب ثلث ما يبقى يبقى وراءه سهم وأقل ذلك أن يجعل الثلث على خمسة أسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين ثم استثن منه مثل ثلث ما يبقى وهو واحد وضمه الى ما بقي فتصير أربعة فضمها الى ثلثي المال وهو عشرة أسهم فتصير أربعة عشر سهما وحاجتك الى عشرة أسهم لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بزيادة أربعة أسهم فزد في النصيب سهما فتصير ثلاثة ووراءه ثلاثة ثم استثن منه سهما وضمه الى ما بقي فتصير أربعة ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بسهم والخطأ الاول كان بأربعة فظهر ان بزيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطا فتعلم أن بزيادة ثلث سهم أخر يذهب ما بقي من الخطا فرد ثلثا آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم وما بقي ثلاثة أسهم فتصير ستة أسهم وثلث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلاثة وثلث سهم مضروب في ثلاثة فيكون عشرة والاستثناء منه ثلاثة فذلك سبعة وهي للموصى له ولكل ابن عشرة فخرجت الفريضة من سبعة وخمسين هذا اذا استثنى ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنى ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من خمسة وسبعين النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) طريقة الحشو فاذ كرنا أن تأخذ عدد البنين وتزيد عليه سهما فتصير ستة ثم اضربه في مخرج الربع وذلك اربعة فتصير أربعة وعشرين ثم زد عليها واحدا لما ذكرنا فتصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا المعرفة أصل المال (واما) معرفة النصيب فان كان واحدا فاضربه في أربعة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير أربعة ثم اضرب أربعة في ثلاثة فتصير اثنى عشر فزد عليها واحدا لما ذكرنا أيضا فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب فيبقى الى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون اثنا عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقي للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقي للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر فتصير خمسة عشر ثم تضمها الى ثلثي المال خمسون فتصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب قبل الاستثناء (وأما) طريقة الخطائين فهي أن تجعل ثلث المال عددا اذا أعطيت منه النصيب يبقى وراءه أربعة واذا استثنيت من النصيب مثل ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب يبقى وراءه سهم وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثي المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقي وذلك سهم وضمه الى ما بقي فتصير خمسة ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة وان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فزد في النصيب سهما فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وهو سهم وضمه الى ما بقي وذلك أربعة فتصير خمسة فضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر فيظهر أنك أخطأت في

هـذه الكرة بأربعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب وتبين لك أنك مهما زدت فى النصيب سهما انتقص من سهام الخطأ ثلاثة وقد بقى من سهام الخطأ أربعة وانك تحتاج الى اذهابها فزد فى النصيب قدر ما يذهب به وهو أربعة فزد فى النصيب سهما وثلث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها فصار النصيب أربعة أسهم وثلث سهم وما بقى أربعة أسهم فتصير ثمانية أسهم وثلث سهم فاضربها فى ثلاثة فتصير خمسة وعشرين وهى ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجملته خمسة وسبعون والنصيب أربعة أسهم وثلث سهم مضروب فى ثلاثة فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر يصير خمسة عشر ثم تضم الى ثلثى المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستين واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء والتخريج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين الثلث منها ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة ثم زد عليها سهما لاجل النصيب فتصير أربعة ثم اضرب الاربعة فى ثلاثة لان المستثنى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم زد واحداً فتصير ثلاثة عشر فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وعشرون (وأما) معرفة النصيب الكامل فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد واضربه فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لمكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً كما زدت فى الثلث فتصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد وضمه الى ما بقى من الثلث فتصير أربعة فهذه الاربعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثى المال وذلك ستة وعشرون فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت بالنصيب شيأ ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب يبقى فى يد الموصى له شىء وأقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لمكان الاستثناء وضمه الى ما بقى من الثلث بعد النصيب فتصير أربعة فهى فاضلة من الوصية فضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر انك أخطأت بثمانية فزد على النصيب سهما آخر حتى اذا أعطيت بالنصيب ثلاثة يبقى بعده ماله ثلث لمكان الاستثناء فاجعل الثلث ستة فاعط النصيب ثلاثة يبقى ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أربعة فضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة سبعة والخطأ الاول كان بزيادة ثمانية فتبين لك ان كل سهم زيد على الثلث يذهب سهما من الخطأ فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة يبقى الى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع سهما فصار أربعة فضمها الى ثلثى المال وهو ستة وعشرون فتصير ثلاثين على نحو ما ذكرنا وطريقة الجامع الاصغر على ما بينا وهو ان لا تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم خذ الثلث الثانى وذلك ستة واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثناء وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى وذلك سبعة فتصير سبعة ثم خذ النصيب الثانى وذلك سهمان واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب ثم الباقى على نحو ما ذكرنا (وأما) طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فتصير

ثمانية ثم زدعليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثانى فاعط بالنصيب ثلاثة يبقى ستة فثلث ما بقى سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان وضمهما الى ما معك وذلك ستة فتصير ثمانية فهى فاضلة عن الوصية وضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة سبعة عشر فى طريقة الجامع الاكبر والخطأ الاول فى طريقة الخطائين كان بزيادة ثمانية فخذ الثلث الاول فى طريقة الخطائين وذلك خمسة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك سبعة عشر فتصير خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثانى وذلك تسعة واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير اثنين وسبعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول من طريق الخطائين وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى من الجامع الاكبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر وخذ النصيب الثانى وذلك سهم من طريقة الجامع الاكبر واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية بثمانية واطرح الاقل من الاكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة هذا اذا قال الاثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب (فاما) اذا قال الاثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسألة ما ذكرنا فى الفصل الاول الا أن فى تخريجه ضرب تفاوت (أما) على طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وتزيد عليه واحداً ثم تضربها فى مخرج النصف وهو سهمان وانما ضربناهذا فى سهمين والاول فى ثلاثة لان مقصود الموصى ههنا أن يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقى ولن يكون ذلك الا أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا استرجعت منه شيأ يكون المسترجع ثلث ما بقى ومقصوده فى المسألة الاولى الا أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل الاسترجاع مثل ثلاثة ولن يكون ذلك الا وأن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت شيأ يكون المسترجع ربعه فاذا ضربت أربعة فى اثنين بلغ ثمانية ثم تزيد واحدا فتصير تسعة فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ثمانية عشر (فاما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضربه فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة فاضرب الثلاثة فى مخرج النصف وذلك سهمان فتصير ستة ثم زدعليه سهما فتصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب النصيب سبعة يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهما فضمه الى ذلك فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال فيصير احد وعشرون لكل ابن سبعة (وأما) طريقة الخطائين فهى ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه نصيباً واسترجعت منه شيأ يكون المسترجع مثل نصف وأقل ذلك أربعة ادفع للموصى له بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهماً ضمه الى ما بقى وهى اثنان وما بقى وهو سهم المال فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية فتصير احد عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك اخطأت بزيادة خمسة فزد فى النصيب سهما واعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقى فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك قد أخطأت بزيادة أربعة فظهر انك كلما زدت درهما يزول خطأ درهم فزد فى الابتداء على النصيب قدر خطأ الاول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقى الى تمام الثلث بعد النصيب سهمان فاسترجع منه سهما وضمه مع الباقى الى ثلثى المال وهو ثمانية عشر فصار احدا وعشرين فاعط لكل ابن سبعة وللموصى له ستة هذا اذا قيد قوله الاثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية (فاما) اذا أطلق بان قال الاثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد قال عامة الحساب يعنى المعروفين بعلم الحساب من أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة الفصل الاول وهو ما اذا قال الاثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وقال محمد رحمه الله هو بمنزلة الفصل الثانى وهو ما اذا قال الاثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية (وجه) قول العامة انه لما قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى فقد أتى بوصية صحيحة واستحق ربع المال لانه جعل نصيبه مثل نصيب أحد بنيه كانه أحد بنيه فلما قال الاثلث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقا وذلك

يحتمل بعد الوصية و يحتمل بعد النصيب الا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل والمستخرج بعد الوصية أكثر والاقل متيقن به فى استخراجه وفى استخراج الزيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلة تحت المستثنى منه (وجه) قول محمد أن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من التناقض على ما عرف فى أصول الفقه بل هو تكلم بالباقى بعد الثنيا فلم يدخل المستثنى فى صدر الكلام لانه دخل ثم خرج بكلام الاستثناء فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول الا المستثنى منه والمستثنى يحتمل الاقل والاكثر فلا يتناول اللفظ الا القدر المتيقن به وهو الاقل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من أحد وخمسين النصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر (أما) تخريجها على طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتزيد عليه واحدا فيصير أربعة فاضرب أربعة فى مخرج السهم المستثنى وهو اربعة فتصير ستة عشر ثم زد سهما فتصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه أربعة وثلاثون فجملته احد وخمسون هذا المعرفة أصل المال (وأما) معرفة النصيب فهى ان تاخذ النصيب وذلك سهم وتضربه فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة فى مخرج السهم المستثنى وذلك أربعة فتصير اثنى عشر ثم تزيد عليه سهما فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقى الى تمام الثلث أربعة فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقى وهو سهم وضمه الى ما بقى فصار خمسة فضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فيبلغ تسعة وثلاثين فاعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال ستة ليبقى بعد اعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وذلك سهم وضمه الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر وحاجتك الى ستة لانك اعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك أخطأت بزيادة احد عشر فزد فى النصيب سهما تصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقى الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة عشرة وظهر أن كل سهم زائد يزيل خطأ سهم فزد على النصيب قدر الخطأ الاول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فأعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقى وهى اربعة فضمها الى ثلثى المال وذلك اربعة وثلاثون فتصير تسعة وثلاثين كما ذكرنا ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب احدهم الا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخريج المسئلة على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة وتزيد عليها واحدا فتصير ستة ثم تضرب ستة فى مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثنا عشر فتصير اثنين وسبعين ثم تزيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر وثلثه وربعه سبعة فتصير تسعة وسبعين فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك مائة وثمانية وخمسون (وأما) معرفة النصيب فهو ان تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه فى مخرج الثلث وذلك ثلاثة فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة فى مخرج السهم المستثنى وذلك اثنا عشر فتصير ستة وثلاثة ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة فتصير ثلاثة وأربعين فهو النصيب بقى الى تمام الثلث ستة وثلاثون وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقى وهو ستة وثلاثون فتصير سبعة وخمسين ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فتبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنين وعشرين ولو قال الا ثلث وربع ما بقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخريجها على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه واحداً فتصير ستة ثم تضربه فى خمسة لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والربع وذلك سبعة فتصير سبعة وثلاثين فهو الثلث والثلثان أربعة وسبعون (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضربه فى ثلاثة ثم ثلاثة فى خمسة فصارت خمسة عشر

ثم زدعليه مثل مخرج الثلث والربع وهوسبعة فتصيراثنين وعشرين وبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحدوعشرون وضمها الى ما بقى من الثلث وهوخمسة عشر فتصير ستة وثلاثين ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وسبعون تبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصى له درهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولوترك خمسة بنين وقدأوصى بمثل نصيب أحدهم وثلثى ما بقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر والباقى بعد النصيبين من الثلث ثلاثة تعطى ثلثى مابقى من الثلث سهمان من ذلك يبقى سهم يردالى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين وتخريجه على طريقة الحشوان تأخذعددالبنين وذلك خمسة وتزيدعليه بالنصيبين سهمين لان الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابنين فكان البنين سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربها فى ثلاثة لاجل الثلث فتصير أحدوعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلثى مابقى من الثلث لتخريج المسألة فيبقى سبعة عشروهوالثلث واذا أردت معرفة النصيب فالوجه فيه ان تأخذالنصيبين وذلك سهمان وتضربهما فى ثلاثة فتصيرستة لان الوصية تنفذمن الثلث ثم اضربه فى ثلاثة لاجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشرثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من الاول يبقى أربعة عشر فهوالنصيبان يبقى الى تمام الثلث ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يردالى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهوان تجعل ثلث المال سهاما لوأعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان وذلك خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلثى مايبقى سهمين يبقى سهم يردالى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير أحد عشر وحاجتنا الى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر انك أخطأت بزيادة ستة فزدفى ثلثى المال سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلثى مايبقى سهمين يبقى سهم فزده الى ثلث المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتك الى عشرة لانك أعطيت بالنصيبين أربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة خمسة والخطأ الاول كان ستة فمتى زدت سهمين ذهب به من الخطأ سهم فعلم ان كل سهم يزاد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فزاد اثنا عشر على الثلث الاول وهوخمسة حتى يزول الخطأ كله فتصير سبعة عشر فهو الثلث ثم الباقى الى آخره وأما على طريقة الجامع الاصغر فهو ان تأخذ الثلث الاوّل وهو خمسة واضرب به فى الخطأ الثانى وهو خمسة فتصير خمسة وعشرين وتأخذ الثلث الثانى وذلك سبعة وتضرب به فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير اثنين وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهوالثلث (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضرب به فى الخطأ الثانى وذلك خمسة فتصير عشرة ثم تضرب النصيب الثانى وذلك أربعة فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثر فيبقى أربعة عشر فهوالنصيبان (وأما) على طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول الا النصيبين وذلك ثلاثة فتصير ستة ثم زدعليه النصيبين فتصير ثمانية وهذا هوالثلث فاعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة وأعط ثلثى مايبقى أربعة يبقى سهمان يردالى ثلثى المال وذلك ستة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى خمسة لانك أعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثانى فى الجامع الاكبر زيادة ثلاثة والخطأ الاول فى الخطأين كان زيادة ستة فخذ الثلث الاول فى الخطأين وذلك خمسة واضرب به فى الخطأ الثانى وذلك ثلاثة عشر فتصير خمسة وستين وخذ الثلث الثانى فى الجامع الاكبر وذلك ثمانية واضرب به فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهوالثلث (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والآخر ثلاثة عشر فاطرح الاقل من الاكثر فاذا اطرحت ستة

من ثلاثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ولو أوصى بثلث ما يبقى والمسئلة بحالها فالفريضة من تسعة وخمسين والثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى واحد (وتخريجها) على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين وذلك سهمان فتصير سبعة ثم اضربها فى ثلاثة فتصير احدا وعشرين ثم اطرح منها النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله فى هذه المسئلة سهمين وفى المسئلة المتقدمة طرح أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثى ما يبقى فعلى قياس ما ذكرهناك يجب ان يطرح ههنا أيضاً أربعة (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما فى ثلاثة فتصير ستة ثم تضرب ستة فى ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى ثلثه وذلك سهم يبقى سهمان يرد الى ثلثى المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير أربعين تقسم بين البنين لكل ابن ثمانية (وأما) التخريج على طريق الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهم ترد الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر وحاجتك الى خمسة فتبين انك أخطأت بزيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين اربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان تضم الى ثلثى المال وذلك اربعة عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى عشرة فظهر انك اخطأت فى هذه الكرة بزيادة ستة والخطأ الاول كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين تزاد فى الثلث تذهب من الخطأ سهما فزد فى الثلث الاول أربعة عشر سهما حتى يزول الخطأ كله فاذا زدت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر فهو الثلث ثم يأتى الكلام على نحو ما ذكرنا (والتخريج) على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما بينا فاذا مات رجل وترك أما وابنتين وامرأتين وعصبة وأوصى لرجل بمثل نصيب احدى ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث لآخر فالفريضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث الباقى اثنان وللبنتين اثنان وثلاثون وللام ثمانية وللمرأة ستة وللعصبة سهمان هكذا اخرجها محمد رحمه الله فى الاصل ومشايخنا رحمهم الله خرجوها من نصف ما خرجها فى الكتاب من غير كسر وهو ثلاثة وثلاثون (وطريق) هذا التخريج ان أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين لحاجتك الى الثمن والثلثين والسدس فللمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللبنتين الثلثان سته عشر وللام السدس أربعة أسهم وللعصبة سهم فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث فصار فى المعنى كان عدد الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وبثلث ما يبقى من الثلث ولو كان هكذا فالجواب سهل وهو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهما لاجل الوصية الاولى وتضربها فى ثلاثة لاجل الوصية الثانية فتصير اثنى عشر ثم اطرح منها سهما لاجل الوصية الثانية فيصير ثلث المال احد عشر وثلثاه مثلاه وذلك اثنان وعشرون فتصير جملة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد مضروب فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية فاعط لصاحب النصيب ثمانية واعط ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد فتصير تسعة وبقى الى تمام الثلث سهمان ضمها الى الثلثين وهو اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين للبنتين الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما أعطيت لصاحب النصيب وللأم اربعة أسهم وللمرأة ثلاثة أسهم وللعصبة سهم فخرجت المسئلة من نصف ما خرج فى الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب احدى البنتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من ستمائة وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقى ستة عشر وطريق التخريج ان تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة زد عليها سهما لاجل الوصية فتصير أربعة ثم اضرب أربعة فى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم زد عليها سهما تصير ثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير تسعة وثلاثين والنصيب سهم فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فذلك تسعة ثم زد عليها سهما فتصير عشرة ثم استثن منها سهما مثل ثلث ما يبقى وضمه الى ما بقى فتصير أربعة ثم ضم الاربعة الى ثلثى المال فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء وللام السدس خمسة بقى خمسة

بين المرأة والعصبة أرباعا لان حق المرأة فى ثلاثة أسهم وحق العصبة فى سهم فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة فان رضيت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أرباعا وان لم ترض فاضرب أصل الحساب فى أربعة فتكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة وهو ربع ماخرجه محمد فى الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث مايبقى من الثلث فالفريضة من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أربعة وعشرون وثلث الباقى ثمانية عشر وطريقه ان تجعل كان عدد الورثة ثمانية لان السهام ثمانية فكأنه أوصى بمثل نصيب أحدهم فزد عليه سهماً فتصير تسعة ثم اضربها فى ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهماً فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال ثمانية وسبعون والنصيب سهم مضروب فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية وثلث مايبقى ستة فيبقى اثناعشر ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنان وخمسون فتصير أربعة وستين للمرأة منها ثمانية وتبين انك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الام والبنتين والعصبة لانه يجب أن يكون للبنتين ثلثا أربعة وستين وليس لها ثلث صحيح وللام سدسها وليس لها سدس صحيح أيضاً غير ان بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف فاضرب أحدهما فى وفق الآخر وهو ثمانية وسبعون فى ثلاثة فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثين كما قال فى الكتاب فكل من كان له سهم فى الحساب الأول صار له ثلاثة فى الحساب الثانى كان حق الموصى له فى ثمانية فصار أربعة وعشرين وحق البنتين فى اثنين وأربعين وثلثى درهم فصار مائة وثمانية وعشرين وحق الام فى عشرة وثلثى درهم مضروب فى ثلاثة فيكون اثنين وثلاثين وحق العصبة فى درهمين وثلثى درهم مضروب فى ثلاثة فيكون ثمانية دراهم ولو كان لرجل خمس بنين فاوصى لاحدهم بكمال الربع بنصيبه ولآخر بثلث مايبقى من الثلث فاجاز وافالفريضة من اثنى عشر النصيب اثنان وتكملة الربع سهم واحد وثلث مايبقى من الثلث واحد لان الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت ما بين نصيبه والربع سهم لانه لو لم يكن ههنا وصية لاجنبى لكان له الربع والباقى بين البنين الاربعة أرباعا فاحتجنا الى حساب له ربع ولباقيه ربع وأقله ستة عشر فيعطى له ربع المال أربعة والباقى بين البنين الاربعة ارباعا لكل ابن ثلاثة وله أربعة فتبين انه بهذه الوصية لا يستحق الا سهماً فاذا أوصى لغيره بثلث مايبقى من الثلث نخذ حسابا له ثلث وربع وأقله اثناعشر فثلثه أربعة وربعه ثلاثة فأعط للموصى له بكمال الربع سهمان وللآخر سهما لان ثلث مايبقى من الثلث بعد كمال الربع سهم بقى اثنان ضمهما الى ثلثى المال فتصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان (فتبين) انا اذا أعطينا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ما أصاب هؤلاء والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث ولم يجز الزيادة فلا تجوز الزيادة على الثلث الا باجازة الوارث الذى هو من أهل الاجازة والاصل فى اعتبار هذا الشرط ماروينا من حديث سعد رضى الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى بجميع مالى فقال لا فقال فبثلثيه فقال لا فقال فبنصفه قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبثلثه فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة ان يتكففون الناس وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا فى قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته فى المرض أو فى الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا انه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض وحقهم يتعلق بماله فى مرض موته الا فى القدر المستثنى وهو الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحا تجوز فى جميع ماله وان كان مريضا لا تجوز الا فى الثلث لان الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك

للحال فيعتبر فيهما حال العقد فاذا كان صحيحا فلا حق لاحد فى ماله فيجوز من جميع المال واذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله فلا يجوز الا فى قدر الثلث وكذا الاعتاق فى مرض الموت والبيع والمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيه وابراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا ان شاء الكفالة بالدين فى حال المرض وضمان الدرك لانه تبرع بالتزام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم فى الهبة ولو أقر فى مرضه بكفالته بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتى لا يصدق فى حق غرماء الصحة ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء ولو كفل فى صحته واضاف ذلك الى ما يستقبل بان قال للمكفول له كفلت بما يذوب لك على فلان ثم وجب له على فلان دين فى حال مرض الكفيل فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة لان الكفالة وجدت فى حال الصحة وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فيمن أوصى لام ولده فى حياته وصحته ثم مات انه ميراث ولو أوصى عند موته لها بوصية فهى لها من الثلث والاول محمول على ما اذا أعطاها شيأ فى حياته على وجه الهبة لان الهبة منها لا تتصور حقيقة لكونها تمليكا وهى ليست من أهل الملك لانها مملوكة والثانى يجرى على ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وهى عند الموت من أهل الملك لكونها حرة فكانت من أهل الوصية لها ولو أوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له تجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعى لا تجوز الا من الثلث والمسئلة ذكرناها فى كتاب الولاء وكذلك اذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث لان امتناع النفاذ فى الزيادة لحقه والا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم فاذا أجاز فقد زال المانع ثم اذا جازت باجازته فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصى لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصى لا جواز عطية من الوارث وهذا قول أصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله جوازها جواز هبة وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده وعندنا لا يقف (وجه) قوله ان النفاذ لما وقف على اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو أجاز الوصية فى مرض موته تعتبر اجازته من ثلثه فثبت ان التمليك منه (ولنا) ان الموصى بالوصية متصرف فى ملك نفسه والاصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الاهل فى المحل وانما الامتناع لمانع وهو حق الوارث فاذا أجاز فقد أزال المانع وينفذ بالسبب السابق لا بازالة المانع لان ازالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب فى الحقيقة لا على الشرط لان الشروط كلها شروط الاسباب لا شروط الاحكام على ما عرف فى أصول الفقه وقد خرج الجواب عما ذكر (وأما) اجازته فى مرض موته فانما اعتبرت من ثلثه لا لكون الاجازة منه تمليكا وايجابا للملك لان الاجازة لا تنبئ عن التمليك بل هى ازالة المانع عن وقوع التصرف تمليكا باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع فى هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه بالتمليك بالهبة من الثلث فان أجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر حصة المجيز منهم وبطلت بقدر انصباء الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد فى قدر حصته فتصرف كل واحد منهم فى نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ ثم انما تعتبر اجازة من أجاز اذا كان المجيز من أهل الاجازة بان كان بالغا عاقلا فان كان مجنونا أو صبيا لا يعقل لا تعتبر اجازته فان كان عاقلا بالغا لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث واحدا كانت اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى لو كان الموصى له وارثه لا تجوز اجازته الا ان تجيزها ورثة المريض بعد موته وان كان أجنبيا تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما بعد موت الموصى ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو أجازوا فى حياته لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تجوز اجازتهم بعد موته وحال حياته واذا أجازوا فى حياته فليس لهم ان يرجعوا بعد موته ولا خلاف فى انهم اذا أجازوا بعد موته ليس لهم ان

يرجعوا

يرجعوا بعد ذلك (وجه) قول ابن أبي ليلى ان اجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لان حقهم يتعلق بماله في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا حقهم بالاجازة فجازت اجازتهم (ولنا) ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فاذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن الا انه اذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت الى اول المرض والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي واجازتهم قد مضت لغوا ضائعا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل على ان حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحل له أن يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطئ ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع على ان في اثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لابطال الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي ولو أوصى بألف درهم من مال رجل أو عبد اوشئ آخر له فأجازه ذلك الرجل قبل موته او بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصى له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس بجواز وصيته اذ لا ولاية على مال الغير وانما جوازه جواز هبة من صاحب المال فلم تكن اجازته اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصى صادف ملك غيره فوقف على اجازته فاذا اجازه الغير فوقع هبة من جهته لا وصية من الموصى كانه وهبه ابتداء فان سلم جازت الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد على الثلث اذا اجازها الورثة انها تجوز ولا يشترط فيها التسليم الى الموصى له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفته ملك نفسه فلا يفتقر الى التسليم وانما يفتقر الى الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية ونفذت وسواء كان الموصى به جزأ مسمى كالثلث والنصف او كان جميع المال او كان عينا مشارا اليها بان اوصى بعبد له او ثوب له لانه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له وان كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسواء كانت الوصية واحدة أو اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الكل منه وان لم يمكن وضاق الثلث عن الكل يتضارب فيه و يقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم و بيان هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلو اما ان كان يسع كل الوصايا واما ان لا يسع الكل فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تعلقت بالكل وأمكن تنفيذها في الكل فتنفذ سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى كالوصية بالقرب من الوصية بالحج الفرض والزكاة والصوم والصلاة والكفارات والنذور وصدقة الفطر والاضحية وحج التطوع وصوم التطوع و بناء المساجد واعتاق النسمة وذبح البدنة ونحو ذلك او كانت للعباد كالوصية لزيد وعمرو و بكر وخالد وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة أجازت (فأما) اذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة فالوصايا لا تخلو (اما) ان كانت كلها لله تعالى عز وجل وهي الوصية بالقرب أو كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد فان كان الكل لله تعالى فلا يخلو (اما) ان كان الكل فرائض أو واجبات أو نوافل أو اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرائض والواجبات والتطوعات فان كان الكل فرائض متساوية يبدأ بما قدمه الموصى لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح بالبداية لان البداية دليل اهتمامه بما بدأ به لان الانسان يبدأ بالاهم فالاهم عادة واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه انه يبدأ بالحج وان أخره الموصى في الذكر وروى عنه انه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد (وجه) الرواية الاولى ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية والعبادة البدنية أولى لان النفس أنفس وأعز من المال فكان تقربا الى الله تبارك وتعالى بأعز الاشياء وانفسها عنده فكان أقوى فكانت البداية به أولى على ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج أقوى فكان أولى بالتقدم (وجه) الرواية الاخرى أن الحج تمحض حقا لله تعالى والزكاة يتعلق بها حق العبد فيقدم لحاجة العبد وغنا الله عز وجل وقالوا في الحج والزكاة انهما

يقدمان على الكفارات لانهما واجبان بايجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة على صدقة الفطر لان صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والفرض مقدم على الواجب ولان هذه الكفارات منصوص عليها فى الكتاب العزيز ولا نص فى الكتاب على صدقة الفطر وانما عرفت بالسنة المطهرة فكان المنصوص عليه فى الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وان كانت الاضحية أيضاً واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى فكان بالبداية أولى وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر فى رمضان لان وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها باخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر تقدم على المنذور به لانها وجبت بايجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بايجاب العبد وقد تعلق وجوبه أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة والاشكال عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض لان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والوفاء بالمنذور به فرض لانه وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى وليوفوا نذورهم والفرض مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر وفى كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله سبحانه وتعالى ومنهم من عاهد الله لان آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فاعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به مقدم على الاضحية لانه واجب الوفاء بيقين وفى وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على النوافل لانها واجبة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعى رحمه الله والواجب والسنة المؤكدة أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصى انه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم الا انه تركه سهوا فيقدم بدلالة حالة التقديم وان أخره بالذكر على سبيل السهو هذا الذى ذكرنا اذا لم يكن فى الوصايا بالقرب اعتاق منجز وهو الاعتاق فى مرض الموت أو اعتاق معلق بالموت وهو التدبير فان كان تقدم ذلك لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فان كان اعتاقا واجباً فى كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر لوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لان الوصية بالاعتاق يلحقها الفسخ كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالاعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الاعتاق المنجز فى المرض والمعلق بالموت لانه لا يلحقهما الفسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فان أوصى لقوم باعيانهم يتضاربون بوصاياهم فى الثلث ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على بعض لما نبين وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد فان الثلث يقسم على أربعة أسهم سهم للموصى له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الاخرى فتفرد كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالمقصود منها كلها واحد وهو طلب مرضات الله تبارك وتعالى وابتغاء وجهه الكريم فينبغى ان يضرب للموصى له بسهم والقرب بسهم فالجواب أن المقصود من الكل وان كان واحداً وهو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وابناء السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان

كان

كان المقصود من الكل التقرب الى الله سبحانه وتعالى لكن لما كانت الجهة منصوصاً عليها اعتبر المنصوص عليه كذا ههنا هذا اذا كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى أو بعضها لله تبارك وتعالى و بعضها للعباد (فاما) اذا كانت كلها للعباد فانها لا تخلو من أحد وجهين (اما) ان كانت كلها فى الثلث لم يجاوز واحدة منها قدر الثلث (وأما) ان جاوزت فان لم يجاوز بان أوصى لانسان بثلث ماله ولآخر بالربع ولآخر بالسدس فانهم يتضاربون فى الثلث بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا أحد الاشياء الثلاثة الاعتاق المنجز فى المرض أو المعلق بالموت فى المرض أو فى الصحة وهو التدبير أو البيع بالمحاباة بما لا يتغابن الناس فيه فى المرض فيقدم هو على سائر الوصايا التى هى للعباد كما يقدم على الوصايا بالقرب فيبدأ بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث ويكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض فى غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعى وجود المرجح ولم يوجد لان الوصايا كلها استوت فى سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم ولا استواء فى سبب الاستحقاق فى مواضع الاستثناء لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ والمحاباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضموناً بالثمن والوصية تبرع فكانت المحاباة المتعلقة بعقد الضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم وان اجتمع العتق والمحاباة وضاق الثلث عنهما فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ان كانت المحاباة قبل العتق بدأ بالمحاباة والا استويا هكذا روى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق تقدم أو تأخر (وجه) قولهما ان العتق أقوى من المحاباة لانه لا يحتمل الفسخ والمحاباة تحتمل وفى باب الوصايا يقدم الاقوى فالاقوى اذا كان الثلث لا يسع الكل ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم فى الذكر فانه يقدم على سائر الوصايا وان كانت مقدمة فى الذكر على العتق على ان التقدم فى الذكر يعتبر ترجيحا والترجيح انما يكون بعد الاستواء فى ركن العلة ولا استواء ههنا لما بينا فبطل الترجيح ولابى حنيفة رحمه الله ان المحاباة أقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بينا والعتق تبرع محض فلا يزاحمها وكان ينبغى أن يقدم على العتق تقدمت فى الذكر أو تأخرت الا أن مزاحمة العتق اياها حالة التأخير ثبت لضرورة التعارض حالة التقدم على ما نذكره (وأما) قولهما ان الاعتاق لا يحتمل الفسخ فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ من جهة الموصى فان من باع ماله بالمحاباة فى مرض موته لا يملك فسخه كما لو أعتق عبده فى مرض موته أنه لا يملك فسخه فاستويا فى عدم احتمال الفسخ من جهة الموصى وهو المعتق والبائع فاذا كانت البداية بالمحاباة ترجحت بالبداية لكون البداية بها دليل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضى ترجيحها على العتق الذى هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحقا بالعدم فبقى أصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاحمة بين المحاباة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالمحاباة تصرف يحتمل الفسخ فى نفسه فى الجملة فيفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والاقالة اذ هى فسخ فى حق المتعاقدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فكانت المحاباة محتملة للفسخ فى الجملة والعتق لا يحتمله رأساً فكان أقوى من المحاباة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما (ومنهم) من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضى ترجيحه على المحاباة كما ذكرنا من تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضى ترجيحها على العتق فوقع التعارض فترجح المحاباة بالبداية واذا لم يبدأ بها فلم يوجد الترجيح فبقيت المعارضة فثبتت المزاحمة وهذا أيضا ضعيف لانه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على المحاباة اذا بدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم غيره بل يقسم الثلث بينهما (ومنهم) من قال تعلق المحاباة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى فى الدلالة من العتق من

حيث عدم احتمال الفسخ بدليل أن الدين مقدم على الاعتاق حتى لو أعتق عبداً مستغرقا بالدين لا ينفذ وان كان الاعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتملة للفسخ لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق الا عند البداية وعلى الجملة تقرير مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة بالاضافة الى عقولنا مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم وفرع أبو حنيفة رضي الله عنه على هذا فقال اذا أعتق ثم حابى ثم أعتق يقسم الثلث بين العتق الاول و بين المحاباة نصفين ثم ما أصاب العتق الاول يقسم بينه و بين العتق الثاني لاستوائهما في القوة ولو حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحابتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة يقسم بينهما و بين العتق نصفين كما اذا أعتق ثم حابى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محاباة فان لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث حتى لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس أصل المسألة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلثاه مثلاه وذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصى لهما بالثلث والسدس بينهما أثلاثا وثلثاه وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث والثلثان وان أجازت الورثة فللموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالسدس سهم والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسئلة من اثنى عشر للموصى له بالثلث ثلثها وذلك أربعة عشر فيكون كل المال احدا وعشرين الثلث من ذلك سبعة للموصى له بالثلث والثلثان وهو أربعة عشر للورثة وان أجازت الورثة فللموصى له بالثلث ما أوصى له وهو أربعة وللموصى له بالربع ما أوصى له وهو ثلاثة والباقي وهو خمسة من اثنى عشر للورثة على فرائض الله تعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولآخر بالسدس فثلث المال تسعة أصل المسئلة من اثنى عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولصاحب السدس سهمان وذلك تسعة وثلثا المال مثلاه وذلك ثمانية عشر فيكون جملته سبعة وعشرين سهام الوصية منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهمان وثمانية عشر سهام الورثة هذا اذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فان كان بان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف فان أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به فالثلث للموصى له بالثلث والنصف للموصى له بالنصف أصل المسئلة من ستة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة والباقي للورثة وان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب النصف الثلث سهمان وان أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله فان أجازت الورثة فلكل واحد منهما ما أوصى له به فالربع للموصى له بالربع والنصف للموصى له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى لان المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال باجازتهم وان ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وان نفذت في الثلث لا غير وانما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم للموصى له بالنصف أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة سهمان للموصى له بالربع لان الموصى له بالنصف لا يضرب الا بالثلث عنده والموصى له بالربع يضرب بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثها أربعة وربعها ثلاثة فتجعل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر و جميع المال احد وعشرون سبعة منها للموصى لهما أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون سهمين والربع سهما فيكون ثلاثة فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وهذا بناء على أصل وهو ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير اجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى

تعالى الا فى خمس مواضع فى العتق فى المرض وفى الوصية بالعتق فى المرض وفى المحاباة فى المرض وفى الوصية بالمحاباة وفى الوصية بالدراهم المرسلة فانه يضرب فى هذه المواضع بجميع وصية من غير اجازة الورثة وصورة ذلك فى الوصية بالعتق اذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما وقيمة أحدهما الف وقيمة الآخر الفان ولم تجز الورثة عتقا من الثلث وثلث ماله الف درهم فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة والثلث للذى قيمته الف فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة فان أجازت الورثة عتقا جميعا وصورة ذلك فى المحاباة اذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعا بالمحاباة وقيمة أحدهما مثلا الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع الاول من فلان بمائة والآخر من فلان آخر بمائة فههنا حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانها حصلت فى حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز وان لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسمائة وصورة ذلك فى الدراهم المرسلة اذا أوصى لانسان بألف وللآخر بالدين وثلث ماله ألف فالثلث يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ولا خلاف أيضا فى الوصية بأقل من الثلث كالربع والسدس ونحو ذلك ان الموصى له يضرب بجميع وصيته (وجه) قولهما أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما أمكن الا أنه تعذر اعتبارها فى حق الاستحقاق لما فيه من ابطال حق الورثة وانه اضرار بهم فوجب اعتبارها فى حق الضرب وانه يمكن اذ لا ضرر فيه على الورثة ولهذا اعتبرت التسمية فى حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل ولابى حنيفة رحمه الله ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل وانما قلنا ان الوصية بالزيادة وصية باطلة لانها فى قدر الزيادة صادفت حق الورثة الا أنها وقفت على الاجازة والرد فاذا ردوا تبين انها وقعت باطلة وقوله من كل وجه يعنى به استحقاقا وتسمية وهى تسمية النصف فالكل فلم تقع الوصية صحيحة فى مخرجها وقولنا بيقين لانها لا تحتمل النفاذ لحال ألا يرى انه لو ظهر للميت مال آخر لنفذت هذه الوصية وهى الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فان هناك ما وقعت باطلة بيقين بل تحتمل التنفيذ فى الجملة بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث فبين ان الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم يقع باطلة بيقين وههنا بخلافه لانه وان ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال فى الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين فان زادت قيمته على الثلث بأن أوصى بثلث عبد لرجل وبثلثيه لآخر ولا مال له سواه فردت الورثة ان صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا وان لم تكن الوصية باطلة بيقين لجواز أن يظهر له مال آخر فتنفذ تلك الوصية فينتفى أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد ومع هذا لا يضرب عندنا فأشكل القدر وبخلاف الوصية بالاقل من الثلث لان الوصية هناك وقعت صحيحة فى مخرجها من حيث التسمية لان التسمية وقعت بالربع والسدس وكل ذلك مخارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية وانما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين فاذا ردت الورثة فالرد ورد عليهما جميعا فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعا فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة ويكون الباقى بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال حسن بن زياد ليس هذا قول أبى حنيفة أن للموصى له ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه وذكر الكرخى رحمه الله انه ليس فى هذه المسئلة نص رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وانما اختلفوا فى قياس قوله والصحيح ان قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيها ما روى عنه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه قسمة على اعتبار المنازعة وما ذكر حسن رحمه الله تعالى اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولهما لا من أصله فان من أصله اعتبار المنازعة فى القسمة (ووجهه) ههنا ان ما زاد على

الثلث يعطى كله للموصى له بجميع المال لانه لا ينازعه فيه أحد وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث فاستوت منازعتهما فيه اذ لا ترجيح لاحدهما على الآخر فيقسم بينهما نصفين فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث الثلثان للموصى له بالجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان الا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين فى ثلاثة فيصير ستة فيسلم ثلثاها للموصى له بالجميع بلا منازعة وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيقسم بينهما فحصل للموصى له بالجميع خمسة وللموصى له بالثلث سهم وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عندهما ههنا ان كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالجميع يضرب بكل المال وهو ثلاثة أسهم فيجعل المال على أربعة أسهم لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلاثة هذا اذا أجازت الورثة فان ردت الورثة جازت الوصية من الثلث ثم الثلث يكون بينهما نصفين فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث اذ لم تجز الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله تعالى الموفق هذا اذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين فان اجتمعت الوصايا فى العين فان اجتمعت فى عين مشار اليها بان أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر أو أوصى لكل واحد بجميع العين فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقسم العين بين أصحاب الوصايا على عددهم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذى حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع تلك العين وان وقعت القسمة بجميع العين وذلك نحو أن يقول أوصيت بعبدى هذا لفلان ثم قال وقد أوصيت بعبدى هذا لفلان آخر والعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم بينهما نصفين على عددهما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف العبد ولا يضرب بأكثر من ذلك وكذلك ان أوصى به لثلاثة أو لاربعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته و يتفق الجواب فى تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد فى هذه الصورة لكن بناء على أصلين مختلفين وانما يظهر ثمرة اختلاف الاصلين فيما اذا انضمت الى الوصية لهما وصية لثالث بأن كان له عبد والف درهم سوى ذلك فاوصى بالعبد لانسان ثم أوصى به لآخر وأوصى لرجل آخر بالف درهم فعند أبى حنيفة رحمه الله يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد وهذا بنصفه وهذا بنصفه و يضرب الموصى له بالف درهم بالف فيقتسمون بالثلث ارباعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد من الموصى لهما بالعبد بجميع العبد والموصى له بالف يضرب بالف فيقتسمون الثلث اثلاثا بناء على الاصل الذى ذكرنا فيما تقدم أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته فهما يقولان لان التسمية وقعت لجميع العين الا انها لا تظهر فى حق الاستحقاق فتظهر فى حق الضرب كما فى أصحاب الديون وأصحاب العول وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الموصى قد أبطل وصية كل واحد منهما فى نصف العين فله ولاية الابطال الا يرى ان له ان يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين فالضرب بالجميع يكون ضربا بوصية باطلة فكان باطلا بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل حقه و بخلاف أصحاب العول لانه لم يؤخذ من جهة الميت سبب يبطل شهادتهم فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه ولو كان له عبد آخر قيمته الف درهم والف درهم فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما نصفين خمسمائة للموصى له بجميع العبد وخمسمائة للموصى له بالثلث غير ان ما أصابه الموصى له بالجميع يكون فى العبد وذلك خمسة اسداس العبد وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه فى العبد وهو سدس ما بقى من العبد وهو عشر العبد والبعض فى الدراهم وهو خمس الالفين فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة اسداسه والموصى له بالثلث يضرب بسدس العبد و بخمس الالفين على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لان الوصية بثلث المال تناولت العبد لكونه مالا فاجتمعت فى العبد وصيتان فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه بلا منازعة والثلث ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيكون على الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث وأقل حساب يخرج

منه الثلث ثلاثة قسمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلامنازعة بقى سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فنضرب اثنين فى ثلاثة فيكون ستة فثلثا الستة وهو أربعة سلم للموصى له بالجميع لانه لا ينازعه فيه أحد وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث واستوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم واذا صار العبد وقيمته الف على ستة يصير كل الف من الدراهم على ستة فصار الالفان على اثنى عشر للموصى له بالثلث منهما أربعة أسهم فصار له خمسة أسهم أربعة أسهم من الدراهم وسهم من العبد وللموصى له بالجميع خمسة أسهم كلها فى العبد لانه لا وصية له فى الدراهم فصارت وصيتهما جميعا عشرة أسهم فاجعل ثلث المال على عشرة أسهم فالثلثان عشرون سهما فالكل ثلاثون سهما والعبد ثلث المال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة أسهم والالفان على عشرين سهما فادفع وصيتهما من العبد فوصية الموصى له بالجميع خمسة وهو نصف العبد ووصية الموصى له بالثلث سهم وذلك خمس ما بقى من العبد وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرون سهما أربعة أسهم وهو خمس الالفين على ما ذكره فى الاصل فبقى من العبد أربعة أسهم لا وصية فيها فيدفع الى الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصى له بالثلث قد أخذ من الالفين أربعمائة وذلك أربعة أسهم وحصل للموصى له بالعبد خمسة أسهم من العبد وذلك نصفه وحصل للموصى له بالثلث أربعمائة من الدراهم وذلك خمسها لانا جعلنا الالفين على عشرين سهما وأربعة من عشرين خمسها وحصل له من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرون سهما وهى الثلثان ستة عشر سهما وذلك اربعة اخماسها وأربعة أسهم من العبد وذلك خمساه هذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث وأقله ثلاثة فصاحب العبد يضرب بالجميع وذلك ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على أربعة أسهم واذا صار العبد على أربعة أسهم مع العول صار كل ألف على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى الالف فصارت الالفان على ستة أسهم فللموصى له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فتبين ان وصيتهما ستة أسهم ووصية صاحب العبد ثلاثة كلها فى العبد ووصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان فى الدراهم وسهم فى العبد فاجعل ذلك ثلث المال واجعل العبد ثلث المال واجعل العبد على ستة أسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم بقى سهمان فاضلان لا وصية فيهما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب الثلث قد أخذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فيدفع سهمين من العبد اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة أسهم فالثلثان يكونان اثنى عشر فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم ضم السهمين من العبد الذى لا وصية فيهما الى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم وسهمان من العبد وللموصى له بالعبد ثلاثة أسهم وذلك نصف العبد كله فى العبد وللموصى له بالثلث سهم فى العبد وذلك سدس العبد وسدس الالفين وهما سهمان من اثنى عشر والله تعالى أعلم ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم وهذه المسئلة مبنية على مسئلتين احداهما ان الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند أبى حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث الا فى مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرفت هذا فنقول القسمة فى هذه المسألة على طريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلامنازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان من ثلاثة والثلث وهو سهم استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما نصف سهم فانكسر فنضرب اثنين فى ثلاثة فيصير ستة قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلامنازعة وهو أربعة والثلث وهو سهمان استوت

منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة للموصى له بالثلث منهما سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان فى العبد الذى لا وصية فيه وسهم فى العبد الذى فيه وصية ووصية صاحب العبد خمسة أسهم وذلك أكثر من ثلث المال لان جميع المال اثنا عشر فثلثها أربعة والمذهب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب له الا بالثلث فنطرح من وصيته سهما فتصير وصيته أربعة أسهم ووصية الآخر ثلاثة أسهم وذلك سبعة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر وبجميع المال احد وعشرون وماله عبدان فتبين ان كل عبد على عشرة ونصف لان كل عبد مقدار نصف المال فيدفع من العبد الموصى به وصيتهما فيه ويدفع اليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم فى العبد فيدفع ذلك اليه ووصية صاحب العبد سهم واحد فى العبد فيدفع ذلك اليه فبقى من العبد خمسة أسهم ونصف فادفع ذلك الى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى ويؤخذ من العبد الذى لا وصية فيه سهمان ويدفع الى الموصى له بالثلث فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع الى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى فصارت كلها سبعة أسهم وهى ثلث المال فحصل للموصى له بالعبد منهما خمسة أسهم وللموصى له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد الذى لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك أربعة عشر وهى ثلثا المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين وأما على قول أبى يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلاثة أسهم وصاحب الثلث يضرب بثلثه وهو سهم فصار العبد على أربعة أسهم وهو معنى العول فلما صار هذا العبد على اربعة بالعول يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى ذلك العبد فسهم من ذلك العبد للموصى له بالثلث فصارت وصية صاحب الثلث سهمين سهم من العبد الذى فيه الوصية وسهم من العبد الذى لا وصية فيه ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم فذلك خمسة اسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك عشرة والجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد اليه وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث اليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف فيدفع ذلك الى الورثة ويدفع من العبد الآخر سهم الى الموصى له بالثلث يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذى فيه الوصية وستة أسهم ونصف من العبد الآخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فله صفتان احداهما قبل الوجود والاخرى بعد الوجود أما التى هى قبل الوجود فهى ان الوصية بالفرائض والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب اليها ومستحبة فى بعض الاحوال وعند بعض الناس الكل واجب وقد بينا ذلك كله فى صدر الكتاب وأما التى هى بعد الوجود فهى ان هذا عقد غير لازم فى حق الموصى حتى يملك الرجوع عندنا مادام حيا لان الموجود قبل موته مجرد ايجاب وانه محتمل الرجوع فى عقد المعاوضة فهى بالتبرع أولى كما فى الهبة والصدقة الا التدبير المطلق خاصة فانه لازم لا يحتمل الرجوع أصلا وان كان وصية لانه ايجاب يضاف الى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لانه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لانه سبب حكم لازم وكذا التدبير المقيد لا يحتمل الرجوع نصا ولكنه يحتمله دلالة بالتمليك من غيره لان العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة أما النص فهو أن يقول الموصى رجعت أما الدلالة فقد تكون فعلا وقد تكون قولا وهو أن يفعل فى الموصى به فعلا يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع وبيان هذه الجملة اذا فعل فى الموصى به فعلا لو فعله فى المغصوب لا نقطع به ملك المالك كان رجوعا كما اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً أو قباء أو بقطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسجه أو بحديدة ثم صنع منها اناء أو سيفاً أو سكينا أو بفضة ثم صاغ منها حليا ونحو ذلك لان هذه الافعال لما

أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلا أولى ثم وجه الدلالة منها على التفصيل ان كل واحد منها تبديل العين وتصييرها شيأ آخر معنى واسما فكان استهلاكا لها من حيث المعنى فكان دليل الرجوع فصار كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل في المبيع فعلا يدل على ابطال الخيار يبطل خياره والاصل في اعتبار الدلالة اشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله للمخيرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك ولو أوصى بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهو رجوع لان الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى وان نقضه ولم يخطه لم يذكر في الكتاب واختلف المشايخ فيه والاشهر انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قائمة تصلح لما كانت تصلح له قبل النقض ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعا لان هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادفتها ملك نفسه فأوجبت زوال الملك فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه ولا سبيل اليه ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال الملك والعائد ملك جديد غير موصى به فلا تصير موصى به لا ان بوصية جديدة ولو أوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده بعينه فالوصية على حالها لان الغصب ليس فعل الموصي والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلكه الغاصب أو هلك في يده فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا لو أوصى بعبد ثم دبره أو كاتبه أو باع نفسه منه كان رجوعا لان التدبير اعتاق من وجه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكاتبة معاوضة الا أن العوض متأخر الى وقت أداء البدل فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد منه اعتاق فكان رجوعا ولو أوصى بعبد لانسان ثم أوصى أن يباع من انسان آخر لم يكن رجوعا وكانت الوصية لهما جميعا لانه لا تنافي بين الوصيتين لان كل واحدة منهما تمليك الا أن احداهما تمليك بغير بدل والاخرى تمليك ببدل فيكون العبد بينهما نصفه للموصى له به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بعد ذلك أن يباع من فلان أو أوصى أولا بالبيع ثم أوصى بالاعتاق كان رجوعا لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل انه اذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلة للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا غير متنافيتين تنفذتا جميعا ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعا لان الملك في باب الوصية يثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بل تفسد فكان الذبح دليل الرجوع ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم جصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعا لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفا في الموصى به وتجصيص الدار ليس تصرفا في الدار بل في البناء لان الدار اسم للعرصة والبناء بمنزلة الصفة فيكون تبعا للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البناء تصرف في البناء والبناء صفة وانها تابعة ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبدا بعينه ثم رجع العبد الى الموصى بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث فالوصية لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين العبد وهو مقصود الموصي وانما ذكر الشراء للتوسل به الى ملكه وقد ملكه فتنفذ فيه الوصية ولو أوصى بشيء لانسان ثم أوصى به لآخر فجملة الكلام فيه انه اذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الاولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعا وكان اشراكا في الوصية وبيان هذه الجملة اذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان ثم قال أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية فالثلث بينهما نصفان وكذا لو قال أوصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث ثم قال أوصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين ولو قال أوصيت بثلث مالي لفلان أو بعبدي هذا لفلان ثم قال الذي أوصيت به لفلان أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا عن الاولى وامضاء للثانية وانما كان كذلك لان الاصل في الوصية بشيء لانسان ثم الوصية به لآخر هو الاشراك لان فيه عملا بالوصيتين بقدر الامكان والاصل في تصرف العاقل صيانته عن الابطال ما أمكن وفي الحمل على الرجوع ابطال احدى الوصيتين من كل وجه وفي الحمل على

الاشراك عمل بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما أمكن وعند الاعادة وكون الثانى محلا للوصية لا يمكن الحمل على الاشراك لانه لما أعاد علم انه أراد نقل تلك الوصية من الاول الى الثانى ولا ينتقل الا بالرجوع فكان ذلك منه رجوعا هذا اذا قال الوصية التى أوصيت بها لفلان فهى لفلان وكذا اذا قال الوصية التى أوصيت بها لفلان قد أوصيتها لفلان أو فقد أوصيتها لفلان فاما اذا قال وقد أوصيت بها لفلان فهذا يكون اشراكا لان الواو للشركة وللاجتماع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى باطلة فهذا رجوع لانه نص على ابطال الوصية الاولى وهو من أهل الابطال والمحل قابل للبطلان فتبطل وهو معنى الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى حرام أو هى ربا لا يكون رجوعا لان الحرمة لا تنافى الوصية فلم يكن دليل الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى لفلان وارثى كان هذا رجوعا عن وصيته لفلان ووصيته للوارث فيقف على اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولى بعينها الى من يصح النقل اليه لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف على اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معنى الرجوع ثم ان أجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث نفذت وصار الموصى به للموصى له وان ردوا بطلت ولم يكن للموصى له الاول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار ميراثا للورثة الموصى كما لو رجع صريحا ولو قال الوصية التى أوصيت بها لفلان فهى لعمرو بن فلان وعمرو حى يوم قال الموصى هذه المقالة كان رجوعا عن وصيته لان الوصية لعمرو وقعت صحيحة لانه كان حيا وقت كلام الوصية فيصح النقل اليه فصح الرجوع ولو كان عمرو ميتاً يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت ليس بمحل للوصية فلم يصح ايجاب الوصية له فلم يثبت ما فى ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمرو حياً يوم الوصية حتى صحت ثم مات عمرو قبل موت الموصى بطلت الوصية لان نفاذها عند موت الموصى وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصى له ميتا فكان المال كله للورثة ولو قال الثلث الذى أوصيت به لفلان فهو لعقب عمرو فاذا عمرو حى ولكنه مات قبل موت الموصى فالثلث لعقبه وكان رجوعا عن وصية فلان لان قوله لعقب عمرو وقع صحيحاً اذا كان لعمرو عقب يوم موت الموصى لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فلما مات عمرو قبل موت الموصى فقد صار ولده عقباله يوم نفاذ الايجاب وهو يوم موت الموصى فصحت الوصية كما لو أوصى بثلث ماله لولد فلان ولا ولد له يومئذ ثم ولد له ولد ثم مات الموصى ان الثلث يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمرو بعد موت عمرو وقبل موت الموصى رجع الثلث الى الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقباً لعمرو فثبت الرجوع عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصى فلا يبطل الرجوع ولو مات الموصى فى حياة عمرو فالثلث للموصى له لان الموصى قد مات ولم يثبت للموصى لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب لهم أصلا فبطل ما كان ثبت فى ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولى ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر فى الاصل انه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا قال المعلى عن أبى يوسف فى نوادره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الجحد رجوعا وذكر فى الجامع اذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا أنى لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان ولم يذكر خلافا فيجوز أن يكون ماذكر فى الاصل قول أبى يوسف وماذكر فى الجامع قول محمد ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان (وجه) ماذكر فى الجامع أن الرجوع عن الوصية يستدعى سابقية وجود الوصية والجحود انكار وجودها أصلا فلا يتحقق فيه معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعا ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقا ولان انكار الوصية بعد وجودها يكون كذبا محضا فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالاقرار الكذب حتى لو أقر بجارية لانسان كاذبا والمقر له يعلم ذلك لا يثبت الملك حتى لا يحل وطؤها وكذا سائر الاقارير الكاذبة انها باطلة فى الحقيقة كذا الانكار الكاذب

(وجـه) ماذكر فى الاصـل ان معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها وفسخ العـقد كلام يدل على عدم الرضا بالعـقد السابق و بثبوت حكمه والجحود فى معناه لان الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به و بثبوت حـكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصـل معنى الرجوع و روى ابن رستم عن محمـد رحمه الله تعالى لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجـل فقيـل له انك ستبرأ فاخر الوصـية فقال أخرتها فهـذا ليس برجوع ولو قيـل له اتركها فقال قد تركتها فهـذا رجوع لان الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصـية والتأخـير لا ينبئ عن الابطال والترك ينبئ عنـه ألا يرى انه لو قال أخرت الدين كان تأجيـلا له لا ابطالا ولو قال تركته كان ابراء روى بشر عـن أبى يوسف رحـمه الله تعالى فى رجـل أوصى بثلث ماله لرجـل مسمى وأخـبر الموصى أن ثلث ماله ألف أو قال هو هذا فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أبا حنيفة رحـمه الله قال ان له الثلث من جميع ماله والتسمية التى سمى باطلة لا ينقض الوصية خطؤه فى ماله انما غلط فى الحساب ولا يكون رجوعا فى الوصية (وهـذا) قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لانه لما أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة لان صحة الوصية لا تقف على بيان مقـدار الموصى به فوقعت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط فى قدر الموصى به لا يقدح فى أصل الوصية فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المـال ولانه يحتمل ان يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور و يحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك فى بطلان الوصـية فلا تبطل مع الشك على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك ولو قال أوصيت بغنمى كلها وهى مائة شاة فاذا هى أكثر من مائة وهى تخرج من الثلث فالوصية جائزة فى جميعها لما ذكرنا انه أوصى بجميع غنمه ثم غلط فى العدد قال ولو قال أوصيت له بغنمى وهى هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا فى القياس مثل ذلك ولـكنى أدع القياس فى هذا وأجعل له الغنم التى تسمى من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعيين غـير ان هذه الاشارة أقوى لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالمشار اليه فلا يستحق الموصى له غيره بخلاف ما اذا قال أوصيت له بثلث مالى وهو هذا وله مال آخر غيره انه يستحق ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالى والثلث اسم للشائع والمعين غير الشائع فلغت الاشارة فتعلقت الوصـية بالمسمى وهو ثلث المـال وههنا صحت وصية الاشارة وهى أقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالمشار اليه ولو قال قد أوصيت لفلان برقيقى وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم فى الثلث لانه أوصى برقيقه كلهم لـكنه غلط فى عددهم والغلط فى العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو أوصى بثلث ماله لبنى عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث لبنى عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بانهم سبعة غلطا فيلغو الغلط و يلحق بالعدم كانه لم يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد أوصى لخمسة موجودين ولمعدومين ومتى جمع بين موجود ومعدوم وأوصى لهما يلغو ذكر المعدوم وتـكون الوصية للموجود كما لو قال أوصيت بثلث مالى لعمرو وخالد ابنى فلان فاذا أحدهما ميت ان الثلث كله للحى منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبنى فلان وهم خمسة فاذا هم ثلاثة أو قال وهم سبعة فاذا هم ثلاثة أو اثنان لما قلنا ولو قال أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وله ثلاث بنين أو ابنان كان جميع الثلث لهم لان الثلاث يقال لهم بنون والاثنان فى هذا الباب ملحق بالجميع لان الوصية أخت الميراث وهناك الحق الاثنان بالثلاث فى حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجماعة فى باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليـه نصف الثلث لان أقل من يستحق كمال الثلث فى هذا الباب اثنان ولو كان معه آخر لصرف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد أوصيت بثلث مالى لابنى فلان عمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو كان جميع الثلث له لانه جعل عمرا وحمادا بدلين عن قوله لابنى فلان كما يقال جاءنى أخوك عمرو والبدل عند أهل النحو هو الاعراض عن قوله الاول والاخـذ بالثانى فكان المعتبر هو الثانى والاول يلغو كما اذا قلت جاءنى أخوك زيد يصير كانك قلت جاءنى زيد واعتمدت عليه وأعرضت

عن قولك أخوك الى هذا ذهب الائمة من النحويين وهذا قول سيبويه واذا كان كذلك صار الموصى معتمدا على قوله
عمرو وحماد معرضا عن قوله ابنى فلان فصار كأنه قال أوصيت بثلث مالى لعمرو وحماد وحماد ليس بموجود ولو كان
كذلك لصرف كل الثلث الى عمرو وكذا ههنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحماد كما يصلح ان يكون بدلا
عن قوله ابنى فلان يصلح أن يكون عطف بيان والمعتبر فى عطف البيان المذكور أولا والثانى يذكر لازالة الجهالة عن
الاول كما فى قول القائل جاءنى أخوك زيد اذا كان فى اخوته كثرة كان زيد مذكورا بطريق عطف البيان لازالة
الجهالة المتمكنة فى قوله أخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعت واذا كان المعتبر هو المذكور أولا وهو قوله ابنى فلان فاذا لم
يكن لفلان الا ابن واحد وهو عمرو فينبغى أن لا يكون له الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا
لكن الحمل على ماقلنا أولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تمليكه جميع الثلث وانه أوصى بتمليك جميع الثلث وفى
الحمل على عطف البيان اثبات تمليك النصف فكان ماقلناه أولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثانى معلوما
كما فى قول القائل جاءنى أخوك زيد كان زيد معلوما فازال به وصف الجهالة المعترضة فى قوله أخوك بسبب كثرة الاخوة
وفى مسئلتنا الثانى غير معلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله
على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة (ولو) قال أوصيت لبنى فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلث مالى
فاذا بنو فلان ثلاثة فان لبنى فلان ثلاثة أرباع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لماذكرنا ان قوله وهم خمسة لغو
اذا كانوا ثلاثة فبقى قوله أوصيت بثلث مالى لبنى فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أرباعا لحصول الوصية
لأربعة فيكون بينهم ارباعا لاستواء كل سهم فيها (ولو) قال قد أوصيت لبنى فلان وهم ثلاثة بثلث مالى فاذا بنو
فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبنى فلان اسم عام وقوله وهم ثلاثة تخصيص أى أوصيت لثلاثة من بنى
فلان فصح الايصاء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستدركة ومثل هذه
الجهالة لا تمنع صحة الوصية لان تنفيذها ممكن كما لو أوصى لاولاد فلان وكما لو أوصى بثلث ماله وهو مجهول لا يدرى كم
يكون عند موت الموصى بخلاف ما اذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستدركة
وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار فى تعيين الثلاثة من بنيه الى ورثة الموصى لانهم قائمون
مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهم فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا أوصى لمواليه حيث
لم تصح ولم تقم الورثة مقامه لان هناك تخلف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصى انه أراد به زيادة فى
الانعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وههنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه
الوصية فقال ألا يرى ان رجلا لو قال أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا بنو فلان غير
الذين سماهم ان الوصية جائزة لمن سمى لانه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة
مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وانه ايضاح صحيح ولو قال قد أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وهم ثلاثة
ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلاثة صحيح لماذكرنا انه تخصيص
العام فصار موصيا بثلث ماله لثلاثة من بنى فلان ولفلان بن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة
أرباعه لثلاثة من بنى فلان ولو أوصى لرجل بمائة ولرجل آخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة
لان الشركة تقتضى التساوى وقد أضافها اليهما فيقتضى ان يستوى كل واحد منهما ولا تتحقق المساواة الا بأن يأخذ
من كل واحد منهما ثلث مافى يده فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة وان أوصى لرجل باربعمائة ولآخر
بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل
الجملة غير ممكن فى هذه الصورة لاختلاف الانصباء فيتحقق التساوى على سبيل الانفراد تحقيقا لمقتضى الشركة بقدر
الامكان (وكذا) لو أوصى لاثنين لكل واحد جارية ثم اشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لماذكرنا

ان اثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن (ولو قال) سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر ثلث مالى لفلان فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصى أثبت الثلث فثبت وهو يتضمن السدس فثبت المتضمن به بثبوت المتضمن فيصير كانه أعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالى لفلان وصية سدس مالى لفلان فانما هو سدس واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كررت كان المراد بالثانى هو الاول والسدس ههنا ذكر معرفة لاضافته الى المال المعروف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بخاتم لفلان و بفصه لفلان آخر وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كانت الوصيتان فى كلام واحد متصل واما ان كانتا فى كلام منفصل فان كانتا فى كلام منفصل فالحلقة للموصى له بالخاتم والفص للموصى له بالفص بلا خلاف وان كانتا فى كلام منفصل فكذلك فى قول أبى يوسف وقيل انه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً وقال محمد رحمه الله تعالى الحلقة للموصى له بالخاتم والفص بينهما (وجه) قوله ان الوصية بالخاتم تتناول الحلقة والفص و بالوصية لآخر بالفص لم يتبين ان الفص لم يدخل واذا كان كذلك بقى الفص داخلا فى الوصية بالخاتم واذا أوصى بالفص لآخر فقد اجتمع فى الفص وصيتان فيشتركان فيه و يسلم الحلقة للاول ولابى يوسف رحمه الله تعالى ان اسم الخاتم يتناول الفص الذى فيه اما بطريق التضمن لانه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن واما بطريق التبعية لكن عند الاطلاق فاذا أفرد البعض بالوصية لآخر تبين انه لم يتناوله حيث جعله منصوصاً عليه أومقصودا بالوصية فبطلت التبعية لان الثابت نصا فوق الثابت ضمنا وتبعا والاصل فى الوصايا ان يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما اذا أوصى بعبده لانسان و بخدمته لآخر ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثانى لما قلنا كذا هذا و بهذا تبين ان هذا ليس نظير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من أفراد العموم بحروفه فيصير كل فرد من أفراده منصوصاً عليه وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوصا عليه بذكر الخاتم ألا يرى ان كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتما كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الانسان انساناً فلم يكن هذا نظير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح فى العام انه يحتمل التخصيص بدليل متصل ومنفصل والبيان المتأخر لا يكون نسخاً لا محالة بل قد يكون نسخا وقد يكون تخصيصاً على ما عرف فى أصول الفقه على ان الوصية بالخاتم وان تناولت الحلقة والفص لكنه لما أوصى بالفص لآخر فقد رجع عن وصيته بالفص للاول والوصية عقد غير لازم ما دام الموصى حيا فيحتمل الرجوع ألا يرى انه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به ففى البعض أولى فيجعل رجوعا فى الوصية بالفص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا أوصى بهذه الامة لفلان و بما فى بطنها لآخر أو أوصى بهذه الدار لفلان و ببنائها لآخر أو أوصى بهذه القوصرة لفلان و بالتمر الذى فيها لآخر انه ان كان موصولا كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالاجماع وان كان مفصولا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا ولو أوصى بهذا العبد لفلان و بخدمته لفلان آخر أو أوصى بهذه الدار لفلان و بسكناها لآخر او بهذه الشجرة لفلان و بثمرتها لآخر أو بهذه الشاة لفلان و بصوفها لآخر فلكل واحد منهما ما سمى له بلا خلاف سواء كان موصولا أو مفصولا لان اسم العبد لا يتناول الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمرة لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن لان هذه الاشياء ليست من أجزاء العين الا ان الحكم متى ثبت فى العين ثبت فيها بطريق التبعية لكن اذا لم يفرد التبع بالوصية فاذا أفردت صارت مقصودة بالوصية فلم تبق تابعة فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به أو تجعل الوصية الثابتة رجوعا عن الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة والوصية تقبل الرجوع وهذه المسائل حجة أبى يوسف فى المسئلة الاولى ولو ابتدأ بالتبع فى هذه المسائل ثم بالاصل بان أوصى بخدمة العبد لفلان ثم بالعبد لآخر أو أوصى بسكنى هذه الدار لانسان ثم بالدار لآخر او بالثمرة لانسان ثم بالشجرة لآخر فاذا ذكر موصولا فلكل واحد منهما ما أوصى له به وان ذكر مفصولا فالاصل للموصى له بالاصل والتبع بينهما نصفان لان الوصية الثابتة

تناولت الاصل والتبع جميعاً فقد اجتمع فى التبع وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا حجة محمد رحمه الله تعالى فى المسئلة المتقدمة ولو أوصى بعبده لانسان ثم أوصى بخدمته لآخر ثم أوصى له بالعبد بعد ما أوصى له بالخدمة أو أوصى بخاتمه لانسان ثم أوصى بفصه لآخر ثم أوصى له بالخاتم بعد ما أوصى له بالفص أو أوصى بجاريته لانسان ثم أوصى بولدها الآخر ثم أوصى له بالجارية بعد ما أوصى له بولدها فالاصل والتبع بينهما نصفان نصف العبد لهذا ونصفه للآخر ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته وكذا فى الجارية مع ولدها والخاتم مع الفص لان الوصية لاحدهما بالاصل وصية بالتبع ويبطل حكم الوصية بالتبع بانفراده وصار كأنه أوصى لكل واحد بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لاشتركا فى الاصل والتبع كذا هذا فان كان أوصى للثانى بنصف العبد يقسم العبد بينهما أثلاثا وكان للثانى نصف الخدمة لانه لما أوصى له بنصف العبد بطلت وصيته فى خدمة ذلك النصف لدخولها تحت الوصية بنصف العبد وبقيت وصيته بالخدمة فى النصف الآخر وذكر ابن سماعة ان أبا يوسف رجع عن هذا وقال اذا أوصى بالعبد لرجل وأوصى بخدمته لآخر ثم أوصى برقبة العبد أيضاً لصاحب الخدمة فان العبد بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لانفراده بالوصية بالخدمة فوقع صحيحا فلا تبطل بالوصية بالرقبة فصار الموصى له الثانى موصى له بالرقبة والخدمة على الانفراد فيستحق نصف الرقبة لمساواته صاحبه فى الوصية بها وينفرد بالوصية بالخدمة وقال لو أوصى لرجل بامة تخرج من الثلث واوصى لآخر بما فى بطنها وأوصى بها أيضا للذى اوصى له بما فى البطن فالامة بينهما نصفان والولد كله للذى اوصى له به خاصة لا يشركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما تساويا فى استحقاق الرقبة وانفرد صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه لآخر فان البيت بينهما بالحصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بمائة منها لآخر كان تسعمائة لصاحب الالف والمائة بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت التى فيها بطريق الاصالة لا بطريق التبعية وكذا اسم الالف يتناول كل مائة منها بطريق الاصالة وكان كل واحد منهما أصلا فى كونه موصى به فيكون بينهما وهذا مما لا خلاف فيه وانما الخلاف فى كيفية القسمة فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على طريق المنازعة وعند ابى يوسف على طريق المضاربة فيقسم على احد عشر لصاحب المائة جزء من احد عشر فى المائة ولصاحب الالف عشرة أجزاء فى جميع الالف وكذلك الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لآخر كان البناء بينهما بالحصص لان البيت لا يسمى بيتا بدون البناء فكانت وصية الاول متناولة للبناء بطريق الاصالة فيشارك الموصى له بالساحة بخلاف الوصية بدار لانسان وبنائها لآخر انهما لا يشتركان فى البناء بل تكون العرصة للموصى له بالدار والبناء لآخر لان اسم الدار لا يتناول البناء بطريق الاصالة بل بطريق التبعية اذ الدار اسم للعرصة فى اللغة والبناء فيها تبع بدليل انها تسمى دارا بعد زوال البناء فكان دخول البناء فى الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصة للاول والبناء للثانى والله تعالى اعلم (واما) الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان أحدهما ان يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها كما اذا أوصى بسويق ثم لته بالسمن لان الموصى به اتصل بما ليس بموصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما فثبت الرجوع ضرورة وكذا اذا وصى بدار ثم بنى فيها أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه أو أوصى ببطانة ثم بطن بها أو بظهارة ثم ظهر بها لانه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه الا بالنقض ولا سبيل الى التكليف بالنقض لانه تصرف فى ملك نفسه فجعل رجوعا من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع فى هذه المسائل من طريق الدلالة أيضا لان اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعذر التسليم مضافا الى فعله وكان رجوعا منه دلالة والثانى أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سواء كان التغيير الى الزيادة أو الى النقصان كما اذا أوصى لانسان بثمر هذا النخل ثم لم يمت الموصى حتى صار بسرا أو أوصى له بهذا البسر ثم صار رطبا أو أوصى بهذا العنب فصار زبيبا أو بهذا السنبل فصار حنطة أو بهذا القصيل فصار شعيرا أو بالحنطة المبذورة فى

الارض

الارض فنبتت وصارت بقلا أو بالبيضة فصارت فرخا أو نحو ذلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما أوصى به فيثبت الرجوع ضرورة هذا اذا تغير الموصى به قبل موت الموصى لانه صار شيأ آخر لزوال معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به وأما اذا تغير بعد موته فحكمه يذكر فى بيان ما تبطل به ان شاء الله تعالى ولو أوصى برطب هذا النخل فصار بسرا فالقياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به وهو الرطب من الرطوبة الى اليبوسة وزوال اسمه وفى الاستحسان لا تبطل لان معنى الذات لم يتغير من كل وجه بل بقى من وجه ألا يرى ان غاصبا لو غصب رطب انسان فصار تمرا فى يده لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار ان شاء أخذه تمرا وان شاء ضمنه رطبا مثل رطبه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الوصية فالوصية فى الاصل نوعان وصية بالمال ووصية بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك فى المال الموصى به للموصى له والمال قد يكون عينا وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك فى كل واحد منهما أحكام اما ملك العين فحكم مطلق ملكه وحكم سائر الاعيان المملوكة بالاسباب الموضوعة لها سواء كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتمليك من غيره بيعا وهبة ووصية لانه ملك بسبب مطلق فيظهر فى الاحكام كلها ويظهر فى الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصى سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية أما بعد القبول فظاهر لانها حدثت بعد ملك الاصل وملك الاصل موجب ملك الزيادة (وأما) قبل القبول فلان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سببا لثبوت الملك فى الاصل وقت الموت لكونه مضافا الى وقت الموت فصار سببا عند الموت فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب فى ذلك الوقت كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشترى اذا ولدت فى مدة الخيار ثم أجاز المشترى البيع انه يملك الولد لما قلنا كذا هذا وكانت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الاصل مضاف الى كلام سابق كانها كانت موجودة فى ذلك الوقت وهل يكون موصى بها بعد القبول قبل القسمة لم يذكر فى الاصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث ويكون فى جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لانها حدثت بعد ملك الاصل وقال عامتهم يكون لان ملك الاصل وان ثبت لكنه لم يتأكد بدليل انه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا تخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقى ويستوى فيما ذكرنا من الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل أو فى معنى المتولدة كالولد والارش والعقر وما لم يكن متولدا من الاصل رأسا كالكسب والغلة فرقا بين الوصية وبين البيع حيث الحق الكسب والغلة بالمتولد فى الوصية ولم يلحقهما فى البيع والفرق ان الكسب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصودا فكذا بدلها بخلاف البيع ثم اذا صارت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له وان كان لا يخرجان جميعا من الثلث فعند أبى حنيفة رحمه الله يعطى للموصى له الجارية أولا من الثلث فان فضل من الثلث شئ يعطى من الزيادة بقدر ما فضل وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يعطى الثلث منهما جميعا بقدر الحصص (وجه) قولهما ان الزيادة ان صارت موصى بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطى الثلث منهما جميعا أكثر ما فى الباب ان فيه تغيير حكم العقد فى الاصل بسبب الزيادة لكن هذا جائز كما فى الزيادة المتصلة ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان القول بانقسام الثلث على الاصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز بيان ذلك ان حكم الوصية فى الاصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة فى الاعيان عيب خصوصا فى الجوارى فيتضرر به الموصى له ولا ضرورة الى الحاق هذا الضرر لامكان تنفيذ الوصية فى الاصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية فى الاصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز فمست الضرورة الى التنفيذ فيهما من الثلث وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصى فلا يملكها الموصى له لانها حدثت قبل

ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصى ملكها الورثة والله تعالى أعلم (وأما) ملك المنفعة بالوصية المضافة اليها مقصودا فيتعلق بها أحكام مختلفة فنذكرها فنقول وبالله التوفيق ان الملك فى المنفعة ثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوصية مؤقتة الى مدة تنتهى بانتهاء المدة ويعود ملك المنفعة الى الموصى له بالرقبة ان كان قد اوصى بالرقبة الى انسان وان لم يكن يعود الى ورثة الموصى وان كانت مطلقة تثبت الى وقت موت الموصى له بالمنفعة ثم ينتقل الى الموصى له بالرقبة ان كان هناك موصى له بالرقبة وان لم يكن ينتقل الى ورثة الموصى وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار من غيره عندنا وعند الشافعى له ذلك (وجه) قوله ان الموصى له بالمنفعة قد ملك المنفعة كالمستأجر له أن يؤاجر من غيره كذا هذا ولهذا يملك الاعارة كذا الاجارة (ولنا) ان الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التمليك بعوض كالملك الثابت للمستعير بالاعارة حتى لا يملك الاجارة كذا هذا أو يخدم العبد بنفسه ولو أوصى بغلة الدار والعبد فاراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه هل له ذلك لم يذكر فى الاصل واختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاسكاف له ذلك وقال أبو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه أوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون أهل الموصى له فى غير الكوفة فله أن يخرجه الى أهله ليخدمه هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة وهى الخدمة عند أهله فكان ذلك مأذونا فيه دلالة لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بحضرته هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له أن يخرجه الى مصر آخر لانه اذا لم يكن له مال آخر سواه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما فى الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد فى الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لبائعه الا أن يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولدا فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه أوصى له بخدمة شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة ان كان العبد كبيرا لان منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته على الراهن لا على المرتهن لان منفعته للراهن ألا يرى انه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره وكذا له ان يفتكه فى أى وقت شاء فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى أن يدرك الخدمة ويصير من أهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة النماء والزيادة لصاحب الرقبة فكانت النفقة عليه حتى يبلغ الخدمة فاذا بلغ فنفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلى هذا اذا أوصى بغلة نخل أو لرجل ولآخر برقبته ولم تدرك أو لم تحمل فالنفقة فى سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت على صاحب الرقبة لاصلاح ملكه الى أن تثمر فاذا أثمرت فقد صارت منتفعا بها فى حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عاما واحدا ثم حالت ولم تحمل شيئا فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها فى العام الذى حالت فيه لانه لا ينتفع بها فيه وفى الاستحسان عليه نفقتها لان بانعدام حملها عاما لا تعد منقطعة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء وكذا الاشجار لا تخرج الا فى بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة فكذا هذا فان لم ينفق الموصى له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت فانه يستوفى نفقته من ذلك الحمل وما يبقى من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطر الاصلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله فلم يكن متبرعا فله أن يرجع فيما حملت لانه انما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته ولو هلكت الغلة قبل أن تصل الى صاحب الغلة ليس له أن يرجع عليه بما أنفق لان هذا ليس بدين واجب

عليه وانما هو شيء يفتى به ولا يقضى ولو جنى العبد جناية فالفداء على صاحب الخدمة لان منفعة الرقبة له فكان الفداء عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وصار كعبد الرهن اذا جنى جناية ان الفداء على المرتهن لانه هو المنتفع به بحبسه في دينه أو يقال ان الفداء على صاحب الرقبة لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقك يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وان أردت أن تحيي حقك فافد وهكذا يقال للمرتهن في العبد الرهن اذا جنى لان الرقبة للراهن فاذا فدى صاحب الخدمة فقد طهره عن الجناية فتكون الخدمة على حالها وان أبى ان يفدي يقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده لان الرقبة له وأي شيء اختاره بطل حق صاحب الخدمة في الخدمة أما اذا دفع فلا شك فيه لانه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع فلا يستحق الخدمة على ملك غيره وكذلك اذا أفدى لانه يصير كالمشتري منهم الرقبة فيتجدد الملك و يبطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وقد فدى قبل ذلك بطلت وصيته لما قلنا ان ملك المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والعارية تبطل بموت المستعير لان المعير ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا و يقال لصاحب الرقبة أد الى ورثته الفداء الذي فدى لانه تبين ان الفداء كان عليه لا على صاحب الخدمة لانه انما التزم ذلك على ظن ان كل منفعة الرقبة مصروف اليه ومتى ظهر انه مصروف الى غيره ظهر انه على غيره فتبين انه تحمل عن غيره وهو صاحب الرقبة احياء الملك وهو مضطر فيه فرجع عليه (وليس) لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع صاحب الخدمة من الفداء فان أبى صاحب الرقبة دفع ذلك الفداء الى ورثة صاحب الخدمة بيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عتقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبته فصار كسائر الديون ولو لم يجن العبد ولكن قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته يشترى بها عبد يخدم صاحب الخدمة لان البدل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتهن وغرم القاتل قيمته يكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستأجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشترى بها عبدا آخر حتى يستعمله المستأجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم أو دنانير والدراهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الاجارة عليها فلا يبقى عليها العقد فتبطل و يجوز استئناف عقد الوصية على الدراهم والدنانير فجاز ان تبقى عليها فيشترى بها عبد آخر يقوم مقام الاول (وان) كان القتل عمدا فلا قصاص على القاتل الا ان يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شريكين قتل عمدا انه لا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص كذا هذا وان اختلفا في ذلك بأن طلب أحدهما القصاص ولم يطلب الآخر سقط القصاص للشبهة وصار مالا فصار بمعنى الخطأ فيشترى به عبدا للخدمة كما لو كان القتل خطأ (ولو) فقأ رجل عينيه أو قطع يديه دفع اليه العبد وأخذ قيمته صحيحا فاشترى بها عبدا مكانه لان فقء العينين وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمان فيضمن قيمته و يأخذه خراجا بضمانه ثم يفعل بالقيمة ما وصفنا وهو ان يشترى بها عبدا للخدمة (ولو) فقئت عينه أو قطعت يده أو شج موضحة فادى القاتل ارش ذلك فهذا على وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة واما ان كانت لا تنقص فان كانت تنقص فان اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على ان يشتريا بالارش عبدا فان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الاول فعلا ذلك وجاز (وان) اتفقا على ان يباع هذا العبد و يضم ثمنه الى ذلك الارش فاشتريا بهما عبدا آخر جاز أيضا لان الجناية اذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفقا على أحد هذين الشيئين (وان) اختلفا ولم يتفقا فلا يباع العبد الموصى به لان لكل واحد منهما حق فلا يباع الا برضاهما و يشترى بالارش عبد لخدمتهما حتى يقوم مقام الجزء الفائت فان لم يؤخذ بالارش عبد يوقف ذلك حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا على ان يقتسماه نصفين جاز لان الحق لهما واذا اقتسماه جاز ذلك (وان لم) يصطلحا لا يقضي القاضي بشيء ولكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فوصيته على حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل جزء من أجزاء الرقبة فيكون لمالك الرقبة (ولو) كان لرجل

ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الذى أوصى بخدمته خمسمائة وقيمة الذى أوصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقى ألف درهم فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم والاصل ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث واذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم ثلثها ستمائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة فاذا ادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين وذلك بالنسبة الى سهام الوصايا ربعها فينقص من وصية كل واحد منهما مثل ربعها وينفذ فى ثلاثة أرباعها فيكون ثلاثة أرباع وصيتهما وثلث المال سواء فأما قيمة العبد الموصى له برقبته فثلثمائة فينقص منه ربعها وذلك خمسة وسبعون وينفذ الوصية فى ثلاثة أرباعها وذلك مائتان وخمسة وعشرون وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة فينقص منه ربعها وذلك مائة وخمسة وعشرون وتنفذ الوصية فى ثلاثة أرباعها وذلك ثلاثمائة وخمسة وسبعون فيضم الى وصية صاحب الرقبة وذلك مائتان وخمس وعشرون فيصير ستمائة وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصى برقبته ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصى بخدمته يضم الى العبد الباقى وقيمته ألف درهم فصار ألفا ومائتين وذلك ثلثا المال فاستقام على الثلث والثلثين (واذا) نفذت الوصية فى ثلاثة أرباع العبد الموصى بخدمته يخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوما واحدا فان مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد بطلت بموته وبقيت وصية صاحب الرقبة وهى تخرج من الثلث فتكون له (وكذلك) ان مات العبد الذى كان يخدمه كان العبد الآخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما لثبوت حقهما فاذا ذهب أحدهما صار كانه أوصى له وحده فيعتبر من الثلث وهو يخرج من الثلث (ولو) كانت قيمة العبيد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان قيمة العبد خمسمائة وقيمة العبدين للذين أوصى بهما ألف درهم قيمة كل واحد خمسمائة فصار ثلث ماله خمسمائة فيقسم الثلث بينهما فصح من وصية كل واحد منهما نصفان فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة يخدمه يوما والورثة يوما (وانما) يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث فكأنه أوصى بالتمليك لانقطاع حق الورثة فهى والوصية بالتمليك سواء (ولو) أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بخدمة الآخر فيكون كالباب الذى قبله (وهذا) قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الموصى له بالرقاب فى الحكم كانه أوصى له برقبتين لان العبد الذى أوصى بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فما دام مشغولا جعل كأنه لم يوص له به (ومن) أصل أبى حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصى له بالعبدين ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصى له بالخدمة يضرب ايضا بعبد واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذى أوصى له بالعبدين له نصف العبد فى العبدين جميعا لان حقه فى العبدين فيكون له من كل عبد ربعه والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذى أوصى له بخدمته يخدم الموصى له يوما والورثة يوما كما فى الفصل الاول (وأما) على قولهما الموصى له بالرقاب يضرب بالعبدين والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد فيصير الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم فللموصى له بالرقاب سهمان فى العبدين من كل رقبة سهم وللموصى له بالخدمة سهم فى العبد الذى أوصى له بخدمته يخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوما وللورثة يومين فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم (ولو) كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لان كل واحد منهما يصل الى تمام حقه ولو لم يكن له مال غيرهم فاوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم

لفلان

لفلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث فى خدمة ذلك العبد يخدمه ثلاثة أيام و يخدم الورثة يومين فيكون للآخر خمس الثلث فى العبدين الباقيين فى كل واحد منهما خمس رقبته (وجه) ذلك ان الموصى له بالرقاب لا حق له فى العبد الذى أوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا فصار كانه أوصى بخدمة أحدهم لرجل و بثلث العبدين الآخرين لرجل فاجعل كل ثلث سهما فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد وذلك سهمان و يضرب صاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلاثة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهمان فى كل عبد من العبدين سهم ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم فى العبد الموصى له بخدمته فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين فجميع ما حصل للموصى لهما خمسة أسهم سهمان للموصى له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصى له بالخدمة و جميع ما حصل للورثة عشرة أسهم ثمانية أسهم فى العبدين فى كل عبد أربعة وسهمان من العبد الموصى له بالخدمة فاستقام على الثلث والثلثين ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب و بخدمة احدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال غيرهم له قسم الثلث بينهما نصفين و وجه ذلك ان العبد الموصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لانه أوصى له بثلث ماله وخدمة العبد مال ألا ترى ان من أوصى لآخر بخدمة عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ما ذكرنا فى المسألة الاولى انه اذا أوصى له بثلث الرقاب ان الموصى له بالرقاب لا حق له فى العبد الذى اوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا لانه أوصى له بالرقبة والخدمة ليست من الرقبة فى شىء وههنا أوصى له بالمال والخدمة مال فلذلك قلنا انه اذا اجتمع فى العبد الموصى بخدمته وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث بينهما نصفان فيجعل العبد على ستة أسهم أربعة أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث وسلمت لصاحب الخدمة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما فينقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الخدمة خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخران على اثنى عشر فثلثها أربعة ضممت الى ستة فتصير عشرة فهذه جملة وصاياهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه عشرون وجميع المال ثلاثون فيتبين ان كل عبد صار عشرة فالعبد الموصى بخدمته عشرة يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام وللورثة أربعة أيام و يخدم صاحب الثلث يوما ولصاحب الثلث من العبدين الآخرين أربعة أسهم فتصير الوصية عشرة ستة فى العبد الموصى بخدمته وأربعة أسهم فى العبدين الباقيين وللورثة عشرون فى كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربعة من الموصى بخدمته فاستقام على الثلث والثلثين وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فانهما يسلكان مسلك العول فالعبد الذى أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم وصار هذا العبد على أربعة فلما صار هذا العبد على أربعة صار العبدان الآخران كل واحد منهما على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى ذلك فالثلث بينهما سهمان ضمه الى أربعة فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه اثناعشر والجميع ثمانية عشر فتبين ان العبد الموصى بخدمته صار على ستة يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللآخر يوما وللورثة يومين وللموصى له بالثلث من العبدين الآخرين سهمان فصارت الوصية ستة أربعة أسهم فى العبد الموصى له بخدمته وسهمان فى العبدين وللورثة اثناعشر سهما سهمان فى العبد الموصى له بخدمته وعشرة أسهم فى العبدين فاستقام على الثلث والثلثين ولو أوصى بخدمة عبده لرجل و بغلته لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وعليه طعامه ولصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما كان كذلك لانه أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة أيضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة وحظهما سواء فيخدم هذا شهرا و يستغله الآخر شهرا لان العبد مما لا يمكن قسمته بالاجزاء فيقسم بالايام وطعامه فى مدة الخدمة على صاحب

الخدمة لانه هو الذى ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة على من يحصل له المنفعة وفى مدة الغلة على صاحب الغلة لان منفعته فى تلك المدة تحصل له (وأما) الكسوة فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانها تبقى أكثر من هذه المدة ولا تتجدد الحاجة اليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد الى الطعام فى كل وقت وهما فيه سواء فكانت الكسوة عليهما لهذا المعنى فان جنى هذا العبد جناية قيل لهما افدياه لان منفعته لهما فيخاطبان به كما يخاطب به المرتهن فى العبد المرهون فان فدياه كانا على حالهما وان أبيا الفداء ففداه الورثة بطلت وصيتهما لانهما لما أبيا الفداء فقد رضيا بهلاك الرقبة فبطل حقهما والله تعالى أعلم ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولآخر بثلث ماله ولا مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة اذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته فى كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما الكل واحد منهما السدس ويخرج الحساب من ستة فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب الثلث يعطى له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت عليه غلته وينفق عليه منها كل شهر درهما لانه هكذا أوصى وأربعة أسهم من الرقبة للورثة فاذا مات الموصى له بالغلة وقد بقى من الغلة شىء رد ذلك الى صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من ثمن الرقبة يرد على صاحب الرقبة لانه بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الى صاحب الرقبة وعلى قولهما يقسم الثلث بينهما على أربعة صاحب الغلة يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو أوصى لرجل بغلة داره ولآخر بعبد ولآخر بثوب فهذه المسئلة على وجهين اما أن تخرج هذه الاشياء كلها من الثلث أو لا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ كل واحد منهم ما أوصى له به لانه أوصى بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها على ما بينا وان كانت لا تخرج من الثلث لكن الورثة اجازوا فكذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه الا ان تكون وصية أحدهم تزيد على الثلث فلا يضرب بالزيادة على قول أبى حنيفة رحمه الله واذا مات صاحب الغلة بطلت وصيته وقسم الثلث بين ما بقى منهم لما ذكرنا ولو أوصى بغلة داره لرجل وبسكناها الآخر وبرقبتها لآخر وهى الثلث فهدمها رجل بعد موت الموصى غرم قيمة ما هدمه من بنائها ثم تبنى مساكن كما كانت فتؤاجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها الآخر لان الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار لقيام القيمة مقام الدار كما قلنا فى العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل أن الوصية لا تبطل ويشترى بقيمته عبدا آخر لخدمته وكذا البستان اذا أوصى بغلته لرجل وبرقبته لآخر فقطع رجل نخله أو شجره يغرم قيمتها فيشترى بها اشجارا مثلها فتغرس فاذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بغلة داره وقيمة الدار ألف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار خمس ذلك فى الدار وأربعة اخماسه فى المال (ووجه) ذلك أن يقول ان الوصية بثلث المال وصية بثلث الغلة أيضا لان الغلة مال الميت يقضى منه ديونه واذا كان كذلك فالدار تخرج من ثلث ماله لان قيمة الدار ألف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فقد اجتمع فى الدار وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلثها فيجعل الدار على ثلاثة ويقسم بينهما على طريق المنازعة وصاحب الثلث لا يدعى أكثر من الثلث وهو سهم واحد والثلثان سهمان لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار على ما ذكرنا انه يحبس جميع الدار لاجله واستوت منازعتهما فى سهم واحد وكان بينهما فانكسر على سهمين فاضرب سهمين فى ثلاثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعى أكثر من سهمين وأربعة أسهم خلت عن دعواه وسلمت لصاحب الجميع وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستوت منازعتهما فى سهمين فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم واذا صارت الدار وهى الثلث على ستة والالفان اثنا عشر فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم فضمها الى ستة تصير سهام الوصايا عشرة وجملة ذلك ثلاثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهم لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها فى الدار

ولصاحب

ولصاحب الثلث خمسة أسهم أربعة أسهم في الالفين وسهم في الدار فهذا معنى قوله في الاصل لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة لانا جعلنا الدار على عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة أربعة أخماسه في المال وخمس ذلك في الدار وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما تقسم الدار على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار على أربعة أسهم واذا صارت الدار على أربعة أسهم مع العول صار كل الف من الالفين على ثلاثة من غير عول فالالفان تصير ستة أسهم فللموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان ضم ذلك الى أربعة أسهم فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثناعشر والجميع ثمانية عشر فللموصى له بثلث المال ثلث الالفين وذلك أربعة أسهم من اثنى عشر وذلك ثلثا الثلث لانا جعلنا الثلث على ستة أسهم وأربعة أسهم من سته ثلثاه وهذا معنى قوله في الاصل وان شئت قلت ثلثا ذلك في ثلث المال وقال ايضا ثلاثة في الدار لانك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول وللموصى له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كانه لم يوص له بشئ وانما أوصى لصاحب الثلث بثلث المال والدار فيكون له ذلك وان استحقت الدار بطلت وصيــة صاحب الغلة وأخــذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلالها بعد استحقاقها ولو لم يســتحق ولــكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك فيها و يبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهــم لان ذلك مشترك بينهــم فيبنى كل واحد نصيبه وأيهم أبى أن يبنى لم يجبر على ذلك لان الانسان لا يجبر على اصلاح حقه ولم يمنع الآخر أن يبنى نصيبه من ذلك و يؤاجره و يسكنه لان الذى امتنع من البناء رضى ببطلان حقه فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هــذا كالسفل اذا كان لرجل وعلوه لآخر فانهدما وابى صاحب السفل أن يبنى سفله أنه يقال لصاحب العلو ابن سفله من مالك ثم ابن عليــه العلو فاذا أراد صاحب السفل أن ينتفع بالســفل فامنعه حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هنالك لا يمكن بناء العلو الا بعد بناء السفل فكان لصاحب العلو أن يبنى سفله حتى يمكنه بناء العلو عليه فأما ههنا فيمكن أن يقسم عرصة الدار فيبنى كل واحد منهم في نصيبه ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بغلتها فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجر بشهادته الى نفسه مغنما لانه لو قبلت شهادته لنسلمت له الوصية ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال أو بقتل خطأ لا تقبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته وكان بشهادته جار المغنم الى نفسه فلا تقبل ولو أوصى لرجــل بثلث غلة بستانه أبدا ولا مال له غيره فقاسم الورثة البستان فأغل أحد النصيبين ولم يغــل الآخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطلة لان الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان والقسمة فيما ليس بملك له باطلة والثمرة غــير موجودة وانما حدثت بعد ذلك وقسمة المعدوم باطلة وللورثة أن يبيعوا ثلثى البستان فيكون المشترى شريك صاحب الغلة أراد به أنه يبيع ثلثى البستان مشاعا لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة والورثة ممنوعون عن ذلك الثلث مادام الموصى له حيا فاذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا في مقدار نصيبهم و روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان ذلك ضرر بالموصى له لانه تنقص الغلة وتعيب ولو أوصى بغلة بســتانه الذى فيــه لرجل وأوصى له بغلته أيضاً أبدا ثم مات الموصى ولا مال له غيره والغلة القائمــة للحال تساوى مائة درهم والبستان يساوى ثلثمائة درهم فللموصى له ثلث الغلة التى فيه وثلث مايخرج من الغلة فيما يستقبل أبداً لانه أوصى له هكذا فانه أوصى له بالغلة القائمة للحال و بالغلة التى تحدث أبدا فيعتبر في كل واحد منهما ثلثه ولا يسلم اليه كل الغلة القائمــة في الحال وان كان يخرج من ثلث المال لانه أوصى له أيضاً بثلث مايخرج من بســتانه فيما يستقبل واذا ضــمت تلك الوصية الى هــذه الوصــية زادت الوصية على الثلث ولو أوصى بعشرين درهمــا من غلته كل ســنة

ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة تحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز أن يطول عمره فيستوفى ذلك كله فلذلك جاز فى ثلثه وتحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهما الى أن يموت ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة كل شهر من عرض ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصى أو على يد ثقة ان لم يكن هناك وصى وينفق على كل واحد منهما كما سمى وكذلك الوصية بانفاق درهم ولا عبرة بالاقل والاكثر لجواز أن يعيش صاحب الأقل أكثر مما يعيش صاحب الاكثر فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما ويوقف ثمنه وينفق على كل واحد منهما ما سمى له لانه أوصى لاحدهما أن ينفق عليه من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع على يد الموصى فان لم يكن له وصى فالقاضى يضعه على يد ثقة عدل لانه أمر بالانفاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقى شئ من المال رد على ورثة الموصى لان الوصية قد بطلت بموته فيعود الى الورثة وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة وعلى فلان وفلان خمسة حبس السدس على المنفرد والسدس الآخر على المجموعين فى النفقة لانه أضاف الاربعة الى شخص واحد وأضاف الخمسة الى شخصين لانه جمعهما فى الوصية فصار كانه أوصى بان ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة لذلك يقسم الثلث بينهم سدس يوقف للمنفرد وسدس للمجموعين ولو أوصى بغلة بستانه لرجل وبنصف غلته لآخر وهو ثلث ماله قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على الثلث لا تجوز فيصير كانه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما لاستوائهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله فانه يقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان صاحب النصف لا يدعى الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وذلك أربعة فصاحب النصف لا يدعى أكثر من سهمين فسهمان خليا عن دعواه سلما لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان آخران استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع ثلاثة أسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب الذى له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الجمع وسهم لصاحب النصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمته ألف درهم ولآخر بقيمة عبده وقيمته خمسمائة وله سوى ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهما فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لصاحب العبد خمسة أسهم فى العبد ولصاحب البستان ستة أسهم فى غلته لان جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم والثلث من ذلك ستمائة ووصية صاحب البستان ألف درهم وذلك أكثر من الثلث ومن مذهب أبى حنيفة رحمه الله ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فاطرح ما زاد على ستمائة لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يضرب بخمسمائة فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهما لصاحب البستان ستة أسهم ولصاحب العبد خمسة أسهم فما أصاب صاحب البستان كان فى البستان فى غلته وما أصاب صاحب العبد كان فى العبد وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو ألف وصاحب العبد بخمسمائة فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثا على طريق العول ولو أوصى لرجل بغلة أرضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر فتكون ثلث الغلة له ولو كان فيها شجر اعطى ثلث ما يخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمر انصرفت الوصية الى ما يخرج منها لان الغلة فى الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان

فى

فى الارض أشجار وان لم يكن فيها شجر فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير وذلك هى الاجرة فان قيل اذا لم يكن فى الارض شجر فينبغى ان يزرعها فيستوفى زرعها فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخارج ببذره والموصى به غلة أرضه لا غلة بذره ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولآخر برقبتها وهى تخرج من الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز وبطلت وصية صاحب الغلة ولا حق له فى الثمن أما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا فيما تقدم وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وانه يقتضى النفاذ الا ان حق صاحب الغلة متعلق به فاذا أجاز فقد رضى بابطال حقه فزال المانع فنفذ وبطلت وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة فى ملك الموصى له بالرقبة وقد زال ملكه عن الرقبة ولا حق له فى الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له فى الرقبة ولو أوصى له بغلة بستانه فأغل البستان سنتين قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم يكن للموصى له من تلك الغلة شىء انما له الغلة التى فيه يوم يموت لما ذكرنا ان الوصية ايجاب الملك عند الموت فيكون له الثمرة التى فيه يوم الموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء وبطلت الوصية لانه ملك العين بالشراء فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيأ ثم اشتراه انه تبطل الاعارة وكمن تزوج أمة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا كذا هذا وكذلك لو أعطوه شيأ على ان يبرأ من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صالحوه منه على شىء جاز وتبطل الوصية لان له حقا وقد أسقط حقه بعوض فجاز كالخلع والطلاق على مال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الوصية بأمر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية بالاعتاق والوصية بالانفاق والوصية بالقرب من الفرائض والواجبات والنوافل (أما) الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعد موت الموصى بلا فصل كما اذا قال وهو مريض أو صحيح أنت حر بعد موتى أو قال دبرتك أو أنت مدبر او ان مت من مرضى هذا أو فى سفرى هذا فأنت حر فمات من مرضه ذلك أو سفره ذلك يعتق من غير الحاجة الى اعتاق أحد لان معنى ذلك أنت حر بعد موتى أو بعد موتى من هذا المرض أو فى هذا السفر ويعتبر فى ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث ماله يعتق كله وان لم يخرج كله يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة على ما بينا فيما تقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فحكمها وجوب الاعتاق بعد موت الموصى ولا يعتق من غير اعتاق من الوارث أو الوصى أو القاضى والاصل فيه ان كل عتق تأخر عن موت الموصى ولو بساعة لا يثبت ولا يعتق من غير اعتاق كما اذا قال هو حر بعد موتى بساعة أو بأقل أو بأكثر لان غرض الموصى هو عتق العبد بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتاق ولا يمكن جعل الموصى معتقا بعد الموت فكان أمرا بالاعتاق دلالة فيعتق الوارث أو الوصى أو القاضى (وأما) الوصية باعتاق نسمة وهى ان يوصى بان يشترى رقبة فتعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشترى للعتق فحكمها حكم وجوب الشراء والاعتاق يعتبر من الثلث ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه عند أبى حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ولو أوصى بان يحج بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة فانه يحج عنه من حيث يبلغ بالاجماع (وجه) قولهما ان تنفيذ الوصية واجب ما أمكن والتقدير بالمائة لا يقتضى التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدر ظنا منه ان ثلث ماله يبلغ ذلك أو رجاء اجازة الورثة فاذا لم يبلغ ذلك أو لم تجز الورثة يجب تنفيذها فيما دون ذلك كما فى الوصية بالحج ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أوصى بعتق عبد يشترى بمائة درهم فلو نفذنا الوصية فى عبد يشترى بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له وهذا لان الوصية للعبد فى الحقيقة فهو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بانه يشترى بمائة والمشترى بدون المائة غير المشترى بمائة فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث وعلى هذا اذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم تجز ذلك الورثة لم يشتر به شىء والوصية باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يشترى بالثلث وهذا بناء على المسئلة الاولى وقد ذكرنا وجه القولين والله الموفق (وأما) الوصية بالانفاق على فلان وأوصى بالقرب فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا أوصى ويعتبر

ذلك كله من الثلث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما تبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على الابطال وبدلالة الابطال وبالضرورة (أما) النص فنحو ان يقول أبطلت الوصية التى أوصيتها لفلان أو فسختها أو نقضتها فتبطل الا التدبير خاصة فانه لا يبطل بالتنصيص على الابطال مطلقا كان التدبير أو مقيدا الا ان المقيد منه يبطل منه بدلالة الابطال بالتمليك على ما ذكرنا وكذا اذا قال رجعت لان الرجوع عن الوصية ابطال لها فى الحقيقة (وأما) الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا فى الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيما تقدم وتبطل بجنون الموصى جنونا مطبقا لان الوصية عقد جائز كالوكالة فيكون لبقائه حكم الانشاء كالوكالة فتعتبر أهلية العقد الى وقت الموت كما تعتبر أهلية الامر فى باب الوكالة والجنون المطبق هو ان يمتد شهرا عند أبى يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الوكالة ولو أغمى عليه لا تبطل لان الاغماء لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الوكالة بالاغماء وتبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى لان العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن ابقاؤه على غيره وتبطل بهلاك الموصى به اذا كان عينا مشارا اليها لبطلان محل الوصية أعنى محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أو بقائه كما لو أوصى بهذه الجارية أو بهذه الشاة فهلكت الجارية والشاة وهل تبطل الوصية باستثناء كل الموصى به فى كلام متصل اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا تبطل ويبطل الاستثناء وللموصى له جميع ما أوصى له به وقال محمد رحمه الله يصح الاستثناء وتبطل الوصية ولا خلاف فى ان استثناء الكل من الكل فى باب الاقرار باطل ويلزم المقر جميع ما أقر به (وجه) قوله ان الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به والوصية محتملة للرجوع فيحمل على الرجوع وبهذا فارقت الاقرار لان الاقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثناء ويبقى المقر به على حاله ولهما ان هذا ليس باستثناء ولا رجوع فيبطل الاستثناء رأسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا واستخراج بعض الجملة الملفوظة ولا يوجد ذلك فى استثناء الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وابطالها ولا يتصور ذلك فى الكلام المتصل ولهذا شرطنا لجواز النسخ فى الاحكام الشرعية أن يكون النص الناسخ متراخيا عن المنسوخ والله تعالى أعلم

﴿ كتاب القرض ﴾

الكلام فيه يقع فى مواضع فى بيان ركن القرض وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم القرض (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول والايجاب قول المقرض أقرضتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء قرضا ونحو ذلك والقبول هو ان يقول المستقرض استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى وهذا قول محمد رحمه الله وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عن أبى يوسف أخرى ان الركن فيه الايجاب (وأما) القبول فليس بركن حتى لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث عند محمد وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى يحنث (وجه) هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما نذكر والقبول ليس بركن فى الاعارة (وجه) قول محمد ان الواجب فى ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بماله مثل فاشبه البيع فكان القبول ركنا فيه كما فى البيع وروى عن أبى يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث هو الاستقراض وهو طلب القرض كالاستيام فى البيع وهو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب القرض فوجد شرط الحنث فيحنث والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى نفس القرض (أما) الذى يرجع الى المقرض فهو أهليته للتبرع فلا يملكه من لا يملك التبرع من الاب والوصى والصبى والعبد المأذون والمكاتب لان القرض للمال تبرع ألا ترى انه لا يقابله عوض للحال فكان تبرعا للحال فلا يجوز الا ممن يجوز منه التبرع وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع فلا يملكون القرض (وأما) الذى يرجع الى المقرض فمنها

القبض

القبض لان القرض هو القطع فى اللغة سمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان ما أخذ الاسم دليلا على اعتبار هذا الشرط ومنها أن يكون مماله مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فلا يجوز قرض مالا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة لانه لا سبيل الى إيجاب رد العين ولا الى ايجاب رد القيمة لانه يؤدى الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بما له مثل ولا يجوز القرض فى الخبز لا وزنا ولا عدداً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز عدداً وما قاله هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لاختلاف العجن والنضج والخفة والثقل فى الوزن والصغر والكبر فى العدد ولهذا لم يجز السلم فيه بالاجماع فالقرض أولى لان السلم أوسع جوازاً من القرض والقرض أضيق منه ألا ترى انه يجوز السلم فى الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض أولى الا ان محمد رحمه الله استحسن فى جوازه عدداً العرف الناس وعادتهم فى ذلك وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه جوز ذلك فانه روى انه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغر أو كبر فقال لا بأس به ويجوز القرض فى الفلوس لانها من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوسا فكسدت فعليه مثلها عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها (وجه) قولهما أن الواجب فى باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمنا وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطبا فانقطع عن أيدى الناس أنه يلزمه قيمته لما قلنا كذا هذا ولابى حنيفة ان رد المثل كان واجباً والفائت بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به ألا ترى انه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداء وان خرج من كونه ثمنا فلان يجوز بقاء القرض فيه أولى لان البقاء أسهل وكذلك الجواب فى الدراهم التى يغلب عليها الغش لانها فى حكم الفلوس وروى عن أبى يوسف انه أنكر استقراض الدراهم المكحلة والمزيفة وكره انفاقها وان كانت تنفق بين الناس لما فى ذلك من ضرورات العامة واذا نهى عنها وكسدت فهى بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جياد فأخذ منه مزيفة أو مكحلة أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة جاز فى الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالحط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفقه وان بين وقت الانفاق لا يخلو عن ضرر العامة بالتلبيس والتدليس قال أبو يوسف كل شئ من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغى أن يقطع و يعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه وهذا الذى ذكره احتساب حسن فى الشريعة ولو استقرض دراهم تجارية فالتقيا فى بلد لا يقدر فيه على التجارية فان كانت تنفق فى ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انتظر مكان الاداء وان شاء أجله قدر المسافة ذاهبا وجائياً واستوثق منه بكفيل وان شاء أخذ القيمة لانها اذا كانت نافقة لم تتغير بقيت فى الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شاء لم يرض بالتأخير وأخذ القيمة لما فى التأخير من تأخير حقه وفيه ضرر به كمن عليه الرطب اذا انقطع عن أيدى الناس انه يتخير صاحبه بين التربص والانتظار لوقت الادراك و بين أخذ القيمة لما قالوا كذا هذا وان كان لا ينفق فى ذلك البلد فعليه قيمتها والله تعالى أعلم (وأما) الذى يرجع الى نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يجز نحو ما اذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا أو أقرضه وشرط شرطا له فيه منفعة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه الربا لانها فضل لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة فى القرض فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك لان الربا اسم لزيادة مشروطة فى العقد ولم توجد بل هذا من باب حسن القضاء وانه أمر مندوب اليه قال النبى عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء وقال النبى عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح وعلى هذا تخرج مسئلة السفاتج التى يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها باسقاط خطر الطريق فتشبه قرضا جر نفعا فان قيل أليس انه روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض باسقاط

خطر الطريق فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة فى القرض مطلقاً ثم تكون السفتجة وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله تعالى أعلم والاجل لا يلزم فى القرض سواء كان مشروطاً فى العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع ألا يرى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لزم فيه الاجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروط بخلاف الديون والثانى أن القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا يلزم فى العوارى والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أنه لا يخلو اما ان يسلك به مسلك المبادلة وهى تمليك الشئ بمثله أو يسلك به مسلك العارية لا سبيل الى الاول لانه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين أن يكون عارية فجعل التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وان كان يرد بدله فى الحقيقة وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الاجل فى القرض بحال بان يوصى بان يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم الى سنة فانه ينفذ وصيته و يقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض فى المقرض للحال وثبوت مثله فى ذمة المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى النوادر لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك حتى لو أقرض كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم انه اشترى الكر الذى عليه بمائة درهم جاز البيع وعلى رواية أبى يوسف لا يجوز لان المقرض باع من المستقرض الكر الذى عليه وليس عليه الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجز كما لو باعه الكر الذى فى هذا البيت وليس فى البيت كر وجاز فى ظاهر الرواية لانه باع ما فى ذمته فصار كما اذا باعه الكر الذى فى البيت وفى البيت كر وكذلك لو كان الكر المقرض قائما فى يد المستقرض كان المستقرض بالخيار ان شاء دفع اليه هذا الكر وان شاء دفع اليه كرا آخر ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا الكر من المستقرض وأراد المستقرض أن يمنعه من ذلك و يعطيه كراً آخر مثله له ذلك فى ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبى يوسف رحمه الله فى النوادر ان لا خيار للمستقرض و يجبر على دفع ذلك الكر اذا طالب به المقرض وعلى هذا فروع ذكرت فى الجامع الكبير (وجه) رواية أبى يوسف ان الاقراض اعارة بدليل انه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما فى سائر المعاوضات وكذا لا يملكه الاب والوصى والعبد المأذون والمكاتب وهؤلاء لا يملكون المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وان كان مبادلة لبطل لانه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لان بيع المكيل بمكيل مثله فى الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلائل ان الاقراض اعارة فبقى العين على حكم ملك المقرض (وجه) ظاهر الرواية أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف فى القرض من غير اذن المقرض بيعا وهبة وصدقة وسائر التصرفات واذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف على اجازة المقرض وهذه أمارات الملك وكذا ماخذ الاسم دليل عليه فان القرض قطع فى اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (وأما) قوله اعارة والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين فنعم لكن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقيام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائما مقام قبض المنفعة والمنفعة فى باب الاعارة تملك بالقبض لانها تبرع بتمليك المنفعة فكذا ما هو ملحق بها وهو العين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب والحمد لله وحده ﴿ نص ما وجد فى الاصل المطبوع عليه ﴾

وقع تمام النصف الاخير من كتاب البدائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى تغمده الله تعالى بالرحمة والرضوان. على مذهب الامام أبى حنيفة رضى الله عنه الحمد لله الذى وهب التوفيق لاتمام النصف من كتابة الكتاب والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد خير من نطق بالصواب وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الى يوم الحساب على يد أضعف العباد الفقير الحقير المعترف بالذنب والتقصير الراجى رحمة الله البارى عبد الله بن المرحوم الحاج عبد الرحيم المدعو باللبقى غفر الله له ولوالده ولاخوانه فى خمسة أيام خلت من ذى الحجة سنة ١١٧٠

﴿ يقول المتوسل بصالح السلف . مصححه الفقير عبد الجواد خلف ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

حمداً لمن أبرز (بدائع الصنائع) من حيز العدم وهدى الى (ترتيب الشرائع) بما علم بالقلم وشكراً لما أسدى من جزيل النعماء وجليل العطايا والالاء وصلاة يتدفق بالرحمات المقرونة بالتعظيم ودقها وتحيات يتألق بالبركات المصحوبة بالتكريم برقها على من أنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فبين للناس ما نزل اليهم وأرشدهم الى ما يجب عليهم بأدلة أعجزت البلغاء وأفحمت الفصحاء فتبدلت بنور الهدايه ظلمة الغوايه سيدنا محمد الصادق الامين القائل من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين وعلى آله حماة السنه وحملة الاسنه ﴿ وبعد ﴾ فلما كان علم الفقه من أجل العلوم الشرعيه بعد كتاب الله تعالى والسنة النبويه اذ به معرفة الحلال والحرام وتصحيح العبادة وبيان الاحكام وكان من أعظم ما ألف فيه من الكتب الوحيده بل الدرة اليتيمة الفريده . الكتاب الجليل والسفر الذى ليس له فى بابه مثيل المسمى ﴿ ببدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ﴾ وتالله انه لكتاب كريم ومؤلف فخيم بل هو روضة علم نطقت بيننا بالحق ودوحة فضل لا يعرف قدرها الا القليل من الخلق

فاذا لم تر الهلال فسلم * لاناس رأوه بالابصار

فلقد أتى فى أسلوبه الغريب بالعجب العجيب وبالجملة فهو المليحة الحسناء الغنى عن الاطراء والثناء

وانى وان أكثرت فيه مدائحى * فأكثر مما قلت ما أنا تارك

وكيف لا يكون كذلك ان لم يكن فوق ذلك وناسج برده وناظم عقده امام البلغاء والفصحاء الملقب بملك العلماء الذى لا يدانيه فى ميدان التحقيق مدانى المولى المحقق علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

لله در مؤلف * جمع الطرائف واللطائف يسعى لكعبة فضله * من كل فج كل طائف

وكان من نعم الله الجسام التى لا تحيط بوصفها الاقلام تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل فقد قام بهذا العمل المبرور والسعى المشكور كل من ذوى الهمم العلية والاخلاق المرضية سعادة الافخم محمد أسعد باشا جابرى زاده وفضيلة الاكرم الحاج مراد أفندى جابرى زاده بلغهما الله الحسنى وزياده وشاركهما فى هذا الصنع الوجيه السعيد أحمد ناجى الجمالى والسيد محمد أمين الخانجى الكتبى وأخيه وفقهم الله الكريم المنان وجزاهم احسان الجزاء وجزاء الاحسان وكان هذا الطبع الحسن الجميل والصنع الفائق الجليل ﴿ بالمطبعة الجمالية العامره ذات الاستعدادات التامة الباهره الكائن مركزها بعطفة التترى بحارة الروم بمصر القاهره ادارة محمد أمين الخانجى وشركائه وأحمد عارف ﴾ أسبغ الله على الجميع جزيل المنن اللطائف وذلك فى شهر شوال سنة ١٣٢٨ من الهجرة النبوية

(فهرست الجزء السابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفه

﴿تمت﴾